INTRODUCÇÃO

AO

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ,

JUS PRIVATUM,

DO

Sr. Mello Freire.

TITULO PRELIMINAR.

Da Jurisprudencia, do Justo, da Justiça, do Direito, e das Leis em geral.

O que é Jurisprudencia.

Jurisprudencia, segundo o que se lê no §. 1.° da Instituta do Imperador Justiniano, é a sciencia do Justo, e do Injusto — *Justi, atque Injusti scientia;* mas como o Direito é a medida do Justo, nós podemos tambem dizer, que a Jurisprudencia é a sciencia, ou o conhecimento profundo (1) e completo do Direito (2).

O que é o Justo, e como o Direito lhe serve de medida.

O Justo consiste essencialmente na conformidade perfeita, ou correspondencia exacta de nossas acções com os nossos deveres; e como as regras, que estabelecem, ou prescrevem os nossos deveres, são a verdadeira expressão do Direito, torna-se assim o Direito a verdadeira medida do Justo (3).

Extensão da Jurisprudencia.

Sendo o Direito a medida do Justo, e sendo as acções humanas o objecto, a que esta medida se applica, para em resultado distinguirmos o Justo do Injusto, vê-se, que a sciencia do Direito, ou a Jurisprudencia, não se limita ao conhecimento tão sómente das regras dos deveres, ou da expressão do Direito, mas que, além d'este conhecimento, ella abrange a sciencia, que pratica ou effectivamente applica aquellas regras ou expressão, como medida, ás nossas acções ou especies occorrentes.

O que é a Justiça.

Em linguagem de Jurisprudencia (4) diz-se Justiça — a vontade firme e não vacillante (5) de effectivamente nos conformarmos em nossa conducta, quer com a totalidade de nossos deveres, quer com alguns, ou com um só d'elles em especialidade: sendo assim a Justiça a guia como emissaria da consciencia, que nos conduz ao Justo, ou á observancia do Direito.

Relação e differenças da Jurisprudencia, da Justiça, e do Justo entre si.

As noções expostas ácerca da Jurisprudencia, — da Justiça, — e do Justo todas ao Direito se referem; mas differem inteiramente entre si, pois que a Jurisprudencia refere-se ao Direito como objecto de sciencia; — a Justiça refere-se ao Direito como objecto da nossa vontade; — o Justo em fim refere-se ao Direito como objecto, em que encontra medida d'execução. D'esta sorte na Jurisprudencia, — na Justiça, — e no Justo temos tres noções tão distinctas entre si, quanto entre si differem as idéas de conhecer profundamente, de querer decididamente, e de observar effectivamente o Direito, do qual passamos a tractar.

SECÇÃO 1.ª

Do Direito em geral.

Origem da palavra Direito entre nós com applicação á Moral.

Direito no seu sentido originario é — entre nós — o nome da qualidade existente n'um objecto fysico qualquer, que não é torto, mas recto. Dizendo-se assim — direito — o mais breve caminho, que de um a outro lugar nos conduz, passou por translação este nome a significar em Moral, e como entidade, as regras, que determinão, e rectamente dirigem as nossas acções ao fim, que nos é indicado — ou pela natureza do nosso ser, e formão o Direito Natural; — ou pela expressa vontade de Deos, e formão o Direito Divino Positivo; — ou finalmente pela vontade de nossos Superiores humanos, e formão o Direito Civil em accepção larga. Os Romanos porém deduzírão as suas noções geraes n'esta parte do primeiro aspecto ou modo, com que as Leis Civis lhe apparecêrão, e derão ao Direito um nome mais derivado d'este modo, do que do seu objecto, pois o chamárão *jus — jussa — a jubendo.* A nossa expressão — Direito — e a dos Francezes — *Droit* — são visivelmente mais fundadas sobre a essencia das cousas (6).

Differentes accepções do Direito.

A palavra *Direito*, que, como vimos, passou entre nós da Fysica para a Moral, toma-se em Jurisprudencia em muitas accepções diversas. *Jus* — nome, que entre os Romanos lhe corresponde, formado por contracção de — *jussum*, em sua significação originaria designa a regra commum, ou geralmente prescripta, isto é, a Lei, ou resultado d'ella: assim se diz, que segundo o Direito a propriedade se adquire entre nós pela tradição da cousa (7).

Além d'esta tem outras mais accepções, todas por derivação da primeira, intervindo figuras de linguagem:

assim, tomando-se a parte pelo todo, ou uma só Lei pela collecção de muitas, exprime — *Jus* — o complexo de Leis d'uma mesma especie, como *Jus Publicum*, — *Jus Civile*, — *Jus Gentium*.

Tomando-se a causa pelo effeito, significa as faculdades ou poderes, as vantagens ou beneficios concedidos pela Lei: n'esta accepção se diz — *jura sua tueri*, — *jus haereditatis*, — *jus itineris*.

Tomando-se o objecto pela sciencia, que o considera, significa a Jurisprudencia.

Significa ainda o Juizo, — o Fôro, — ou Tribunal: assim se diz — *in jus vocare*, fallando da citação, e isto tomando-se *Jus* a Lei pelo lugar, em que ella se applica.

Deixando em silencio outras menos notaveis accepções da palavra — Direito, é mister advertir, que entre nós tem ella por accepção mais commum e frequente a de — complexo de Leis, — assim como a de — faculdade ou vantagem, que a Lei concede, já ao homem, pessoa fysica ou natural, já ás cousas, que, como mais opportunamente veremos, a Lei, por ficção, para este fim personaliza, tornando-as pessoas juridicas ou moraes. D'aqui resulta dizermos — direitos do Thesouro, — direitos d'Alfandega, — direitos de barreira (8), Portagem — por direitos das portas da Cidade, por onde as mercadorias transitão. Aqui tomamos nós o Direito na penultima d'estas duas accepções — por complexo de Leis; e passamos a notar agora as suas differentes especies.

O Direito na sua primeira e mais ampla divisão divide-se em Natural e Positivo; sendo o Direito Natural a fonte de todas as mais especies.

Todos os deveres em relação a nossos similhantes, ou que lhes interessão, resultão-nos ou da só natureza do nosso ser, ou por virtude das Instituições sociaes: determina-nos aquelles o Direito Natural; — são-nos intimados estes pelo Direito Humano Positivo; formando este com aquelle duas especies de Direito, que abrangem todas as regras de conducta, todos os nossos deveres. Mas como por uma parte o Direito Positivo procura unicamente excitar, e fazer certa a observancia e cumprimento das

obrigações naturaes, primeiro e principal motivo, que presidio á formação da Sociedade Civil; — e por outra as Nações por tractados ou convenções, por praticas ou costumes (que fórmão para ellas o Direito Positivo, cuja sancção consiste na guerra e represalias), tambem unicamente procurão segurar e garantir entre si a mesma observancia do Direito Natural: é evidente ser esta especie de Direito o manancial ou fonte de todas as mais especies, sendo ella tambem por isso a medida primordial do Justo (9).

O Direito nas especies de Natural e Positivo subdivide-se em Direito das Gentes, e Direito de Cidade.

Das duas especies de Direito, que acabamos de notar, uma das quaes é sómente o complemento e accessorio, que á outra se accrescenta, resultão as regras de conducta applicaveis ás relações, que se dão entre as diversas Nações do mundo, assim como ás que existem entre os membros do mesmo Povo ou Nação. As primeiras, comprehendidos os tractados — parte pacticia, — e os costumes — parte consuetudinaria, fórmão o Direito das Gentes, entre os Romanos *Jus Gentium*, que alguns chamão — Direito externo, e outros modernamente, e com mais exactidão — Direito inter-nacional. Fórmão as segundas regras o Direito de Cidade, — *Jus Civitatis*, — que tambem se diz — interno — nacional — e civil em accepção larga.

O Direito na especie de Direito de Cidade torna a subdividir-se em Direito Publico, e Direito Particular.

A ultima especie, que referimos, — o Direito de Cidade, — parte-se em dous ramos entre si muito distinctos, ainda que mantenhão sempre estreitas relações entre si em quanto á Associação ou Nação, que mutuamente dirigem (10). Nutre um delles tudo o que diz respeito á organização da massa ou corpo d'uma Nação; as individualidades só remotamente são por elle consideradas. É chamado por isso Direito Publico ou Politico.

O outro ramo introduz-se por todas as relações,

que se dão entre os membros da mesma Nação para seus interesses particulares; attende em immediato ás individualidades, á Associação em remoto. Chama-se por isso Direito Particular, — *Jus Privatum*, — e Direito Civil em menos larga, ou mais estreita accepção.

Advertencia e razão d'ordem.

Não descendo por agora com a analyse a outras divisões sobre a ultima especie de Direito, que fica mencionada, o que para outro lugar reservamos; e sendo certo que em todas as differentes especies de Direito os nossos deveres nos são expressados em regras, que têm o nome de Leis, passamos a tractar d'estas.

SECÇÃO 2.ª

Das Leis em geral.

Origem da palavra Lei, seu uso, e character principal.

A palavra — Lei, entre os Romanos — *Lex*, no plural *Leges*, tem o seu radical ou em *legere*, ou em *ligare*, formando-se por syncope —*Lex*— o que se lê, ou o que liga.

Se tem a sua origem em *legere*, é ou porque nos primeiros tempos as Leis, para serem approvadas, erão lidas nas reuniões populares; — ou porque se escrevião em taboas, que publicamente se expunhão para serem lidas, e por todos consultadas.

Se tem origem em *ligare*, é porque este nome, da sua significação rigorosa de constranger fysicamente com prisões ou ligaduras, passou a comprehender tambem a de produzir o vinculo ou obrigação moral, que é effeito da Lei. Se esta palavra Lei teve a primeira das origens referidas, como mais provavel parece, passou ella n'este caso dos usos da Moral para as expressões da Fysica; se teve a segunda, passou da Fysica para a Moral; pois em Fysica as causas constantes, ou que não acabão, e que produzem os mesmos effeitos nos seres corporeos do

mesmo genero, dadas as mesmas circumstancias, dizem-se Leis; e taes são as Leis da attracção, as do movimento, as da vegetação, e outras: tendo todas o mesmo character principal, que se dá nas Leis moraes, que por indole e essencia são sempre regras communs para todos os casos comprehendidos na identidade de circumstancias nas mesmas regras previstas; e isto tanto porque a natureza é uma só e a mesma nos homens e nas Nações, como tambem porque — em quanto aos Cidadãos — o fim social obriga do mesmo modo a todos, dadas iguaes ou as mesmas circumstancias. Conhecêrão os Romanos a verdade e solidez d'estes nossos principios, dizendo — *Lex est commune praeceptum* — na Lei 1.ª D. *de Legibus*; — *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* — na Lei 8.ª D. *eodem.*

O que é a Lei em geral.

O sabio Mr. Delvincourt no titulo preliminar de seu excellente Curso do Codigo Civil de França diz, que a Lei em geral é a regra estabelecida por uma auctoridade, a quem se deve obedecer; e reconhece e confessa que esta definição comprehende em si, como Lei, a sentença do Juiz. Que a sentença do Juiz tem e deva ter entre as partes litigantes, que d'ella não recorrêrão, virtude ou força de Lei, é para nós evidente. Que este effeito resulta da sentença pelo preceito da Lei, seguimos nós sem hesitação, sem receio; mas negamos, que a sentença do Juiz seja em si e per si Lei; e por isso rejeitamos toda a definição de Lei, que abranja, ou comprehenda em si a sentença, pois que é ella regra unica e exclusiva em relação aos litigantes, cuja disputa termina; faltando-lhe d'este modo a qualidade characteristica de Lei, que, como proximamente mostrámos, consiste em ser regra geral ou commum. Nem a sentença Lei seria, ainda que proferida fosse pelo Poder Legislativo (11); porque nem todos os actos deste Poder são Leis, mas só e unicamente aquelles, que procurão o bem geral da Nação, e que obrigão o commum dos Cidadãos: por tanto definindo a Lei em geral, repetimos com a Lei 1.ª D. *de Legibus* — *Lex est commune praeceptum.*

Das partes elementares da Lei geralmente considerada.

Consta a Lei de dous elementos, ou partes essenciaes: é uma o — edicto, — chamado assim de — *edere*, — que significa dictar: contém ella a disposição, ou regra legislativa (12). Diz-se a outra, ou a segunda parte da Lei — sancção — de — *sancire*, — munir de auctoridade e força. Contém ella a pena, em que incorre o infractor, e que o obriga por isso a regular sua conducta, segundo o edicto ou regra legislativa. Falta, e não existe Lei, faltando ou não existindo o edicto; mas a falta de sancção expressa não torna a Lei imperfeita, nem lhe tira por isso a execução ou effeito; pois se a Lei é criminal, a designação da pena entende-se commettida ao arbitrio do Juiz, regulado pelas anologias legaes e regras d'imputação; e se é civil, entende-se como sancção ou a nullidade do acto, pelo transgressor praticado, ou pelo menos o perdimento do litigio, em que o mesmo figura.

Divisão das Leis em quanto á sua origem.

As Leis, em quanto á sua origem, dividem-se primeiramente em Divinas e Humanas, sendo Deos o Auctor d'aquellas, e estas obra dos homens. As Divinas dividem-se em simplesmente Naturaes, e Divinas Positivas: differem estas d'aquellas, em quanto nas Positivas a vontade de Deos nos é manifestada immediata e expressamente, quando nas Naturaes a vontade Divina só nos consta e apparece depois dos esforços da razão sobre a natureza do nosso ser, e relações com os objectos creados: além d'isto as Leis Divinas Positivas, promulgadas por Deos pela bôcca de Jesus Christo e dos Apostolos, confirmando a conducta, que as Leis Naturaes nos prescrevem, accrescentão o dogma, objecto da nossa crença: são por isso em razão d'elle mais abundantes e ricas.

As Leis Humanas, e Positivas tambem, pois que expressa e immediatamente nos mostrão a vontade de nossos Superiores humanos, dividem-se em Civis, ou simplesmente Positivas, — e Ecclesiasticas ou Canonicas; estas, obra dos homens, mas dotados do Poder Sagrado, e

Pastores da Igreja, têm por objecto ordinario os regulamentos disciplinares, que com os moraes e dogmaticos das Leis Divinas Positivas nos conduzem e rectamente dirigem á felicidade da vida eterna; em quanto as Leis Civis, ou simplesmente Positivas, obra do Poder Legislativo Civil, encarregadas de segurar a observancia das Leis Naturaes entre os homens, lhes procurão assim seu bem e segurança no meio do estado social durante nossa mundana e curta vida.

Differença entre as Leis Naturaes e Positivas.

Como as Leis Naturaes necessariamente resultão da natureza do nosso ser, de que faz parte a razão, por meio da qual as conhecemos, são ellas immutaveis, universaes, e independentes de toda a auctoridade humana.

As Positivas porém, podendo e devendo mesmo variar em providencias, segundo a diversidade dos climas, dos habitos, civilização, e mais circumstancias sociaes, para se levar a effeito a execução e desempenho das obrigações naturaes, são varias e differentes nas differentes e varias Nações; e em cada uma dellas mutaveis na razão das circumstancias.

Outras differenças.

As Leis Naturaes, como que impressas na consciencia de todos os individuos, obrigão necessariamente a qualquer, que tem uso de razão, em todo o tempo, em todo o lugar ou paiz; pois que a Natureza se tem encarregado a si mesma de lh'as fazer conhecer: ao contrario as Positivas, por isso que variaveis e differentes segundo os tempos, lugares e circumstancias, obrigão exclusivamente os para quem são destinadas; e só desde o momento, em que tem d'ellas conhecimento. D'esta sorte, em differença das Naturaes, exigem promulgação as Positivas; — olhão sómente ao futuro sem effeito retro-activo; — podem ser abrogadas, e tambem reproduzidas.

O exame das Leis Naturaes é por excellencia ò estudo do Jurisconsulto.

Ainda que no estado Civil, Politico, ou Social esteja nas Leis Positivas a verdadeira medida do Justo, sendo

ellas umas deducções das Naturaes, faz-se indispensavel o solido conhecimento destas para interpretarmos aquellas quando escuras, enchermos suas lacunas quando omissas, e para em fim as abrandarmos quando duras (13). A estes limites ou termos, que não são mui apertados, se deve contrahir a regra — *in omnibus aequitas spectanda*, — que saíndo para fóra d'elles, não só perigosa, mas falsa inteiramente seria em relação ao Jurisconsulto, ainda que em relação ao Legislador se deva tomar sem limites, em toda a sua extensão. É por tanto indubitavel a necessidade urgente, que tem o Jurisconsulto, de possuir a sciencia das regras da Equidade, sem a qual de certo lhe faltarão as luzes e sabedoria, que o devem caracterizar, e entre os mais distinguir.

Seguimos a Equidade, quando nos conformamos com os preceitos naturaes ainda pelas Leis Civís não confirmados; seguimos a Justiça, quando com a Lei Civil nos conformamos (14).

CAPITULO II.

Divisão das Leis em attenção ás outras suas relações.

Em quanto ao seu objecto.

As Leis em quanto ao seu objecto ou assentão e regulão as relações entre as diversas Nações, e são Leis de Direito das Gentes; — ou as dos membros da mesma Nação com o Corpo collectivo ou Governo, seu representante, e são Leis de Direito Publico; — ou regulão as relações respectivas áquelles membros, ou particulares, entre si, e são Leis Civís.

As do Direito das Gentes assentão sobre este principio: = as diversas Nações do mundo devem durante a paz fazer umas ás outras o maior bem possivel, e durante a guerra o menor mal, sem com tudo offenderem seus interesses verdadeiros. = As de Direito Publico assentão sobre este: = *salus publica* = o bem geral. As de Direito Civil sobre este: = *jus suum cuique tribuendum* = o seu a seu dono, ou o bem particular.

As Leis Portuguezas da ultima especie são o objecto das nossas applicações; por isso só temos em vista as Leis Civís nas divisões, que se seguem.

Em quanto ao modo, por que são estabelecidas.

Em quanto ao differente modo, por que são estabelecidas, dividem-se as Leis Civís em escriptas, e não escriptas: comprehendem-se n'aquellas todas as regras de conducta, expressamente declaradas pelo Poder Legislativo; consistem estas — as não escriptas ou consuetudinarias — em praticas, pelo uso unicamente adoptadas, e que recebem força obrigante do silencio da Auctoridade Soberana, que, não podendo deixar de conhecel-as em razão da sua ancianidade e publicidade, tacitamente as approva, pois que as deixa perdurar. Já os Romanos consagrárão esta verdade na L. 23 §. 1.° D. *de Legibus: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?*

Em quanto ao modo, por que dispõem.

Em quanto ao modo, por que dispõem, dividem-se as Leis Civís em imperativas, prohibitivas, e facultativas. As primeiras exigem a pratica de certos actos, como é o pagamento dos tributos. As segundas vedão ou tolhem certos procedimentos, como é o furto. As terceiras finalmente auctorizão a proceder de certo modo, deixando a cada um a faculdade ou poder de usar ou não usar de tal auctorização, como é a Lei, que permitte em todo o caso ao testador a livre disposição da terça parte dos seus bens.

Em quanto á relação, com que dispõem.

Em quanto á relação especial, com que dispõem, dividem-se as Leis em pessoaes, reaes, e mixtas. As primeiras referem-se principalmente ás pessoas; tal é a que fixa a idade da puberdade. As segundas referem-se principalmente ás cousas, entre os Romanos — *res*, d'onde

nasce o dizerem-se reaes as Leis, que a ellas principalmente se referem; taes são as Leis, que distinguem os bens em moveis e immoveis, e as que regulão a prescripção. São as terceiras finalmente as que se referem ás pessoas, e simultaneamente, e com o mesmo gráo d'attenção ás cousas; a esta especie pertencem as Leis, que regulão as disposições testamentarias. É evidente, que póde uma só e mesma Lei, sem a menor implicancia, estabelecer disposições de todas as tres especies referidas.

Em quanto ás materias especiaes, que tractão.

Dividem-se finalmente as Leis Civís em relação ás materias especiaes, que formão o seu assumpto commum, cujo complexo constitue um Direito especialissimo, o qual escripto em folhas reunidas, em que elle faz objecto exclusivo, e que o estrêmão assim de Leis, que se occupão d'outro assumpto, se diz Codigo, de — *Codex* — Latino, que entre nós significa livro. Assim, limitando-nos ao Direito Particular, ou *Jus Privatum*, que faz o nosso objecto proprio, dividimos as Leis Civís em Leis Civís em especie, e Leis Commerciaes, por exemplo: aquellas formão o Direito Civil, estas o Direito Commercial; — aquellas comprehendem-se no Codigo Civil, estas incluem-se no Codigo Commercial.

Idéa do Codigo Civil.

Vem a pêlo, ou cabe aqui muito em ordem o darmos uma idéa dos Codigos.

Chama-se Codigo Civil uma collecção de Leis, que abrangem a universalidade das pessoas e cousas, a uma Nação pertencentes. Contém as regras geraes do Direito Particular, regula o estado, e os direitos civís dos individuos, determina e modifica os effeitos do Direito de propriedade, estabelece a distincção dos bens, os diversos modos de os adquirir e transmittir, regula os effeitos das convenções e das obrigações, segundo a especial natureza de cada um dos contractos, etc.

Codigo do Commercio.

Chama-se assim o Livro, que contém o ajuntamento das Leis proprias do commercio, tanto interior, como

maritimo, o qual é applicavel ás transacções dos que fazem do mesmo profissão habitual. Contém as regras da conducta dos Negociantes de uma Nação, as de suas obrigações tanto pessoaes, como synallagmaticas ou reciprocas, e bem assim as Leis para os casos, em que taes obrigações se não cumprem ou desempenhão por motivo de fallencia, quebra, ou banca-rota (15).

Codigo Penal.

Chama-se assim aquelle, em que o Legislador characteriza as acções e omissões do homem, para serem tidas como delictos ou crimes; as circumstancias aggravantes e attenuantes da culpabilidade dos réos, quer cumplices, quer principaes, ou elles offendão as individualidades, ou façáo damno á Nação.

Estabelece, além do que fica dito, as penas em proporção com os crimes, que applicadas aos delinquentes, nunca os livrão de repararem o damno, quando a reparação é possivel.

Codigos do processo civil e criminal.

Codigo do processo civil ou judiciario é o que contém as fórmas, segundo as quaes os processos civis devem ser intentados, instruidos e julgados.

O Judiciario criminal, ou de instrucção criminal, regúla a maneira de provar e tomar conhecimento dos crimes, os modos de convencer os culpados para se lhes applicarem as penas, e se obrigarem ás indemnisações segundo a estimação dos effeitos patrimoniaes dos delictos. É evidente, que muitos mais Codigos podem dar-se; pois é bastante para isso colligir em separado Leis, que versem sobre materia commum em mais especies, como por exemplo as Leis Agrarias, das quaes ainda se podião separar as relativas ás matas, cujo complexo ou collecção formaria o Codigo Florestal, etc.

SECÇÃO 3.ª

Das Leis de Direito Publico, e de Direito Civil Portuguez.

Remissão.

Exposta antecedentemente a natureza do Direito de Cidade nas duas especies ou ramos — Direito Publico — e Direito Particular, ou Civil em accepção menos larga, nada mais resta, que applicar as já assentadas noções ao Direito proprio da nossa Cidade ou Nação.

É evidente tambem, que a nossa Jurisprudencia, a nossa Justiça e Justo têm objecto commum de referencia no nosso Direito interno, ainda que a medida da Equidade seja para nós aquella, que é tal para todo o mundo.

Codigo das Leis de Direito Publico Nacional.

O Codigo de Direito Publico, entre nós, é a Carta Constitucional da Monarquia Portugueza dada no dia 29 d'Abril de 1826, e restaurada depois pelos riscos e esforços prodigiosos de seu proprio Outorgador, o Magnanimo, e de memoria immortal, DUQUE DE BRAGANÇA, duas vezes Libertador dos Portuguezes: dá-se n'ella uma circumstancia notavel, veneranda; — é não ter origem tumultuaria, e ser um puro e simples resultado da espontaneidade e munificencia do Poder Soberano illustrado. Fixa ella a extensão do territorio, e a da auctoridade do Monarcha, os direitos e deveres dos particulares, como elementos do corpo da Nação, em quanto a suas pessoas, bens, e Religião ou Culto: regúla tambem a nossa fórma de Governo, o estabelecimento dos grandes Corpos do Estado, e a administração da Justiça, e da publica Fazenda. As Leis Judiciarias, ou que regulão o processo, quer civil quer criminal, assim como as que prescrevem as solemnidades impreteriveis dos testamentos, e as maneiras de por ultima vontade dispôr, ainda que não colligidas na Carta, pertencem ao nosso Direito Publico,

pois que têm em vista immediata o bem geral, — *salus publica*, sem que os particulares jámais as possão validamente alterar. Não podemos o mesmo ou outro tanto dizer ácerca de todas as Leis Criminaes; pois que muitas, e não poucas d'ellas ainda são entre nós de puro Direito Privado (16).

Não obstante com tudo o ser o Direito Particular Portuguez o nosso especial objecto, por occasião da faculdade de testar, — que é em si d'este Direito, — tractamos por connexão, e sem alguma excluirmos, de todas as Leis Testamentarias: methodo igual observamos em quanto ás Leis Criminaes, tractando dos delictos publicos por occasião dos crimes particulares. As Leis Mercantís porém, ou o Direito Commercial, ainda que constituem Direito Particular, têm Codigo especial entre nós, e pertence o seu estudo a outra, e não a esta Cadeira.

O que é Lei Portugueza propriamente dita, seu character, e effeitos principaes.

A Lei propriamente dita é o acto legislativo (17) das Côrtes, celebrado com as solemnidades prescriptas no art. 45. e seguintes da Carta Constitucional. A sancção, ou parte penal da Lei, como parte do Decreto, é obra do Poder Legislativo ou das Cameras Legisladoras; mas pertence ao Rei a sancção, em quanto a Lei não obriga, sem que elle lhe dê força com a sua approvação, a qual lhe póde negar com effeito absoluto; devendo porém dar-lh'a ou negar-lh'a no espaço de trinta dias — um mez — contados desde aquelle, em que lhe tiver sido apresentado o Decreto, — art. 58 e 59 da mesma.

A Lei é regra geral ou commum, pois que é igual para todos, quer proteja, quer castigue, — art. 145 §. 12 da Carta.

Tambem a Lei não produz effeito retroactivo, — §. 2.° do art. ultimamente citado.

Do tempo, em que a Lei produz obrigação.

Desde que a Lei é pública pela Gazeta official do Governo, surtem seu effeito os direitos e obrigações, que ella prescreve, ainda que os interessados a ignorem.

Digest. Portug. L. 1.° art. 30. O mesmo é poder conhecêl-a, que conhecêl-a; mui graves inconvenientes se darião no contrario: deve dar-se a favor do conhecimento da Lei, logo depois de pública nas Provincias e na Côrte, um tal grão de presumpção, que não admitta prova em contrario, a qual em Jurisprudencia se diz presumpção *juris et de jure*. A nossa Ord. L. 1. tit. 2. §. 10. deve-se reputar abolida com a publicação das Leis na Chancellaria Mór do Reino: o prazo d'oito dias para a Côrte, e de tres mezes para as Provincias depois de publicada a Lei, que esta Ordenação estabelece, não está nos bons principios para territorio tal como o nosso (18). Necessitamos Lei especial sobre este objecto, e entendemos, que deve regular o tempo da obrigação depois da publicação da Lei, segundo as differentes distancias da Côrte, e variar na razão d'ellas.

A quem pertencem as providencias regulamentares em quanto ás Leis.

São da competencia do Rei, como Chefe do Poder Executivo, os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis,—art. 75. §. 12. da Carta: taes Decretos estão na razão das Leis em quanto ao tempo do principio de obrigar. Os Decretos porém de providencias singulares, que muitas vezes não são publicados na Gazeta do Governo, e os de providencia urgente ainda geral nas attribuições do Poder Executivo, são remettidos á Auctoridade ou Repartições competentes, e esta participação suppre a falta da sua publicação.

Quando aproveita a ignorancia e erro em quanto á Lei.

Alguma largueza teremos no exame da materia promettida na inscripção d'este §., pois que entendemos, que as disposições das Leis Romanas quanto a ella se não achão cabalmente averiguadas.

Enumera-se commummente a ignorancia e erro sobre a Lei entre as faltas ou omissões da diligencia imputaveis, e n'esta consideração é seguido geralmente, que a ninguem

guem aproveita, sendo esta a decisão do Decr. de 9 de Setembro de 1747; mas tem excepções esta regra, como as outras regras todas.

Os preceitos do Direito Natural, em que para o homem se instruir basta entrar em si mesmo, e consultar a sua propria razão, não se podem ignorar senão por negligencia imputavel: a offensa, ainda por ignorancia da Lei Civil, que os adopta, merece a pena ordinaria: tal é a sentença da L. 2. C. *de in jus vocando*, segundo a qual o filho, que sem venia do Pretor ou Magistrado chama a Juizo seu pai, ainda ignorando que uma Lei Civil lh'o prohibe, não é isento da multa de cincoenta escudos d'ouro, pois que o Direito Natural é bastante para o instruir do respeito, que elle deve a quem lhe deu a existencia.

Do mesmo modo e com o mesmo fundamento decide a L. 38 D. *ad Legem Juliam de adulteriis*, que quem com ignorancia da Lei Civil commetteo incesto com a filha de sua propria mulher, soffrerá a mesma pena, que applicada lhe seria, se procedesse por dolo.

A ignorancia das Leis rigorosa e unicamente Civís, mas que têm respeito e referencia á policia, harmonia e ordem pública, não é causa attenuante de pena, nem mesmo nos Estrangeiros depois de sufficiente demora — em quanto a estes, — que sirva de base ou fundamento á presumpção da sciencia e conhecimento das Leis; pois têm aqui cabimento os principios: — *Intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus. Si Romae fueris, Romano vivito more.*

É porém de advertir, que a ignorancia das Leis; que tendem á ordem pública, será justo motivo de escusa para evitar toda a pena, se ella em sua causa ou origem é involuntaria ou invencivel, sem que estas qualidades se requeirão em todo o rigor da palavra. Assim a L. 15 §. 5. D. *ad Legem Corneliam de falsis* isenta de toda a pena a filha, que por ordem da testadora escreve no testamento da mãi o legado, que esta lhe deixa, ignorando aquella a Lei, que lhe prohibe o escrevel-o. Assim a L. 38. §. 2. D. *ad Legem Juliam de adulteriis* escusa e não pune a mulher, que com ignorancia da Lei commetteo incesto, quando elle sómente é pelas Leis Civís

prohibido. Assim a L. 7. §. 4. D. *de jurisdictione* isenta das penas estabelecidas contra os que dilacerão ou supprimem os edictos publicamente affixados, as pessoas, que o fazem por simplicidade e falta de discrição, *per simplicitatem et rusticitatem.* Assim finalmente, para não sermos muito largos, segundo a L. 2. §. 1. D. *si quis in jus vocatus non iverit*, a multa, com que o Magistrado castigava a contumacia, não tinha applicação ás pessoas, por falta d'educação incultas.

Mas é mister tambem advertir, que as disposições e sentenças, que acabamos d'expôr, não podem ser estendidas fóra de suas especies precisas, e que o Juiz, que absolvesse o autor de um crime ou delicto pela só consideração de elle o haver commettido por ignorancia da Lei, fazendo-se Legislador, faltava mui gravemente ás suas obrigações.

Em quanto ás Leis Civís de puro Direito Privado, a sua ignorancia jámais póde aproveitar a quem, laborando n'ella, procura adquirir ou lucrar. *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus* — diz a L. 7 D. *de juris et facti ignorantia.* Assim não póde ella servir á prescripção, como formalmente decide no mesmo titulo a L. 4, além do exemplo que temos na L. 2. §. 15 D. *pro emptore*, onde o que tem comprado ao pupillo o predio, de que este não era senhor, ou em que não tinha dominio, nunca póde prescrevel-o como possuidor de boa fé, ainda que accreditasse que o pupillo podia dispôr de seus bens sem auctoridade do tutor.

Não fazem excepção as mulheres na regra, que estabelecida se deixa. — *Juris error nec foeminis in compendiis* (18) *prodest* — são os termos da L. 8. D. *de juris et facti ignorantia*, a qual tem a sua razão de decidir na Lei 110. *in fine* D. *de regulis juris:* — *Mulieribus tunc succurrendum est, cum defenduntur, non ut calumnientur.* Embora Borges Carneiro na sua *Introducção ao Direito Civil de Portugal* §. 11 n.° 15 ponha a par dos menores e soldados as mulheres para lucrarem com ignorancia da Lei: a Lei, que referimos, é expressa contra tal opinião; assim como a Lei 11. C. *eod.:* — *Quamvis in lucro nec foeminis jus ignorantibus subveniri soleat, attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant.*

Aos menores sim aproveita a ignorancia de Direito, ainda para lucrar: a ultima Lei transcripta o decide claramente, além da generalidade e indistincção, com que falla a L. 9 D. *eod.*: — *Minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est.* Do mesmo modo se decide no §. 2. da L. 11. C. *eod.*, penultimamente citada a favor dos militares.

Diz-se commummente, que a ignorancia da Lei não prejudica, quando se trata de perder; mas esta proposição requer ser explicada.

Distinguem-se em Direito duas especies de perda: uma diz-se *damnum amittendae rei*, e dá-se no caso, em que, sem se ter ainda verdadeira e effectivamente perdido o dominio de uma cousa, elle se crê muito proximo a perder-se, ou porque seu dono seja obrigado a entregal-a, ou porque ella se ache nas mãos de um terceiro possuidor. A outra especie de perda diz-se *damnum amissae rei*, e tem lugar, quando se tem perdido verdadeira e effectivamente todo o direito na cousa.

A ignorancia da Lei não faz mal, ou não prejudica no caso da primeira d'estas especies de perda: *Omnibus error juris in damnis amittendae rei suae non nocet* — é a decisão muito expressa da L. 8. do titulo já muitas vezes citado. Assim um, que por erro ou ignorancia da Lei tem pensado por muitos annos, que uma herança, a que a Lei o chamava, pertence segundo o Direito a outro, não deixa de ser admittido a revindical-a, quando o seu erro ou ignorancia se dissipa: e reciprocamente aquelle, que por um erro da mesma natureza se tem accreditado herdeiro de um defuncto, e tem em consequencia percebido e recebido por muitos annos os fructos de tal herança, não póde ser obrigado a restituir os fructos consumidos em boa fé, não se achando mais rico por causa d'ella ao tempo, em que a demanda é contra elle intentada; porque seria preciso n'este caso cortar pelos seus proprios bens para satisfazer o objecto da restituição, — os rendimentos consumidos; assim perderia dos seus bens proprios, soffreria o damno *amittendae rei suae*, o que o Direito não permitte. É o que decide a L. 25. §. 6. D. *de haereditatis petitione.* Em resultado do que deixamos escripto, póde dizer-se em geral, que toda a obri-

gação contrahida por ignorancia ou erro de Direito nenhuma consideração merece.

Em quanto porém ás perdas, que consistem em damno *rei jam amissae*, alguns interpretes, e com muita especialidade Vinnio, *Select. quaest.* liv. 1. cap. 47 convém em que a ignorancia da Lei não póde dar fundamento á repetição, quando tem havido uma razão justa para pagar ou para entregar a cousa; mas pretendem que a ignorancia da Lei não prejudica, quando a entrega ou pagamento feito não teve outro fundamento, senão a mesma ignorancia. No nosso entender porém a distincção de Vinnio e seus sectarios é inteiramente infundada.

A L. 10. C. *de juris et fact. ignorantia* decide: — *Si quis ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio.* São tão geraes estas palavras, que se não podem contrahir ao caso, em que, o que pagou por ignorancia da Lei, tivesse alguma justa razão para fazer o pagamento.

Vê-se de mais — 1.° na L. 2. do mesmo titulo, que o filho maior, que renunciou a herança de sua mãi com ignorancia de Direito, não póde ao diante ser admittido a reclamal-a; — 2.° na L. 3. D. *ad Senatusconsultum Macedonianum*, que não se póde repulsar a excepção do mesmo *Senatusconsulto*, quando por ignorancia da Lei se accredita emancipado o filho-familias, a quem se emprestou dinheiro; — 3.° na L. 29. §. 1. D. *mandati*, que o fiador, que com ignorancia da Lei pagou ao crédor o que a este não devia, não póde ser attendido ao repetir o que o crédor recebeo. Manifestamente nestes tres casos ou especies não tem lugar a repetição, ainda que a ignorancia da Lei seja a unica e exclusiva causa do pagamento realizado.

Vinnio e seus partidarios oppõem a L. 7. D. *de juris et facti ignorantia*, a qual diz: — *Juris ignorantia . . . . . suum petentibus non nocet.* Esta Lei na verdade prova, que a ignorancia de Direito não faz mal, não prejudica para se perder aquillo, que ainda é nosso; mas involve abuso grande de termos o concluir-se por ella, que a ignorancia da Lei não prohibe repetir um objecto, uma somma, que pela sua tradição já passou a dominio alheio. A palavra *suum* não póde characterizar uma cousa, que se tem pago indevidamente; porque depois do

pagamento ella não é mais propriedade do devedor putativo: desde esse momento elle não póde chamal-a sua; tanto assim, que nos casos, em que a repetição d'aquillo que se entregou é permittida, ella não se exercita por uma acção real, mas sim e tão sómente por uma acção pessoal, *condictio indebiti* chamada.

Argumenta-se ainda dizendo, que quem recebe o que lhe não é devido, não póde ter melhor causa, que a de quem pagou o que não devia. Concedemos; mas por isso mesmo que sua causa é igual, aquelle, a quem se fez a tradição, está em melhor condição, pela regra: *In pari causa melior est conditio possidentis.*

Insiste-se dizendo, que segundo o nosso systema se admitte, que uma obrigação póde dar-se e existir sem causa, pois que é o mesmo que não existir causa da obrigação o existir ella, mas falsa. Esta consequencia teria lugar, se pretendessemos, que a ignorancia de Direito prejudica para perdermos aquillo, que é ainda nosso; mas nós sustentamos sómente, que ella prejudica apenas para se não poder repetir aquillo, que já não é nosso; o que é caso inteiramente e muito outro. Certamente uma obrigação não póde existir sem causa, ou com causa falsa, que é o mesmo; e por isso é que uma pessoa obrigada por ignorancia da Lei ou Direito deve ser dispensada da execução do contracto: mas se esta pessoa effectiva e cégamente pagou, esta tradição effectiva formará um obstaculo invencivel a toda a especie de repetição da sua parte.

Resta unicamente saber, se esta ultima jurisprudencia deve, ou não, ter lugar e observancia entre nós.

Grocio na sua *Introducção á Jurisprudencia da Hollanda* liv. 3. cap. 30 n. 19., e Vanleuwen em sua *Censura forensis* a reprovão como contraria á razão. Voët sustenta o opposto no seu *Commentario ao Digesto* Tit. *de condictione indebiti.* E em verdade, partindo do principio, que ninguem se presume ignorar o Direito ou as Leis, depois que são promulgadas, — principio duro ou não duro, mas que a ordem pública exige, — deve suppôr-se, que quem entregou ou pagou uma cousa, que a Lei o auctorizava a reter em seu dominio, o fez com maduro conhecimento, e na firme intenção

de renunciar todo o direito até ao ultimo real, que n'ella tinha, salvo se é demente ou menor.

O Sr. Corrêa Telles no *Digesto Portuguez* liv. 1. art. 38 segue Vinnio, e por consequencia Grocio e Vanleuwen: com tudo, sem faltar ao respeito, que um *Novico* deve ter, e *em realidade tem*, para com *um Professo tão sabio e avançado como o Sr. Corrêa Telles*, o fundamento allegado no art. 39 do mesmo liv. não é valente para nós, ainda que não padecemos *paixão d'amor, cegueira, nem aferro pelo Direito Romano.* Este fundamento foi aproveitado pelo Sr. Corrêa Telles do discurso do Tribuno Jaubert sobre parte da Legislação Civil de França a respeito dos contractos e obrigações: — *et de l'équité naturelle, qui ne permet de s'enrichir aux dépens d'autrui;* — isto em relação á disposição do art. 1235 do Codigo Francez.

« Desde que a Lei é pública pela Gazeta official do Governo, os direitos e obrigações, que ella produz, surtem o seu effeito, ainda que os interessados a ignorem » — diz o *Digesto Portuguez eod.* art. 30. Aqui temos abraçada a presumpção *juris et de jure* a favor do conhecimento das Leis em todos os Cidadãos.

« Quando a ignorancia de Direito foi a unica causa d'alguem . . . . . pagar o que nem civil nem naturalmente devia, ... o pagamento póde ser reclamado » — diz o mesmo *Digesto eod.* art. 38; opinião de Vinnio.

« Por quanto ninguem se deve locupletar com o alheio em detrimento ou injuria d'outro » — o mesmo *Digesto eod.* art. 39; fundamento do discurso de Jaubert, já transcripto.

A razão allegada no ultimo art. transcripto do *Digesto Portuguez* procede no caso, em que o outro, ou o que pagou, não consente no seu damno; porque se consente, não procede, pela regra ou antes axioma: *Volenti et consentienti nulla fit injuria.* Ora o outro, ou o que pagou, pelo art. em primeiro lugar transcripto sabía as Leis, e por consequencia sabía que não devia aquillo, que pagou ou entregou; e se entregou ou pagou o que sabía não dever, não pagou, mas quiz dar: e como quem dá, perde por isso mesmo todo o direito, que tinha ao que deu, e que alguem lhe acceitou; segue-se que quem pagou o que

não devia nem civil nem naturalmente, fica sem o menor direito para reclamar o que pagou, contra o que se diz no art. intermedio dos que deixamos transcriptos do *Digesto Portuguez*.

Cumpre ainda notar, que aquelle art. 38 do *Digesto Portuguez* no 1.º Tomo é acubertado com a auctoridade de Vinnio e de Domat liv. 1. tit. 18 secç. 1. art. 14§ mas Domat, a quem com a maior justiça e verdade Boileau n'uma carta a seu amigo Brossette chama — *le restaurateur de la raison dans la Jurisprudence*, — no citado art. 14 só auctoriza, nem podia deixar de auctorizar, a parte do art. do *Digesto*, que temos em vista, nas palavras: — *Quando a ignorancia de Direito foi causa unica d'alguem se obrigar . . . . . a obrigação é nulla . . . . .* Donde se infere, que Domat, longe d'auctorizar toda a doutrina do *Digesto Portuguez*, auctoriza a nossa, distinguindo damno *rei amittendae*, e damno *rei jam amissae*, para se evitar o primeiro dos quaes aproveita a ignorancia da Lei, e não para evitar o segundo, tudo em harmonia com as Leis Romanas.

Não obstante o que temos ponderado, seguimos que entre nós não póde ter observancia o Direito Romano n'esta parte; mas tomamos diverso rumo para isso.

O que pagou por erro ou ignorancia de Direito o que não devia, suppoz verdadeira a divida; mas a divida, ou não divida, é um *facto:* e como o erro ácerca de *facto* não prejudica nem ainda ao mais prudente, até mesmo segundo as Leis Romanas, o que é muito conforme á razão; segue-se, que o pagamento satisfeito com a falsa supposição da existencia da divida, ainda que occasionado pela ignorancia de Direito, não póde ser-lhe nocivo, e que por isso o enganado em quanto *ao facto — divida* — póde reclamar o pagamento. Este é o verdadeiro fundamento, que argúe de ser nesta parte contrario á razão o Direito Romano, o qual por isso é repellido pelo §. 9 da Lei de 18 d'Agosto de 1769 de ser subsidiario entre nós.

O fundamento, que tomamos contra o Direito Romano, é o que sustenta o art. 1235. do Codigo Civil de França, e se deduz da sua simples redacção:

« *Todo o pagamento suppõe uma divida: o que foi pago, sem ser devido, é sujeito á repetição.* » No nosso entender Jaubert marchava melhor por este caminho.

Cumpre porém advertir, que a nossa opinião, finalmente emittida, sobre o direito, que tem entre nós o devedor putativo para repetir o pagamento, procede nos termos do mencionado art. 38 do Tom. 1. do *Digesto Portuguez;* isto é, quando a ignorancia de Direito foi causa *unica* de se realizar o pagamento: mas se na presença das circumstancias apparece o mais ligeiro fundamento para se presumir, que o pagamento póde haver tido outra causa, desapparece, não se dá o direito de repetil-o. Assim, se um dos coherdeiros por ignorancia de Direito pagou toda uma divida do defunto, não póde repetir do crédor o pagamento, mas sim dos outros coherdeiros as partes, a que estavão obrigados na mesma divida: e isto porque nestas circumstancias prevalece á da ignorancia a presumpção de que elle quiz fazer o pagamento total, a que não era obrigado, por attenção e em honra da memoria do defunto. Tal é tambem a opinião de Domat art. 14 supracitado com os seguintes 15 e 16. Tal é igualmente a opinião de Delvincourt nota 2. á pag. 124. do liv. 3.; e tal é finalmente a opinião do Sr. Corrêa Telles, como se infere da redacção do seu art., que nos tem occupado (19).

CAPITULO II.

Das fontes das regras de conducta dos Cidadãos Portuguezes, ou do nosso Direito Patrio.

1.ª FONTE — *As Leis compiladas.*

AS regras dos deveres dos Cidadãos Portuguezes procurão-se, vão buscar-se á sua origem, ou vão beber-se nas fontes especiaes, d'onde nascem. Enumerando aqui estas fontes, damos com razão a preferencia ás nossas Leis compiladas.

As Leis compiladas são as que se achão em collecções auctorizadas ou authenticas, — Codigos. Além do nosso Codigo das Leis de Direito Publico, de que já fallámos, o

que nós os Portuguezes *remimos com o nosso sangue*, temos no Decreto de 21 de Maio de 1841 á Legislação Judiciaria vigente, tanto para o proseguimento civil, como para o criminal, codificada segundo a auctorização concedida ao Poder Executivo pelo Legislativo na Carta de Lei de 28 de Novembro de 1840. Temos igualmente o Codigo Commercial Portuguez, compilado e redigido pelo sabio, já morto, e sempre com razão chorado, Jurisconsulto José Ferreira Borges; Codigo, que além das materias commerciaes de Direito Particular, contém a parte relativa ás acções commerciaes, e organização do *Fôro Mercantil*. Foi elle auctorizado pelo Decreto da Dictadura PROVEITOSA de 18 de Setembro de 1833.

Trouxerão os tres mencionados Codigos muitas e grandes alterações, e substituições muito notaveis ao Codigo geral antigo, — as Ordenações do Reino, que vulgarmente se chamão *Ordenações Filippinas*, publicadas em 11 de Janeiro de 1603, durando ainda n'estes Reinos a violenta dominação dos Reis Catholicos. Foi emprehendido este Codigo por Filippe II. de Castella, e 1.° em Portugal, mas publicado depois d'elle, reinando Filippe III. seu filho. Do nome dos auctores da resolução e execução de tal obra deriva ella o nome d'Ordenações Filippinas. Só tal origem bastava, — se outras causas não houvera, — para que o brio e primor Portuguez a tivesse eliminado e proscripto, substituindo-lhe outra perfeita, e que tivesse origem pura.

A Collecção ou Ordenações dos Filippes de Castella, — Ordenações, que ainda hoje obrigão os Portuguezes, — contém o mesmo numero de Livros, e observão a mesma ordem das Ordenações anteriores dos Reis Portuguezes D. Affonso V. e D. Manoel; mas nas Ordenações dos Filippes entrárão demais alguns titulos e §§., tirados das Leis de D. Manoel, D. João III., e D. Sebastião, que na sua Collecção metteo Duarte Nunes de Leão; nas dos Filippes porém alterárão-se muitas disposições das Collecções anteriores.

Das Ordenações Filippinas forão principaes collaboradores Paulo Affonso e Pedro Barbosa, Desembargadores do Paço, e com estes trabalhárão Jorge de Cabedo e Damião d'Aguiar. O Alvará de 25 de Janeiro de 1775 im-

puta aos Jesuitas a resolução deste Codigo, que chama compilação superflua e intempestiva, e por causa d'ella aos Jesuitas — maquinadores nocivos. O Direito Civil ou Particular, que faz o nosso objecto, acha-se, se não todo, quasi todo no Livro 4.° destas Ordenações; mas com tantas lacunas ou omissões, e tão desordenadamente ordenado, que, tendo Codigo, é melhor e mais exacto dizermos, que o não temos. Expulsados os Filippes, não forão expulsas as suas Ordenações, antes forão confirmadas, auctorizadas e revalidadas, reinando em Portugal D. João IV., por Lei de 29 de Janeiro de 1643, que revogou de mais a mais, e com excepções muito poucas, as Leis anteriores ás mesmas Ordenações Filippinas.

2.ª FONTE — *Leis Extravagantes.*

As Leis Extravagantes são as que andão fóra e não encorporadas nos Codigos; e d'aqui lhe vem o nome, que as distingue, contrapondo-as ás compiladas. Ha d'Extravagantes varias castas, das quaes vamos tratar.

Leis — 1.ª ESPECIE D'EXTRAVAGANTES.

As *Leis* em especie, ou propriamente ditas, denominavão-se assim, por conterem disposições duradouras, permanentes. Chamavão-se *Cartas de Lei*, *Cartas patentes;* começavão pelo nome do Rei, que as assignava com Guarda; erão referendadas pelo Secretario d'Estado respectivo; erão publicadas na Chancellaria Mór do Reino.

Alvarás — 2.ª ESPECIE.

Começavão — *Eu ElRei;* o Rei os assignava, assim como o Secretario d'Estado respectivo; tinhão a mesma publicação, que as Leis. Continhão disposições de effeito limitado a um anno; circumstancia esta, que se não observava, porque os mesmos Alvarás acautelavão expressamente a perpetuidade de suas providencias. Assim tomavão a natureza de Leis, e se dizião por isso — *Alvarás de Lei*, *com força de Lei*, *em fórma de Lei*, — nomes e natureza, que lhes competião sempre que ex-

pressamente elles não declarassem, que sua disposição ficava limitada a tempo certo. Feb. *Decis.* 167 n. 3.

Cartas Regias — 3.ª ESPECIE.

Estas erão dirigidas a certas Auctoridades; começavão pelo nome da pessoa, a quem erão dirigidas, depois do qual se seguia — *Eu ElRei vos envio muito saudar.* — Continhão algumas vezes disposição legislativa; e por esta unica circumstancia é que aqui as relacionamos. É evidente, que não tinhão a publicidade dos Alvarás e das Leis.

Decretos — 4.ª ESPECIE.

Principiavão pela exposição da providencia, sem ElRei se dirigir a pessoa certa ou determinada; e erão assignados por elle com a Rubrica. Sempre que não recaião sobre negocio e pessoa determinada, tinhão a natureza da Lei, isto é, erão regra commum ou geral. Erão remettidos á Auctoridade ou Repartição competente.

Resoluções de Consulta — 5.ª ESPECIE.

Assentão sobre pareceres dos Tribunaes, assentando muitas vezes estes sobre resposta do Procurador da Corôa. As Resoluções erão escriptas á margem das propostas; o Rei as assignava com Rubrica, ainda que algumas ha assignadas pelo Secretario d'Estado. Algumas vezes mandavão que vigorasse a mesma providencia nos demais casos similhantes; e como taes é que aqui têm cabimento.

Provisões dos Tribunaes — 6.ª ESPECIE.

Estas Provisões erão expedidas pelos Tribunaes sobre materia de sua competencia; principiavão — *Dom F., por graça de Deos.* — Quando erão passadas pelo simples expediente do Tribunal, tinhão sómente vigor para o caso, de que tratavão, e não podião alterar, nem estabelecer Lei; mas quando passadas por virtude de Resolução ou Decreto, tinhão a mesma auctoridade d'estes.

Avisos e Portarias — 7.ª ESPECIE.

Erão os Avisos e Portarias, e ainda são as Portarias, ordens, que os Secretarios d'Estado expedem com a sua assignatura em nome do Soberano. A Orden. Liv. 2. Tit. 41 prohibe aos Empregados públicos o fazerem obra por ellas, ou cumpril-as; todavia por abuso não faltão exemplos d'Avisos não só com providencias novas, mas alterando e derogando Leis até alli observadas.

3.ª FONTE — *Assentos da Casa da Supplicação.*

São parte da nossa Legislação, e têm toda a auctoridade de Lei, os Assentos tomados na Mesa grande do extincto Tribunal da Casa da Supplicação sobre interpretação das Leis; isto em conformidade com a Ord. Liv. 1. Tit. 5. §. 5., e Lei de 18 d'Agosto de 1769. §. 4.

4.ª FONTE — *Direito subsidiario.*

Quando não temos Lei Patria, nascida de alguma d'estas fontes, que acabamos de apontar, nem por isso nos dirigimos por nossa solta vontade; seguimos o que manda a Equidade por escala nas Leis Romanas, se são conformes a ella. Mas nas especies commerciaes, maritimas e economicas, faltando Lei Portugueza, têm preferencia ás Romanas os Codigos accreditados das Nações cultas da Europa. Cit. Lei de 18 d'Agosto §. 9.

5.ª FONTE — *Direito Canonico.*

Algumas vezes as Ordenações mandão observar este Direito; e a Lei de 18 d'Agosto de 1769 §. 12. manda que os *Ministros e Consistorios Ecclesiasticos observem nas decisões da sua inspecção.*

6.ª FONTE — *Costumes.*

O costume dá regras para a nossa conducta, como as dá a Lei escripta; mas para que isto aconteça, devem reu-

nir-se n'elle os seguintes requisitos: 1.° não ser contrario á Justiça, por se não oppôr a Lei escripta; 2.° ser conforme á Equidade; 3. ter tido observancia por tempo, que exceda a cem annos. Acha-se assim regulado pela Lei de 18 de Agosto de 1769. §. 14.

SECÇÃO 4.ª

Da Interpretação das Leis.

O que é Interpretação da Lei, e suas especies.

Interpretar — talvez formado das palavras *inter* e *partes* — parece ter significado primeiramente a emissão d'uma idêa conciliadora entre partes ou pessoas, que discordavão sobre a intelligencia d'uma proposição obscura. É com tudo certo, que interpretar exprime em si, e nos nomes, que em todas as linguas lhe correspondem, a idêa de enunciar o esclarecimento d'uma materia, d'um ponto, d'uma proposição difficil por obscura ou ambigua. D'aqui se formou a palavra interpretação, — acto d'interpretar, — que em relação á Lei é a *exposição fundamentada do verdadeiro sentido d'uma Lei, que é escura ou ambigua.*

Parece tambem que sendo as Leis uns remedios tendentes ou a curar, ou a prevenir as enfermidades sociaes, a fim de que este corpo, chamado Politico, em si, e em todos os seus membros, se conserve são, forte e robusto; o seu Medico, o Poder Legislativo, — que tem por Enfermeiro o Executivo, — devia ser o unico apto e proprio para explicar a receita, isto é a Lei; e em verdade isto assim é naturalmente: — *Ejus est legem interpretare, cujus est legem condere.* E neste sentido bem disse o Imperador Justiniano na L. 12. C. *de Legibus: Qui enim legum aenigmata solvere et aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?* Mas viria tarde o remedio muitas vezes; e para o enfermo ter allivio, entra na scena *interinamente* um prudente explicador da receita, que é escura; e aqui é que corre risco tanto a Legislação, como a Medica sciencia.

Não é por tanto a interpretação da Lei exclusiva do Legislador; e por isso em relação á diversidade do auctor divide-se ella em *Authentica* e *Doutrinal*. Aquella, feita pelo Legislador, ou por outrem debaixo da sua auctoridade, impõe a obrigação de ser observada no mesmo gráo, em que a Lei a estabeleceria, se, por clara, da interpretação não carecesse; daqui deriva o nome *d'Authentica*. Entre nós actualmente está connexa com o Poder Legislativo, a que naturalmente é ligada, — art. 13. §. 6. da Carta. A *Doutrinal* é feita por quem não póde obrigar, e por isso essencialmente não faz mais, do que ensinar o sentido, que attribue á Lei; e como propõe razões e argumentos para convencer os outros d'elle, dahi provêm o nome de *Doutrinal — a docendo* — ensinar. Pertence ao Jurisconsulto.

A interpretação da Lei em relação aos meios, de que se serve para ella o seu auctor ou o Interprete, divide-se em *Grammatica*, *Logica*, e *Usual*. — É *Grammatica*, se simplesmente pelo exame das palavras e noções dos termos da Lei se procura penetrar o seu espirito e descobrir o seu sentido; é *Logica*, quando prescindindo do cuidado e exame verbal, e raciocinando sobre os motivos, razões e fim, que determinárão o Legislador, se conclue sobre a sentença ou disposição da Lei, ainda mesmo abstrahindo da resistencia, que esta encontre na significação natural e propria das palavras, de que a Lei usa. É *Usual*, quando o Interprete a nada mais attende, do que ao sentido, que pelo uso e pratica do Fôro se attribue á Lei.

Esta ultima especie d'Interpretação póde ganhar a mesma força, que a Authentica tem em sua origem, se ella abraçar um sentido diuturno e invariavel, que a Lei no Fôro tenha tido: por quanto, se o simples costume sem Lei póde constituir direito obrigatorio, que se chama direito consuetudinario, como já notámos; por força de maior razão tal obrigação deve resultar do costume assentado sobre a Lei, indicando o sentido desta. Por isso é que bem diz a L. 37. D. *de Legibus: — Optima enim est legum interpres consuetudo.*

Em relação ao fim, que o Interprete procura ou têm em vista, tambem a Interpretação recebe nova divisão. Se elle pretende unicamente deduzir a disposição da Lei

da sua razão, restricta á simples e natural significação das palavras da mesma Lei, a Interpretação é *Declarativa;* se elle deixa a maior extensão, a que as noções das palavras o levarião, para dar o sentido á Lei, e permanece dentro dos limites da razão da mesma, a Interpretação é *Restrictiva;* se elle em fim passa além dos limites das noções das palavras, e segue um sentido mais largo, a que a razão da Lei o conduz, a Interpretação é *Extensiva.*

Necessidade da interpretação em quanto ás Leis.

Nem sempre o Legislador póde acautelar e prever todas as especies possiveis, e que, como taes, se realizão depois da Lei promulgada: tambem, por mais attento que elle seja, não póde constante e totalmente evitar, que as palavras, de que usa, se não fação susceptiveis de varios e differentes sentidos.

De mais em materia criminal, quando resolve e fórma a Lei, vê elle só o delicto, e não vê o criminoso, nem as circumstancias infinitas, em que este póde achar-se, as quaes fazem variar a sua moralidade. Por todos estes motivos é a interpretação das Leis necessaria, indispensavel.

Qualidades necessarias no Interprete.

O Jurisconsulto chamado pelos litigantes a raciocinar, a discorrer e a decidir sobre as Leis, para lhes descobrir as sentenças, e sua applicação appropriada ás especies occorrentes, deve possuir os conhecimentos e costumes d'um Filosofo, isto é, d'um sabio, que tenha valor para domar as paixões proprias, e combater as dos outros. Se considerações de interesse, d'amizade, de desaffeição, e respeitos por pessoas e partidos o dominão, elle em lugar de Sacerdote é um algoz da Justiça, é um criminoso público, o peor dos cidadãos, o aleivoso violador da santidade das Leis, que excede em perversidade o parricida.

Quando é permittido interpretar as Leis.

As Leis Naturaes não podem ser arguidas de faltas de redacção: a Natureza não tem descuidos, quando nossos deveres nos indica: siga-se a *Razão*, e n'este preceito está tudo.

Em quanto ás Leis Civís, é um principio certo e fixo, que nunca nos é permittido interpretar a Lei para lhe darmos um sentido, que altéra, ainda que em pouco, aquelle, que sem dúvida e claramente ella appresenta. Desde que a Lei falla claramente, nada mais resta, que obedecer-lhe e cumpril-a, sem que nos demore ou estorve a idéa de máos resultados da sua observancia; pois que todos, quaesquer que elles sejão, e que ella possa produzir, se devem reputar pelo Legislador previstos e ponderados. Se pois nos não é licito deixar de observar a clara disposição da Lei, involve absurdo o interpretar a Lei clara; pois é absurdo explicar o que está por si explicado, e procurar conhecer o que está perfeitamente conhecido: *nisi utile est, quod facimus, stulta est gloria.*

Regras para a interpretação e applicação das Leis.

Como as Leis Civís são resultados, derivações e consequencias das Naturaes, deve antes de tudo o Interprete instruir-se na Equidade, para resolver por ella a escuridade ou ambiguidade da Lei.

Se a escuridade nasce dos termos ou palavras, em que a Lei se enuncia, limita-se o seu dever ao conhecimento das noções d'estas, para o que deve achar-se do mesmo modo instruido na linguagem juridica; e neste intuito dar-se ao estudo do Tit. penult. do Dig., e do 38 do Liv. 6.° do Cod. *de verborum et rerum significatione.*

Póde dar-se ambiguidade e escuridade na Lei, não obstante a clareza das palavras, em que ella se enuncía: então é que são cabidas as regras, que a *Razão* tem assentado com os auxilios da experiencia, e cuja applicação exige no Interprete uma Logica segura, um espirito illustrado superior a prevenções, e uma probidade a toda a prova. Apontaremos aqui algumas das principaes d'estas regras.

Para

Para explicarmos o sentido d'uma Lei, devemos com preferencia attender áquelle, que ella tem tido no uso e pratica do Fôro, como n'outra parte mostrámos. *Optima enim est interpres consuetudo* — diz a L. 37. D. *de Legibus.*

Quando a disposição legal nos offerece dous sentidos, um dos quaes priva a Lei de ter effeito, deve ella no outro tomar-se; porque uma Lei nunca póde ter sido feita ociosa e inutilmente. Se offerece varios sentidos, que dão diversos effeitos á Lei, e se um não tem sido pelo uso preferido, deve preferir aquelle, em que menos rigor se der. *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* — diz a L. 18. D. *de Legibus.*

Se a Lei offerece muitos sentidos, e nenhum d'elles é mais brando e favoravel que os outros, versando ella sobre preceito Natural, prefere o sentido mais conforme á Natureza. Se a Lei é puramente Positiva, deve o Interprete esforçar-se por descubrir o fim, que o Legislador se propoz, e dar á Lei o sentido mais conforme a este fim. Para que o Interprete conheça a intenção e fim do Legislador, é necessario considerar a Lei em todas as suas partes; e se depois de maduro exame sobre ellas, ainda se não descobre tal fim, confere-se a parte escura da Lei com todas as outras Leis relativas á mesma materia, de que a Lei escura trata. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur* — diz a L. 26. D. *de Legibus.* E a razão d'este preceito é facil de conhecer: um mesmo espirito deve ter dictado a mesma Lei, assim como o mesmo espirito deve ter presidido á confecção de todas as Leis, promulgadas sobre uma e a mesma materia ou objecto.

E poderá uma Lei, clara no que dispõe, mas cujo motivo e razão se não podem penetrar, ser por nós interpretada, e isto com influencia na sua observancia? Já vimos, que em nenhum caso a Lei clara deve ser interpretada, e isto nem ainda quando da sua observancia inconvenientes resultão. A observancia das Leis não póde ser dependente da nossa sagacidade ou destreza; e não é raro, antes é frequente, encontrarmos Leis, cujas razões e motivos são difficeis de descubrir aos genios mais atilados, sem que ellas por isso deixem de ser Leis obrigatorias. *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt,*

ratio reddi potest — L. 20 D. *de Legibus. Multa jure civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest* — L. 51 §. 2. D. *ad Legem Aquiliam.* O Interprete segue umas regras, o Legislador segue e tem outras; este pésa as conveniencias e inconveniencias das Leis, e assim se delibera a abrogal-as, derogal-as, ou conserval-as; — aquelle não syndica, nem se occupa com utilidades de Leis: o seu dever é cumpril-as, e explical-as aos outros, para que tambem as cumprão, e igualmente observem.

Temos Leis, que devemos ampliar; ha outras, cujo sentido devemos restringir; mas tambem as ha, que não soffrem modificação alguma d'estas. As relativas á publica utilidade, á liberdade, á humanidade, ou a outra materia favoravel, como a protecção, que merecem certas classes de pessoas, por exemplo, a Igreja, as viuvas, os menores e os orfãos, admittem ampliação, quando escuras. Se assim não fosse, e taes Leis se restringissem no sentido, o que estabelecem a favor de taes pessoas, tornar-se-lhes-hia nocivo, o que seria absurdo. *Quod favore quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem earum nolumus inventum videri* — L. 5. C. *de Legibus.*

Ao contrario as Leis, que tendem a coarctar a natural liberdade, as repressivas dos crimes, pois que procurão mais intimidar, que punir, quando escuras, devem contrahir-se, adoçar-se. *In poenalibus causis benignius interpretandum* — L. 155 §. ult. D. *de regulis juris.* Por igual ou similhante razão nos devemos decidir antes em favor do devedor, que do credor, quando se torna impossivel descubrirmos a intenção do Legislador, ou das partes contractantes.

As Leis, que devem executar-se segundo o sentido rigoroso, que appresentão, são as que prescrevem formalidades, de que depende a validade dos actos: não ha razão ou motivo para as ampliar ou restringir em suas disposições. Ordinariamente taes Leis não são ambiguas, nem escuras, e sem estas qualidades não se devem interpretar. Accresce, que ajuntarmos á formalidade prescripta, ou cortarmos-lhes a menor das circumstancias, seria evidentemente proceder contra o que a Lei determina.

É ainda necessario attendermos á natureza especialissima da Lei para a ampliarmos, restringirmos, ou não usarmos de modificação alguma a seu respeito.

As Leis prohibitivas ampliáo-se dos casos menos importantes para os mais graves, ainda que destes ellas não façáo menção: assim a Lei, que prohibe ao menor, que não está emancipado, o administrar os seus bens, ainda que mais não accrescente, por força de razão maior lhe prohibe o doal-os, ou por outro titulo alienal-os. A Lei, que prohibe injuriar verbalmente um cidadão, reputa mais criminoso o libellista infamante, que por meio da escriptura attaca a fama ou boa opinião, de que elle goza.

Se a Lei é facultativa, procede a interpretação do que é mais para o que é menos; isto pelo axioma — *in plus et minus est.* A faculdade concedida não deve passar além dos limites, que a Lei lhe marca; mas não póde ella deixar de comprehender tudo quanto fica para cá d'estes limites: por exemplo, o que tem direito de dispôr para estranhos da terça parte dos seus bens, não póde dispôr de mais d'esta terça parte em prejuizo dos filhos; mas tem a faculdade de dispôr d'uma ametade da terça, ou de nada distrahir, para aos filhos deixar tudo. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* — L. 21 D. *de regulis juris.* Em consequencia d'estes mesmos principios ninguem póde duvidar, que qualquer póde vender a cousa, que póde dar: *Cujus est donandi, eidem et vendendi, et concedendi jus est* — L. 163. D. *de regulis juris.*

Em quanto ás Leis imperativas, ellas ordinariamente não soffrem ampliações ou restricções; o Justo está em fazer exactamente tudo o que ellas determinão, sem nos contentarmos com menos, mas sem que mais exijamos: assim no pagamento do imposto o collectado paga a verba regulada pela Lei; não dá mais, nem dá menos. O mesmo acontece em quanto ao numero das testemunhas necessarias para a prova, segundo a especie do acto, que se quer fazer legal. Algumas vezes com tudo estas Leis imperativas supportão modificações em razão da materia, que faz o seu objecto, para o que é necessario considerar o espirito e fim da Lei, assim como as circumstancias, que revestem a especie. Supponhamos

a Lei, que encarrega um cidadão do officio de tutor; a causa, que elle allega, de dispensa, não é bem clara na Lei: poderá ella por interpretação na mesma Lei comprehender-se? Examinemos as circumstancias da especie. O menor não póde ter outro tutor, sem que seus interesses corrão risco; a escusa não será admittida, pois que a utilidade e bem geral exigem o bom desempenho das tutelas.

Ao contrario póde sem algum inconveniente dar-se outro tutor ao menor; não é justo que o primeiro seja forçado á tutela: n'este caso a obscuridade da Lei admitte, que se lhe conceda a escusa, cedendo-se ao interesse particular, pois que não está em opposição com o bem geral, que deve sempre preferir.

D'estas differentes considerações ácerca da interpretação das Leis segue-se claramente, que, para o Juiz applicar a Lei, e proferir a sentença sobre uma contestação ou litigio, é indispensavel, que antes de tudo elle bem e maduramente examine os factos, a fim de procurar depois a Lei ou Leis, que lhes são applicaveis, por conterem a medida do Justo, que lhes é correspondente. Esta operação primeira, o exame e apreciação do facto, é a occasião, em que mais se deve temer o arbitrio do Juiz; pois que tem muitas vezes de decidir por sua propria convicção, por seu modo de pensar, por sua maior ou menor facilidade em se deixar prevenir ou a favor, ou contra um dos litigantes ou partes. Demais, n'esta occasião é que elle necessita de uma attenção perfeita, e longo tempo sustentada; o que em verdade é difficil de conseguir ainda para os espiritos esclarecidos, e os mais bem intencionados.

Conhecido bem o facto, e depois de achada a Lei, ou a medida do Justo, que lhe é correspondente, segue-se a segunda operação, que consiste na boa applicação da mesma Lei. Então é de temer não só a ignorancia, mas a falta d'exactidão no espirito do Juiz: e pensa Montesquieu, que os homens d'um juizo claro não são vulgares, antes menos numerosos do que os homens espirituosos, e ainda do que os homens virtuosos.

Pelo que deixamos exposto se deprehendem as qualidades necessarias e indispensaveis no Funccionario,

que tem a seu cargo a boa applicação das Leis: além das n'outro lugar referidas, deve ter uma consciencia pura, e uma força d'alma capaz de resistir com triunfo ás diversas paixões, que o cercão para enganal-o, procurando por isso desveladas o lado fraco do Julgador; e, segundo diz Lepage, — onde está o ser humano, que não tem um lado fraco?

Ao encetarmos n'este §. a exposição das regras tocantes ao Interprete das Leis, recommendamos a séria meditação de estudo — nas Collecções Romanas — dos titulos, que nos revelão as verdadeiras noções das palavras, que formão a linguagem dos Jurisconsultos. Mas dá-se ainda o dever de notarmos, que em outros mais titulos das Collecções referidas se tratão com especialidade os principios, que nos devem conduzir, quando as Leis interpretamos. Antes porém de os notarmos, ousamos dizer que accreditamos como impossivel que seja bom Jurisconsulto, e digno assim d'este nome, quem por longo tempo e aturadamente não houver pensado e reflectido em tudo, quanto n'elles se nos diz. Formão estes titulos das Collecções Romanas um Tractado de Filosofia, de Moral, e de Jurisprudencia, que ensina todos os Legisladores, e é proprio para ser abraçado nas Legislações dos Povos todos. Fallamos do titulo *de verborum obligationibus*, que é o 1.° do L. 45. no *Digesto*; — do 3.° do L. 1., que se intitula *de Legibus, Senatusque consultis, et longa consuetudine*; — e do ultimo de todos os titulos, cuja inscripção é *de diversis regulis juris antiqui*. Não póde, nem deve ser esquecido no L. 1. do Codigo o titulo 14, em que se trata *de Legibus, et Constitutionibus Principum, et Edictis*.

Entre todos os Escriptores recommendamos Domat, não só sobre a materia, de que ultimamente nos occupámos, — as regras da interpretação das Leis, — é que elle tracta na secção 2.ª do tit. 1. do L. preliminar, mas sobre todos os objectos, e cada um dos pontos de Jurisprudencia; *cujo estudo*, para nos servirmos das expressões do Jurisconsulto Mr. Remy, *este sabio* (Domat) *tornou facil, util e agradavel, não avançando cousa alguma, que não seja clara por si mesma, ou precedida de tudo o que póde ser necessario para a fazer entender*. Domat mostra-se-nos, e foi ao mesmo tempo homem de bem, e pro-

fundo Jurisconsulto: homem de bem, porque os principios de Moral e de Justiça são desenvolvidos por elle com aquelle calor de convicção, que só pertence a uma alma pura e sem mancha; — profundo Jurisconsulto, pois nas inspirações do seu genio apparece essa força de Logica, que faz brilhar a opinião com todo o esplendor da verdade. Sua vida, sempre isenta dos tumultos da ambição e das intrigas, foi a vida de um Christão; convivendo com os Solitarios de Port-Royal, apprendeo a desprezar as riquezas; e tanto, que não acceitou para si, mas só para sua mulher e seus treze filhos, uma modica pensão, pelo seu Rei offerecida. Aquelle, que tinha empregado a sua vida em ser o mais bello ornamento da Justiça entre os homens, não devia temer o instante, em que foi chamado diante do Tribunal do Eterno; morreo em Paris no dia 14 de Março de 1695, tendo 70 annos de idade; sua morte foi o somno do homem justo: a simplicidade, que foi o encanto da sua vida, o acompanhou até ao tumulo; quiz ser enterrado junto dos pobres no Cemiterio da Igreja de S. Bento, sua parochia. Tal foi o fim d'este homem; celebre por virtudes iguaes ao seu distincto saber. D'Aguesseau o appellidava — o Jurisconsulto dos Magistrados; a posteridade lhe tem conservado este titulo. Seja pois Domat o nosso livro; mas seja tambem Domat o modelo, que para a nossa conducta escolhamos.

Não devemos deixar d'advertir igualmente, que muitas mais são as regras, que devem guiar o Interprete das Leis: aqui referimos sómente as principaes; mas todas as regras a tal respeito não só nos guião, e soccorrem em quanto ás Leis, mas tambem quando tractamos d'interpretar os contractos e sentenças, por escuras ou ambiguas; pois que os contractos e sentenças, se não são regras geraes, como as Leis, são regras particulares, que por virtude da Lei impõem obrigações ás partes interessadas.

SECÇÃO 5.ª

Da abrogação das Leis.

Razão d'ordem.

Visto o que seja Lei Portugueza propriamente dita, as partes, que a compõem, quem a fórma, quem lhe dá auctoridade, seu character e effeitos principaes, quando produz estes effeitos, qual é o Poder competente para fazer os regulamentos adequados á sua execução, quando aproveita, ou não, a ignorancia em quanto a ella, e finalmente as regras para a interpretarmos quando escura ou ambigua: nada mais resta, que saber o como ella deixa de produzir seus effeitos; isto é, nada mais resta, do que tractar da abrogação das Leis. É este o presente assumpto.

Origem e noção da palavra Abrogação.

Abrogar, — palavra Portugueza; vem da Latina — *abrogare*, — que tem por synonymos — *annullare*, *rescindere*, *dissolvere*, *antiquare*, *infirmare*, *irritum facere*; mas que em verdade na sua significação originaria exprime a idêa de tirar a força á Lei, por se retirar a obrigação de a cumprir, ou de com ella nos conformarmos; e isto pela idêa, que esta palavra encerra, opposta a — *rogare*, — que em relação á Lei significa dar-lhe força ou auctoridade para obrigar ou produzir obrigação.

Quando a Republica existio entre os Romanos, convocados os Comicios, n'elles se lia o projecto, e por esta occasião se pedia ou *rogava* á Plebe, que o approvasse, para elle produzir obrigação, isto é, para o projecto ser Lei: d'aqui veio o exprimir — *rogare legem* — o completar o projecto, tornando-o obrigatorio; e d'aqui tambem o contraposto — *abrogare* — para exprimir o inverso de — *rogare*, — isto é, para designar a idêa de tirar a força á Lei, de a annullar ou rescindir; pois que a idêa de Lei e falta d'obrigação não se casão ou harmonizão, repugnão entre si, reciprocamente se destróem. A nossa lin-

gua e a Franceza acceitárão da Latina o som articulado — *abrogar*; — retendo a idéa originaria de dispensar na obrigação, ou de destruir a Lei: já se vê, que de — *abrogar* — se formou — *abrogação*, — que exprime a idéa do acto ou operação, que tira a força de obrigar, ou que annulla, rescinde e mata a Lei.

É conveniente, e até necessario, advertir, que quando uma Lei é totalmente abolida, diz-se, que ella foi *abrogada*: mas quando algumas ou uma só das suas disposições fica firme, e não se altéra, diz-se, que ha *derogação* n'esta Lei, isto assim de — *derogare* — Latino, que propriamente significa — *aliquid de lege detrahere.* Quando a Lei não padece em alguma das suas disposições, mas, conservadas todas ellas, outras novas se lhe dão, usa-se dizer, que a Lei foi *accrescentada;* mas bem podia dizer-se, que ella foi *subrogada* (21).

Pelo que deixamos ponderado, é evidente, que a derogação da Lei é uma abrogação parcial d'ella; por isso o que vamos a dizer da abrogação em geral, entende-se igualmente dito em quanto á derogação das Leis.

Quem póde abrogar as Leis. — Especies de abrogação e seus effeitos.

É incontroverso, que só a Auctoridade ou Poder Legislativo, unico capaz de fazer Leis, é igualmente o unico proprio para as abrogar; — art. 12. §. 6. da Carta; pois que só por uma Lei se póde ser dispensado ou desobrigado d'observar ou total e inteiramente, ou só em parte, a Lei ou Leis em vigor. O Poder Legislativo exerce em quanto ás Leis o poder d'abrogar ou expressa ou tacitamente. Dá-se a abrogação expressa, quando por uma Lei nova ou posterior se declara, que outra Lei precedente ou anterior deixará de ser executada. Se a abrogada é imperativa, cessa a obrigação de praticar o que ella ordenava; assim, por exemplo, se a Lei anterior mandava, que os cidadãos pagassem um certo imposto, a abrogação d'esta Lei dispensa-os de no futuro pagarem um tal tributo.

Se a Lei abrogada é prohibitiva, o effeito é permittir aquillo, que uma tal Lei prohibia: assim, se a prohibição

consistia em certas despesas funerarias, depois de abrogada esta Lei, podem essas despesas fazer-se por occasião de se dar aos mortos sepultura. Se finalmente a Lei era facultativa, o effeito da sua abrogação será imperativo ou prohibitivo: assim, se a Lei permittia aos filhos adir as heranças de seus pais a beneficio de inventario, a sua abrogação produz o effeito imperativo, pois fórça os filhos ou a renunciarem absolutamente as heranças de seus pais, ou a acceital-as na qualidade de herdeiros puros e simplices; mas se a Lei facultava ou permittia o commercio da urzella, por exemplo, ou da nicociana, o effeito da abrogação é prohibitivo n'este caso.

Abrogação tacita das Leis, e modos, pelos quaes ella se opéra.

A abrogação tacita resulta — ou da promulgação de uma Lei contraria a outra precedente, — ou do uso contrario á disposição desta Lei. Uma Lei, que tão sómente contém disposições conciliaveis com as d'outra, nenhuma alteração faz a estas; tanto umas como outras subsistem, permanecem em vigor. Mas se ao contrario a Lei posterior, que expressamente não pronuncia a abrogação da anterior, contém disposições inconciliaveis, incompativeis, que repugnão, e se não compadecem com as da Lei precedente, o bom senso adverte, que as disposições antigas são abrogadas pelas novas, antinomicas áquellas; pois que sendo impossivel observar uma Lei destas, sem a outra se offender, o principio, que dá as Leis Civis mutaveis na razão das sociaes circumstancias, dá igualmente a preferencia á Lei mais recente sobre a anterior; pois que tambem ás circumstancias sociaes posteriores devemos attenção de preferencia sobre as circumstancias precedentes. Assim, quando o Codigo Civil de França decide, que todo o Francez alcança a maioridade aos vinte annos de idade, sem cassar expressamente a Lei anterior, que só aos vinte e cinco a concede, abroga tacitamente esta Lei com o mesmo e tanto effeito, como se expressamente o fizesse.

Pelo uso ou costume.

Se uma Lei se acha por longo tempo e geralmente sem observancia na sua disposição ou providencia, á qual o uso tem substituido outra, que lhe é contraria ou opposta, a força abandona assim esta Lei, é esta assim tacitamente abrogada. Por quanto, ainda que seja certo, que uma Lei só por outra póde ser abrogada, é certo do mesmo modo, que o uso ou costume, acompanhado da generalidade e ancianidade na sua pratica, tem a mesma força que a Lei. *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* — L. 32. *in fin.* D. *de Legibus.*

Esta doutrina com tudo sobre o poder do uso ou costume contra a Lei, ainda que nos bons principios assentada, não tem lugar entre nós desde o dia 18 d'Agosto de 1769; pois que a Lei com esta data no seu §. 14 entre as qualidades (o que já vimos), que como indispensaveis exige no costume para constituir Direito, refere mui terminante e expressamente a d'elle não offender a Lei escripta. Logo está esta acima do costume, subsiste sempre, sem que este a possa ferir, vencer, ou abrogar.

Advertencias finaes.

1.ª — A cessação ou desapparecimento da razão ou dos motivos da Lei, que muitos e mui sabios Escriptores dão como causa ou modo de abrogar Leis tacitamente, não nos parece sempre bastante para produzir tal effeito. É opinião arriscada e perigosa na immensa generalidade, em que a lemos concebida; pois que é certo, sem se poder duvidar, que muitas vezes as razões e motivos, que as Leis expressão, não são em realidade os verdadeiros, que seus auctores tiverão. Recommendamos por tanto grande cautela e prudencia no uso d'uma tal opinião; a qual deve ser restricta unicamente ao caso, em que cessou a razão do Legislador evidentemente conhecida.

2.ª — Como as Leis das Auctoridades humanas nenhum effeito produzem para o tempo anterior á sua promulgação, affirmamos outro tanto em quanto á abro-

gação das mesmas Leis : ella só produz effeitos no futuro; tudo quanto antes d'ella se passou, deve decidir-se em conformidade com a Lei, que só a abrogação annullou. Assim, se hoje uma Lei reduzisse o juro a quatro por cento ao anno, as sommas dadas a juro vencerião cinco, e não quatro por cento até hontem.

FIM DO TITULO PRELIMINAR.

NOTAS

AO

TITULO PRELIMINAR.

Pagina 1.

(1) *Conhecimento profundo e completo.* O conhecimento superficial e imperfeito não é sciencia, é apenas noticia; por isso convinha characterizar o conhecimento do Direito, para corresponder ao objecto definido, — a Jurisprudencia, — que é sciencia.

(2) *Sciencia do Direito.* Assim definem a Jurisprudencia os Escriptores modernos, quer por seguirem as noções mais obvias e naturaes das palavras, em que se decompõe este nome, e são *prudentia juris*, quer porque sendo o Direito a medida do Justo, como se mostra pela combinação dos §§. primeiros do texto, esta definição vem essencialmente a coincidir com a da Instituta de Justiniano, a qual ninguem reprehende. Com tudo — Sciencia de Direito, — definição moderna, é mais breve que a antiga, tem uma palavra de menos: não foi porém esta a razão de a mencionarmos no texto; mas sim para que ao encontral-a em outra parte se não ache novidade, e por isso estranheza na linguagem juridica.

(3) *Justo.* Justo — justa — na sua significação originaria designa a qualidade d'um corpo, ou cousa fysica, que se adapta sem discrepancia a outra igualmente corporea, a que fica unida: assim se diz taboa justa á que fica unida a outra taboa. Em mais alguma distancia passou a designar a qualidade d'um corpo, que tem correspondencia exacta com outro por algum principio de relação: assim se diz — peso justo, balança justa. E ainda em mais distancia ou translação exprime a qua-

lidade d'uma cousa, que se acha confórme ás regras: assim, em calculo, — conta justa — é a que offerece um resultado procurado com a observancia das regras, e que se acha exactamente confórme a ellas. N'esta accepção é que se applicou a palavra — Justo — á conformidade de nossa conducta com as regras, isto é, com as Leis. Passou por tanto esta palavra ou nome da Fysica para a Moral.

Pag. 2.

(4) *Em linguagem de Jurisprudencia.* Fazemos esta declaração com muita necessidade; porque a Justiça em linguagem e Sciencia Theologica é cousa muito differente, pois exprime uma virtude moral influida pela graça, que fórma o estado moral do homem, e o torna agradavel a Deos; porque nem offendeo, nem offende, nem se propõe offender preceito algum da Lei: é só este o homem justo. Em Jurisprudencia não é assim; ainda que um homem queira offender muitas Leis, se existir uma só, que elle queira observar, dá-se nelle Justiça em quanto a essa, supposto se dê Injustiça em quanto á todas as outras Leis. A idêa de Justiça no uso Theologico foi concebida por nós, meditando sobre as Epistolas de S. Paulo; mas é tambem para notar, que na Sagrada Escriptura esta palavra se toma pelo ajuntamento de todas as virtudes, e ainda em outros mais sentidos, mas diversos do que ella tem na Jurisprudencia.

(5) *Vontade firme e não vacillante.* A Instituta exprime a mesma idêa na palavra *constans*: a vontade, para constituir Justiça, deve ser decidida e resoluta em quanto á observancia da Lei; mas a effectiva observancia d'esta faz induzir Justiça no agente, embora elle anteriormente não tivesse resolvido conformar-se com a mesma Lei.

Pag. 3.

(6) *Essencia das cousas.* Ainda que as expressões — Direito — *Droit* — sejão confórmes á essencia da Lei, ou d'um complexo de Leis, pois que estas directamente nos conduzem ao fim, que o seu auctor teve em vista, á

com tudo de advertir, que os Francezes ainda n'este respeito algum tanto se conformárão com os Romanos; pois durante o governo da segunda Raça chamárão ás Leis *ordonnances* na mesma accepção de *commandement*, mandamento: e o mesmo acontece entre nós em quanto ao nome de *Ordenações* do Reino, que se tem dado, e dá, a alguns dos Codigos.

(7) *Pela tradição da cousa.* É esta a expressa disposição da Ord. L. 4. tit. 7. §. inic., em virtude da qual o segundo, terceiro, ou ainda mais remoto comprador da mesma cousa, que outros tem anteriormente comprado, tendo-a aquelle recebido pela tradição, é o respeitado na propriedade della: d'onde se conclue, que por tal Lei ou Direito a tradição dá a propriedade. Dissemos no texto, que isto é assim entre nós, pois que pelo Codigo Civil de França a translação da propriedade é um effeito da obrigação d'entregar; e por isso ella se realiza antes de toda e qualquer tradição, e sem dependencia desta, o que nos parece mais conforme á razão. Com tudo temos Lei, que seguio antes o Direito Romano; e esta é que devemos observar.

Pag. 4.

(8) *Direitos de barreira.* Seria escusado escrevermos, que barreira n'este lugar não significa o lugar, d'onde se tira o barro; mas que se emprega na accepção derivada da outra, que a mesma palavra tinha na antiga Fortificação, de — parapeito exterior ás muralhas, — que hoje se diz — estacada, — e fica para dentro do fôsso: d'onde passou barreira a significar o que aqui significa, — a cancella ou outro estorvo, que nas pontes e caminhos se oppõe ao transito, antes que se pague o direito ou o imposto. O nosso animo principal ao deixarmos no texto numero para nota foi tomarmos occasião para declararmos, que ainda que conheçamos, que o excesso em methodo, o frenesí de tudo declarar e de tudo definir, degenera em pedantismo, com tudo, principalmente n'este Titulo preliminar, tivemos muito a peito o sermos claros; porque devendo este Titulo ficar collocado na frente do nosso

Curso de Direito Portuguez, tanto Civil como Criminal, elaborado sobre as doutrinas do Sr. Paschoal José de Mello Freire, tencionamos recommendar aos Manoelinos, que tiverem d'applicar-se á Jurisprudencia Patria sob nossa direcção, conservando-nos Deos a vida, que antes de matriculados no 3.° Anno da Faculdade, o estudem, para logo e logo nos occuparmos com as especialidades do Direito. Ora, para que por si o estudem, requer-se, que por si sós o entendão; e para que assim o entendão, todo o excesso em clareza nos deve ser tolerado.

Pag. 5.

(9) *Primordial medida do Justo.* O Direito Natural é o Direito primitivo do homem, Direito capaz e bastante para o guiar e fazer feliz, se elle não tivesse paixões, e em consequencia d'ellas não abusasse da sua liberdade, tornando-se oppressor do mais fraco, o qual, no estado natural, no meio da liberdade por direito, d'ella não gozava de facto; pois que o mais valente era o seu despota, que o escravizava e opprimia. A estes inconvenientes gravissimos veio acudir a organização social: no meio da sociedade o fraco é protegido contra o forte injusto, que é domado pela força publica, a que elle não póde resistir; e na obediencia ás Leis e á ordem, cedendo a parte perigosa da liberdade, que dava occasião ao abuso, somos mais livres; porque o abuso da força particular ou individual, que não tinha freio senão na mesma força, nunca podia ser um meio, um direito, consequencia da liberdade racionalmente entendida. Se pois a organização social não foi, nem é outra cousa mais do que um meio para se respeitarem, e terem observancia as Leis Naturaes, todas as Leis Positivas são um accessorio d'aquellas, e o Direito Natural permanece, não só apontando aos homens as suas obrigações e direitos, mas marcando aos Legisladores os limites do seu poder, e as regras para o praticar, as quaes, quando conformes com a Equidade, até encontrão nos Cidadãos mais prompta e facil execução.

(10) *Que mutuamente dirigem.* O Direito Publico e o

Direito Particular são ambos filhos da Razão, como accessorios do Direito Natural, e ambos tomão a seu cargo o fazer a felicidade de uma Nação; mas um, — o Direito Publico, — procura-a na razão descendente do todo, ou do corpo geral do Estado para cada um dos particulares, que são partes d'esse todo, massa, ou corpo: o outro, — o Direito Particular, — procura-a na razão ascendente, subindo das individualidades para o corpo, ou massa geral. Têm por tanto as mais estreitas relações entre si: para existir o Direito Privado existe o Direito Público; tem a mesma origem, — o Direito Natural; — tem o mesmo fim, — a felicidade d'uma Nação. — Varião sómente nos objectos, que olhão immediatos: — um procura o bem geral, e neste secundariamente se inclue o dos particulares ou individualidades; — o outro procura o bem das individualidades, mas o bem d'estas fórma secundariamente o bem geral.

Pag. 7.

(11) *Poder Legislativo.* Quem dirá, que quando Socrates foi condemnado á morte pelo Povo de Athenas; este fez uma Lei; e que o Povo Romano fez outra para lançar para fóra dos muros a Coriolano? Ninguem; por quanto, para que um acto do Poder Legislativo seja Lei, é indispensavel que contenha regra commum. É verdade que o Poder ou Corpo Legislativo algumas vezes decide sobre objectos particulares; mas então exercita poder d'inspecção, figura como Governo; outras vezes figura como Magistrado; e n'estes casos dá uma ordem, profere uma sentença, mas não fórma uma Lei. Rousseau (*Contracto Social* L. 2. C. 4.) discorre do mesmo modo, dizendo: « A vontade geral muda de natureza, quando se occupa d'um objecto particular; e não póde como geral pronunciar-se ácérca d'um só homem, a respeito d'um só facto. »

Pag. 8.

(12) *Regra Legislativa.* É a parte, que expõe — *quod agere vel evitare debemus*, — em distincção da parte, que declara os motivos, que nos obrigão á observancia desta regra, os quaes são objecto da sancção da Lei.)

Pag.

Pag. 10.

(13) Muito deficiente seria a nossa Introducção ao Direito Civil Portuguez, e nós muito contradictorios, deixando escripto, que o exame das Leis Naturaes é por excellencia o estudo do Jurisconsulto, se n'ella não dessemos breve, mas sufficiente idêa dos effeitos das mesmas Leis; mas como o muito sabio Mr. Delvincourt habilissimamente pintou em curto panno as mais salientes feições d'este gigante volumoso, que Direito Natural se nomêa, usamos aqui *principalmente* do seu painel, que talvez outro tão perfeito nos não saisse.

Para darmos uma idêa exacta das Leis Naturaes, faz-se necessario estabelecer alguns principios, dos quaes se deduziráõ todas as disposições particulares.

Póde-se considerar o homem em tres relações differentes, que no seu ajuntamento abraçáo todos os estados particulares, em que elle póde achar-se: 1.° estado do homem em relação a Deos; 2.° estado do homem em relação a si mesmo; 3.° estado do homem em relação aos outros homens. O estado natural do homem em relação a Deos é evidentemente um estado de submissão e reconhecimento: d'aqui resulta a obrigação, que o homem tem, de respeitar inteiramente a Deos, amal-o e obedecer-lhe em todos os casos. A reunião d'estes expostos sentimentos chama-se Religião.

Em relação a si proprio: tendo o homem uma tendencia necessaria para tudo o que póde fazel-o feliz, deve coherentemente praticar tudo aquillo, que convêm á sua conservação e felicidade *verdadeira*.

Em relação finalmente aos outros homens: o estado natural do homen é um estado de sociedade; basta, para d'isto nos convencermos, o maravilhoso dom da palavra: e como nenhuma sociedade é possivel sem os sentimentos mutuos de benevolencia entre os associados, torna-se necessario, que os homens tenháo estes sentimentos uns a respeito dos outros.

D'esta sorte tres são os principios geraes das Leis Naturaes: — a Religião; o amor *racionavel e esclarecido* de nós mesmos; e a benevolencia para com os outros homens. — Mas podendo o homem em consequencia da sua

natural liberdade operar differentes modificações no seu estado primitivo, e entrar assim em muitos estados eventuaes e secundarios, é indispensavel, que estes tres principios possão ainda servir-lhe de regra, sendo a sua applicação aos differentes estados, em que o homem póde achar-se, o que constitue o que por alguns Auctores é chamado Direito Natural secundario ou hypothetico, e pelos Romanos Direito das Gentes secundario.

Deste ultimo Direito é que derivão a propriedade, os contractos, o Direito das Gentes propriamente dito, isto é, aquelle, que regula as relações das Nações umas para com as outras, os deveres respectivos dos pais e dos filhos, assim como os dos esposos, etc. Puffendorf 1. 238.

Mas se a Lei Natural impõe ao homem obrigações, dá-lhe ella ao mesmo tempo o gozo de differentes direitos.

O primeiro e principal é o da liberdade natural, que póde ser definida — o direito de fazer tudo o que não é prohibido pela Lei. — Dissemos — tudo o que não é prohibido pela Lei, — porque o homem tem pela Natureza o direito de dispôr da sua pessôa, de suas acções, e de seus bens, da maneira que elle julgar mais conveniente á sua felicidade; mas debaixo da condição de em nada offender seus deveres em relação a Deos, a si proprio, e aos outros homens.

O segundo direito natural é o da defeza de si proprio; pois que pelo segundo principio geral, que deixamos estabelecido, a Natureza nos impõe a obrigação de vigiarmos pela nossa conservação; ella nos dá por isso mesmo o direito de fazer um uso conveniente de nossas forças para nos defendermos contra todo o injusto aggressor, ainda quando d'esta defeza resultasse um notavel prejuizo a este ultimo. Mas para conciliar este direito com os deveres, que temos que satisfazer para com os outros homens, é mister que a defeza seja justa, isto é, que reúna todas as condições exigidas pela Lei, as quaes são: — 1.° Que a aggressão seja injusta; se uma pessoa attaca o ladrão para defender os seus bens, tal aggressão é justa; e se o ladrão a mata, procurando defender-se, com razão é punido como homicida. 2.° Que não se possa evitar o perigo d'uma maneira segura, senão

fazendo mal ao nosso adversario: o que teria muito maior extensão no estado da Natureza, do que no estado Civil; porque n'este ultimo estado, sendo o Governo encarregado do cuidado de defender os particulares contra toda a aggressão injusta, dá-se obrigação de recorrer á sua auctoridade e protecção, sempre que as circumstancias o permittem. 3.° Que a defeza seja proporcionada ao attaque, isto é, que não passe além do que exigem a defeza de nós mesmos, e o interesse da nossa conservação. A esta proporção é que os Jurisconsultos Romanos chamão *moderamen inculpatae tutelae.* L. 1. C. *unde vi.*

O terceiro direito natural é o da propriedade, isto é, o direito, que o homem tem, de se servir d'uma cousa, e de dispôr d'ella a seu arbitrio com exclusão de qualquer outro. É evidente, que este direito não se liga com a formação primitiva do homem, mas suppõe sempre um facto humano, por effeito do qual a cousa, que anteriormente não tinha dono, se torna propria d'alguem em particular. Ora este facto humano, que produzio a propriedade, não póde ser outra cousa, senão a tomada da posse. Mas como a propriedade, uma vez adquirida por alguem em particular, se converte n'um direito natural em sua pessoa, e não póde em consequencia ser-lhe tirada sem seu consentimento: segue-se, que a tomada da posse não é bastante para se adquirir a propriedade, senão quando a cousa, que faz o seu objecto, não pertencia precedentemente a outrem.

Podemos por tanto, depois do que temos notado, distinguir dous modos principaes d'acquisição: um relativo ás cousas, que não têm dono, e que se adquirem pela tomada da posse sómente; — este modo é o que se chama occupação: o outro relativo ás cousas, que têm dono, e que não podem ser adquiridas pela tomada da posse, senão quando ella é acompanhada do consentimento válido do proprietario; — é este o modo, que em Direito se chama tradição.

Este consentimento é as mais das vezes expresso e formal, e então tem o effeito de transferir junctamente, logo e ao mesmo tempo a propriedade. Algumas vezes tambem este consentimento é sómente presumido,

isto é, infere-se do silencio e do abandono do proprietario durante um intervallo de tempo longo, quanto baste para se poder presumir, que elle renunciou a sua propriedade. Este modo d'adquirir chama-se em Direito — prescripção.

Ha ainda um modo especial d'acquisição, o qual é igualmente fundado na Lei Natural: é elle chamado pelos Jurisconsultos — direito d'accessão; — porque é relativo aos accessorios da cousa, isto é, a seus fructos e producções, assim como aos accrescimos e melhoramentos, que ella póde ter. Está na ordem natural, que estes objectos pertençáo ao proprietario da cousa principal com obrigação de satisfazer as despesas, que elles tiverem occasionado a terceiros.

O quarto direito natural em fim é aquelle, que nós temos, d'exigir dos outros homens, que nos não perturbem no justo exercicio de nossos direitos. A este direito é que se póde chamar — o direito d'igualdade; — e consiste em que por maiores vantagens que um homem tenha ou possa ter sobre outro, — por exemplo, mais riqueza, mais sciencia, — elle não tem por isso direito de violar as Leis a respeito deste, do mesmo modo que este não tem direito de as violar em quanto áquelle.

Sobre o principio da igualdade dos homens, assim entendido, são estabelecidos os axiomas seguintes:

Que não devemos fazer aos outros o que não quereriamos que se nos fizesse.

Que devemos estar sempre dispostos para fazer em favor dos outros tudo quanto quereriamos que em circumstancias iguaes elles fizessem em nosso bem.

Um terceiro axioma em fim, resultado dos dous primeiros, é que não devemos locupletar-nos, ou enriquecer-nos com damno ou prejuizo d'alguem.

Destes axiomas, que acabamos de referir, muitas consequencias se deduzem, que são a base ou fundamento de todas as obrigações do homem considerado no estado de sociedade.

1.ª *consequencia:* Obrigação de reparar o damno, de que tivermos sido causa. Mas, para que esta obrigação exista, torna-se necessario: — 1.º que o acto, que occasionou o damno, seja prohibido por alguma Lei; 2. que

cto possa ser-nos imputado directa ou indirectamente, o que exclue os casos puramente fortuitos, ou de força maior; 3.° que aquelle, que soffre o damno, não tenha nelle consentido.

2.ª *consequencia:* Obrigação de reparar o damno que os outros têm experimentado, ainda com ignorancia nossa em quanto á causa, e sem facto algum, que nos possa ser imputado; isto porém quando d'ahi nos resultou vantagem. Mas como esta obrigação é fundada no principio, — que ninguem se deve locupletar com perda alheia, — segue-se que n'este caso nós não devemos a reparação senão até á concorrencia sómente da utilidade, que tivermos tirado do facto, que causou o damno ou detrimento. Esta obrigação dá-se em nós ainda em relação ao possuidor de má fé, que tem despendido com a nossa cousa, para o effeito de a havermos d'elle com os fructos e accessões.

3.ª *consequencia:* Cada um de nós tem obrigação de contribuir com quanto nos fôr possivel para o bem e felicidade dos outros. Daqui resulta: 1.° que somos obrigados a fazer bem aos outros, todas as vezes que podermos sem d'ahi nos resultar prejuizo; 2.° que somos obrigados igualmente a fazer este bem, quando d'ahi nos resulta prejuizo, mas um prejuizo *infinitamente modico* em comparação da utilidade, que deve resultar em bem dos outros.

4.ª *consequencia:* Obrigação de cumprirmos com exactidão e fielmente as obrigações *válidas*, que tivermos contrahido; mas, para que a obrigação seja válida, é necessario: 1.° que os pactuantes tenhão uso de razão; 2.° que seu consentimento seja livre e isento de dólo ou erro; 3.° que seja reciproco; 4.° que o objecto do seu consentimento seja licito.

Taes são em bem poucas linhas as principaes disposições das Leis Naturaes, das quaes nós muitas vezes, e a cada passo, acharemos applicação nas Leis Civís. Guiámo-nos principalmente por Mr. Delvincourt, na obra antecedentemente citada, Tit. preliminar, secç. 1.ª

Deixamos escripto no texto, que a sciencia das Leis Naturaes, entre outros usos em relação ás Leis Positivas,

servia ao Jurisconsulto para adoçar estas quando duras. Tivemos particularmente aqui em vista as Leis penaes; pois que estas costumão ameaçar mais, do que punir: além do que, quando o Legislador concebe e redige Leis desta especie, só vê o delicto diante de si, não vê o criminoso, e por isso não póde prever as diversas circumstancias, que acompanhárão tanto a resolução, como a preparação, e ainda a execução do delicto; circumstancias, que fazem medir de muitos diversos modos a moralidade do delinquente. Por isso o Juiz, o Jurisconsulto, seguindo a propria mente do Legislador, deve adoçar na razão da variante da mesma moralidade a pena, sem com tudo o dever fazer só guiado pelo seu arbitrio solto: quando o Juiz assim procede, diz-se que elle interpreta benignamente a Lei; o que se lhe faculta, e até recommenda nas LL. 11 e 16 D. *de poenis*, — L. 18 D. *de Legibus*, — L. 183 D. *de reg. jur.*, e outras; sendo muito notavel, entre nós, a este respeito a Carta de 20 de Janeiro de 1745, escripta em nome d'el-Rei D. João V. por Alexandre de Gusmão ao Corregedor do Crime da Côrte e Casa, Ignacio da Costa Quintella, que começa: *Sua Majestade me manda advertir a Vossa Mercê, que as Leis costumão ser feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com acceleração; e que nos casos crimes sempre ameação mais, do que na realidade mandão, devendo os Ministros executores dellas modifical-as em tudo o que lhes for possivel; porque o Legislador é mais empenhado na conservação dos vassallos, que nos castigos da Justiça; e não quer que os Ministros procurem achar nas Leis mais rigor, do que ellas impõem.* Devemos porém advertir, que não póde o Juiz applicar a seu arbitrio as penas, quando ellas são certas e determinadas, Ord. L. 5. tit. 136.

(14) *Nos conformamos.* Um Escriptor moderno, que muito deve ser applaudido, ao recommendar a observancia da Equidade, passa com tudo a excesso e demazia, quando deprime e leva a desprezo as Leis Civis, dizendo que ellas servem unicamente para entendimentos muito limitados, assim como os vidros, que a Optica fornece, só servem para vistas fracas e cancadas. Por quanto,

sendo o homem sujeito a paixões, que chegão muitas vezes a tomar tal incremento de força, que quasi o arrastão, e não tendo todos os Cidadãos uma sufficiente cultura de espirito, era, por perigoso, inadmissivel, que as regras de conducta se deixassem ao juizo de cada um: os mais imparciaes, além disto, ainda tendo alguma cultura moral, na applicação dos principios geraes das Leis Naturaes a hypotheses complicadas formão opiniões divergentes, e até oppostas ácerca da Equidade; e d'aqui sem Leis Positivas só desordem poderia resultar. Por tanto são para todos necessarias as Leis Civís: estas não têm paixões: são obra das vigilias e sérias meditações do Legislador: a Equidade vem abraçada n'ellas. Se todos fossem verdadeiros sabios, isto é, virtuosos, com sciencia dos seus deveres e força para domar as paixões, nem as Leis Positivas, nem mesmo a Sociedade Civil serião necessarias; mas os homens são o que são, e poucos máos fazem o mal de muitos bons.

Pag. 13.

(15) *Banca-rôta.* Esta expressão é derivada da Franceza — *banque-route;* — e serve para exprimir a impossibilidade verdadeira ou simulada, casual, culposa, ou fraudulenta, em que um commerciante se acha, de satisfazer as suas obrigações commerciaes. Parece que esta expressão teve origem no costume de os crédores do fallido lhe quebrarem o banco, isto é, o balcão, sobre o qual elle mostrava o que tinha para vender, ou o que fazia objecto do seu commercio: outros querem, que o banco, que por costume se quebrava ao fallido, era aquelle, em que o mesmo se assentava na praça do commercio. A palavra — quebra — simplesmente, designava a mesma idèa, pois se refere ao banco, que nesta expressão se supprime.

Pag. 15.

(16) *Direito Privado.* A cada passo se encontra nos Escriptores de Direito Francez, que as Leis Criminaes são de Direito Publico, e nada mais verdadeiro na relação, em que elles fallão. Referem-se ao Direito da sua

Nação, pois nas Disposições preliminares do Codigo d'Instrucção Criminal de 1808, vigente em França, art. 1. a acção para applicação de qualquer pena, por modica que seja, ainda que ella consista na multa de um só *soldo*, pertence ao Funccionario Publico, a quem a Lei confia o proseguimento criminal; e o particular offendido por crime, delicto, ou contravenção só póde pedir a indemnização pela acção civil, a qual pelo art. 3. *eod.* póde ser intentada até em differente Juizo do da criminal; proseguindo sempre esta, ainda que o offendido perdôe a indemnização, ou renuncíe á acção civil, pois que a renúncia desta nunca póde interromper ou suspender aquella, segundo o art. 4. *eod.* O espirito desta Legislação consiste em se reputar um mal geral a imposição de qualquer pena; e por isso a Lei não consente, que qualquer Cidadão a soffra sem a vigilancia da Auctoridade Publica; e já não é este o seu espirito em relação á indemnização, pois consente, que o offendido pelo delicto, crime, ou contravenção a remitta; sendo por isso a Lei em favor, e não em odio do réo, mas combinado este favor com o bem social, que pede a punição dos delictos.

Outro tanto não acontece na Prussia, pois segundo o Codigo de Frederico os crimes se dividem, como entre os Romanos, em públicos e particulares, sem que o Ministerio Publico promova a punição dos particulares.

As nossas Leis igualmente acceitárão das Romanas esta divisão de delictos, divisão, que ainda entre nós existe, como asseveramos no texto; pois que no art. 855. da Novissima Reforma Judiciaria, ou Decreto de 21 de Maio de 1841, são (pelo menos até á publicação do novo Codigo Criminal) reputados delictos particulares — o adulterio voluntario ou sem força; o estupro com a mesma qualidade; o rapto por seducção; as injurias reaes escriptas ou verbaes simplices, ou em que se não dá circumstancia aggravante pela qualidade da pessoa, do tempo, lugar e modo; as contusões e ferimentos feitos de dia sem arma prohibida, sem premeditação ou rixa velha, não sendo feitos no rosto, nem resultando delles deformidade ou aleijão. São além d'isto crimes particulares — o parto supposto; o cortamento

d'arvore fructifera; o damno propriamente tal; e finalmente o furto simples, que não exceda a cem reis. Todos os restantes delictos são públicos, — cit. art. §. un.

Os crimes públicos são perseguidos pelo Ministerio Publico, haja ou não parte querelante; isto sómente em quanto á imposição de pena; menos no caso, em que a reparação civil interessa ao Estado, — art. 855. *eod.* Pertence por tanto nos crimes públicos a acção civil aos offendidos; e esta com o perseguimento criminal aos mesmos nos crimes particulares, e isto sem intervenção do Ministerio Publico. Logo não podemos dizer indistinctamente em relação ás nossas Leis Criminaes o que os Francezes dizem das suas, isto é, que são de Direito Publico: e então, segundo o texto, umas das nossas Leis Criminaes são de Direito Publico, outras das mesmas Leis são de Direito Privado.

(17) *Acto Legislativo.* Queremos n'esta expressão dizer acto, que estabelece regra geral ou commum para todos os Cidadãos, que se acharem em circumstancias identicas; isto pelo que deixamos escripto na not. 11., á qual aqui nos remettemos, assim como ao texto, a que ella se refere. Se as Côrtes entre nós decretão a accusação d'um Ministro, não fazem Lei, mas exercitão acto de suprema inspecção; se em remuneração de serviços concedem uma pensão, não legislão, proferem uma sentença: o chamar a taes actos — Leis, — é uma impropriedade.

Pag. 16.

(18) É incontroverso o principio, que dá as Leis Positivas como não obrigatorias, e destituidas d'effeito, antes de sufficientemente promulgadas; mas devem n'este sentido ser notadas as expressões da L. 9. C. *de Legibus: Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescripto earum manifestius cognito, indebita declinent, et permissa sectentur.*

Versa porém questão sobre o tempo, em que uma Lei se reputava conhecida entre os Romanos, para ter effeito ou obrigar. O Imperador Anastasio na L. 65. C.

de Decurionibus, fallando d'uma Lei anterior e precedente do Imperador Zenão, diz, que ella devia ser executada desde o dia da sua publicação, *ex die, quo promulgata est, suas vires obtinere*, ou *obtinente*, segundo outras edições. E certamente era esta a regra geralmente estabelecida entre os Romanos sobre o tempo, em que as Leis obrigavão, regra inteiramante conforme aos bons principios, entendida como se deve entender a expressão — *ex die, quo promulgata* — em relação a cada um dos lugares, e não restricta á Côrte, que d'aqui resultaria um absurdo manifesto. Veio depois a disposição do Imperador Justiniano no Cap. 1. da Nov. 66, no qual manda, que uma Lei, recentemente promulgada sobre fórma dos testamentos, tenha effeito nas Provincias dous mezes depois da sua promulgação. Das palavras deste Cap. bem se infere, que a Lei, a que elle allude, é a L. 29 C. *de testamentis*, a qual dispõe, que podendo e sabendo o testador escrever, escreva por sua mão em algum lugar do testamento o nome do seu herdeiro; que não podendo por enfermidade, ou não sabendo escrever, declare diante de testemunhas verbalmente tal nome; e se o não declarar por uma destas maneiras, ou por não poder usar da palavra, ou por não saber, ou não poder escrever, seu testamento seja nullo. Parece, que a dureza da ultima parte desta disposição produzio dúvidas em quanto á Lei, d'onde resultou o não ter ella geral e prompta observancia: então Justiniano, para sanar alguns casos, e chamar a Lei a effeito, ao confirmal-a, concedeo os dous mezes depois da sua promulgação para ella obrigar nas Provincias; isto pelo cit. Cap. da Nov. 66. É com tudo indubitavel, que este espaço de dous mezes se estabeleceo a respeito d'uma só, determinada e unica Lei. Dunot porém, não obstante o ter muitos Escriptores que o seguem, segundo nossa opinião enganou-se, quando no seu Tratado *das prescripções* Part. 2.ª Cap. 2. tirou da disposição particularissima do Cap. 1. da Nov. 66 a conclusão geral, que por Direito Romano as Leis só obrigão, decorridos dous mezes depois de sua promulgação.

Examinando a nossa Legislação sobre a materia sujeita, no Titulo do Chanceller Mór nas Ordenações

Affonsinas, que é o 2.° do Liv. 1.°, ahi não se vê expresso, que a tal Officio incumbisse a promulgação das Leis; mas não duvidamos de que ainda por taes Ordenações esta fosse uma das muitas attribuições do Chanceller Mór, isto tanto pelo exclusivo, com que no §. inicial deste Tit. elle é declarado o medianeiro entre o Rei e os homens, quanto porque ahi todo o expediente das Cartas do Rei lhe pertence; e na generalidade de — Cartas do Rei — se devem comprehender as Leis. Como porém este Tit. não é expresso a tal respeito, elle por coherencia se não declara sobre tempo depois da promulgação para as Leis obrigarem: donde inferimos, ou que as Leis ião por virtude destas Ordenações obrigando á medida do seu conhecimento nas Provincias, o que nos parece excellente pratica; ou que a promulgação e publicação das Leis na Côrte se reputava promulgação bastante e sufficiente para todo o Reino, o que na verdade nos parece iniquo.

Nas Ordenações Manuelinas esta materia tem assento no mesmo Livro e Tit.; mas ahi no §. 9. se declara expressamente que a publicação das Leis é attribuição do Chanceller Mór; assim como que as Leis, depois de promulgadas, obrigão na Côrte passados oito dias, e nas Provincias passados tres mezes; devendo aquelle remetter aos Corregedores das Comarcas os traslados das mesmas Leis.

Na Collecção de Duarte Nunes de Leão acha-se aberto logo na primeira pagina o Regimento do Chanceller Mór, dado por D. João III.; e no §. 9. do mesmo apenas se refere historicamente, que a publicação das Leis na Côrte e remessa dos seus traslados para as Provincias tinha estado e estava a cargo do Chanceller.

A differença para maior do prazo estabelecido nas Ordenações Manuelinas para as Leis obrigarem nas Comarcas faz-nos crêr, que seus Compiladores não seguirão o Direito Romano, nem bem, nem mal entendido; mas que obrárão n'esta parte unicamente por seu juizo. A notada disposição das Ordenações de D. Manoel foi recebida fielmente nas Ordenações actuaes, no mesmo Livro e Tit., mas no §. 10. Além desta disposição antiga não conhecemos outra a tal respeito, senão a da Lei de 25 de Janeiro de 1749, mandando, que as Leis obriguem no Ultramar, depois de publicadas nas cabeças das Comarcas.

O prazo de tres mezes, para as Leis obrigarem nas Comarcas depois da publicação na Côrte, foi talhado com tal largueza, para assentar a presumpção de ellas serem conhecidas nas Provincias, quer fossem, quer não fossem publicadas nas Comarcas, como das expressões muito claras d'ambas as Ordenações se collige: logo (mas fallando doutrinalmente), abraçado o modo de promulgação pela Gazeta Official do Governo pelo Decr. de 19 d'Agosto de 1833, modo que leva geralmente e em muito menor prazo as Leis a todas as partes do Reino, não convinha que tal Decreto deixasse ficar, nem havia razão para deixar ficar em vigor, como deixou, o prazo das Ordenações. Veiò depois a Lei de 9 de Outubro de 1841, a qual no seu art. 1., acceitando a disposição anterior em quanto á publicação por meio do Diario do Governo, altera os prazos, para as Leis depois de publicadas obrigarem, reduzindo-o a tres dias para a Côrte, a quinze para as mais terras do Reino, e a oito para as Ilhas depois da chegada da primeira embarcação, que conduzir a participação official da Lei. Esta disposição está em vigor; mas, fallando ainda doutrinalmente, não nos parece perfeitamente exacta e conforme com os bons principios; por quanto, supposta a utilidade e necessidade pública, interessada na prompta execução das Leis, parece que esta deveria variar na razão das distancias da Côrte, obrigando assim em Leiria, por exemplo, mais brevemente, do que em Almeida, que fica na extremidade do Reino. A mesma Lei citada nos dá argumento, quando no seu art. 4. decreta para si obrigação logo dous dias depois de publicada; podendo verificar-se circumstancias, que exijão a mesma providencia em quanto a outras, o que acautelado ficava, variando o tempo na razão das distancias das differentes terras do Reino.

Pag. 18.

(19) *In compendiis.* Desta palavra usa Cicero significando — lucro; — e a emprega com esta significação na Oração 5.ª contra Verres cap. 46.: *In quaestu suo compendioque versatus.* É tambem o sentido, que tem n'esta Lei, cuja sentença é, que a ignorancia de Direito não

aproveita ás mulheres para lucrarem ou para accrescentarem o seu patrimonio; o que é ainda muito terminantemente decidido na outra L. do Cod. transcripta no texto. Ha em verdade casos excepcionaes, em que a ignorancia ou erro de Direito aproveita ás mulheres por Direito Romano; mas não é para lucrarem, porque n'esta relação ellas estão na regra geral; é sim para não perderem: o que passamos a averiguar.

Para isto repetimos, que a ignorancia ou erro de Direito não serve ás mulheres para lucrarem, e que lhes aproveita, assim como aos homens, a ignorancia ou erro para não perderem aquillo, que ainda é seu; que é o mesmo que dizer — para não soffrerem o damno *amittendae rei suae;* — estando ellas neste caso assim tambem na regra geral estabelecida na L. 8 D. *de juris et facti ignorantia:* — *Omnibus error juris in damnis amittendae rei suae non nocet;* — pois que *omnibus* comprehende ambos os sexos. Agora porém quando se tracta de damno *rei jam amissae*, regularmente tambem a ignorancia ou erro de Direito não aproveita ás mulheres para repetirem o que já não é seu.

A L. 2. C. *de juris et facti ignorantia* decide, que o maior de vinte e cinco annos, que com ignorancia de Direito renunciou a herança materna, não é depois admittido a reclamal-a. Esta Lei diz simplesmente — *major viginti quinque annis* —; é evidente, que o adjectivo *major* comprehende tanto um, como outro sexo; logo tanto o varão, como a mulher, em tal idade, renunciando uma herança, ainda mesmo em linha recta de descendencia (o que cumpre notar), por ignorancia de Direito, não póde mais repetil-a. Demais a L. 3. C. *eod.* expressamente fallando da mulher emancipada, que por ignorancia de Direito dentro de um anno não tomou posse da herança, que lhe pertencia, depois do anno não é recebida em Juizo para pedil-a; o que por nenhuma outra razão se decide, senão porque a falta da posse dentro d'um anno, apezar de nascida da ignorancia da Lei, que manda tomal-a dentro d'elle, induz renuncia tacita da mesma herança, a qual por esta Lei produz o mesmo effeito, que a renúncia expressa, que figura na especie e decisão da L. 2. C. *eod.*, antecedentemente examinada.

As Leis Romanas marcão com tudo certos casos, em que uma igual ignorancia aproveita ás mulheres para não soffrerem damno *rei jam amissae;* mas estas disposições excepcionaes não podem ser extendidas a outros casos differentes, do que muito expressamente nos adverte a L. 13. C. *de juris et facti ignorantia:* — *Ne passim liceat mulieribus omnes contractus suos retractare in his, quae praetermiserint vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.* Cumpre notar as expressões *damnum aliquod*, e *in his tantum casibus;* donde se vê claramente proceder a disposição da Lei a favor das mulheres, para com ignorancia de Direito não soffrerem damno, ou não perderem, e nunca para lucrarem; e isto ainda excepcionalmente. Demais Gothofredo na sua nota 48 a esta Lei nos adverte, que ella não procede para lucro, *aliud in lucro;* nota muito verdadeira, mas na verdade muito superflua.

Um dos casos, em que a ignorancia de Direito escusa uma mulher, é, quando esta tem pago, por effeito de ignorancia desta natureza, aquillo, a que era obrigada por fiança ou caução comprehendida no beneficio do Senatusconsulto Velleiano: a L. 9. C. *ad Senatusconsult. Velleian.* lhe permitte expressamente a repetição do pagamento contra o crédor, que o havia recebido. Os outros casos são relativos á ignorancia das Leis, que se referem á ordem pública, as quaes nós examinamos na segunda parte do texto.

Pag. 24.

(20) *Que nos tem occupado.* Do mesmo modo não se póde repetir o que se pagou ou entregou, e que civilmente se não devia, mas que havia obrigação natural de pagar ou entregar. Cod. Civ. Franc. art. 1235. 2.ª parte.

Pag. 40.

(21) *Subrogada.* Esta palavra foi formada de — *subrogare*, — pedir debaixo d'outra fórma, sem alterar

aquillo, que já está obtido. Assim Lei subrogada é a substituida por outra, que nem alterou todas as suas disposições, pois que então seria ella abrogada ou totalmente revogada, nem alterou algumas, pois então seria derogada ou em parte revogada, mas sómente accrescentou á anterior alguma disposição, ficando as outras. O — *rogo vos jubeatis* — neste caso dirigia-se ao povo para approvar sómente o accrescentamento, sem lhe rogar approvação para as disposições anteriores. Existe pois Lei subrogada, *cum ei aliquid adjicitur.* Ulpiano *in fragment.* tit. 1.

FIM DAS NOTAS
AO TITULO PRELIMINAR.

CURSO

DE

Direito Civil Portuguez,

PARA O ANNO LECTIVO

DE

1842—1843.

PARTE 1.ª

Do Direito das Pessoas.

Razão d'ordem.

§. 1. Ainda que o fim dos homens, reunindo-se em sociedade civil, não fosse outro senão a consecução da sua segurança individual, e a fruição tranquilla de seus direitos particulares, parece que o seu primeiro cuidado devia ter por objecto a organização social como meio para os fins, que se propunhão; e que então o Direito Publico, como porta, por onde os homens entrárão na Cidade, precedeo ao Direito Particular ou Civil, embora o fundo d'este Direito já se achasse legislado pela Natureza, e como tal já obrigasse os homens ainda não cidadãos. Sendo pois o Direito Publico anterior, ainda que em data pouco distante, ao Direito Particular, o Sr. Paschoal José de Mello Freire, seguindo a ordem natural das cousas, tracta agora deste Direito entre nós, depois de ter tractado d'aquelle.

Outros tambem sabios Escriptores, entre os quaes

Domat occupa um lugar muito distincto, derão ao Direito Privado a precedencia sobre o Direito Publico, de que tractárão depois. Qual seja o melhor d'estes dous methodos, não nos pertence aqui averiguar: assim como nos não pertence, por d'ahi nenhum proveito nos resultar, o occuparmo-nos com as questões, que se ventilão, sobre qual d'estes dous Direitos é mais util e necessario. Existe o Direito Publico para existir o Particular; ambos mutuamente se auxilião; têm ambos relações mui estreitas entre si; procurão ambos a nossa ventura social; ambos são uteis e necessarios.

O que é o Direito na accepção de faculdade moral.

§. 2. Dada a primeira noção do Direito, isto é, da Lei, ou complexo de Leis do mesmo genero, a deducção logica conduz á idéa de suas consequencias immediatas: são estas as vantagens ou beneficios, os poderes ou faculdades, que o Direito confere: estas e estes em Jurisprudencia (como já advertimos) retêm o mesmo nome da causa; chamão-se ainda direitos—*jus, jura.* N'esta idéa ou accepção o Direito é a faculdade, que se dá no homem, e contrahindo-nos, no cidadão, para fazer, ou omittir, ou exigir alguma cousa. No sentido do nosso Titulo preliminar a Lei, o Direito e os direitos são causa, — o Direito e direitos aqui são effeitos.

Elementos constitutivos da geração do Direito.

§. 3. Posta a Lei ou Direito como causa, vejamos quaes os elementos, que, por assim dizer, se fermentão, ou combinão para dar o Direito como effeito, isto é, como faculdade, poder, vantagem ou beneficio. Estes elementos são tres: 1.° as pessoas *(personæ)*, isto é, os homens, ou cidadãos, ou os seres abstractos de simples creação juridica, considerados como susceptiveis de terem, ou deverem direitos; 2.° as cousas *(res)*, isto é, todos os objectos corporeos, ou seres abstractos de pura creação juridica, considerados como sujeitos, ou podendo estar sujeitos ás necessidades, á utilidade e aos prazeres do homem ou cidadão, e susceptiveis por consequencia

de serem objectos do direito, ou faculdade. O methodo Romano tinha distinguido e classificado estes dous elementos: em primeiro lugar as pessoas; pois que, segundo diz Hermogeniano, e depois d'elle Justiniano, —*para os homens é que todo o Direito foi estabelecido:* em segundo lugar as cousas.

A deducção porém dos Romanos parou aqui; e não é completa. Temos nas pessoas o sujeito activo e passivo dos direitos; temos nas cousas os objectos dos mesmos direitos; mas até aqui só temos capacidades; o Direito não está formado; falta-lhe uma causa efficiente geradora, que o faça nascer, que o transmitta, que o modifique, e até mesmo que, depois d'adquirido, o destrua. Este terceiro elemento consiste *nos factos*, isto é, nos acontecimentos, e nos actos do homem, legaes ou illegaes, juridicos ou não juridicos, justos ou injustos, entrando n'estes factos a idéa do tempo, do lugar, da intenção, da fórma, e de todas as circumstancias, que entrão na composição e apreciação dos actos humanos. Assim o homem pela Lei é capaz de direitos e obrigações conjugaes; mas é indispensavel, que elle tenha contrahido effectivamente o matrimonio, para com este facto se gerarem e existirem n'elle taes direitos. Dado ou contrahido o matrimonio, fica o homem habilitado para ter o patrio poder; mas só depois d'um facto, que é o nascimento d'um seu filho, é que n'elle se dá e existe o poder, de que tratamos. Este desenvolvimento theorico particular é obra da analyse moderna, e vulgar nos methodos Allemães.

Distribuição geral dos Direitos.

§. 4. Os direitos, e por consequencia as obrigações, que lhes são correspondentes, resultão já da qualidade e circumstancias, que formão o estado do sujeito, já da natureza das cousas, que fazem o seu objecto, já do facto licito ou illicito, d'onde pelas disposições das Leis resultão directamente direitos, e por consequencia obrigações, ou estas, e por consequencia aquelles.

Esta distribuição geral dos direitos encontra-se indicada nas Institutas de Caio, seguida nas regras d'Ulpiano, e adoptada na Instituta de Justiniano: por ella se classificão

os direitos: 1.° em quanto ás pessoas; 2.° em quanto ás cousas; 3.° em quanto ás acções, comprehendendo-se n'estas as obrigações, que são o fundamento daquellas. Esta distribuição foi abraçada pelo Sr. Paschoal no §. 1. deste Livro; e segundo ella estabelece o plano da ordem e arranjo das materias nas suas Instituições de Direito Particular Lusitano. Bentham combate esta distribuição: a Eschola Allemãa moderna está dividida a este respeito. Com tudo entre nós, que temos por subsidiario o Direito Romano, o qual além disso é a fonte mais copiosa e abundante da nossa Legislação Patria, parece, que tal distribuição deve ser preferida a qualquer outra inventada; sem com tudo podermos nem devermos esperar uma tal filiação nas materias, que um ou outro objecto d'uma classe não seja tocado n'outra, o que seria em nosso entender impossivel d'evitar.

Noção da palavra pessoa. *Primeira accepção.*

§. 5. A palavra *pessoa (persona)* em linguagem juridica não exprime o mesmo que em linguagem vulgar, — o homem fysico; — mas toma-se em dous sentidos. No primeiro é pessoa — todo o ser considerado como capaz de ter, ou de dever direitos, ou de ser sujeito activo e passivo de direitos. — Dizemos — todo o ser, — porque os homens não são os unicos comprehendidos n'esta palavra; pois que a Lei por um poder de abstracção cria pessoas do mesmo modo, que, como veremos, cria cousas, que não existem na natureza: assim erige ella em pessoas o Estado, as Cidades, as Corporações, as Universidades, os Estabelecimentos de beneficencia, e outros; e até mesmo fórma pessoas d'objectos puramente materiaes, como o Thesouro, e a herança jacente.

Ao contrario, segundo o Direito Romano, nem todo o homem é pessoa; o que se verifica no escravo; pois que é elle incapaz de ter, ou de dever direitos.

D'esta sorte n'este primeiro sentido ou accepção, em Jurisprudencia temos duas especies de pessoas, umas naturaes e fysicas, outras moraes ou abstractas, ou civis ou juridicas, isto é, pessoas de pura creação da Lei por seu poder d'abstracção.

Segunda accepção.

§. 6. Em outro sentido, e não menos frequente, a palavra *pessoa* exprime cada um dos papeis, que o homem representa na scena juridica, isto é, cada qualidade, em virtude da qual elle tem pela Lei certos direitos e obrigações distinctos dos que se dão no que tem uma qualidade differente: assim se diz, por exemplo, — pessoa de pai, de filho-familias, de marido, ou de tutor, para indicar os direitos e obrigações ligados especialmente pelas Leis a cada uma d'estas referidas qualidades. É pessoa — *persona* — a máscara theatral, que se muda para representar individuos muito differentes e diversos: assim diz o Direito Romano — *haereditas personam defuncti sustinet* — isto é, a herança jacente toma a máscara, ou representa a pessoa do defuncto. N'este sentido póde um só e o mesmo homem ter ao mesmo tempo muitas pessoas differentes, isto é, muitas qualidades, pois póde ser marido, pai, filho, etc.

Noção da palavra — estado — status ; *quaes os seus elementos.*

§. 7. As differentes qualidades, que se dão nos homens, em virtude das quaes segundo as Leis elles gozão direitos e têm obrigações que satisfazer, ainda que muitas e diversas, concentrão-se, segundo o systema dos Romanos, em qualidades mais principaes, que reunidas na mesma pessoa formão para ella o que elles chamavão *status*, *caput*, palavras de idéa muito complexa, pois que abrangem todos os direitos e deveres sociaes, em cuja fruição consiste a perfeita vida civil; idéa esta especialmente implicita na palavra *caput*, que, — significando na origem a parte mais elevada do corpo humano, que d'elle separada o priva da vida natural, que se goza em quanto se respira, e a alma está ao corpo unida, — os Romanos sem grande violencia applicárão tambem para designar a vida civil ou a fruição dos direitos sociaes.

Este estado — *status*, — ou vida civil — *caput*, — tem no mesmo systema dos Romanos por elementos — 1.° a liberdade *(libertas)*; 2.° a cidade *(civitas)*; 3.° a familia *(familia)*;

e a reunião dos direitos e obrigações nascidas exclusivamente d'estas tres fontes fórma o *status*, o *caput civile* dos Romanos; sendo *status* palavra technica da sua linguagem juridica com idêa complexa dos tres elementos referidos, os quaes desenrolados ou desenvolvidos pelas Leis ou regras, mas unidos, formão o principal quadro das pessoas na Sociedade Civil Romana, cujo Direito, repetimos, nos é subsidiario, e fonte a mais copiosa da nossa Legislação. Penetrado o Sr. Paschoal d'estas idêas, e da precedencia da liberdade á cidade, e desta á familia, abre o seu Tractado do Direito das pessoas com o Titulo 1.°, que inscreve *de liberis et servis*.

TITULO I.

Dos homens livres e escravos.

Definições.

§. 1. É livre — o homem, que é senhor de si mesmo, vivendo sujeito ás Leis. É escravo — aquelle, que está debaixo do poder absoluto d'outro, o qual se diz seu senhor, e exerce sobre elle o dominio como n'uma cousa, isto é, como n'um movel, ou n'um cavallo.

Origem do nome, e modos, por que o homem apparecia escravo.

§ 2. Os escravos, entre os Romanos *servi*, forão assim chamados, como adverte o Sr. Paschoal no §. 3. d'este Tit., ou *a serviendo* na significação de servir por necessidade e perpetuamente o senhor, ou *a servando* na significação de conservar; não porque os Romanos os conservassem em prisões, mas porque guiados pelo falso principio, que podião, ainda depostas as armas, matar os vencidos, e usando da regra — quem póde o mais, póde o menos, — os conservavão ou deixavão viver, para perpetuamente lhes prestarem serviços, ou para os venderem,

ou mais ao diante matavem; situação, que se deve considerar como continuação d'hostilidades com o vencido inerme, e que mereceo a Cicero na Filippica 2.ª cap. 44. estas expressões: — *Pax est tranquilla libertas, servitus postremum malorum omnium, non modo bello, sed morte etiam repellendum.* — Tambem os Romanos chamavão os escravos — *mancipia*, nome formado de *manu capere*, e que lhes quadrava; porque intervindo o uso das mãos do vencedor, elles ficavão captivos na guerra, e permanecião depois debaixo da mão, ou em poder, ou em propriedade do senhor. N'este caso se dizião escravos feitos pelo Direito das Gentes; nome, que aqui se dava aos, n'esta parte, barbaros costumes dos Romanos, e outros Povos, apezar de repugnantes ao Direito Natural, e de não ser outro o verdadeiro Direito das Gentes.

Tambem se fazião escravos por Direito Civil, e isto em castigo e pena, a qual tinha lugar no homem livre maior de vinte annos, que em fraude do comprador tinha consentido na venda de si mesmo, isto com especialidade pelo Senatusconsulto Claudiano, o qual igualmente castigava com a escravidão a mulher livre, que a Instituta liv. 3.° tit. 13. *in fine* diz — *servili amore baechata*, — e que além da escravidão perdia os bens para o Fisco; caso este, que Justiniano deixou impune, derogando o Senatusconsulto referido. Procedia a mesma pena no condemnado ás féras por effeito immediato da sentença até á sua execução, e no condemnado perpetuamente ás minas. Mas quando a escravidão era applicada como pena, o escravo não tinha outro senhor além delle, e por isso em algumas Leis são chamados *servi poenae*, escravos da pena; expressão, que opportunamente observaremos em Lei nossa.

Havia com tudo um caso excepcional, em que o castigado com a escravidão, não era servo da pena; entendemos que elle faz honra á moral Romana; e por isso o referimos. O escravo, a quem a generosidade do senhor deo a *manumissão*; isto é, a quem o senhor largou da sua mão, de seu poder, dando-lhe a liberdade, portando-se ingratamente com o patrono, ou seu antigo senhor, recaía-lhe *sub manu*, ou debaixo do seu antigo poder.

Por outro e mui differente principio havia escravos de

nascimento: reputada a escrava cousa, o filho d'ella nascido, como accessão, seguia a sorte da mãi; nascendo daqui a maxima — *partus ventrem sequitur*, — que aproveitava ao filho d'um escravo, quando a mãi era livre. Isto teve observancia entre nós, como o Sr. Paschoal adverte no §. 5. deste Tit., ainda que pelas Leis dos Wisigodos os filhos d'escravos se dividião igualmente, ou por estimação, ou por numero, pelos respectivos senhores, do que os Longobardos e Saxonios divergirão, sem se conformarem com os Romanos, pois que entre elles tinha lugar o principio — *sequitur partem partus deteriorem*, — isto é, o filho seguia a sorte do gerador, que tinha peor condição: assim o filho de mãi livre e pai escravo era escravo do senhor deste; o que foi abraçado pelos Germanos, até para o caso do matrimonio desigual, e então entre estes povos os filhos d'um Principe ou Conde, casado com mulher desigual, não tinhão a distincção paterna, como nos diz Boehmer na nota 100 ao Can. ult. C. 32. q. 4.

A palavra *escravo* foi tomada do Francez *esclave*, ou é de origem Teutonica, *slave;* e della é oriundo o verbo *escravizar*, que todavia não tem cunho de linguagem classica; em Portuguez puro dizemos *subjugar*, *captivar*, *avassallar*, e *tyrannizar*. Sr. S. Luiz pag. 54 do seu Glossario. A palavra *servo*, de que usamos, não retem a força da origem Latina; commummente designa, não o servo por *condição*, mas sim por *soldada*, que tambem se diz *criado*, e ainda n'esta accepção não é ella muito usada, e mais se emprega por cumprimento, dizendo-nos *servos* uns dos outros.

Origem, progresso, e abolição da escravatura.

§. 3. Todos os homens nascem livres, porque todos os homens nascem homens; mas a lei do mais forte, o direito da guerra, a ambição, o amor de dominar, o luxo, e a molleza introduzirão a escravidão em todas as partes do mundo, e em quasi todas as Nações. Distinguio-se a escravidão em real e pessoal: aquella prendia á terra o escravo, que ficava pertença d'ella; esta ligava-o ao serviço domestico, e á pessoa do senhor.

Mas o abuso extremo da escravidão formou uma especie mixta de real e pessoal; e tal foi entre os Judeos

a escravidão dos estrangeiros, que victimas dos mais crueis tratamentos, a Historia não conhece escravos mais infelizes: por vezes Moysés lhes gritou, que não tinhão um imperio rigoroso em seus escravos, e lhes quiz persuadir a brandura; alguma cousa conseguio elle a favor dos Hebreos, mas nada em favor dos estrangeiros: antes parece que contra estes a barbaridade crescia na razão do empenho de Moysés em seu favor, o qual não podendo com exhortações adoçar a dureza da sua Nação feroz, recorreo ás Leis como remedio.

Principiou por marcar termo á escravidão: fixou-a para os estrangeiros até ao anno do Jubileo, e para os Hebreos até seis annos. Uma das principaes razões da sua instituição do Sabbado foi o procurar algum descanço aos escravos. O senhor, que arrancasse um olho, ou um dente ao seu escravo, e por força de maior razão o que lhe fizesse lesão mais grave, offendia a Lei, que auctorizava este a recuperar a liberdade, como indemnização do damno causado por seu senhor: este porém podia arrancar-lhe a vida, se o fizesse de modo, que o escravo não morresse promptamente; bastava que elle vivesse um só dia depois das feridas recebidas, para o senhor não soffrer pena alguma. Esta Lei nenhum crédito dá a seu auctor; prohibe a morte prompta e mais suave do escravo, e consente a morte vagarosa e cruel do mesmo! Parece Lei, que teve em vista o nutrir e enraivecer a ferocidade d'um Povo, que tinha de ser Deicida. Embora se diga, que n'este caso o senhor não mostrava animo de matar, como no primeiro; pois se esta foi a razão, Moysés devia unicamente attender á qualidade das feridas.

Diz-se, que os Lacedemonios forão os primeiros, que introduzirão a escravidão entre os Gregos, reduzindo a ella os prisioneiros na guerra. Sabe-se, que não contentes com terem despojado os Ilotas, povos habitantes do territorio de Sparta, de toda a sua propriedade, tiverão a barbaridade de os obrigar a uma escravidão perpetua; prohibindo aos senhores libertal-os, e até vendel-os para fóra do seu paiz; sendo assim estes vencidos victimas de todas as desgraças em casa, e de todos os insultos fóra d'ella. Sabe-se, que não só forão escravos dos particula-

xes, mas do publico, e que tambem reunião em si a escravidão real e pessoal.

Não aconteceo o mesmo entre os outros povos da Grecia: a escravidão foi ahi mais adoçada; o escravo maltratado por seu senhor podia obrigar este a vendel-o, segundo nos diz Plutarcho. Os Athenienses com especialidade, segundo nos refere Xenofonte, tratárão com muita bondade os escravos; punia-se com aspereza, algumas vezes com a morte, a quem maltratasse um escravo; e d'aqui veio que nunca os escravos perturbárão esta Republica, o que já não aconteceo em quanto a Lacedemonia.

Os primeiros Romanos tratárão os seus escravos com uma bondade nunca em outro algum Povo vista. Os senhores os consideravão como seus companheiros; vivião, trabalhavão e comião juntamente: o maior castigo, que lhes davão, consistia em lhes ligarem os braços a um páo, que lhes punhão ou sobre as costas, ou sobre o peito, mandando-os assim ás praças públicas, o que não era mais, do que uma pena ignominiosa: todavia os costumes bastavão para assegurar a fidelidade dos escravos. Bem longe de lhes prohibirem por Leis violentas a sua multiplicação, ao contrario os associavão por uma especie de matrimonio, a que chamavão *contubernium*. Assim tinhão elles as casas cheias d'individuos d'ambos os sexos, e davão ao Estado um povo innumeravel: os filhos dos escravos, que perpetuavão as riquezas do senhor, vivião junto d'este em confiança, sendo elle quem cuidava da sua educação e subsistencia; e os pais, livres d'este encargo, seguião as propensões da natureza, e sem receio por seus filhos erão troncos d'uma vasta descendencia. Os escravos sem ciume vião feliz uma sociedade, da qual se consideravão como membros; sentião, que sua alma era capaz d'elevar-se tanto, e algumas vezes mais, do que as de seus proprios senhores; e em quanto a ella, não conhecião a mais pequena differença entre escravo e homem livre, não sendo raro, que senhores generosos os mandassem instruir, quando mostravão talento, nos exercicios do corpo, na Musica, e até na Literatura Grega. Terencio e Fedro não nos dão pequena prova d'uma tal educação.

A Republica tirava uma utilidade infinita desta abundancia d'escravos, ou antes subditos: cada um d'elles tinha um peculio, isto é, o seu pequeno thesouro, e o possuia debaixo das condições impostas por seu senhor: com este peculio trabalhava cada um segundo a tendencia do seu genio, e nenhum tinha descuidos em augmental-o, pois viáo n'elle commodidades para a presente escravidão, e esperanças d'uma liberdade futura.

Erão os escravos entre os Romanos, em quanto estes conservárão os costumes, um seminario abundante, d'onde, obtida pela manumissão a liberdade, saião numerosos cidadãos laboriosos e sobrios. Mas logo que os Romanos se engrandecêrão por suas conquistas ou rapinas, aggravou-se a condição dos escravos, sem que se désse escrupulo algum em os tratar deshumanamente: como os costumes se perdêrão, tornou-se necessario o usar das Leis, e foi indispensavel o lançar mão d'ellas terriveis para estabelecer a segurança dos senhores, que por crueis vivião no meio de seus escravos como entre inimigos. Promulgou-se debaixo do governo d'Augusto, isto é, no começo da tyrannia, esse Senatusconsulto Syllaniano, e outras muitas Leis, que ordenárão, que quando algum senhor fosse morto, todos os escravos, que estivessem debaixo do mesmo tecto, e os que vivessem tão perto d'essa casa, que ahi se podesse ouvir d'ella a voz d'um homem, fossem condemnados á morte; e os que n'estas circumstancias occultavão outro escravo para o salvar, erão punidos como homicidas. Aquelle mesmo, que por ordem de seu senhor o matasse, podendo este matal-o por falta de obediencia, se lhe obedecia, era morto: o mesmo era, se o escravo não estorvava o senhor de se matar, podendo o senhor matar o escravo por estorval-o de matar-se. Se o senhor tinha sido morto n'uma viagem, erão mortos tanto os escravos, que depois de morto o não tinhão abandonado, como os que tinhão fugido. É com tudo verdade, que ao diante alguns dos Imperadores Romanos diminuirão tanta dureza: Claudio ordenou, que os escravos abandonados em molestia por seus senhores, ficassem livres, se recuperassem saude.

Fallando dos escravos dos antigos povos da Germania, diz Tacito: «Estes povos não têm, como nós, os escravos

em suas casas, para os fazer trabalhar por tarefa ou empreitada; ao contrario dão-lhes alvergues em distancia (em Allemão *herbergen)* para habitação particular de cada um; assignão-lhes porção de terra, onde vivem como pais de familias: toda a sua escravidão se reduz á obrigação de pagar ao senhor (antes patrono, dizemos nós) um censo ou pensão annual em grãos, ou em gado, ou em pelles, ou em tecidos: d'esta maneira (ajunta o Historiador) não poderieis distinguir o escravo do senhor, a julgal-os pelas delicias da vida.

Quando estes povos Germanos conquistárão a Gallia debaixo do nome de Franks, tiverão por seus escravos todos os naturaes do paiz, que cultivavão suas terras como escravos unidos á gleba, *addicti glebae.* Estes escravos pertencião a seus senhores como guardas da pessoa, *hommes de corps;* ao diante sua condição foi horrorosa. Entregues a duras obrigações, e de tal sorte unidos á gleba de seus senhores, que parecia fazião corpo com estas terras, não podião estabelecer-se em outra parte, nem mesmo casar-se em terra d'outro senhor, sem pagar ao precedente o que chamavão direito de *fors-mariage*, ou de *mémariage;* e até mesmo os filhos, que provinhão da união de dous escravos, que pertencião a differentes senhores, se dividião por estes; salvo se um dos senhores, para evitar tal partilha, dava outro escravo em troca.

Os Reis de França, para enfraquecerem o poder dos grandes vassallos, tomárão o expediente de manumittir ou dar liberdade aos escravos. Conserva-se, diz Hutin, um edicto de Luiz X., concebido nestes termos: « Luiz, por graça de Deos Rei de França e de Navarra, a nossos amados e fieis: . . . como segundo o Direito da Natureza cada um deve nascer franco: . . . . . nós, considerando que nosso Reino tem o nome de Reino dos Francos, e querendo que o objecto concorde verdadeiramente com o nome . . . . . por deliberação do nosso Grande Conselho temos ordenado e ordenamos, que geralmente por todo o nosso Reino franqueza seja dada com boas e válidas condições, ... para que todos os senhores, que têm *hommes de corps*, tomando exemplo em nós, os reduzão á franqueza. Dada em Paris em 3 de Julho, anno da Graça 1315.

Na Polonia só os Fidalgos não forão escravos; e só tardiamente teve excepção da geral escravidão a parte, que formou antigamente o Ducado de Varsovia. O Estatuto Constitucional dado a este Ducado em 22 de Julho de 1807, em execução do Tractado de Tilsitt de 5 do mesmo mez, no art. 4. do tit. 1. diz:

A escravidão é abolida; todos os cidadãos são iguaes perante a Lei: o estado das pessoas fica debaixo da protecção dos Tribunaes. »

Tambem entre nós os Portuguezes, cujo timbre nacional tem impressas as cinco Chagas de Christo, houve escravos! Tambem as nossas Leis se manchárão, attentando contra o Direito Natural, que está acima de todo o poder humano, por mais elevado que este seja. Tambem os nossos Legisladores forão iniquos, não se conformando n'este ponto com a primordial medida do Justo, a Voz do Eterno, que nos é manifestada pelo clamor das consciencias, e brados da natureza.

Se um escravo, entre nós, tinha virtude tão grande, que o levava a ter amizade ao senhor; se esta mesma virtude convertida em heroísmo o levava a amar com extremo um successor d'aquelle no dominio do seu corpo, um successor, cujas mãos, chegando á idade da robustez, lhe havião de pagar com o azurrague excessos de mal empregada ternura; se um escravo, entre nós, ajuntava a tão subida virtude capacidade e destreza: segundo a Ord. do liv. 4. tit. 102. §. 1., sendo nomeado no testamento do senhor para tutor de seu filho, era repellido da tutela! Pela Ord. do liv. 3. tit. 56. §. 3. o escravo não podia ser testemunha, ainda que fosse verdadeiro; mas pela Ord. do liv. 5. tit. 6. §. 29. valia o seu dito em Juizo contra o senhor, que naturalmente elle detestaria, sendo aquelle suspeito de crime de lesa Majestade! Temia-se, que fossem perturbadores da ordem pública; e por isso o escravo, ou preto ou branco, era punido com vinte açoites junto do Pelourinho, se vivesse fóra de casa do senhor, ainda que com permissão deste, Ord. liv. 5. tit. 70. §. inic. Pela mesma razão não podião os escravos ajuntar-se, nem fazer bailes, nem tangêres, quer de dia, quer de noite, pelas ruas de Lisboa, e uma legua ao redor, §. 1. *eod.*

Pela mesma razão não podia o escravo, ou branco ou preto, saír ás ruas de Lisboa depois de noite cerrada, tit. 79. §. 1.: nem trazer espada ou páo de ponta, não indo com seu senhor, tit. 80. §. 7. E ameaçada tão fundadamente a ordem pública pelos escravos, conservão-se os escravos! O bom senso pedia, que se acabasse com elles, dando-lhes liberdade. E que diremos destas medidas d'ordem publica restrictas a Lisboa, e como privilegio só da Côrte? Não se dá legislação mais iniqua, ainda que em parte ridicula.

Da legislação, que acabamos de examinar, conclaimos a existencia, se não d'um espirito hostil contra os escravos, ao menos d'um máo conceito, e opinião muito desfavoravel e pronunciada, em que pelas nossas Leis erão tidos; o que necessariamente deveria produzir uma poderosa influencia na opinião publica e particular, prevenindo-as contra elles; d'onde resultaria fraca e má observancia da Ord. liv. 5. tit. 36. §. 1., que deixou escapar, por incidente, a idêa da igualdade de castigo entre escravos e criados; assim como do Decr. de 30 de Setembro de 1693, e Alvará de 3 d'Outubro de 1758, dispondo, que o senhor sustente o escravo na cadeia, em que o tiver mettido por castigo, e que elle seja n'ella tractado como os outros presos. Mas não podemos deixar de crer, que da denegação d'alimento na cadeia aos escravos, e dos máos tractos, que os carceireiros lhes davão, a que o espirito e disposições das Leis anteriores derão causa, nasceo a necessidade das Leis posteriores referidas.

Com tudo já o Alvará do 1.° d'Abril de 1680 reconhece ser a liberdade de Direito Natural, e haver mais fortes razões a favor d'ella, que a favor da escravidão; idêas, que forão emendando as opiniões, de sorte que em tempo não distante apparecêrão Leis em favor da liberdade dos Indios do Brasil, e poucos annos mais tarde outras no mesmo sentido a respeito dos Indios do Maranhão: Leis, que já nos não pertence examinar, mas que preparárão a grande obra da extinção da escravidão em Portugal, obra digna das luzes e humanidade do nosso seculo, e que sempre o tinha sido da nossa Religião.

Depois das Leis, a que acima nos referimos, foi pre-

ludio mais chegado para a extincção dos escravos em Portugal o Alvará de 19 de Setembro de 1761, prohibindo carregar no Ultramar, e descarregar nos Reinos de Portugal e dos Algarves gente de côr; ficando esta livre *ipso jure* pelo facto do desembarque sem dependencia de manumissão, ou outra cousa, que não fosse a certidão do mesmo, que logo devia ser passada pelos Officiaes d'Alfandega do lugar ou porto, e paga com o quadruplo dos emolumentos pelos, até alli, senhores dos, até alli, escravos. E coherente com esta disposição, impõe as penas do crime de carcere privado e cativeiro de homem livre aos que comprassem, vendessem, ou retivessem violentamente em seu serviço os individuos d'um e outro sexo, objectos d'esta Lei.

Accreditamos, que ao tempo d'este Alvará a extincção dos escravos em Portugal estava mais que resolvida e assentada nos animos d'el-Rei D. José, e seu Ministro o Marquez de Pombal, tanto pelas boas idêas d'um e d'outro, como pelas Leis, que neste sentido se promulgárão por então, conformes com as d'outras Nações da Europa; mas que grandes obstaculos economicos se lhe oppunhão, os quaes perdurárão por mais doze annos, que tanto vai ao anno de 1773, em que por Alvará de 16 de Janeiro se extinguio directamente a escravidão em Portugal e Algarves. E isto ainda para os filhos d'escravos nascidos depois da Lei, subsistindo de preterito até aos avós; limitação esta, que só podia nascer d'alguns obstaculos economicos, que restavão, e não d'outro algum motivo; pois nem um tal Rei, nem tal Ministro podião aqui attender a direitos adquiridos, nem ao principio de não deverem ter as Leis effeito retroactivo; sabendo, como sabião, que as Leis factoras da escravidão erão méros factos, ou antes verdadeiros crimes dos Legisladores e senhores, que a darem direito, era este unicamente a favor dos escravos para obterem a reparação.

Outros Soberanos na declinação do seculo 15.° abolirão a escravidão nos seus Estados; e tomando em conta as providencias de Portugal, o estado da escravatura era depois de 1773 o seguinte. Abolida na maior parte das Nações da Europa. Os Soberanos do Norte cuidando em restituirem a liberdade, mas gradualmente; porque

simultaneamente não convinha em razão dos costumes dos escravos. Existente na sua integridade em todo o Oriente, e no maior auge nas Colonias Europêas; enriquecendo-se os Estados Barbarescos com o abominavel trafico d'escravos, não só pretos, mas brancos, e isto á face da Europa, que o soube, que o vio, e que o soffreo!!

Origem do trafico da escravatura, seu progresso, e esforços para a sua abolição.

§. 4. Assim se chamou a compra de negros infelizes, feita na costa d'Africa pelos Europeos, Americanos, e outros, para os empregarem em suas colonias e serviço na qualidade d'escravos. Aos Portuguezes (é-nos penoso o dizel-o) se attribue a infamia da primeira idéa, e primeiro ensaio d'esta especulação detestavel; ensaio, que foi um clarim do inferno, que chamou os homens das outras Nações para fazerem della profissão!!

Acabavão os Portuguezes de estender suas descobertas sobre a costa d'Africa para além do Senegal; forão ahi ter os Hespanhoes, que socios da infamia procuravão homens mais robustos, que os Americanos, para vencer trabalho e fadigas; vendêrão-lhes os Portuguezes alguns escravos negros: não tardou a experiencia a mostrar, que o trabalho d'um só d'estes escravos igualava o de quatro Americanos. Com a maior rapidez forão os Portuguezes imitados por todas as Nações, que tinhão estabelecimentos no Novo Mundo: tomárão todas parte n'este commercio!!

Armárão-se navios proprios para este trafico, e do seu uso forão chamados *negreiros*. Chegados á costa d'Africa, saltando em terra a equipagem apprehendia os negros, que podia: laços formados pela natureza, e por ella abençoados, erão destruidos pela força, se alguem d'uma familia escapava; alias esta operação tinha lugar depois no mercado. Amontoadas no navio as victimas innocentes da ambição, muitas vezes metade d'ellas tinha a felicidade da morte, antes de tornar a ver terra. O resto da descripção vamos buscal-o a uma brochura publicada em 1824 pela *Sociedade religiosa dos amigos;* o seu titulo é — *Faits relatifs à la traite des nègres:* — é

a pag. 20, que diz: « *Os escravos forão achados uns deitados de costas, outros sentados no fundo do porão; estavão presos uns aos outros com cadeias, que não só lhes ligavão os braços, mas as pernas: tinhão collares de ferro no pescoço, e ainda outra, mas mais longa, cadeia enfiando estes collares assegurava a seus senhores, que elles não escaparião d'esta horrivel prisão. Na desesperação, que causava aos negros o captiveiro e os soffrimentos, acontecia muitas vezes baterem-se elles uns com os outros, e descarregarem sua raiva sobre os que lhes ficavão visinhos, arrancando-lhes carne com os dentes: alguns estavão muito apertados com cordas, e muitos tinhão os braços horrivelmente mutilados.* » Não temos coração para proseguir.

Em 1790 o numero dos escravos negros da França e Inglaterra nas Indias Orientaes excedia um milhão. Durante quasi tres seculos a humanidade bramio em vão contra este odioso commercio, contrario ás Leis Divinas, e ás humanas — ás que são *Leis;* — sua voz devia em fim ser ouvida. Em 1807 a Inglaterra e os Estados-Unidos da America promulgárão Leis, prohibindo inteiramente a seus respectivos subditos o trafico da escravatura em todos os seus ramos. Em 1810 Portugal pela sua parte consentio em que elle se contrahisse a certos limites na costa d'Africa; e pouco ou nada ficou d'este commercio desde o Senegal até á Costa d'Ouro. N'esta época a Europa ardia em guerra; a lucta contínua entre a Inglaterra e a França tinha fechado os mares á ultima; e por isso por espaço quasi de vinte annos não tomou a França parte alguma n'este trafico: em 1814 e 1815 porém voltou de novo a elle.

Por um artigo addicional ao Tratado com Inglaterra em 1814 a França obrigou-se a unir aos esforços d'Inglaterra os seus para com as Potencias da Christandade, que devião unir-se no Congresso de Vienna, a fim de se decidir a inteira e completa suppressão do trafico dos escravos. Napoleão, tornando ao poder por espaço de cem dias, logo promulgou um decreto com data de 29 de Março de 1815, em que prohibio aos Francezes este commercio, além d'outras, com a pena de confiscação do navio e sua carga. Depois da segunda restauração os

membros do Congresso de Vienna decidirão a abolição do tráfico, de que tractamos; mas deixando aos Governos respectivos a liberdade de determinar a época, em que esta medida geral poderia ser adoptada em cada uma das Nações, sem prejuizo dos seus subditos, prevaleceo muito o interesse sobre o direito, e d'uma tal decisão não era de esperar bom resultado. Com tudo a França mostrou, sem se poder duvidar, que tinha andado sincera; pois não só promulgou em 8 de Janeiro de 1817 uma Lei forte contra o trafico, mas por outra de 24 de Junho de 1818 estabeleceo um cruzeiro sobre as costas d'Africa para o impedir. As outras Potencias promulgárão Leis mais ou menos fortes para o mesmo fim, mas erão ellas constantemente illudidas e violadas; mostrando-se assim em clara luz, que os crimes, que têm fundamento na ambição, ainda quando horrorosos como este, são difficeis de extinguir. Dissemos — crimes horrorosos como este; — esta expressão nos obriga a descrevel-o.

Descripção e natureza do crime — trafico da escravatura.

§. 5. É este um crime injurioso á especie humana, que não repelle de si o ente racional (nem ainda depois de morto) por causas accidentaes, como a pobreza, a ignorancia, a falta de civilização, a côr, ou a região do nascimento: logo o réo offende a humanidade, e d'ella pelo crime se exceptua. Este crime é vil; pois que nasce da ambição, que é um vicio; e ceder a um vicio em offensa da dignidade da especie humana é o maior e mais abjecto de todos os aviltamentos. Não tem circumstancia attenuante na pobreza: é um crime de força; e quem tem força, tem um grande capital no trabalho. De mais o armador, o afretador d'um navio, que entra como instrumento fysico no crime, nunca é um homem pobre; é pois um crime inteiramente espontaneo. Não tem circumstancia attenuante na provocação; infelizes habitadores d'asperos sertões e dos bosques, occupados em se defenderem das féras, não os excitão para que entre estas outros homens lhes appareção, sendo-lhes mais carniceiras. É por tanto o trafico da escravatura injurioso á humanidade, vil, e horrivelmente espantoso; qualidades, que acompanhão este detestavel crime logo na resolução de o perpetrar.

Vamos á preparação. Este crime requer socios; assim o seu primeiro preparo consiste na seducção; nova injuria á especie humana em lhe multiplicar excepções. É necessario um navio, viveres, algemas, cordas, collares de ferro e cadeias; são difficuldades, que se vencem, porque a perversidade é mais forte.

Vamos á execução. Dá-se á vela; o mar está agitado; fórma-se a tempestade; as ondas querem oppôr-se ao delicto, mas de balde; que aos monstros, que forão homens, falta-lhes coração, e por isso não têm susto. Salta-se em terra, emprega-se a força, faz-se a rapina da liberdade, que conjuncta com a razão fórma a essencia dos homens; a liberdade, que é até meio d'existencia, mas a cujo valor não attendem os escravos da ambição. Alguem dos aggredidos, obediente á natureza, repelle a injusta aggressão, mas mais feliz perde a vida em lugar da liberdade; alguem apenas ficou ferido; alguem contuso; mutilado alguem: assim existe um complexo de crimes, e estes já consummados.

Tornão-se de viagem; os captivos carregados de grilhões soltão gemidos, chorão, mordem-se, e desesperão; e seus verdugos já não sabem, nem mesmo podem enternecer-se.

Chega-se em fim ao mercado; aqui é que o delicto se consumma. Não é salteador o comprador, como o foi o vendedor, mas furta; porque continúa a privar da liberdade um homem; porque o preço nunca póde corresponder ao objecto, que se diz comprado; porque comprou a quem lhe não podia vender, e tanto, que o mesmo homem, que comprou, se lhe não podia vender, porque a liberdade é um meio de existencia, que elle lhe não podia ceder; e ainda que o vendido se lhe podesse vender, ainda a compra era nulla, porque o comprador pela compra adquiria o vendedor, que se vendia, e o preço como accessorio.

Em resultado o trafico de escravos é um crime continuado, pois que praticado por muitos actos, intervindo espaços d'acto a acto, mostra perversidade demorada. É concorrente ou complexo, em quanto composto de muitos e differentes crimes; e finalmente é um crime recidivo ou repetido, porque d'ordinario o réo o professa,

renovando-o até saciar a ambição; e quando é ella saciada?

Ora se este crime não ameaça a todas as individualidades, o que se não póde agradecer ao agente, é pelo menos injurioso a todas ellas, e demanda a protecção, que mutuamente se devem: é por tanto um crime de Direito das Gentes, segundo o qual nenhuma bandeira ha respeitavel para impedir a perseguição de seus auctores, uma vez que religiosamente se guardem as devidas attenções á independencia das Nações, e que com tal pretexto se não pratiquem excessos, que o mesmo Direito das Gentes desapprova, e altamente condemna. Pertence á especie — pirataría; — sendo d'ella a mais qualificada e atroz pela circumstancia aggravantissima de ter por objecto pessoas, ou individuos da especie humana.

Antes de passarmos adiante, devemos aqui uma declaração: é ella que nos responsabilizamos pela exactidão de todas as idêas, sem excepção d'uma só, que empregamos na commensuração da moralidade deste delicto. Reconhecemos com tudo que a sensibilidade nos fez elevar algum tanto o estilo, o que, se justificavel pelo objecto, não o é pela natureza do escripto, de cuja simplicidade nos fez esquecer um misto de paixões, que ao escrever nos combatêrão. Rogamos ao leitor filanthropo que nesta parte nos releve.

Synopse para a descripção e collocação do delicto — trafico d'escravos.

§. 7. Este crime, considerado na sua maior simplicidade, pertence ao genero — Crimes contra o Direito das Gentes; — á classe — Crimes d'ambição; — á especie — Pirataria *atroz*. —

Qualidades: absolutamente espontaneo; extremamente vil e desumano. Tem causa no dólo *bestial*, ou quasi, em gráo summo.

No comprador conserva o genero, muda de classe para a de — Crimes de luxo, e de especie para a de — Captiveiro d'homem. A causa é dólo em gráo maximo. Segundo alguns systemas o comprador ao seu delicto principal junta a complecidade nas reincidencias posteriores do vendedor.

Tratado para á completa abolição do trafico da escravatura entre Portugal e Inglaterra.

§. 7. A humanidade havia decidido as Nações Portugueza e Ingleza pela extincção do crime, que fica descripto, — o vil e infame trafico dos escravos. Em 1807 na Grãa-Bretenha uma Lei o tinha declarado crime altamente punivel: outra de Dezembro de 1836 foi no mesmo sentido promulgada em Portugal; mas em desprezo destas Leis muitas tentativas se fizerão, e muitas vezes o delicto continuou a ter consummação, o que moveo as duas Corôas á conclusão do Tratado assignado em Lisboa em 3 de Julho do corrente anno de 1842; obrigando-se por elle a estabelecer regulamentos de policia maritima, e a formar Commissões Coloniaes, compostas de individuos d'ambas as Nações, para processarem os delinquentes seus subditos.

Pelo art. 1. d'este Tratado o trafico dos escravos se declara *pratica infame e piratica*, e que ella é, e sempre continuará a ser um crime rigorosamente prohibido, e altamente punivel em toda a parte dos dominios respectivos ás duas Nações, e para todos os subditos das duas Corôas.

Em seguida se declara, que os navios da Marinha Real, pertencentes a ambas as Nações, especialmente auctorizados, possão dar busca ás embarcações das duas Potencias, fundadamente suspeitas do transporte de negros para os venderem como escravos; podendo os cruzadores detêl-as, e conduzil-as para serem processadas pelas Commissões Coloniaes. Regula-se a busca das embarcações suspeitas, sendo d'ella isentos os navios de Marinha Real de qualquer das duas Nações; declarão-se os indicios, cada um dos quaes é bastante para formar prova *prima facie*, ou de suspeita do crime, que a final é punido com a pena civil do perdimento do navio; sendo a criminal para os Portuguezes, que debaixo de qualquer pretexto tomarem parte no delicto, a immediata á pena de morte natural, que para ordinaria não nos parece proporcionada, por inferior, á gravidade do delicto, attento o systema penal, que está em uso entre nós. Os negros, objecto do trafico, ficão livres a cargo das Commissões Coloniaes para

vigiarem em seu tratamento e educação, e isto em observancia d'um regulamento, que é um composto de providencias, que só respirão filanthropia e muita humanidade. Permanece com tudo ainda a escravidão dos Africanos nas Colonias Portuguezas e Inglezas, sendo muito para desejar, e tambem para esperar, que ella ahi mesmo seja brevemente abolida, e que esta injuria feita á humanidade fique só existindo na Historia para execração dos vindouros.

Dos estrangeiros captivos, ou prisioneiros de guerra entre nós.

§. 8. São prisioneiros de guerra os apprehendidos no combate, ou por occasião do rompimento e continuação das hostilidades, os quaes não recuperão a liberdade, senão pela fuga, ou pelo consentimento do inimigo detentor.

Era uso muito universalmente estabelecido entre as antigas Nações, que todos os que erão feitos prisioneiros de guerra, quer se entregassem, quer fossem capturados pela força, ficassem escravos do vencedor, logo que entravão no territorio proprio da sua Nação ou sujeito ao seu Governo. Este costume algumas vezes se extendeo ainda aos homens não combatentes, que accidentalmente, erão encontrados sobre as terras inimigas; ficando, como aquelles, escravos do vencedor, assim como todos os seus descendentes nascidos durante a sua escravidão.

Ha' apparencias de que a verdadeira e principal razão d'esta pratica consistia em obrigar d'este modo pelo interesse as tropas a se absterem de carniceria para com os prisioneiros; pois conservando-lhes a vida, recebião o preço d'elles como escravos, o que se não verificava matando-os. Por esta razão é que os Historiadores observão, que as guerras civís forão mais crueis e mortiferas, do que as com os estrangeiros, matando-se n'aquellas quasi sempre os prisioneiros, por isso que os membros d'uma mesma Nação, guerreando-se, nunca ficavão escravos.

Os Christãos *entre si*, dizemos nós, e como nos adverte o Sr. Paschoal no §. 6. d'este Titulo, já desde o seculo

13.º abandonárão o costume de fazerem escravos os seus prisioneiros de guerra, contentando-se com os guardar seguros, — ou até á conclusão da paz para os permutarem, — o que tem sido o mais commum, — ou até receberem o devido preço do resgate; — não como preço do homem, que nunca Christãos entenderião, que podião vender homens Christãos, mas como indemnização do sustento e mais despesas feitas durante a detenção do prisioneiro; detenção necessaria, para elle não ir engrossar as fileiras inimigas. Dissemos, — que este foi o costume dos Christãos praticado *entre si*, — pois que documentos ha, que nos convencem de que Mouros ou Sarracenos forão escravos dos Christãos, assim como os Christãos escravos dos Sarracenos; procedendo os Christãos n'esta parte por uma represalia, que não queremos aqui justificar.

Dá-nos prova de que Mouros forão escravos dos Christãos pela guerra a Ord. do liv. 4. tit. 11., que se inscreve — *Que ninguem seja constrangido a vender seu herdamento e cousas, que tiver, contra sua vontade*, — onde subordinado a esta rubrica vem o §. 4, em que o Mouro é considerado como cousa, no que consiste a essencia da escravidão, e se decide como excepção á regra geral, que o senhor seja obrigado a vendêl-o, quando d'elle houver necessidade para se permutar por um Christão captivo entre Mouros; estabelecendo-se no resto do §. um processo d'avaliação do escravo Mouro, como se faria d'um cavallo; avaliação identica com o proceder dos Romanos durante a maior dureza da escravidão.

Em resultado não podemos deixar de separar-nos da opinião do Sr. Paschoal no § já citado, para affirmarmos com este fundamento, por outros não allegarmos, que tivemos escravos estrangeiros feitos na guerra; que Mouros forão d'este numero, embora se não podessem matar, nem tratar com crueldade. Os documentos, que o Sr. Paschoal aponta no mesmo §. e sua nota, provão sim, que Mouros houve entre nós residentes, que não forão escravos ou captivos; mas não provão, que os captivos na guerra não ficassem escravos dos

Portuguezes. O bairro da Mouraria, de que o Sr. Paschoal na mesma nota se recorda, em que os Mouros em Lisboa residião, prova, em nossa opinião, que os Mouros, que vinhão a Lisboa por causa do commercio, não merecião grande confiança aos Portuguezes, alias não lhes destinarião bairro certo; e que por isso escravos Mouros havião de ser mais mal olhados, do que os escravos não Mouros: o que igualmente havia de acontecer com os escravos Judeos, porque tambem os Judeos não escravos vivião em bairro distincto, como o Sr. Paschoal confessa no fim da nota.

É certo porém, que hoje os nossos prisioneiros de guerra, ainda que Mouros fossem, não serião escravos; porque entre nós não ha escravos desde a promulgação da Lei de 16 de Janeiro de 1773, que abolio toda a escravidão de futuro, ficando assim em quanto aos prisioneiros adoptadas entre nós as boas e sãs doutrinas, que reconhecem na entrega do inimigo, ou na cessação da resistencia pelo abandono das armas, a tacita condição da resalva de sua vida e liberdade. Sr. Ferrer *Elementos de Direito das Gentes* §. 103.

Dos Portuguezes prisioneiros dos estrangeiros.

§. 9. Entre os Romanos o Cidadão prisioneiro dos inimigos era durante o captiveiro considerado como escravo dos detentores; mas em quanto á sua Patria ou Nação não se reputava definitivamente como tal. O seu estado, isto é, os seus direitos ficavão dependentes d'uma verdadeira condição suspensiva, — a condição da sua volta para Roma. — Em quanto esta se não verificava, seus direitos sobre seus bens, filhos, escravos, peculios e todos os mais objectos estavão em suspenso. Podia durante o captiveiro ser elle instituido para succeder n'uma herança; mas pela morte do testador esta lhe não era deferida, pois que sua instituição estava em suspenso; seus filhos e seus escravos adquirião para elle, mas nestas acquisições nem seus filhos, nem elle, tinhão dominio; permanecia este em suspenso. Se sua mulher se achava com elle no captiveiro, e esta lhe dava filhos,

a legitimidade d'estes filhos tambem estava em suspenso; e acontecendo-lhe outro tanto em quanto a todos os mais direitos, d'elle dizião as Leis: — *Omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur.* Logo porém que o cidadão Romano por um meio qualquer se escapava do poder dos inimigos, com a sua liberdade se verificava a condição, e, salvas mui pequenas excepções, elle entrava no exercicio de todos os seus direitos, tanto em quanto ao futuro, como em quanto ao passado. Este beneficio, conjuncto e unido á volta do captiveiro, é que os Romanos e suas Leis chamavão *jus postliminii*, direito do postliminio, o qual o Sr. Paschoal aponta no §. 7. d'este Tit., onde tracta do objecto principal, que nos occupa. Se ao contrario o Romano morria prisioneiro, a condição suspensiva não era verificada; e, segundo o Direito rigoroso, era elle considerado como escravo desde o momento, em que tinha caído em poder dos inimigos, perdendo logo então seu estado, ou todos os seus direitos.

Ainda o Sr. Paschoal no já cit. §. menciona o direito da Lei Cornelia, a qual, promulgada governando Sylla, tomou d'elle o nome, e do seu objecto tambem o de — testamentaria. — Para entendermos o direito da Lei Cornelia ou testamentaria de Sylla, é mister advertir que o testamento d'um Romano só por sua morte era reputado válido; e se considerava nullo, se o testador o havia feito em Roma, mas morria em poder de inimigos. Para obviar a este inconveniente nascido d'um infortunio, a que a defesa da Patria tinha dado occasião, o Dictador Lucio Cornelio Sylla promulgou a Lei Cornelia, determinando, que o principio da escravidão fosse considerado como a morte natural, e que por isso os testamentos feitos em Roma pelos cidadãos, que morrião prisioneiros, fossem válidos, como o serião, se tambem em Roma terminassem seus dias. Ao diante esta disposição da Lei Cornelia, que em sua origem era testamentaria unicamente, foi extensiva aos contractos, e a todas as obrigações e direitos.

De tudo o que havemos dito, se conclue, que com toda a exactidão Ulpiano se explica, dizendo-nos, como

nos diz, que se o captivo se recolhe escapado ao poder dos inimigos, suppõe-se que elle tem estado sempre junto dos seus concidadãos (aqui temos o direito do postliminio); e que se elle não volta mais do captiveiro, accredita-se ter morrido no momento, em que perdeo a liberdade (o que os Commentadores chamárão a ficção da Lei Cornelia). — *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit. — In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.* Por este modo de discorrer, um cidadão Romano nunca podia caír na escravidão dos estrangeiros, pois se fugia do captiveiro, nunca tinha estado n'elle; se n'elle morria, já elle tinha morrido, mas livre, no momento, em que tinha perdido a liberdade.

Fallando agora a nosso respeito, nem as ficções do postliminio, nem as da Lei Cornelia, promulgada no anno 673, tiverão acceitação entre nós ou por Lei ou por costume. Em todo o tempo o captiveiro d'um Portuguez, que em serviço da Nação cáe nas prisões ou detenção dos inimigos, tem merecido á Patria luctos, e o uso de sacrificios para o chamar ao seu seio; e ingrata seria ella, se assim não procedesse, e além d'ingrata, injusta, se lhe suspendesse os direitos, pois que o principio — *afflicto non est addenda afflictio* — é lei tão sagrada para as Nações, como o é para os individuos. Vai pois o testamento d'um Portuguez prisioneiro dos estrangeiros, ainda que elle teste durante o seu captiveiro; e isto, quer elle morra entre nós, quer em poder dos inimigos. Em todo o caso, ou elle regresse ou não regresse, conserva illeso e incólume o direito de dispôr de seus bens, o poder paterno, o vinculo do matrimonio, etc. A sua causa é até mesmo, e com toda a razão, olhada pela Lei como causa favoravel, o que sobejamente se prova pela Ord. liv. 1. tit. 90. §. inic. *per totum*, dispondo que os bens do captivo, que não tiver mulher ou pai, sejão administrados por curador, observando-se a tal respeito tudo quanto as Leis ordenão a favor dos bens dos orfãos.

Resgate dos captivos.

§. 10. Acha-se escripto, e não só por uma penna, que o Christianismo em nada tem contribuido para a liberdade dos captivos, e extincção da escravidão, e chega a má fé e ousadia a reprovar asperamente o procedimento de Jesu Christo, que, vindo ao Mundo, não fez respeitar os direitos da humanidade, abolindo a escravidão!!! Já vimos que a escravidão tinha sido admittida em quasi todas as Nações do Mundo, sendo ella a sorte commum dos vencidos; reputando os homens d'umas Nações os das outras, não simplesmente por estrangeiros, mas por barbaros. Assim se praticava, e pensava geralmente, quando desceo á terra o Salvador do Mundo. Se Jesu Christo por suas Leis tivesse descobertamente e de frente attacado este pretendido direito, em que as Nações se mantinhão, daria motivo e argumento aos Imperadores e outros Soberanos para fazerem resistencia ao Evangelho. Hoje, se taes circumstancias se dessem, dir-se-hia, que Jesu Christo tinha attentado contra o Direito Publico das Nações.

O Divino Legislador procedeo muito melhor: por suas maximas de caridade, de doçura, e de fraternidade entre os homens dispoz os espiritos para facilmente sentirem, que a escravidão era um crime offensivo do Direito Natural. Vê-se pela Carta de S. Paulo a Philemon o que dictava a Moral Evangelica sobre este ponto, e o quanto é eloquente a linguagem da humanidade pela bôcca da caridade Christãa: *um escravo adquiria pelo baptismo o direito de fraternizar com seu senhor.*

« Cada um, diz S. Paulo, fique na situação, em que foi chamado á Fé. Sois escravos? Não vos affiijaes por isso; mas se poderdes tornar-vos livres, aproveitai a occasião » — I. Cor. cap. 7. v. 20. « Depois do baptismo não ha nem Judeo, nem Gentio; nem escravo, nem senhor; vós todos formaes um só corpo com Jesu Christo » — Galat. cap. 3. v. 27. « Escravos, obedecei a vossos senhores temporaes com respeito e simplicidade de coração, como servindo a Deos, e não aos homens..... E vós, senhores, tratai do mesmo modo vossos escravos, lembrando-vos que tendes no Ceo um Senhor, que é

vosso Senhor e delles; e que éste Senhor não faz distincção de pessoas » — Ephes. cap. 6. v. 5.

É preciso não ter aberto o Novo Testamento, ou não ter olhos, para não entender taes lugares; ou ter perversidade e má fé, porque estas cegão os olhos. Se o Divino Mestre não dissertou sobre Direito Natural, como os Filosofos; como o melhor de todos elles e melhor que todos elles se nos explicou, declarando-nos a todos filhos de Deos, pois que os filhos do mesmo pai são irmãos, estes iguaes entre si, e por consequencia livres.

As bellas maxima[illegible] Seneca e d'outros Estoicos sobre a humanidade devi[illegible] escravos nenhum effeito produzirão; mas Jesu C[illegible]to, ensinando aos homens que Deos é o Pai de todos elles, mudou as idéas e os costumes dos senhores temporaes. Constantino feito Christão, apenas recebido o baptismo, sentio a necessidade ou obrigação de manumittir; e simultaneamente entendeo, que o dom da liberdade seria mais precioso, sendo elle concedido por motivos de Religião. Elle auctorizou as alforrías dadas na Igreja e em presença do Bispo; uso este, que já existia entre os Christãos, pois que d'elle se faz menção na Carta de S. Ignacio a S. Polycarpo. Desde a conversão de Constantino as Igrejas tornárão-se outros tantos asylos para os mais desgraçados, que a crueldade dos senhores injustamente maltratava, — *Histoire de l'Acad. des inscript.* tom. 19. em 12 pag. 212 a 217. A manumissão *per vindictam*, que Cicero com as outras especies nos menciona nos Tópicos, a qual o Pretor fazia tocando com uma vara a cabeça do escravo, não se fez mais nos templos dos Deoses falsos, mas na Igreja junto do Altar Sagrado, *in sacrosanctis Ecclesiis;* ficando os libertos e sua posteridade debaixo da protecção da Igreja, — *Diccionario das antiguidades* na palavra — *affranchissement.*

Tem-se escripto, e escripto por muitas pennas, porque não ha falsidade, que se não tenha dito e reproduzido muitas vezes em opprobrio da Igreja e deshonra de seu Divino Fundador, que os Ecclesiasticos, as Igrejas e os Mosteiros tem lançado grilhões nos pulsos de seus escravos; e isto mesmo em paizes os mais cultos, como a

vosso Senhor e delles; e que éste Senhor não faz distincção de pessoas » — Ephes. cap. 6. v. 5.

É preciso não ter aberto o Novo Testamento, ou não ter olhos, para não entender taes lugares; ou ter perversidade e má fé, porque estas cegão os olhos. Se o Divino Mestre não dissertou sobre Direito Natural, como os Filosofos; como o melhor de todos elles e melhor que todos elles se nos explicou, declarando-nos a todos filhos de Deos, pois que os filhos do mesmo pai são irmãos, estes iguaes entre si, e por consequencia livres.

As bellas maximas de Seneca e d'outros Estoicos sobre a humanidade devidas aos escravos nenhum effeito produzirão; mas Jesu Christo, ensinando aos homens que Deos é o Pai de todos elles, mudou as idéas e os costumes dos senhores temporaes. Constantino feito Christão, apenas recebido o baptismo, sentio a necessidade ou obrigação de manumittir; e simultaneamente entendeo, que o dom da liberdade seria mais precioso, sendo elle concedido por motivos de Religião. Elle auctorizou as alforrías dadas na Igreja e em presença do Bispo; uso este, que já existia entre os Christãos, pois que d'elle se faz menção na Carta de S. Ignacio a S. Polycarpo. Desde a conversão de Constantino as Igrejas tornárão-se outros tantos asylos para os mais desgraçados, que a crueldade dos senhores injustamente maltratava, — *Histoire de l'Acad. des inscript.* tom. 19. em 12 pag. 212 a 217. A manumissão *per vindictam*, que Cicero com as outras especies nos menciona nos Tópicos, a qual o Pretor fazia tocando com uma vara a cabeça do escravo, não se fez mais nos templos dos Deoses falsos, mas na Igreja junto do Altar Sagrado, *in sacrosanctis Ecclesiis;* ficando os libertos e sua posteridade debaixo da protecção da Igreja, — *Diccionario das antiguidades* na palavra — *affranchissement.*

Tem-se escripto, e escripto por muitas pennas, porque não ha falsidade, que se não tenha dito e reproduzido muitas vezes em opprobrio da Igreja e deshonra de seu Divino Fundador, que os Ecclesiasticos, as Igrejas e os Mosteiros tem lançado grilhões nos pulsos de seus escravos; e isto mesmo em paizes os mais cultos, como a

França, onde taes escravos erão chamados *main-mortables*. É a má fé quem assim se explica, abusando dos termos, para confundir as idéas, e illudir a credulidade dos leitores, que em arguições d'esta casta se contentão com lêr um ou outro livro, sem procurar primeiro instrucções da moral e character de seus auctores. Na França e outras Nações as Igrejas e Mosteiros tiverão colonos, isto com o titulo n'um contracto, pelo qual os senhorios entregavão a estes homens, e nunca *cousas*, os seus predios rusticos debaixo das seguintes condições: 1.ª De os colonos pagarem aos senhorios um censo ou prestação annual em fructos, ou dinheiro, ou trabalho. 2.ª Que o colono não poderia vender nem alienar o predio sem consentimento do senhorio, e sem lhe pagar por occasião do consentimento certas prestações livremente estipuladas. 3.ª Que por morte do colono, e sua mulher, o senhorio teria uma parte em sua herança movel, chamando-se este direito do senhorio *mortuario*, que na verdade era direito d'origem feudal. Que as duas primeiras condições nada encerrão duro e odioso, é evidente; na terceira alguma dureza apparece, apezar de Bouhier, concedendo ainda, que estes colonos erão ligados á gleba por utilidade publica, *reipublicae interest, ut censiti terrae inhaereant*, exaltar este contracto, que não era exclusivo das Corporações Ecclesiasticas, mas commum, como vantajoso aos colonos, a quem em conclusão applica este verso de Virgilio: — *Oh fortunatos nimium, sua si bona norint, agricolas!* É todavia sem questão, que um colono *main-mortable* podia libertar-se, e tornar-se franco, sempre que entregasse o predio ao senhorio ou senhor, e a terça parte de seus bens moveis, no que os Tribunaes o protegião: assim como é sem questão, que na França e na Polonia, offerecendo os senhores muitas vezes a liberdade gratuita a seus colonos, para haverem d'elles seus predios, elles a não quizerão, fundando-se em seus contractos. Em conclusão os escravos *main-mortables* não forão uns verdadeiros escravos, mas sim colonos não só das Igrejas e Mosteiros, mas de leigos ou seculares, e por isso não servem para fundamentar diatribes contra as Corporações Ecclesiasticas.

Sendo não só certo, mas evidente, que nem [illegible]

Christo, nem a Igreja approvárão a escravidão, mas que principalmente concorrêrão para a sua abolição, não é menos certo, que ao Christianismo se deve a origem do resgate dos captivos ou escravos, ou simplesmente detidos em poder dos inimigos, o que o Sr. Paschoal nos dá na nota ao §. 8. d'este Tit., onde tracta esta materia.

Santo Ambrosio, como n'esta nota nos aponta o nosso Mestre, fez em pedaços — *confregit* — os vasos sagrados — *etiam initiata*, — isto é, já consagrados, e que tinhão servido na celebração dos Mysterios augustos da Religião, para com seu preço remir ou dar a liberdade aos captivos; cujo facto o mesmo Santo confessa no lugar, que elle refere, onde d'elle se justifica; mas justificação desnecessaria, porque o seu procedimento nenhuma Lei offendeo, antes foi conforme com o espirito do Christianismo, que é todo caridade, e com as mais expressas e antigas Leis da Igreja, que tolhendo a alienação sacrilega dos vasos sagrados, approvão como não sacrilega a unica excepção de com ella se procurar a redempção dos captivos, como se torna evidente pelo Canon, tambem pelo Sr. Paschoal apontado, que é o 13. C. 12. q. 2., tirado do 8.° Concilio Ecumenico celebrado em Constantinopla nos annos 869 e 870, e que principia: — *Apostolicos et paternos canones renovans*, onde se renova a permissão de os vasos sagrados se alienarem para resgate dos captivos em conformidade com os Canones Apostolicos, que, supposto não sejão obra dos Apostolos na opinião dos Criticos, são de data muito antiga; sendo ainda para notar o epitheto — *paternos* — em relação a estes Canones, que bem lhes quadra, pois legislão a favor dos captivos filhos de Jesu Christo, e por consequencia de sua Esposa a Igreja.

Com tudo não foi Santo Ambrosio o unico no procedimento referido: Santo Exuperio de Tolosa, não lhe restando mais para vender, vendeo os vasos sagrados, para satisfazer a este dever de caridade. Os Bispos, segundo o testemunho da Historia, accreditavão unanimes, não poderem fazer melhor uso das riquezas das Igrejas, do que remindo os captivos: e a mesma Historia nos refere as *profusões* piedosas de Santa Bathilde Rainha de França, para se resgatarem os que pelo inimigo havião sido reduzidos á escravidão.

Mas para prova de quanto é forte e admiravel a caridade, que inspira o Christianismo, e para ultima resposta aos calumniadores, que o argúem de em nada ter concorrido para a abolição e adoçamento da escravidão, temos a Epist. 1.ª de S. Clemente de Roma, Epistola, de cuja authenticidade ninguem duvída (ainda que haja razões para se duvidar da da 2.ª), na qual este Discipulo immediato aos Apostolos nos attesta, que os Christãos fão ao campo dos inimigos trocar-se pelos captivos, dando-lhes a liberdade, e sujeitando-se aos mais penosos soffrimentos. A Historia com especialidade nos mostra, que S. Paulino de Nola foi um dos exemplos de tamanha heroicidade.

Os increpadores de Jesu Christo, do Christianismo e da Igreja, abrazados em tanto zelo a favor da liberdade dos homens, representão-se-nos com consciencia capaz de até mesmo lhes consentirem o professarem o trafico da escravatura achando n'elle interesse; e Bergier auxilia-nos, formando em quanto a elles igual conceito. Se elles se limitassem a asseverar, que povos Christãos, como, por exemplo, os Portuguezes em respeito a Mouros ou Sarracenos, reduzirão á escravidão os prisioneiros, que fazião, promptamente lhes concederiamos como verdadeira esta asserção; e tão sómente lhes perguntariamos, se, reduzindo estes Povos á mais dura e tormentosa escravidão os Portuguezes, não só apprehendidos no combate, mas pelo exercicio da pirataria, e até do còrso auctorizado por seus Governos, se deverião os Portuguezes julgar na obrigação de lhes enviar livres os prisioneiros, que nos combates lhes fizessem. Assim como lhes perguntariamos, se ajuntando estes Povos á má prèsa da nossa gente a violação das convenções, como fizerão os Argelinos, que, não obstante a convenção feita por elles com Lord Exmouth, continuárão a reduzir á escravidão os Christãos apprehendidos, a não ser Christãa a nossa gente, ella se contentaria com reduzir á escravidão seus captivos, sem os maltratar nem matar, como as nossas Leis determinavão.

São muitas as Leis, que não só pelos motivos anteriormente referidos, mas muito principalmente porque formamos uma Nação Christãa, preparão meios para o resgate dos captivos: o Sr. Paschoal as refere no §. e

nota, que ultimamente citámos. São ellas: 1.° a Ord. liv. 1. tit. 90. §. 1., a qual manda applicar a este resgate toda a *herança vacante*, isto é, toda a herança sem dono, ou por o testador ter morrido intestado, e não deixar herdeiro legitimo, ou porque o herdeiro ou herdeiros chamados pelo testamento ou pela Lei á herança a não querem adir ou acceitar. 2.° A Ord. do mesmo liv. tit. 62. §. 26., a qual applica ao mesmo fim os *residuos*, isto é, tudo o que resta por cumprir dos testamentos, ou o não despeso das heranças na frase do Regimento de 27 de Setembro de 1514. Para observancia d'estas disposições, diz o Sr. Paschoal no §. cit. — *in testamentorum rationibus reddendis audiuntur*, — quer dizer, que os captivos são ouvidos sobre o exame judicial do cumprimento das disposições por ultima vontade por via do Promotor da Redempção, a quem, segundo o §. 12. do tit. 50. do liv. 1. da Ord., os Provedores das Comarcas devião mandar dar vista dos testamentos, para verificarem, se n'elles se estabelecião legados a favor do resgate; assim como a mesma vista tinhá lugar nos pleitos sobre residuos. Tambem erão ouvidos os captivos na pessoa do Mamposteiro Mór ou do Promotor da Redempção nos inventarios, avaliações, e vendas de fazenda ou bens applicados ao resgate: o que dispõe a Ord. no §. 14. *eod.*; e como causa favoravel, as causas sobre residuos, não cabendo na alçada dos Provedores, ainda que não haja parte appellante, devião ser pelos Provedores appelladas *ex officio*, cumprindo-se deste modo a disposição da Ord. §. 13. *eod.*

3. Temos ainda a Ord. liv. 5. tit. 136, que, segundo o Sr. Paschoal nos adverte, tem por fonte uma Lei de D. João III., e duas de D. Sebastião, que vem na Collecção de Duarte Nunes de Leão, sendo ahi as Leis 6. 7. 9. tit. 20. p. 4., e na verdade com algumas alterações, mas que não influem consideravelmente na sentença. N'ellas se acha a disposição da referida Ord., a qual é, — que as penas pecuniarias não impostas por Lei, mas que os Magistrados entenderem necessarias, sejão por elles applicadas aos réos, dividindo se estas em partes iguaes, uma em beneficio dos captivos, e outra a bem dos Concelhos. — Com o mesmo espirito, e com muita moralidade,

moralidade, devemos accrescentar a disposição da Ord. liv. 4. tit. 88. §. 16. com o §. 18., e tit. 89. §. 6. com o §. 8., segundo a qual qualquer pessoa deve resgatar o seu ascendente captivo; e sendo nisto negligente, se este fallecer no captiveiro, fica excluido da sua herança; e se o captivo chega a obter a liberdade, o póde desherdar. Esta legislação é reciproca; comprehende o pai negligente no resgate do filho, e o avô no do neto; e sempre sem variante, variando o sexo.

Até aqui referimos as nossas Leis colligidas, que tem por objecto o resgate dos captivos; mas obra tão pia e meritoria não podia deixar de ser assumpto constante da religião e paternal sollicitude de nossos Soberanos, sendo por isso que a este respeito apparecem muitas Leis Extravagantes. Apontaremos aqui as principaes, reduzindo-as a tres classes: 1.ª Leis procurando meios para o resgate dos captivos: 2.ª Leis sobre a arrecadação d'esses meios: 3.ª Leis regulando sua applicação.

Em quanto á 1.ª classe: temos o Alvará de 27 de Julho de 1765 §. 3., applicando aos captivos as penas pecuniarias, em que incorrem os que contractão sobre heranças ultramarinas. Temos mais a Lei de 4 de Dezembro de 1775 §§. 4. 9. e 10., dando o mesmo destino ás esmolas, que se lanção nos *cépos*, ou columnas ôcas, postas para as receber nas Igrejas, hermidas e romagens: manda no §. 5., que os Prelados e Parochos exhortem a ellas os Fieis no primeiro Domingo de cada mez; e no §. 7. applica ao resgate os legados deixados aos captivos, impostos em Capellas, não sendo excedentes da taxa da Lei. Sendo de notar que algumas d'estas providencias já se achavão no *Regimento* antigo dos Mamposteiros, e passárão d'elle para o outro de 11 de Maio de 1560. Pertence ainda a esta classe o Alvará de 26 d'Agosto de 1801, que por occasião de se acharem na administração das Provedorias do Reino, e dos captivos na Côrte, muitos bens, fundos e heranças vacantes, isto em prejuizo da Real Fazenda por falta de circulação dos preços, e das sizas nas vendas de tantas propriedades, manda vendel-as em hasta pública com as solemnidades legaes, e remetter o preço ao Real Erario, confirmando

a doação de taes bens aos captivos, declarando o Legislador não ter tenção de por algum modo a revogar.

Em quanto á 2.ª classe: pelo *Regimento* de 11 de Maio de 1560 havia Mamposteiros Móres; conhecião das questões sobre a arrecadação dos bens dos captivos: havia Mamposteiros menores ou pequenos, e pedidores, a cargo de quem se achava a arrecadação das esmolas, e todos gozavão de differentes privilegios. Introduzindo-se com o tempo muitos abusos nas Mampostarias e peditorios, forão corrigidos pelo Diploma de 29 de Outubro de 1754; até que em fim a Lei de 14 de Dezembro de 1775 §§. 1. 2. e 14 abolio os Officios de Mamposteiros Móres e pequenos, Escrivães, Thesoureiros e mais Empregados do Juizo dos captivos, passando a sua jurisdicção e obrigações, em Lisboa ao Provedor dos Resíduos; nas Provincias aos das Comarcas; onde os não havia, aos Juizes dos Residuos; e nas terras da Rainha aos Contadores das Comarcas.

Em quanto á 3.ª classe, ou Leis sobre a applicação dos meios ao resgaste dos captivos: a largueza, com que elles se despendião, produzio grandes inconvenientes, como o Sr. Paschoal adverte no fim da nota. Por uma parte o interesse do maior preço excitou incursões inimigas mais frequentes, fazendo os Turcos e Mouros com os captivos ramo importante de commercio; e por outra os Portuguezes, confiados na facilidade do seu resgate, entregavão-se-lhes com menos resistencia. Por estas razões a Carta Regia de 14 d'Agosto de 1614 recommendou aos Religiosos da Santissima Trindade e aos das Mercês, que erão os medianeiros na redempção, vigilancia sobre economia, combinando-se para ella entre si. Outro *Regimento* em 8 de Fevereiro de 1602, e ainda outro em 4 de Junho de 1718 estabelecêrão régras sobre os resgates geraes; sendo entre estas a preferencia das mulheres, isto em respeito não só á menor robustez, mas em attenção aos bons costumes: o mesmo tambem se regula em quanto aos meninos, dando-se nestes a especialidade muito attendivel da sua menor segurança na Fé Christãa. Havia todos os annos resgates geraes, e em consequencia ninguem sem licença do Rei se podia

entremetter em resgatar captivos, dispondo-o assim a Provisão de 13 de Julho de 1624 e outras no mesmo sentido.

Depois que os Francezes occupárão Argel, tem quasi cessado a necessidade do resgate, mas subsistem as Leis de meios para este, e se acha hoje a sua arrecadação a cargo dos Administradores de Concelho, figurando nos processos a Fazenda Nacional pelo orgão dos Agentes do Ministerio Publico; permanecendo em vigor o Alvará de 26 d'Agosto de 1801, que manda remetter o producto liquido das arrematações ao Erario Regio, hoje Thesouro Nacional, onde este dinheiro é recebido em cofre separado. Lei de 4 de Dezembro de 1775 §. 13.

Condição do Portuguez resgatado do captiveiro.

§. 11. No §. 9. d'este Tit. diz-nos o Sr. Paschoal qual é entre nós a condição do cidadão resgatado, materia esta de investigação mui facil. Resgatar, e reduzir a escravidão ou subjugar são termos de idéas oppostas e repugnantes entre si; por tanto ainda que nós tivessemos escravos, o cidadão Portuguez detido ou feito escravo pelos Mouros, que foi objecto de resgate ou particular ou geral, fica livre, pois que resgatar não é comprar; nem um Cidadão Portuguez póde, ou póde ser objecto de venda: assim se o resgate foi geral, paga á Nação com lhe ser grato, sem que as nossas Leis lhe exijão outra alguma retribuição. O captivo porém resgatado por pessoa particular deve pagar-lhe o preço do resgate *(lytron)*; e até entre os Romanos sem isso não gozava do postliminio, — Heinecc. P. 7. §. 269; competindo ao bemfeitor a acção *negotiorum gestorum* para ser indemnizado, — L. 2. 11. e 20. C. *de postlim. revers.* Com tudo entre nós esta regra tem excepção no filho ou filha resgatada pelo pai ou pela mãi, pois não trazem á collação a despesa do resgate, — Ord. liv. 4. tit. 79. §. 8. *in princip.*, excepção esta, que confirma a regra geral em contrario.

Resta-nos advertir que a condição dos refens ou nossos ou estrangeiros, ou durante a detenção ou depois della, é a mesma, que a dos captivos ou prisioneiros de guerra; isto é, permanecem sempre livres, sendo iguaes

as suas obrigações, quando particularmente ou á custa do Publico resgatados; uns e outros durante a detenção são protegidos pelo Direito das Gentes, e como taes os refens entre nós estão na inviolabilidade a par dos Embaixadores, Ord. liv. 5. tit. 6. §§. 21. e 23. Os refens, satisfeitas as obrigações, que elles asseguravão, recuperão a liberdade, isto é, não devem ser detidos por mais tempo, nem ainda para segurança de novas convenções, Sr. Ferrer *Elementos do Direito das Gentes* §. 159.; sendo assim que ordinariamente a recuperão, não pelo resgate.

Escravos da pena entre nós.

§. 12. Já vimos que entre os Romanos havia escravos da pena *(servi poenae)*, sendo taes os que incorrião em pena capital pelo crime, que, em razão da pena, com que era punido, se chamava igualmente capital. Era entre elles não só capital a pena de morte natural, isto é, a que faz perder ao homem a vida, que recebeo da natureza, de que elle goza em quanto respira, e que se perde *(ultimo supplicio)*; mas tambem a pena, que priva o cidadão da liberdade, e em consequencia do gozo de todos os direitos sociaes, ou sómente d'estes direitos, ficando elle assim como morto para a sociedade, perdendo a vida civil. Tinha lugar o perdimento da liberdade com todos os direitos — no condemnado ás minas *(metallo)*; tinha lugar a morte civil sem a perda da liberdade — no privado do uso da agua e do fogo, ou no deportado *(aquae et ignis interdictione, vel deportatione)*. Estas penas erão chamadas capitaes de *caput* na significação de vida, porque, separada a cabeça do corpo humano, elle morre, e assim perde a vida natural, perdida a cabeça natural *(ultimo supplicio)*; perde a vida civil ou os direitos civís — *caput civile (metallo, aquae et ignis interdictione, vel deportatione)*, porque por estas penas elle ficava sem pertencer á sociedade, ou sem direitos, como um escravo, do qual só se distinguia em que este tinha senhor n'um cidadão Romano, e o condemnado a taes penas não tinha senhor senão na pena, sendo por isso *servus poenae*.

O Direito Romano não consentia, que a pena de

morte fôsse applicada a um cidadão; por isso a Lei tirava ao réo a qualidade civil antes da execução, e logo pela publicação de sentença; de sorte que esta o fazia escravo da pena, não sendo já cidadão, quando em punição do delicto elle perdia a vida natural; assim era um escravo que morria, e não um cidadão Romano. *Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt, itaque praeoccupat hic casus mortem, et non numquam longum tempus occupat: quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur; saepe etiam ideo servari solent post damnationem, ut ex his in alios quaestio habeatur*, — L. 29. D. *de poenis*. O mesmo nos repete o Jurisconsulto Caio na L. 6. D. *qui testam. fac. poss.*, que o Sr. Paschoal igualmente menciona na nota ao §. 11. d'este Tit., sendo de notar que esta Lei prova a doutrina, que deixamos estabelecida, com o seu §. 1.: *Si cui aqua et igni interdictum sit, ejus nec illud testamentum valet, quod ante fecit; nec id, quod postea fecerit; bona quoque, quae tunc habuit cum damnaretur, publicantur;* e continúa a proval-a com o §. 2.: *in insulam deportati in eadem causa sunt:* ao que accresce a Instituta de Justiniano, tit. *quib. mod. jus patr. potest. solvit.* §. 3.: *servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.* Esta Legislação porém, como igualmente o Sr. Paschoal nos adverte, foi abolida por Valentiniano L. 8. C. Theod. *de poenis;* e terminantemente por Justiniano Nov. 22. cap. 8., onde, segundo elle diz, movido pela clemencia mitiga a severidade das Leis anteriores, e estabelece a sentença geral: — *nullum ab initio bene natorum ex supplicio fieri servum*, — declarando que se apressa a dar a manumissão aos que, tendo sido cidadãos, se achavão soffrendo uma tal escravidão — *qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus;* e conclue mandando conservar o vinculo do matrimonio contrahido pelo delinquente, como matrimonio existente entre pessoas livres — *matrimonium..... inter personas liberas consistens.*

Alterada assim tão perfeitamente a Legislação Romana, á qual se deve a invenção da escravidão da pena, que passou para as nossas Leis, a filanthropia ou amor para

com a humanidade excitárão o coração do Sr. Paschoal, que bem conhecia a grande severidade das nossas Leis penaes, a concluir que a escravidão da pena se dexia reputar ainda com mais razão abolida entre nós, que a não tinhamos inventado, que não tinhamos escravos, cujas Leis, assim como as ultimas Romanas, podião tirar ao delinquente a vida natural, conservando-lhe a civil até ao ultimo momento de existencia.

Com estes fundamentos estabelece o Sr. Paschoal na 1.ª linha do cit. §. 11. a seguinte proposição — *servos poenae nullos agnoscimus;* — quer dizer, que absolutamente não temos escravos ou servos alguns da pena. Com tudo se é certo, como cremos, o principio, que deixámos demonstrado na secção 4.ª do nosso Tit. preliminar, consistindo em que a Lei clara não póde ser interpretada, e isto nem ainda quando a razão e os motivos do Legislador nos são desconhecidos, embora da observancia da Lei resultem inconvenientes: se é certo, como igualmente cremos, que nem o Interprete, nem o Juiz póde a seu arbitrio mitigar as penas, quando certas e claras, não podendo em consequencia ser mais humano, do que a Lei (como igualmente demonstrámos, além d'outras razões, com a disposição da Ord. liv. 5. tit. 136., na nota 13 ao mesmo Tit. preliminar), não nos é possivel o conformar-nos com o Sr. Paschoal na proposição — *servos poenae nullos agnoscimus*, — ainda que tambem sintamos amizade pelos homens, e que igualmente reconheçamos excesso de severidade *na letra* do nosso systema penal.

A Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6. não póde ser mais expressa e clara, do que é, dispondo que o condemnado por sentença á pena de morte natural não póde fazer testamento, e que, fazendo-o, não valerá cousa alguma; verificando-se a mesma falta de validade no testamento antigo, isto é, antecedente ou anterior á sentença condemnatoria. Esta Ord. não é silenciosa ou omissa á cerca da sua razão de decidir; expressamente a declara *ibi: porque a condemnação o faz servo da pena, em que é condemnado, e por conseguinte é privado de todos os actos civis, que requerem auctoridade do Direito Civil, assim como é o testamento* Na mesma razão do testamento e

na generalidade das palavras *privado de todos os actos civis* se comprehendem as acquisições por successão, tanto testamentaria, como legitima; os contractos, e por consequencia todos os direitos e obrigações, que são resultado delles. Assim vemos n'esta Lei o decreto mais expresso e claro, que condemna á morte civil o condemnado á natural por sentença, que tenha passado em julgado. Esta Lei tem o cunho de ter sido meditada e redigida pelo Legislador com vagar e reflexão; é um §. extenso, sempre claro e nunca escuro; e junto ao fim renova o conceito d'escravo da pena em quanto ao condemnado á morte natural, permittindo-lhe por piedade o poder dispôr *tão sómente* da terça em legados pios, e ainda com excepção d'esta permissão em alguns crimes.

Se esta materia fosse omissa nas nossas Leis, estamos que, depois da alteração notada no Direito Romano, as disposições antigas, que firmavão a escravidão da pena, deixavão de ter força, e as posteriores, que a abolirão, serião entre nós subsidiarias. O caso porém é outro: a Ord. citada e explicada é expressa, e não se acha abrogada, nem em parte alguma derogada. É forçoso pois reconhecel-a em vigor, e sem a menor restricção, como clara na disposição, e clara ainda na razão de decidir.

O Sr. Paschoal, achando a Lei dura, quiz pela interpretação adoçal-a: mas a pena é certa; a Lei não é escura; ante ella o officio do Interprete cessa, e só tem lugar o dever do cidadão, consistindo em observal-a como ella diz, como sôa. A excepção affirmativa á regra geral negativa, que lemos n'este §., ainda offende outros muito verdadeiros e sagrados principios.

Consiste a excepção affirmativa na restricção da Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6. á especie da Ord. liv. 2. tit. 26. §. 28., devendo o Juiz só nas circumstancias d'esta Ord. declarar o réo incurso nas duas penas de morte, — a civil, e natural, — para o Fisco lhe succeder nos bens. A interpretação restrictiva tem lugar, quando a ambiguidade da Lei consiste em a sua razão abranger menos, do que suas palavras estabelecem; circumstancias estas, em que o Interprete se deve cingir á razão, e deixar a maior largueza, a que as palavras da Lei o levarião. Mas a Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6. é clarissima na razão e disposição; a

razão expressa, que ella toma, abrange tanto, como as palavras dispõem: logo esta Ord. não soffre senão a interpretação declarativa, isto não só segundo os preceitos da Hermeneutica juridica, expostos na secção 4. do nosso **Tit. preliminar**, mas segundo o preceito muito terminante da Lei de 18 d'Agosto de 1769 §. 11., o qual prohibe que se dêm tanto restricções, como ampliações á Lei, quando ellas se não deduzão do espirito alcançado pelas palavras da mesma, tomadas no seu sentido literal e genuino. Ora lido o §. 6. da Ord., que faz o nosso presente objecto, vê-se que depois da prohibição da facção testamentaria ao réo condemnado á morte natural se segue a razão, consistindo em elle pela sentença ficar escravo da pena; e depois apparece no §. esta conclusão: — *E pelo conseguinte os bens dos taes condemnados vem a seus herdeiros, ou a nós, segundo nossas Ordenações.* — Não se póde dizer mais claramente que a escravidão da pena procede tanto no caso, em que o Fisco haja de succeder, que é o da Ord. liv. 2. tit. 26. §. 28, e do liv. 5. tit. 6. §. 9. hoje revogada pela Carta Constitucional art. 145. §. 19., como no caso, em que hajão de succeder os herdeiros legitimos, que é sempre, afóra as excepções apontadas, hoje reduzidas á Ord. liv. 2. tit. 26. §. 28., corrigida pela Ord. liv. 4. tit. 94. pr., que é hoje a lei reguladora da successão do Thesouro Nacional.

Entendemos que a mente do Sr. Paschoal nas palavras — *nisi nominatim sententia servi pronuntientur* — foi a que deixamos exposta; por quanto a ser ella, que a escravidão da pena só procede, quando esta é expressamente applicada ao réo na sentença, desnecessaria era a citação da Ord. liv. 2. tit. 26. §. 28. E neste caso ainda não reputamos verdadeira tal opinião, por quanto quer pelas Leis Romanas já examinadas, quer pela nossa Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6., a escravidão da pena é um effeito necessario e immediato, que *ipso jure* resulta da condemnação do réo á morte natural; por isso, expressada esta na sentença, segue-se necessariamente a morte civil ou a escravidão da pena, ainda que tal escravidão não seja na mesma sentença declarada: do mesmo modo que da condemnação á morte natural necessariamente se segue que ao cadaver do réo se ha de dar sepultura, ain-

da que a sentença o não declare. De mais a excepção entendida dos réos d'ultimo supplicio declarados escravos da pena por sentença, ou sem esta declaração, se fosse verdadeira, tornava falsa a regra redonda, fechada e absoluta, estabelecida na 1.ª linha do §. — *servos poenae nullos etiam agnoscimus:* — e ainda se dava desharmonia entre tal Legislação, e a de Valentiniano e Justiniano, citada pelo Sr. Paschoal na nota; pois que esta acabou inteiramente com todos os escravos da pena, podendo nós devolver-lhe, visto que deixa alguns escravos da pena entre nós, as expressões, que nos dirige: *Si ergo apud Romanos a Valentiniani tempore servi poenae nulli sunt, eruntne hodie apud nos?*

A escravidão da pena ou a morte civil, não só como resultado da condemnação á morte natural, mas como effeito d'outras penas perpetuas afflictivas, parece-nos merecer o uso das nações cultas, e muito propria e correspondente aos delictos, que attacão gravemente a segurança pública, pois nada mais natural; do que privar de fazer mal, e ao mesmo tempo negar os commodos e utidades d'uma sociedade áquelle, que, pertencendo-lhe, se converte em seu inimigo qualificado. Esta pena nada tem de deshumana, não se faltando com o necessario ao réo para conservar a existencia até ao seu ultimo instante; e não sendo acompanhada da confiscação, como entre nós actualmente em todos os casos acontece segundo o §. 19. art. 145. já citado da Carta, até nos parece em harmonía com o espirito da Legislação moderna, que prefere as successões legitimas ás testamentarias, achando-se ella por todas estas razões adoptada no Codigo Civil de França art. 22. e segg., assim como no Penal art. 18.

Segundo o cit. art. 22. do Codigo Civil de França a morte civil, isto é, a escravidão da pena é sempre um resultado necessario da sentença, que condemna o réo á morte natural. As outras penas afflictivas perpetuas tem o mesmo effeito nos casos declarados pelas Leis, — art. 24. Na mesma Nação o Codigo Penal de 1810, comprehendendo debaixo do nome *travaux forcés à perpetuité* a condemnação ás galés e trabalhos públicos, no art. 18. une á sentença, que applica esta pena, assim como

a deportação, a morte civil. Entre nós procede a pena de morte civil no *desnaturado*, Ord. liv. 2. tit. 13. *pr.*; o Sr. Paschoal o reconhece nas *Instituições de Direito Criminal Portuguez* Tit. 1. §. 16., onde estende esta pena a outros réos, não sendo a morte civil outra cousa, que a escravidão da pena.

Os effeitos da morte civil a respeito da sociedade são os mesmos, que os da morte natural; em consequencia os bens do condemnado passão a seus parentes; elle nada mais adquire, por isso nada mais transmitte; não póde ser nomeado tutor, não póde ser testemunha em Juizo; os effeitos civis do matrimonio cessão para elle, sua mulher e herdeiros podem intentar as acções, a que terião direito, se o réo tivesse já naturalmente morrido. Estes effeitos nascem da indole ou natureza da pena; como taes tiverão lugar entre os Romanos; tem lugar actualmente entre os Francezes; e seguimos, que os mesmos se dão entre nós, não obstante o Sr. Paschoal no fim de muitas vezes já citado §. emittir opinião contraria. Da morte civil como pena approxima-se muito, em quanto aos effeitos, a profissão religiosa; com tudo esta não corta absolutamente todas as vantagens sociaes, como opportunamente mostraremos.

Dos servos adscripticios entre nós.

§. 13. Até aqui fallámos de escravos nas especies de pessoaes, reaes, e mixtos, observando que pela ultima Legislação em nenhuma das especies elles existem entre nós; devendo por isso concluir, que segundo as nossas Leis todo o homem é pessoa, isto é, todo o homem é capaz de ter e dever direitos, exceptuando os escravos da pena, que, como taes, perdem todos os direitos sociaes, ainda que não fiquem sujeitos ao serviço de pessoas particulares, nem do Publico. Posto isto, deve notar-se que ainda que em linguagem commum e ordinaria as palavras *escravidão* e *servidão* se empreguem promiscuamente, não acontece o mesmo em Jurisprudencia; pois que n'esta Sciencia *servidão* designa ou explica a sujeição d'uma pessoa ou homem ao serviço immediato d'uma cousa immovel ou d'um prédio, assim como a sujeição

d'uma cousa immovel a outra da mesma natureza, ou a sujeição d'um predio a outro predio. A 1.ª chama-se servidão pessoal, por isso que uma pessoa serve o predio ou cousa; a 2.ª chama-se servidão real, porque *res rei servit*, ou um predio serve a outro. D'esta sorte dá-se servidão pessoal, quando homens ou pessoas são obrigados a servir as terras, que habitão; e porque servem chamão-se *servos;* e porque não podem abandonar taes terras, chamão-se *adscripticios*, como o Sr. Paschoal os distingue na 1.ª linha do §. 13. d'este Tit., em que tracta de taes servos. O nome d'*adscripticios* é tomado de *adsisco* ou *assisco* — prender, ligar, — e lhes quadra, ou bem lhes arma, porque elles não podião abandonar essas terras. Houve muitos d'estes servos na Europa durante a antiga *feudalidade*, a qual, segundo o Sr. Paschoal mostra na nota ao mesmo §., foi sempre odiada pelos nossos Soberanos, e nunca teve lugar entre nós: materia esta, com que por agora nos não occuparemos, esperando lugar talvez mais proprio para ella.

É palpavel a differença, que se dá entre escravo e servo adscripticio, que por isso não podem confundir-se: um é a propriedade do senhor, que a todo o momento o manda trabalhar d'este ou d'aquelle modo, podendo vendel-o como um movel. A obrigação do outro é unicamente cultivar a terra, em que nasceo, sem poder estabelecer-se n'outra parte, excepto se o senhor da terra lh'o permitte: em quanto ao mais, é livre em todas as suas acções; é capaz do matrimonio, contractos e testamentos; adquire para si; e só como colono se acha obrigado a prestar certo serviço, pensão, ou luctuosa ao senhor, seguindo seus filhos a sua condição. Heineccio P. 1. §. 137—138.

Com tudo a servidão pessoal, segundo a descrevemos, contém uma sujeição, que excede em demasia os limites assignados pela natureza á faculdade de contrahir a liberdade primitiva. Ella auctoriza o sacrificio d'este precioso bem na parte ou porção indispensavel á conservação da ordem social, mas não se póde conceber como a ordem e bem commum exijão que um ou mais homens sejão vinculados a glebas por todos os momentos da sua vida, ainda que motivos imperiosos se verifi-

quem, para que elle mude de habitação e residencia, e que corra risco á sua felicidade e existencia. Tal obrigação é um obstaculo ao aperfeiçoamento da especie humana; como tal, um attentado contra a natureza; e assim uma instituição positiva illegitima, nulla, pela razão reprovada, e que em resultado não póde dar direitos, nem produzir obrigações. Não acontece outro tanto com a servidão real; mas d'esta não nos occuparemos aqui, pois é alheia do Direito das pessoas, que faz nosso objecto actualmente.

Si tamen quisquam promiserit certum locum; com estas palavras principia o Sr. Paschoal, dizendo-nos no citado §., que o que se obriga a habitar, cultivar, ou povoar certo casal ou terra, ou temporaria ou perpetuamente, póde ser constrangido ao desempenho da obrigação, sem que se possa dizer adscripticio, pois que neste caso elle não é tal por natureza, mas em virtude d'um contracto e por sua vontade, sendo desta que lhe resulta a obrigação, a cujo desempenho póde ser constrangido segundo a Ord. liv. 4. tit. 42. *in fin.*

É verdade que esta Ord. toma, para occasião de sua providencia, o procedimento dos senhores, que por morte dos colonos exigião de suas mulheres, descendentes e transversaes, ainda quando não herdeiros dos defunctos, a habitação e povoação de suas terras e casaes, donde provinha que em razão do conceito d'adscripticias taes mulheres não tinhão quem as quizesse em casamento. É igualmente verdade que a decisão ou sentença da mesma Ord. é que ninguem seja obrigado a morar, ou povoar terra ou casal com o fundamento de ser adscripticio, como descendente dos que tomárão essas terras ou casaes, incluindo-se no descendente, por igualdade de razão, o ascendente e transversal: mas tambem é verdade, que a razão de decidir desta Lei está nas palavras: *porque a tal obrigação parece especie de captiveiro, o qual é contra razão natural.* Ora esta razão de decidir expressa e manifestamente verdadeira comprehende o caso do pactuante originario, que se obrigou a habitar ou povoar, mas que ao diante encontra no desempenho da obrigação obstaculos á sua perfeição, felicidade ou existencia, e como a Lei, de que tractamos, é fundada em Direito Natural,

soffre por sua razão interpretação extensiva ao proprio pactuante e seus herdeiros, que se vem a achar nas referidas circumstancias, nem elles estão fóra da idêa de se acharem n'uma especie de captiveiro emittida na Lei, pois que tambem se acha em captiveiro o que voluntariamente se entrega ao inimigo, mas posteriormente tem motivos, que o obrigão a querer regressar para a sua patria. A parte final da lei obriga o pactuante e seus herdeiros ao desempenho da obrigação de povoar ou habitar, e na mesma razão á de cultivar, mas seria absurdo não dar a esta disposição uma excepção no caso, em que periga a felicidade ou existencia dos obrigados, e em que se achão n'uma collisão de deveres, sendo mais forte o de attender á sua felicidade e existencia. Por tanto com esta excepção, implicita na expressa razão da Lei, seguimos a opinião do Sr. Paschoal, convindo que neste caso se não dão servos adscripticios, pois que o pactuante obriga-se por sua vontade, e não por força da sua condição, e seus herdeiros adindo a herança, que podião não acceitar, por este facto voluntariamente se obrigão, indo implicito em taes obrigações o direito de as rescindir nas circumstancias excepcionaes, que notamos.

Dos servos alheios, ou criados.

§. 14. Inscreve o Sr. Paschoal o §. 14. deste Titulo — *De servis alienis, seu famulis;* isto é, promette tractar neste §. dos criados, que são servos, porque servem ou prestão serviço aos amos, e são alheios — *alieni*, porque são pessoas e não cousas, não estão por isso *sub manu* ou em propriedade dos amos, no que inteiramente se distinguem dos escravos, cuja condição é o serem elles objecto de propriedade ou dominio, podendo dizer-se em resultado *servi proprii*, contrapostos aos criados, — *servi alieni.* Os principios e razões, que no §. antecedente convencem de illegitima e insubsistente a servidão pessoal adscripticia, não podem ser applicados á obrigação, que contrahe uma pessoa, de servir outra, quer em occupações domesticas, quer nas agrarias ou rusticas; pois nada mais conforme á razão póde dar-se, do que na necessidade procurar remedial-a, empregando os braços em

utilidade d'aquelle, que tem meios para pagar o trabalho e uso d'elles. Aqui não se dá escravidão, nem servidão pessoal, dá-se uma obrigação, que não é irrevogavel; findo o tempo pactuado, o criado, como livre, póde abandonar inteiramente esta sua condição por outra muito differente, do mesmo modo que o operario póde variar a seu arbitrio a especie da sua industria; até mesmo um ou outro destes homens póde não cumprir a obrigação antes que o tempo expire, uma vez que indemnize o locatario de seus serviços, ou obras, do damno, que lhe resulta da falta de cumprimento da locação ajustada, pois segundo um principio absoluto, estabelecido pela natureza, — *nemo praecise ad factum cogi potest*, isto é, quem não quer fazer aquillo, a que se obrigou, póde deixar de fazel-o, compensando o damno causado pela falta de cumprimento.

Em resultado da doutrina estabelecida, o criado é tão pessoa e livre, como o amo, ainda que seus direitos e obrigações sejão differentes segundo a natureza especial da locação e conducção de serviços. Não póde elle ser constrangido a servir pessoa alguma, findo o tempo pactuado; se o ajuste se não renova expressa ou tacitamente, o amo deixa de sel-o; e se emprega violencia para deter quem o servio, commette nisto um delicto, que segundo as circumstancias é punido pelas Leis. Ord. liv. 1. tit. 28. Ha com tudo pessoas, que não podem, a seu arbitrio, escolher amo ou pessoa, com quem vivão, e que por isso formão excepção á Ord. referida; como o Sr. Paschoal nos adverte, citando a Ord. liv. 1. tit. 88. §§. 13 até 18., onde se determina que o Juiz dos Orfãos dê em serviço por soldada, apenas chegue á idade de sete annos, ainda que tenha mãi, o orfão de condição assoldadavel, o qual, sendo filho de lavrador, deve servir com preferencia um lavrador, preferindo ainda o que tiver parentesco com o orfão dentro do 4.° grão. Se porém elle for filho d'official mechanico, é dado por apprendiz a mestre, que tenha o officio de seu pai, ou algum outro, para que o orfão tenha vocação, em cuja especie entendemos que tambem se deve guardar a preferencia do sangue. Cumpre advertir, que estas disposições não são para subjugar os orfãos, mas sim em seu

beneficio, pois que por sua idade e inexperiencia, a não se darem taes providencias, ficarião expostos aos vicios, ou ás fraudes de quem os tomasse por soldada.

Os filhos devem viver com seus pais, em cuja casa é que estes lhes devem os alimentos; e quando o filho, subtrahindo-se aos serviços e obsequios, que ao pai deve, vai viver em casa estranha, sem que tenha causa justa, fica o pai absolvido da obrigação d'alimental-o. Assento de 9 d'Abril de 1772. Esta disposição não é tyrannica, nem tira a liberdade ao filho; e sómente o liga mais á casa de seu pai, para que por meio da educação ahi apprenda a ser livre, com respeito e obediencia aos bons costumes e ás leis, quando ao contrario fóra da casa paterna correria risco de se dispôr para vicios, arrastado pelos quaes se tornaria escravo da pena.

Finalmente, como o servir um amo não é servir um senhor, as nossas Leis não se contradizem, tendo abolido a escravidão, quando punindo os vadios com a prisão regulada pelo arbitrio do Juiz, segundo a Ord. liv. 5. tit. 68. *per totum*, indirectamente obrigão o que não tem outro meio de subsistencia, a locar os seus serviços; comprehendendo-se nesta razão os mendigos válidos e sãos d'ambos os sexos, que muitas vezes sustentão vicios os mais torpes á custa da caridade pública, collocando-se a si mesmos em excepção da especie humana, que nasceo para o trabalho, e tornando-se desta sorte indignos, da commiseração dos Fieis, segundo as expressas Leis da Igreja, que em consequencia lhes negão a admissão nos Hospitaes, e a participação nos soccorros communs, ou esmolas, como se vê da Bulla de Gregorio XIII, que principia — *Romani Pontificis* 73 *in Bullar. Romano*, onde se notão as expressões: *dummodo hujusmodi eleemosynae convertantur dumtaxat in usus pauperum infirmorum.*

Da soldada dos criados.

§. 15. Depois de vermos que os criados não só são pessoas capazes de direitos, mas até já effectivamente têm os que lhes resultão da qualidade especial, que nelles se dá com relação ao amo, no qual tambem como tal se dão

obrigações correspondentes áquelles, assim como direitos, a que correspondem obrigações na pessoa do criado: toma o Sr. Paschoal por objecto do §. 15. deste Titulo a soldada dos criados, inscrevendo o mesmo §. — *Merces his semper debetur*, no que se dá asserção inexacta, e tanto, que logo na segunda linha o §. estabelece uma excepção á obrigação de dever soldada, a qual, quando outras não houvera, só por si repulsa a palavra *semper* da inscripção, que não deve ser attribuida ao Auctor, mas a mão differente.

Tracta-se pois da soldada dos criados. Pela mesma razão, por que na nossa lingua se diz *soldo* o pret, que o Estado paga aos militares, se diz *soldada* o salario, ou preço do serviço, que o amo deve ao criado; não porque o criado seja soldado, mas porque recebe pagamento em dinheiro, no qual antigamente entrava a moéda chamada *soldo*, que no pagamento do militar lhe deu o nome de soldo, e d'elle o que o recebe se chamou soldado, e no salario do criado motiva a palavra soldada.

Como a locação de serviços não é gratuita ou benefica, mas sim um contracto oneroso, *facio ut des* ou *do ut facias*, segue-se que, em regra, o amo deve pagar soldada ao criado; mas como o fundamento da obrigação é o serviço, não deve o amo a parte da soldada correspondente ao tempo da molestia do criado, Silva á Ord. liv. 4. tit. 29. *in princ.*, o que não abrange o caso, em que o criado, consentindo-lh'o o amo, poz supplente, ou depois de convalescido servio gratuitamente tanto tempo, quanto o que esteve doente, Silva *eod.* Entendemos porém que o direito á soldada existe, quando a molestia do criado é imputavel ao amo, accrescendo-lhe ainda a obrigação das despesas do curativo.

O direito do criado á soldada é um direito perfeito, pois que a Ord. liv. 4. tit. 31. §. 8. lhe assiste com acção; direito perfeito, que resulta, ou tem causa na convenção entre o amo e criado, podendo esta ser expressa ou tacita, e tacita se reputa existir, quando alguem recebe em sua casa pessoa, que costuma servir, fazendo-lhe esta de facto serviços como criado, Sr. Corrêa Telles *Doutrina das acções* nota ao §. 380. Não tem porém esta acção os criados d'um e outro sexo, menores de sete annos,

annos, ainda que gozem saúde e trabalhem, entendendo a Lei que a educação, que recebem do amo, em taes circumstancias de idade, lhes deve ficar por satisfacção de qualquer serviço, que façáo. Cit. Ord. *in fin.*

A soldada ou é designada expressamente na convenção, declarando-se a quantia do preço em numerario, ou porção d'outra cousa, que preste utilidade ao criado, ou sem avença de certo preço ou quantidade, ficando ao arbitrio do amo o dar em retribuição do serviço o que entender, o que se diz na Ord. liv. 4. tit. 29. pr. —*servir a bem fazer.* Neste caso o amo é obrigado ao pagamento da soldada por arbitramento, regulado o preço do serviço com attenção á sua qualidade, e tambem á do criado, e com respeito ao tempo da duração. Se porém a soldada foi por avença de preço ou quantidade certa, o contracto obriga o amo á satisfacção do pactuado; o que tudo se acha disposto na Ord. cit., em cujo espirito e na letra do seu §. 1. se comprehende o *jornaleiro*, isto é, o que serve aos dias (termo d'origem franceza), o qual tem direito a exigir do conductor o jornal ajustado, quando certo; alias é elle arbitrado em juizo, tendo-se attenção ao preço de tal serviço, segundo o costume da Comarca.

É porém de advertir, que o titulo 29. do liv. 4. da Ord. não está em opposição com o titulo 31. do mesmo liv., pois que as taxas certas para soldadas dos criados, que servem a bem fazer, de que falla este tit., são as dos criados de pessoas distinctas em nobreza, e aquelle, mandando arbitrar as soldadas, tem por objecto criados de pessoas ordinarias: mas aquellas taxas de soldadas achão-se reduzidas aos criados da Casa Real, e não aos das outras, onde se não ganhão honras por serviço, *Digesto Portug.* liv. 2. art. 1220.

Concluindo a materia deste §., resta notarmos, que o não-vencimento da soldada, disposto na Ord. liv. 4. tit. 31. §. 8. para os criados d'ambos os sexos menores de sete annos, foi pelo Alv. de 31 de Jan. de 1775 ampliado aos engeitados (n'elles entendemos comprehendidos os não engeitados) menores de 12 annos, a quem o amo dá sustento e vestido, e a todos os criados geralmente menores de 16, a quem o amo manda ensinar a

ler e escrever, por disposição do Alv. de 24 de Outubro de 1814; assim como que a Lei de 30 de Agosto de 1770 §. 12., que estabelece a taxa de 72:000 no 1.° anno, de 96:000 no 2.°, e de 120:000 no 3.° para as soldadas dos caixeiros approvados na aula do Commercio, está em desuso; e finalmente que ao costume das terras é que deve attender-se no arbitramento das soldadas incertas, ou a bem fazer, em relação a todas as especies de criados, o que é conforme á praxe referida por Phebo, Pereira e Cabedo nos lugares apontados pelo Sr. Paschoal no §. 15. *prope fin.*

Do criado, que não acaba o tempo.

§. 16. No §. 16. deste Tit. occupa-se o Sr. Paschoal com a legislação patria ácerca do criado, que não acaba o tempo, ou deixa o serviço do amo, antes de findo o prazo ajustado. As nossas leis, por isso que este procedimento do criado contém maleficio, olhão-no como um delicto ou crime; mas o Sr. Paschoal, tendo tractado, em seguida aos escravos, dos criados, pois que neste lugar melhor nos fazia notar, que estes são pessoas, no que inteiramente se distinguem d'aquelles, não devia omittir aqui esta materia, nem guardal-a para o Livro singular, em que tracta dos delictos, isto em razão d'ella conter a violação e offensa d'um contracto, cujo desempenho e bom cumprimento encerra todas as obrigações dos criados, entrando por isso a materia deste §. no Direito das Pessoas. Assim tambem, e pela mesma razão, a Ord. do Reino lhe deu lugar no liv. 4.°, não a reservando para o 5.°, que é o nosso Codigo Criminal.

Pois que examinamos um delicto, já se vê que para o procedimento do criado, que deixa o amo antes do tempo, ser tal, é indispensavel e essencial, que elle o deixe sem causa justa. Se este lhe falta com o sustento, ou por outro modo o maltrata, o criado, deixando-o, procede em sua defesa natural, obra sem dólo, não commette crime, nem incorre em pena alguma. Mas se ao castigo *correccional e moderado*, que motivou a fuga, elle deu causa, a fuga lhe é imputavel, e o torna obrigado ao soffrimento das penas declaradas na sancção das leis seguintes.

O criado, a requerimento do amo, é constrangido pelas Justiças, onde quer que esteja, a vir acabar o tempo do ajuste, Ord. liv. 4. tit. 34.: no constrangimento pelas Justiças, de que falla esta Ord., comprehende-se auctoridade para applicar ao criado a pena de prisão, sendo ella necessaria. *Digesto Portuguez* Tom. 2. art. 1257. Se quando o criado foge, já tem recebido a soldada, não é sómente obrigado a preencher com serviço todo o tempo, que lhe falta, mas a repôr ao amo a soldada recebida. Cit. Ord. Se o criado não tem meios para repôr a soldada, neste caso além de servir de graça o tempo, que do primeiro ajuste deve, servirá mais outro tanto tempo, quanto o que corresponder á soldada recebida. O mesmo *Digesto* art. 1258. Se elle ainda não recebeo a soldada, não é o amo obrigado a pagar-lh'a, mas deve o criado servir o tempo, que lhe falta, do ajuste. Cit. Ord. No que observamos, com o sabio A. do mesmo *Digesto Portuguez* na nota ao ultimo cit. art., desproporção da pena com a gravidade do delicto; por quanto em ambos os casos, o da soldada já recebida, e o d'ella ainda não recebida, vem a pena em resultado a não ser outra, que a obrigação d'o réo servir de graça o tempo, que lhe falta do ajuste. Mas temos aqui dous delictos diversos na gravidade: quando a soldada ainda não foi recebida, o delicto é um só, é um delicto simples, e consiste em prejudicar o amo pela falta do serviço; no caso da soldada já recebida, o delicto é concorrente, pois ao damno, causado pela falta de serviço, o réo ajunta o furto *aleivoso* da soldada recebida, dando-se aqui um dos casos de furto, que não principiou por elle. Logo, se a pena é correspondente ao crime, quando concorrente, é excessiva para o delicto menos grave, quando simples. Mas a Lei é clara; a pena é certa; nem o Interprete, nem o Juiz a podem alterar, segundo os nossos principios; e por isso não seguimos a doutrina da apontada nota do *Digesto* na parte, em que altéra a disposição penal da Lei.

Se o criado é menor ou orfão, e sem causa justa deixa o amo, a quem deve tempo de serviço; serve de graça tanto tempo, quanto é o que esteve ausente; mas o tempo de serviço por castigo não póde exceder meio

anno. Ord. liv. 1. tit. 88. §. 17. O amo não é obrigado a acceitar o criado menor, se dentro d'um mez depois da fuga lhe não é appresentado; e tambem neste caso não é obrigado a pagar-lhe o tempo, que o tem servido: appresentando-se-lhe porém neste mez, é obrigado a pagar-lhe *soldo á libra*; como a cit. Ord. se explica, e quer dizer que o amo é obrigado a pagar-lhe *pro rata* da soldada o tempo, que o menor o servio.

Refere ainda o Sr. Paschoal neste §. a disposição da Ord. liv. 4. tit. 30. pr., que na especie do criado, que serve a bem fazer, a quem o amo deu *capa e pellóte*, ou cousa, que tanto valha, ou sómente um destes objectos, manda no 1.° caso, que o criado o sirva um anno inteiro, e no 2.° meio anno, sob pena d'elle pagar da cadeia o duplo do valor dos objectos recebidos, e as custas do processo. Esta Ord. não se póde dizer abrogada ou alterada, pois que ella não trata d'uma divida paga da cadeia, mas sim da punição d'um furto aleivoso, que se dá nesta especie. Entendemos porém que *a capa e pellóte*, de que falla a Ord., ou um só destes objectos, se devem entender hoje por vestido completo, ou incompleto, cujo valor corresponda á soldada inteira, ou meia, segundo o costume da terra. O que acolhe o criado, que nesta especie deixa o amo, e for requerido por este para que o não tenha em sua casa; conservando-o, é condemnado no valor do damno, que o criado fez ao amo, applicado ao Fisco; pois com sciencia do delicto commette o crime de *receptador*, ainda que a Ord. cit. §. 1. não o distinga por tal nome.

No resto do §., e na nota, que lhe corresponde, adverte-nos o Auctor que ElRei D. Fernando em Salvaterra de Magos a 4 de Abril de 1414 determinára por Lei, que os criados, ou vassallos d'outros vassallos mais nobres e poderosos, que ajudavão o Rei *com lanças e companha* (o que se póde ver na Ord. Affonsina liv. 4. tit. 26., que o Sr. Paschoal não cita), deixando os que servião, perdessem os bens para elles, e se lhes applicasse a pena de morte. Esta Lei respira os costumes feudaes, e as idéas, que ainda derão occasião á Ord. cit. no §. 2., que pune com dez cruzados o cortezão, que tomar criado d'outro, que para isto não deu licença; disposição esta, que com

outras da mesma indole se devem reputar abrogadas, por ter cessado inteiramente a razão da Lei, attenta a nossa posterior organização militar.

Os fundamentos expostos, com que o Sr. Paschoal intenta mostrar abrogadas as Ordenações referidas, são indestructiveis, pois não só agora, mas no tempo, em que o Auctor escreveo, nenhumas idéas restavão de que os Aulicos, ou Cortezãos prestassem ao Rei esses especiaes serviços militares, que occasionárão para elles uma legislação privada e excepcional. Todavia Lobão, nas suas Notas a este lugar, dá como vivas taes Ordenações, para o que emprega tres razões, que não mencionamos, pois que todas juntas não fazem uma, que mereça as honras da resposta.

Este Jurisconsulto, por nome Manoel d'Almeida e Sousa, e por appellido *Lobão*, nasceo na Villa de Vouzella, que por uma vez abandonou, indo estabelecer-se na aldêa, de cujo nome lhe veio o do appellido. Nella casou; e em idade muito avançada morreo, tendo sepultura na Igreja de S. Julião, ahi fundada Matriz d'uma Parochia da Diocese de Viseu. Seguio como Advogado o foro, tomando muitas vezes a clientela, ou protecção d'exigencias as mais injustas, e pretenções as mais infundadas e iniquas. Não podia reprimir, nem mitigar as paixões dos seus consulentes, porque elle mesmo não podia domar as proprias; entre as quaes se distinguio um odio figadal, que conservou até á ultima hora contra os Lentes desta Universidade. Por isso tendo-o sido na antiga Faculdade de Leis o Sr. D. Francisco Monteiro Pereira d'Azevedo, ao depois Bispo da Santa Igreja de Viseu, pela qual será eternamente chorado, elle excitou e sustentou por largos annos um litigio iniquo e indecoroso do Cabido contra o virtuoso Prelado, cujos preciosos dias forão, não obstante o seu triunfo final, por tal meio extremamente amargurados.... Devoto do mesmo Cabido, mas pouco zeloso do seu crédito, deu-lhe apoio contra os Conegos meios-Prebendados n'um litigio, fonte d'aturadas e escandolosas dissensões, tendo por objecto *meias encarnadas*, que o nosso Diniz aproveitaria com preferencia á materia do seu *Hysope*. Lobão tambem n'esse litigio foi vencido, sendo

esta a sua sorte ordinaria. Dando-se no Sr. Paschoal a qualidade de Lente, *e tendo já morrido*, Lobão annotou as suas *Instituições de Direito Patrio*, tomando o officio de censor apaixonado, empregando por costume termos acres e expressões conviciosas, com que injuriou os seus proprios educadores. Com tudo escreveo muito sobre todas as partes da Jurisprudencia; seus escriptos, enfadonhos pelo estilo nimiamente inculto e demasia de citações, contém noticias solidas de Direito, tanto Romano como Canonico, conhecimentos profundos da Historia e das Leis Patrias, e principalmente da praxe forense, que é o que mais o torna recommendavel. No decurso deste nosso Escripto empregaremos em quanto a elle o mais severo respeito, não só em razão do seu merecimento, *e porque já não vive*, mas porque a nós mesmo o devemos.

Das obrigações do amo a respeito do criado.

§. 17. O amo, como o Sr. Paschoal nos diz ainda no principio do §. 16. deste Tit., deve pagar ao criado exactamente a soldada, segundo o seu contracto ou ajuste; e se o despede antes do tempo, deve pagar-lhe a soldada por inteiro, pois que a despedida intempestiva d'outra sorte damnificaria o criado. Ord. liv. 4. tit. 34. pr. Não deve o amo mandar ao criado que faça cousa illicita ou deshonesta, e se este lhe obedecer, o amo não se livra da responsabilidade, nem o criado da pena, ainda que prove o mandato, L. 6. §. 3. D. *Mandat.*, L. 157. D. *de reg. jur.* O amo deve não só reprehender, mas ainda moderadamente castigar o criado, principalmente mancebo, a fim de o corrigir de vicios, ou máos costumes, Ord. liv. 5. tit. 36. §. 1. Na obrigação da soldada se comprehende a do alimento sufficiente segundo o uso do paiz, se o ajuste não foi a sêcco, *Dig. Port.* Tom. 2. art. 1238. Deve tambem conceder ao criado o tempo necessario para ir á Missa, e para cumprir as outras obrigações de Christão, cit. *Dig.* art. 1239.; e não opprimir o criado com serviço superior ás suas forças, ou diverso do para que o tomou, cit. *Dig. eod.* art. 1240.

Em que tempo deve o criado intentar a acção de soldada.

§. 18. Visto nos §§. antecedentes que o criado tem um direito perfeito á soldada, a que corresponde no amo a obrigação de pagar-lh'a; mostra-nos agora o Sr. Paschoal no §. 17. deste Tit., dentro em que tempo deve o criado intentar a acção propria para a exigir do amo, a qual em razão do seu objecto se chama *acção de soldada*. É assento desta materia a Ord. liv. 4. tit. 32., que o Sr. Paschoal aponta no fim do seu §., no qual tit. se dão providencias differentes segundo as differentes espécies, e são as seguintes:

1.ª Se algum criado ou criada, maior da 25 annos, se ajustou a servir por anno, quer fosse assoldadado a bem fazer, isto é, por soldada incerta, e que, como vimos, se deve liquidar em conformidade com os costumes da terra; quer fosse declarando expressamente na convenção a quantia ou valor do salario, ou em relação á totalidade dos dias do anno, ou em relação ao serviço de cada dia, — jornal, — mas sempre com ajuste de duração annual: não poderá demandar a soldada, passados tres annos depois que saío de casa do amo, uma vez que este durante o referido tempo tenha permanecido no lugar, em que o criado o servio. Passados tres annos, não é este admittido em Juizo a pedir a soldada. Cit. Ord. princ. no vers. — *não poderá mais demandar.*

2.ª Se o criado ou criada é menor de 25 annos, os tres começão a correr depois que elle chegou á maioridade, ficando assim a condição do menor igual á do maior, como é de justiça, attenta a fraqueza d'aquelle durante a menoridade. Ord. cit. *eod.*

3.ª Se o criado não foi assoldadado por anno, mas por mez, ou aos mezes, recebendo em razão do ajuste alimento, ou ração de comer, segundo a frase da Ord., não póde intentar a acção para haver a soldada d'algum mez, passados tres mezes depois que saío de casa do amo. Ord. cit. §. 1.

4.ª Se o criado ajustado por mez, ou aos mezes, não recebe alimento, mas dinheiro a sêcco, segundo a mesma Ord. *in fin.* se explica, não póde exigir a sol-

dada, passados dez dias depois da sua saída de casa do amo.

São expressas na 1.ª parte do §. 1. da Ord. cit. as razões destas differentes providencias, consistindo em se evitar o dolo, que a experiencia mostrava muito frequente nos criados, que, depois de pagos, deixavão cessar muitos annos, para exigirem, principalmente dos herdeiros dos amos já fallecidos, soldadas, que lhes não erão devidas.

Da prova do pagamento da soldada.

§. 19. No §. 18. deste Tit. continúa o Sr. Paschoal com materia relativa á mesma acção, consistindo na exposição da prova, que releva o amo da obrigação de pagar, no caso em que o criado intentou a acção de soldada dentro do tempo legal, de que tractámos no §. antecedente. Esta materia tem assento na Ord. do mesmo liv. tit. 33., que o Auctor nos aponta no fim do seu §.

O 1.º modo de prova, que o Sr. Paschoal refere, dá-se no escripto feito e assignado pelo criado, se este sabe escrever; alias produz o mesmo effeito, sendo escripto e assignado por outra pessoa a rogo d'elle, assignando-se neste caso uma testemunha mais. Tal escripto val como escriptura pública, sem differença, quer a quantia seja maior, quer menor. Ord. cit. §. 1. Esta disposição, segundo nos adverte Silva a este Tit. da Ord. n.º 1., é singular nas nossas Ordenações, pois regularmente, segundo ellas, a escriptura particular nada prova, como se vê da Ord. liv. 3. tit. 59.; sendo esta singularidade estabelecida para se evitarem as fraudes dos criados, que, depois de pagos, exigião outras soldadas.

O 2.º modo é o da prova semiplena pelo juramento d'outro criado, ou familiar, que declare ter visto pagar, ainda que não declare a quantia; falta esta, que tem remedio no juramento suppletorio do amo, mas isto até á quantia de 10:000 reis, e hoje de 30:000 pelo Alvará de 13 de Maio de 1813, e 16 de Setembro de 1814.

O 3.º modo em fim procede no caso do amo já fallecido, e consiste na sua declaração de ter pago ao criado, ou ella seja feita em testamento, ou em assento de livro de razão; declaração, que faz prova sufficiente, se o amo era pessoa qualificada. Cit. Ord. §. 2.

Cumpre porém notar, que a declaração de se achar satisfeito o pagamento da soldada ao criado, escripta pelo amo, fazia prova nos termos expressos da Ord. citada, isto é, dando-se no amo a qualidade de Bispo, Cavalleiro, Fidalgo, Doutor, ou alguma das outras n'ella declaradas, e que contendo-se essencialmente nesta disposição um privilegio de pessoas, como tal foi abrogada pelo terminante e geral preceito do art. 145. §. 15. da Carta Constitucional; mas de Lei abrogada tornou-se ella Lei accrescentada ou subrogada pelo art. 452 da Novissima Reforma Judiciaria, segundo o qual todo o escripto particular, abstrahindo das qualidades pessoaes do seu auctor, e sem attenção á importancia, ou quantia, a que possa ter referencia, faz prova, sendo reconhecido pela parte, ou legalmente havido como reconhecido. E finalmente d'advertir que a acção de soldada continúa a ter entre nós a natureza de summaria, como se vê na cit. Ref. art. 281.

Do damno causado ao amo pelo criado.

§. 20. No §. 19. deste Tit. occupa-se o Sr. Paschoal com o exame da materia promettida na inscripção deste §. A palavra damno é tomada da Latina *damnum*, oriunda *a demendo* na significação de *detrahere*, diminuir; significando *damno*, em razão da sua origem, diminuição no patrimonio d'alguem. Verifica-se ou pelo interito ou destruição da cousa, por exemplo, matando um cavallo alheio, ou pela diminuição do valor da propriedade, que não é nossa, como não matando o cavallo, mas ferindo-o, donde lhe resultou defeito, que o faz menos valer. Vejamos pois se o criado é responsavel ao amo pelo damno, ou diminuição, que lhe causa no seu patrimonio, ou em cousa sua. O damno póde acontecer casual, dolosa, ou culposamente. O damno casual, e que por isso não podia prever-se, a ninguem é imputavel, pois não resul-

ta de vontade, não contém moralidade, sendo por isso axioma — *casum nemo praestat.* O damno proveniente de dólo, *propositum nocendi*, constitue o criado não só na obrigação de o reparar, indemnizando o amo, mas na de soffrer a pena, pois tal damno fórma um verdadeiro delicto. Se o damno é culposo, procede a obrigação da indemnização, e a do soffrimento da pena, segundo a maior ou ménor gravidade da culpa. Consiste esta na negligencia, ou na omissão da diligencia para o damno se não verificar; de sorte que o damno não resulta da vontade do agente em quanto ao effeito, mas sim da vontade, que este teve, de fazer, ou omittir aquillo, donde era possivel resultar o damno; damno, que elle não previo, mas que devia e podia prever como possivel em consequencia de sua acção ou omissão; vindo assim a culpa a contrapôr-se á diligencia, e a medir-se por ella no gráo ou qualidade de larga, leve, e levissima.

A culpa larga ou grosseira, *lata culpa*, consiste na omissão d'aquella diligencia, que costumão ter as pessoas dissolutas, ou sem energia; é equiparada ao dólo, quando se trata de indemnizar qualquer perda, que d'ella resulte, L. 226. D. *de verb. sign.*; logo é o criado por ella obrigado ao amo. Culpa leve, *levis culpa*, dá-se na falta da diligencia, que qualquer pai de familias bem governado costuma empregar: em regra toda a pessoa constituida em obrigação é responsavel por ella, Vinn. ao §. 2. Inst. *Quib. mod. re contr. oblig.* n. 12.; por consequencia o criado, que é obrigado a bem servir o amo, é em regra obrigado para com este pelo damno, que por causa desta culpa lhe causou. Culpa levissima, *tenuis vel levissima culpa*, é a falta da diligencia, que só se dá n'uma habilidade transcendente, extraordinaria e não commum: esta em regra não póde ser imputada ao criado. Dissemos que o criado é obrigado em regra a prestar a culpa leve, conformando-nos com a doutrina do *Dig. Port.* Tom. 2. nota ao art. 1230, parecendo-nos igualmente dura a opinião de Barbosa e Silva *á Ord.* liv. 4. tit. 35., que responsabilizão sempre os criados por esta culpa, quando em parte d'elles se dá rusticidade, a cujos effeitos o amo, tomando-os por soldada, logo no ajuste algum tanto se sujeita. Não adoptamos porém a opinião do cit. art. 1230.

do *Dig.*, a qual sómente responsabiliza os criados por culpa larga ou grosseira, por nos parecer muito perigosa ao serviço dos amos, e até (pedindo venia ao seu sabio Anctor) a achamos contradictoria com a parte 1.ª do mesmo art., que declara o criado obrigado a servir o amo com *toda* a fidelidade e *diligencia*. Dissemos igualmente que o criado, em regra, não é obrigado a prestar a culpa levissima, porque no caso do ajuste para trabalho, que requer uma apurada attenção, uma applicação muito séria, entendemos que o criado por ella se responsabiliza no ajuste; tal é o caso do cuidado com o lume n'uma fabrica de polvora.

É por tanto o criado responsavel pelo damno, que, por culpa sua, causa ao amo, e isto sempre no caso de culpa larga, em regra no de culpa leve, e algumas vezes no de levissima. Esta obrigação porém dá-se no criado, em quanto serve o amo, ou antes de saír de sua casa, podendo este obter a satisfacção da obrigação pelo desconto na soldada, ou pelos beus, ou pela continuação do serviço sem paga. Mas se o criado, depois de ter feito o damno, e antes de o haver indemnizado, deixa o amo, ou se despede, deve este logo protestar pela sua indemnização, e dentro de quatro dias peremptorios provar perante o Juiz ou homens bons a realidade do damno para a sua estimação. A falta deste protesto, na occasião da saída ou despedida do criado, inhabilita o amo para ao diante o demandar; suppondo a Lei neste caso, que elle recorre com falsidade á allegação, ou excepção do damno, para não fazer ao criado bom pagamento da soldada, por não ser crivel que lesado, elle se callasse, e não se queixasse logo na saída do mesmo. Feito porém o protesto, de que acabamos de fallar, se o amo não póde provar o damno dentro dos quatro dias improrogaveis, a Lei offerece-lhe um meio; é o de pagar ao criado a soldada, com o que desvanece a suspeita da Lei, a qual auctoriza por isso o Juiz a conceder-lhe prorogação de mais tempo para prova, segundo lhe parecer justo e for razão. Taes são as providencias da Ord. liv. 4. tit. 35. pr. e §. 1., apontados pelo Sr. Paschoal no fim do seu §.; advertindo-nos na nota, que lhe é correspondente, que esta Legislação protectora e muito favoravel aos

criados, teve origem no costume, que já se observava no tempo de D. Affonso III., como nos declara no § *inic.* a Ord. Affonsina liv. 4. tit. 33., a qual o reduzio a Direito escripto com as mesmas disposições da Ord. actual.

Se o legado deixado pelo amo ao criado se deve abater na soldada.

§. 21. Fecha o Sr. Paschoal este Titulo com o §. 20., em que nos refere a disposição da Ord. liv. 4. tit. 31. §. 11., a qual é, que se o amo em testamento ou codicillo deixa legado ao criado, e não declara expressamente que lho deixa além das soldadas, que lhe deve, tal legado se interpreta como á conta d'ellas, presumindo a nossa Lei, que o defuncto quiz antes pagar o que devia, do que dar o que não devia: no que o nosso Direito se desvia inteiramente do Romano, como em outro lugar com mais largueza veremos; e por isso nos não demoraremos aqui com este assumpto.

TITULO II.

Dos Naturaes e Estrangeiros.

Razão d'ordem, e esclarecidamente da inscripção.

§. 1. Abolida entre nós a escravidão, e não podendo assim ter já lugar a Romana divisão dos homens em Ingenuos e Libertos, ou Livres e Forros, fallando a nossa linguagem castiça; e sendo-nos por isso inutil o exame dos differentes modos de dar a manumissão ou alforria, que se achão na *Instituta*, bem como o dos limites postos á mesma pelas Leis *Elia Sencia*, *Fusia Caninia*, *Junia Norbana*, e alterações por Justiniano a ellas; achando-se em igual razão os direitos dos Patronos; o Sr. Paschoal, que acabou de nos mostrar no Tit. antecedente, que em Portugal todos os homens são

ivres, neste immediato divide em Naturaes e Estrangeiros todas as pessoas, que habitão o territorio Lusitano, nas quaes se dá necessariamente ou uma ou outra destas duas qualidades, resultando-lhes em razão d'ellas direitos e obrigações muito differentes e distinctas. É assim, na ordem das divisões das pessoas, a dos Naturaes e Estrangeiros a segunda, como o mesmo Sr. nos diz no §. 1. deste Tit., — *et haec secunda divisio personarum est.* Mas eliminada a escravidão, é a dos Naturaes e Estrangeiros entre nós a primeira e mais geral divisão das pessoas, pois que n'ella todas as outras divisões se comprehendem.

Este Tit., que o Sr. Paschoal inscreve *De Civibus et Peregrinis*, tem na Carta Constitucional da Monarchia o Tit. 2. por parallelo, o qual se inscreve *Dos Cidadãos Portuguezes*, e lhe corresponde no liv. 2. das Ord. o tit. 55. com a rubrica: *Das pessoas, que devem ser havidas por naturaes destes Reinos*, sendo a razão da palavra *naturaes*, com applicação aos *Portuguezes*, o serem elles taes por virtude do nascimento, como se vê da cit. Ord. pr. *ibi: Ordenamos e mandamos, que as pessoas, que não nascerem nestes Reinos e senhorios d'elles, não sejão havidas por naturaes delles, posto que n'elles morem e residão.* A Carta Constitucional usa, para a mesma idêa, do termo Cidadãos, a que corresponde entre os Romanos *Cives*, formado de *Civitas*, mas na sua significação propria, a de sociedade civil, synonymo de *populus* ou *coetus hominum;* pois que a Cidade como objecto material, ou composto d'habitações, *aedificia*, *moenia*, era propriamente explicada por *Urbs*, synonymo de *oppidum;* sendo por consequencia *Civis*, entre nós *o Cidadão*, o socio ou membro da sociedade civil, que por isso goza dos direitos proprios e communs a cada um dos outros socios ou Cidadãos. A mesma idêa importa a palavra Nacionaes, applicada aos homens, de *nascor*, nascer; e assim Nacionaes, porque nascem naturalmente taes, *quia nascuntur*, ou apparecem com esta qualidade pelo nascimento, e isto para si, para a familia e para a patria. A Religião, e as Leis civis em seu apoio (pois que a Religião é para a sociedade civil tambem o apoio melhor e mais seguro), ainda considerão o Cidadão em outra

relação ou ponto de vista, e é como nascido principalmente para Deos.

Entre nós os Cidadãos, ou Naturaes, ou Nacionaes contrapõem-se aos Estrangeiros, sem haver pessoas intermedias. O mesmo foi primitivamente entre os Romanos, porque o *Jus Quiritium*, o *optimum jus Civium Romanorum*, que mais tarde se chamou *Jus civitatis*, *Jus civile*, não se extendia para fóra do territorio e das pessoas dos Romanos; e desta sorte, sem se darem pessoas intermedias, *Civis* tinha por contraposto *Peregrinus*, sendo este synonymo de *Hostis* e de *Barbarus*, sem participação alguma no *caput civile*, ou *status* dos Romanos.

Entre nós porém á idéa, que explica a palavra *Estrangeiro*, nunca correspondeo a d'inimigo e barbaro; ao contrario, afóra o caso de guerra, olhamos todos os Estrangeires como amigos, e reconhecemos a sua civilização e cultura. Esta palavra *Estrangeiro* é tomada das duas latinas *extra* e *genitus*, participio de *gigno*, gerar, designando por isso, em relação ao homem, o que é gerado e nascido fóra do nosso territorio, e que, para estar em Portugal, vem de fóra, *advena*, sendo assim contraposto ao nascido dentro do territorio, e que por isso dizemos Natural, Cidadão, Nacional.

A palavra portugueza, de que tractamos, nem sempre correspondeo em idéa ao Peregrino dos Romanos, pois que tempo houve, em que *Peregrinus* não era o individuo d'uma nação, ou povo independente: estes, que são os nossos Estrangeiros, tinhão em Roma o titulo de barbaros, *Barbari*, *barbaricae gentes*, quando os Peregrinos fazião todos parte do imperio, e se contrapunhão aos Cidadãos, em quanto elles estavão fóra de Roma, e não participavão em outros direitos civis além d'aquelles, cujo gozo era algumas vezes concedido com mais ou menos extensão a certa classe de Peregrinos.

Assim elles desmembravão o *Jus civitatis*: a uns Peregrinos concedião *connubium*, importando este o direito de contrahirem entre si, e mesmo com os Cidadãos Romanos justas nupcias, as nupcias romanas, que produzião effeitos civis; a outros concedião o *commercium*, ou a faculdade de formar com os Cidadãos contractos, isto é, acquisições e alienações segundo o Direito Civil; a outros

a *factio testamenti*, ou a capacidade de receber dos Romanos, e de dispôr a favor d'elles, por testamento. Estas desmembrações do *Jus civitatis*, em relação aos objectos particulares, erão concedidas, reunidas ou separadas, de sorte que os habitantes d'uma certa cidade tinhão, por exemplo, o *jus connubii*, mas não tinhão *commercium*, dependendo isto inteiramente do modo da concessão. Havia porém uma variedade irregular na participação do *Jus civitatis*, alterando-se o Direito puro e originario, que não conhecia senão Estrangeiros e Cidadãos, pois que esta repartição de direitos formava muitas situações differentes e intermediarias, de que os Cidadãos, *Cives*, e os Estrangeiros, *Barbari*, erão os extremos.

Nesta consideração ou debaixo deste ponto de vista os Peregrinos se subdividião em Latinos, Italicos e Provinciaes; mas estas divisões, em quanto aos Ingenuos, forão supprimidas por Antonino Caracalla, como o Sr. Paschoal nos adverte no fim do §. 2. deste Tit., e prova com a L. 17. D. *de stat. homin.*, em que Ulpiano nos diz: *In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini Cives Romani effecti sunt:* e as distincções das duas classes inferiores de Libertos, os *Latinos Junianos* e *dediticios*, que existirão até ao tempo de Justiniano, forão por elle abolidas. Donde provém não se achar na *Instituta* deste Imperador desmembração relativa aos direitos de cidade, pois que o *Jus civitatis* e a liberdade se tornárão inseparaveis do titulo de Cidadão Romano, sem differença de lugar no territorio do imperio, ficando assim restabelecido o direito primitivo, segundo o qual, como vimos, *Civis* se contrapõe a *Peregrinus*, sem intermediarem outras algumas pessoas; accepção esta, em que *Peregrinus*, purificado das idéas d'hostilidade, incivilização ou barbaridade, coincide com o Estrangeiro da nossa lingua. Por isso o Sr. Paschoal emprega este vocabulo na inscripção e corpo deste Tit., em contraposição aos Naturaes ou Cidadãos, — *De Civibus et Peregrinis.*

É mister porém advertir ainda, que a palavra *natural*, *naturaes*, com applicação á designação do lugar do nascimento em quanto ao homem, algumas vezes se

emprega não em relação á idêa do territorio em generalidade, mas em especialidade com relação á Cidade, Villa, Aldêa, ou lugar, em que se verificou o nascimento, donde se diz ser natural, ou ter ahi a naturalidade; o que já não acontece no uso da palavra *Nacional* em quanto ao homem, a qual sempre se refere ao territorio geral, ou nação materialmente considerada. Hoje se diz Cidadão, mas não Vassallo; apezar d'este termo d'origem feudal ter perdido o seu odioso, distinguindo entre nós pessoas da mais elevada nobreza, como Infantes, Condes e Ricos-Homens, como se vê de muitos lugares da Ord. Affonsina, generalizando-se depois com applicação a todos os Portuguezes. Mas outros tempos, outros costumes; a Carta Constitucional diz Cidadãos, e não Vassallos, quando o Cidadão foi inferior ao Vassallo, e contraposto ao Fidalgo. Cit. Ord.

Explicados os termos, que tem uso neste Tit., segue-se o notarmos as expressões — *Cives aut nascuntur, aut fiunt*, com que o Sr. Paschoal conclue o §. 1., dizendo-nos por ellas, que supposto ordinariamente a qualidade de Cidadão seja transmissivel pelo sangue, de sorte que o filho de pai Portuguez logo pelo nascimento a adquire, com tudo outros modos ha, pelos quaes, segundo a disposição das nossas Leis, ella se alcança, como veremos.

Quaes os que nascem Cidadãos.

§. 2. Acabando o Sr. Paschoal de dizer-nos — *Cives nascuntur*, neste §. 2. desenvolve as idêas, que nestas expressões se comprehendem. A sociedade civil perpetua-se como a especie humana, isto é, pela reproducção; e os pais empregão gostosos a favor d'ella um capital de serviços, para receberem protecção com toda a sua posteridade até ao gráo mais longinquo. Esta posteridade, representada no seu tronco, figurou na formação do pacto social; pois que em seu beneficio este primeiro ascendente estipulou, que na sociedade ella tivesse lugar, quando existisse, e que ahi lhe succedesse nos bens, e em seus direitos transmissiveis. É pois da natureza deste pacto, que o filho d'um Cidadão Portuguez logo pelo nascimento, acontecido dentro dos limites do nosso territorio,

territorio, fique ao lado de seu pai na qualidade de Cidadão, que lhe estava reservada. Ord. liv. 2. tit. 55. pr. e §. 1., Cart. Const. art. 7. §. 1.

— *Per Lusitaniam intelligimus...* — Por estas expressões principia o Sr. Paschoal explicando-nos o que se entenda por territorio Portuguez, pois que o nascimento dentro d'elle confére a qualidade de Cidadão ao filho de pai Portuguez; e diz-nos que a Lusitania, ou o nosso territorio, comprehende Lisboa, as provincias e Dominios ultramarinos ou Conquistas: mas especificadamente elle se acha declarado, em relação á Europa, Asia e Africa, na Cart. Const. art. 1., onde já não figura a America, porque o Brasil, elevado á categoria de Reino pela L. de 16 de Dez. de 1815, passou com o titulo d'Imperio a ser reconhecido independente pelo Tractado do Rio de Janeiro de 29 de Agosto de 1825, ratificado pela Lei de 15 de Nov. do mesmo anno.

Sobre o resto deste §. 2. já nos achamos prevenidos, pois que já vimos que o nosso *Jus civitatis* se conservou uniforme e igual para todos os Cidadãos, não variando segundo a diversidade das partes do territorio, o que já se observava entre os Romanos desde Antonino Caracalla em quanto aos Ingenuos, e por Justiniano foi extendido aos Libertos igualmente.

Resta porém advertir, que a divisão das pessoas em Naturaes e Estrangeiros fórma a mais geral e a primeira divisão d'ellas em relação aos habitantes de Portugal propriamente dito, que se compõe das Provincias do Minho, Traz os Montes, Beira, Extremadura, Alemtéjo, Reino do Algarve, e Ilhas adjacentes, Madeira, Porto Santo e Açores; pois que conservados provisoriamente os escravos negros residentes nas Colonias da Africa, nas Ilhas de Cabo-Verde, e outras adjacentes á Africa, em quanto a estas partes da nossa Monarchia esta divisão de pessoas é provisoria e interinamente a segunda.

Se o filho de pai Portuguez, nascido fóra do territorio Portuguez, é natural ou Cidadão Portuguez.

§. 3. No §. antecedente vimos, que o filho de pai Portuguez, nascido dentro do territorio Lusitano, tanto

na Europa, como na Asia e Africa, nascia Cidadão Portuguez; agora neste §. o Sr. Paschoal suppõe o filho de pai Portuguez, mas nascido em territorio alheio. A Ord. liv. 2. tit. 55. §. 3. nega a este filho a qualidade de Cidadão no caso d'o pai ter voluntariamente saído do seu solo nacional, — disposição esta contraposta á do §. 2. *eod.*, que estabelece a regra a favor do filho, quando o pai se acha ausente em serviço do Rei ou do Reino, pois no ausente em serviço do Rei e da Patria não póde deixar de presumir-se conservação do amor em quanto á mesma, e que por isso o ha de inspirar ao filho, presumindo-se ao contrario perdido todo o patriotismo no que espontanea e voluntariamente a abandonou. Com tudo a Cart. Const., á imitação da Franceza, dá a qualidade de Cidadão ao filho d'outro, nascido em Paiz Estrangeiro, vindo elle estabelecer domicilio no Reino, art. 7. §. 2., presumindo com razão a Carta que o sangue portuguez, que existe n'um tal filho, excitou o seu patriotismo a vir estabelecer-se na patria da sua origem.

Estão na mesma razão os filhos illegitimos de mãi Portugueza, nascidos em Paiz Estrangeiro, que vierem estabelecer-se no Reino, Cart. Const. *eod.* Mas se o pai Portuguez se acha ausente em Nação Estrangeira por causa de serviço da sua propria Nação, seu filho, nascido em Paiz estranho, não carece, para ser Cidadão Portuguez, de vir estabelecer-se no Reino; disposição, que comprehendida no espirito da Ord. cit. §. 2., se acha expressa na letra do §. 2. art. cit. da Cart. Const.

Na nota a este §. faz-nos o Sr. Paschoal differentes advertencias, que pela mesma ordem exporemos. — 1.° Que o Estrangeiro, ainda que casado com mulher Portugueza, residente no Reino, e tendo n'elle bens immoveis, nunca, sem graça especial, se póde tornar nosso Concidadão; é isto expresso na Ord. cit. no vers. — *não nascerem*, e §. 1. no vers. — *mas o pai Estrangeiro.* Com tudo, que o Estrangeiro podia impetrar do Desembargo do Paço esta graça, que sem difficuldade, *facile*, lhe era concedida. Para assim se explicar teve o Sr. Paschoal fundamento nos Alv. de 22 e 24 de Maio de 1762., e Decr. de 2 de Julho de 1774, e 29 de Maio de 1801, pois todos contém legislação, que muito facilita

a Naturalização aos Estrangeiros, animando-os até mesmo com isenpções a procural-a.

Devemos porém aqui accrescentar, que o Tribunal do Desembargo do Paço foi extincto, mas que o Rei pela Cart. Const. art. 75. §. 10. póde aggregar ao corpo da nossa sociedade Politica os Estrangeiros, concedendo-lhes *Carta de Naturalização* em conformidade com a Lei; ficando elles deste modo, e em virtude da generalidade do §. 4. art. 7. da Carta, Cidadãos Portuguezes, isto com duas restricções muito notaveis, a de não poderem ser eleitos Deputados para as Côrtes, art. 68. §. 2., nem nomeados Conselheiros d'Estado, art. 108. *eod.* Cabe igualmente aqui o dizermos que a Lei regulamentar, promettida na Carta sobre este assumpto, já existe, e é o Decr. de 22 de Out. de 1836, o qual requer no Estrangeiro, para obter a graça da Naturalização, meios de subsistencia, e vinte e cinco annos de idade: além disto dous annos de residencia em territorio Portuguez; estes porém são dispensaveis, quando é descendente de Portuguez, e se domicilia no Reino, quando casou com Portugueza, quando foi perseguido por affecto ao systema de Governo Representativo, e finalmente quando tem feito serviços á Nação. Demais, a *Carta de Naturalização*, que é expedida pelo Ministerio do Reino, só tem effeito depois do *Cumpra-se*, e registo na Camera Municipal do lugar, onde o impetrante quer residir, precedendo juramento de fidelidade ao Rei, e á Carta Constitucional da Monarchia Portugueza.

A 2.ª advertencia da nota principia: *Peregrini vero filius;* é que o filho do Estrangeiro não naturalizado, mas residente no Reino, e que nasce neste, se é filho de mãi Portugueza, torna-se Natural ou Cidadão, tendo o pai bens e domicilio no Reino, e vivido n'elle dez annos continuos, Ord. liv. 2. tit. 55. §. 1. Tambem aqui devemos accrescentar, que a Carta Const. fez alterações importantes a esta disposição. 1.ª Ella procedia no filho nascido no Reino de pai Estrangeiro e de mãi Natural; agora procede no filho d'Estrangeiro sem attenção á naturalidade da mãi, attendendo sómente a que o pai não resida entre nós em serviço da sua Nação. 2.ª Pela Ord. era necessario ter o pai no Reino, ou Dominios Portuguezes

bens (entendemos os immoveis) e domicilio com residencia por dez annos sem interrupção; agora a nenhuma destas circumstancias se attende, o filho nascido entre nós de pai Estrangeiro é como se fôra filho d'um Portuguez, fica Cidadão pelo nascimento, cit. art. da Cart. §. 1.; attendendo a Lei Fundamental neste caso ao que commum e naturalmente acontece, e é que as fortes e agradaveis impressões, recebidas na infancia em nossos orgãos delicados, nos obrigão, quando adultos, ao mais decidido e verdadeiro amor para com a terra do nascimento, o que nunca falha n'um homem com coração. Pensou do mesmo modo a Const. Ingleza, nada mais requerendo, do que o nascimento dentro do territorio; mas já não foi tanto assim a Cart. Const. Franceza, pois ordena que o filho nascido d'Estrangeiro em territorio Francez seja Cidadão, reclamando esta qualidade dentro d'um anno proximo á maioridade, que entendemos ser dos 21 aos 22 annos, e não dos 25 aos 26, o que é questionavel; e que não o fazendo neste anno preciso, peremptorio é improrogavel, ao reclamar a qualidade de Cidadão, seja obrigado a todas as formalidades e condições necessarias em França para se naturalizar um Estrangeiro. Mr. Delvincourt *Cours de Cod. Civ.* Tom. 1, nota 1.ª pag. 15.

A 3.ª advertencia na nota está na exposição do pensar do Sr. Paschoal, em conformidade com um aresto, que nos refere Mendes no lugar, que nos aponta, e consiste na ampliação da disposição da Ord. liv. 2. tit. 55. §. 2., que dá a qualidade de Cidadão ao nascido em Paiz Estrangeiro de pai ausente em serviço público, ao caso do filho do ausente, ou emigrado por necessidade, como para salvar a vida, ou procurar subsistencia pelo commercio, fundando-se na razão dada, §. 3. da cit. Ord. *verbis: — pois o pai se absentou por sua vontade*, a qual razão cessando no pai, que se ausenta por necessidade, fundamenta *a contrario sensu* a conclusão de que o filho d'elle, nascido em Paiz Estrangeiro, é Cidadão, como seria se nascesse no Reino. Esta opinião, a nosso ver, seria por ventura insustentavel em tanta generalidade, fazendo-nos pouco pêso um aresto na presença da L. de 16 de Dez. de 1660, Alv. de 6 de Set. de 1645,

e outro de 5 de Set. de 1646, D. de 7 de Março de 1658, onde vemos desnaturalizados os que sem licença e passaporte Real se ausentavão para fóra do Reino, comprehendendo-se nas disposições geraes os mesmos Ecclesiasticos, que saissem para Roma. Torna-se ainda mais forte o argumento com a Legislação, que deixamos apontada em favor da naturalização dos estranhos, á qual os convidava com isempções e privilegios, o que tudo torna a opinião do Sr. Paschoal, em tanta generalidade emittida, opposta á clara disposição de tantas Leis repressivas da emigração dos Nacionaes, e ás boas e optimas razões das que promovião a Naturalização dos Estrangeiros.

Com tudo hoje a Legislação é outra inteiramente, pois segundo o §. 2. do tantas vezes já cit. art. da Carta, os filhos legitimos de pai Portuguez, e os illegitimos de mãi Portugueza, nascidos em Paiz Estrangeiro, são Cidadãos, vindo estabelecer domicilio no Reino, sem haver a menor attenção com os motivos da ausencia, tanto dos pais, como das mãis.

De qual das duas linhas, paterna ou materna, vem ao filho a qualidade de Cidadão.

§. 4. A qualidade de Cidadão, importando não só direitos particulares ou civis, mas politicos em relação ao Estado, ou Corpo collectivo da Sociedade, como o direito aos cargos públicos, *jus honorum*, e o da votação nos negocios de geral interesse, *jus suffragii*; que ao principio foi, como vimos, reservada para os habitantes do territorio Romano, concedida depois aos do Lacio, posteriormente aos da Italia, e por fim extendida por Caracalla a todos os subditos do Imperio sem differença de territorio, só com exclusão dos povos, ou Nações independentes, sendo muito estimada dos Romanos: mereceo-lhes que cuidadosamente, e não tarde, fixassem o caso, em que se nascia Cidadão, materia, que já occupa paginas na *Instituta* de Caio.

Neste objecto duas regras tinhão unicamente applicação. 1.ª O filho proveniente ou nascido de matrimonio legitimo, isto é, contrahido por pessoas, que tinhão o

direito civil a esta união, *connubium*, seguia a condição do pai; o nascido de pessoas não unidas em matrimonio legitimo seguia a mãi na qualidade. — *Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur: non interveniente connubio, matris conditioni accedunt.* Ulp. Reg. Tit. 5. §. 8. — 2.ª Quando o filho segue a condição do pai, toma esta no momento, em que é gerado; quando segue a qualidade da mãi, toma-a no momento, em que é nascido. — *In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem, qui non legitime concipientur, editionis.* Ulp. Reg. Tit. cit. §. 10. — São estas regras mui simplices, e a segunda até mesmo inspirada pela natureza das cousas.

Se o filho recebe a condição do pai, elle a recebe no momento da geração, pois que uma vez gerado, fica independente, ou pessoa distincta do pai. Se este se acha enfermo, e até mesmo se morre, o filho continúa a desenvolver-se e a viver: assim tambem se o pai perde os direitos de Cidadão ou a vida civil, o filho nasce Cidadão, ou continúa a viver civilmente. Ao contrario se o filho deve seguir a qualidade da mãi, depois da concepção fica a ella unido, permanece assim por largos dias, participa dos soffrimentos da mãi, padecem ambos juntamente, se a mãi morre, morre o filho as mais das vezes, só o nascimento os despiende, e no momento de desligar-se é que o filho traz comsigo a condição social de sua mãi: devendo-se concluir destas regras, que quando o filho nasce fóra do matrimonio de mãi Cidadãa e pai Peregrino, nasce Cidadão Romano. E com effeito assim foi até ao tempo d'Augusto, ou até á promulgação da Lei *Mensia*, nome por corrupção da Lei *Elia Sencia* segundo alguns, a qual dispoz que em todo o caso, em que um ou outro dos geradores era Peregrino, não nascesse o filho Cidadão. — *Lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet.* Ulp. Reg. Tit. 5. §. 8.

Applicando igualmente as regras, que acabamos d'examinar, ao caso, em que o filho é Ingenuo ou Escravo, quando nascido fóra do matrimonio, se a mãi é escrava ao tempo do nascimento, e o pai forro ou livre, o filho nascia escravo por direito rigoroso, embora a mãi fosse

forma ao tempo da concepção. Mas o Jurisconsulto Paulo, que escreveo ao mesmo tempo que Ulpiano, indica uma excepção feita á regra geral em favor da liberdade: — 1. *Si serva conceperit, et postea manumissa peperit, liberum parit.* — 2. *Si libera conceperit, et ancilla facta peperit, liberum parit. Id enim favor libertatis exposcit.* — 3. *Si ancilla conceperit, et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla peperit, liberum parit. Media enim tempora libertati prodesse, non nocere possunt.* Paul. *Sent.* liv. 2. tit. 24. Marciano, quasi contemporaneo d'Ulpiano, dá a mesma decisão em differentes fragmentos, que se encontrão no Digesto. Assim vemos indubitavelmente, que, segundo as Leis Romanas, para que um filho nascesse livre, bastava que a mãi, desde a concepção até ao parto, não fosse escrava um só momento, o que Justiniano conservou na *Instituta* liv. 1. tit. 4. *pr.*

Fizemos esta breve digressão em quanto á liberdade, ao occupar-nos com o exame da linha, por onde o filho recebe a qualidade civil, para prevenirmos argumentos contra a verdade do que deixamos dito com o Sr. Paschoal ao seu §. 5. e nota a elle no Tit. antecedente, onde exactamente assevera que entre os Romanos — *partus ventrem*, e não — *deteriorem partem sequitur*; asserção exacta, repetimos, em relação á liberdade: assim como é exacta, mas em respeito á Cidade, ou qualidade de Cidadão, a inversa — *partus deteriorem partem*, e não — *ventrem sequitur*, depois de promulgada a Lei *Mensia*.

Agora proseguindo no nosso presente assumpto, cabe, e é necessario dizer, mas com brevidade (pois em outro lugar temos de voltar ao mesmo objecto), que entre os Romanos o concubinato (*concubinatus*) era o tracto licito d'um homem com uma mulher, sem entre elles se dar matrimonio, — *licita consuetudo, causa non matrimonii.* Os costumes dos Romanos o permittião, as Leis nenhuma pena lhe impunhão, dizendo mesmo — *extra legis poenam est*, distinguindo-o do estupro — *stuprum.* A união dos sexos porém obtida por violencia, ou por corrupção d'uma pessoa honesta, ou entre pessoas ligadas com outras em matrimonio, ou entre parentes dentro de grão, que lh'o tolhia, não era concubinato, mas sim — *stuprum, adulterium, incestum.* Desta sorte o ho-

mem casado não podia ter uma concubina, o solteiro não podia ter duas ao mesmo tempo: era o contrario uma licenciosidade ou devassidão, que nem as Leis, nem os costumes toleravão; *edibilis*, isto é, *abominavel*, lhe chama a Nov. 18. cap. 5.

Com tudo o concubinato nada trazia d'honestidade, de respeito, ou estima em quanto ao homem, e muito principalmente para a mulher: a que consentia em sêr concubina, perdia os titulos, ou nomes honradissimos de *materfamilias*, ou *matrona*. O concubinato nada tinha de commum com o matrimonio; o homem não se podia dizer tal, *vir*, em relação á mulher; a mulher não se podia dizer tal, *uxor*, em relação ao homem; assim tambem n'elle não entrevinha dote, nem dava o patrio poder, e só se podião tomar para concubinas mulheres desestimadas e de má vida, como as meretrizes, as actrizes, as surprehendidas em adulterio, depois d'abandonadas por seus maridos. A Religião Christãa, condemnando o concubinato, tem procurado extinguil-o inteiramente. O Imperador Leão o Filosofo (no anno 88 depois de J. Christo) abrogou todas as Leis, que o tinhão permittido, denominando sua tolerancia erro vergonhoso para o Legislador, offensivo da Religião, e contrario á decencia e decoro natural. Por que razão (diz elle, fazendo allusão ao matrimonio), por que razão, podendo beber em fonte pura, haveis d'apagar a sêde n'um charco, ou immundo lodaçal?

O concubinato não produzia vinculo; cessava em qualquer epocha que fosse, e isto quer por vontade d'ambos os contrahentes, quer pela d'um só d'elles, sem que se désse divorcio, nem repudio. Podia sim transformar-se em justas nupcias, não se dando impedimento. Mas não obstante o ser destituido d'effeitos; elle produzia um em quanto aos filhos, indicava a sua paternidade. Não se chamando, é verdade, *justi liberi*, pois não provinhão de justas nupcias, mas não se chamando tambem *spurii* ou *vulgu concepti*, porque seu pai era certo, chamavão-se *naturales liberi* em relação a elle, que em relação á mãi sempre certa os *vulgo* concebidos ou *vulgo* adquiridos, *vulgo quaesiti* ou espurios, estavão na razão de naturaes. Justiniano porém movido pelas supplicas muito

frequentes, *preces crebrae*, destes filhos lacrimosos, *flentes filii*, concedeo-lhes em certos termos o direito de succederem aos pais ainda intestados, recebendo assim pela geração d'elles a qualidade civica ou a de cidade; e os que não tinhão pai certo, a tomavão da mãi ao desligar-se d'ella pelo nascimento, ou parto.

Munidos com as idêas até aqui ultimamente expostas, vejamos agora o §. 4. deste Tit. nas *Instituições* do Sr. Paschoal, redigido á face da Ord. liv. 2. tit. 55. §§. 3. e 4., que elle cita. — *Civitatis jus ex paterna trahitur origine*, — que a qualidade de Cidadão vem ao filho pela linha paterna: é o que vimos tinha lugar entre os Romanos sempre que o pai era certo; é o que perfeitamente se prova legislado entre nós pelas duas primeiras linhas do §. 1. cit. Ord., que nega a qualidade de Cidadão ao filho de mãi Portugueza, casada com pai Estrangeiro, não obstante o ter acontecido nestes Reinos o nascimento d'aquelle; e por consequencia provadas tambem se achão as outras expressões do §., que negão a qualidade de Cidadão Portuguez ao filho nascido *ex indigena matre et patre peregrino*, pois repetem a mesma idêa. Continúa o §. dizendo: — *itaque qui ex patre indigena nascitur, et matre peregrina, civis nascitur*, — que nasce Cidadão Portuguez o filho da Estrangeira, casada com um Cidadão Portuguez: é o que n'este caso se observava entre os Romanos pelo principio, que as nupcias indicão e fazem certo o pai; é o que perfeitamente se prova legislado entre nós pelas duas ultimas linhas do mesmo §. cit. Ord., que dizem, — *e os nascidos no Reino de pai Natural e mãi Estrangeira, serão havidos por Naturaes.*

Aqui deveria por ventura o Sr. Paschoal expressamente dizer-nos, que tambem os filhos *naturaes*, que entre nós são os nascidos de pessoas, em quem ao tempo da geração se não dava impedimento para contrahirem matrimonio, recebem, como os legitimos, a qualidade civica pela linha paterna, o que já vimos acontecia entre os Romanos, e foi recebido entre nós, indo as nossas Leis beber a Nov. 18. Cap. 5. de Justiniano, como se vê, em quanto ao direito de succeder, na Ord. liv. 4. tit. 92., e em quanto ao de que tractamos, na do liv. 2. tit. 55. §. 4., que o Sr. Paschoal cita *in fin.*, onde os filhos naturaes

são expressamente anivelados com os legitimos, para pelos pais Portuguezes receberem a nacionalidade, conformando-se ainda com a Legislação Romana este §. da Ord., em quanto aos filhos espurios, para a receberem pelas mãis.

Devemos porém accrescentar, que pela Cart. Const. da Monarquia Portugueza a legislação, em quanto aos *filhos naturaes*, foi alterada, pois de anivelados que erão com os legitimos, para pela linha e via paterna haverem a Nacionalidade, pelas genericas expressões do §. 2. art. 7. cit. da Cart. passárão como illegitimos á sorte dos espurios, para a receberem por suas mãis. Assim não se attende á certeza do pai em quanto ao filho natural, mas á da mãi, que se dá em todos os illegitimos igualmente; com o que a Carta evitou um absurdo, pois pela mãi Portugueza faz Cidadãos todos os filhos illegitimos de pai Estrangeiro, quando pela Legislação anterior os espurios deste pai, ainda sendo conhecido, erão nacionalizados pela mãi, e os filhos naturaes do mesmo, menos odiados em Direito, não podião ser nacionalizados pela mãi, nem promptamente pelo pai, como se conclue do §. seguinte; onde veremos que a disposição da Lei *Mensia* ou *Elia Sencia* foi em parte adoptada pelo nosso Direito, que supposto não nega a qualidade de Cidadão ao filho entre nós nascido de pai Portuguez e mãi Estrangeira, nega-lhe tal qualidade quando nascido de mãi Nacional e pai Estrangeiro, ainda que não perpetuamente, e só por algum tempo, como no mesmo §., a que nos remettemos, se mostra. Mas antes de passarmos a elle, cumpre advertir neste lugar, que os filhos nascidos entre nós de pais incertos, comprehendidos aquelles, que dizemos engeitados ou expostos, por uma forte presumpção da Nacionalidade de seus pais, são Cidadãos Portuguezes, sem que esta qualidade lhes possa ser disputada, Portug. *de don.* 11. cap. 15. n. 5.; o que, como fundado em boa e segura razão, e apoiado no costume, entendemos se deve observar: e não obstante o silencio da Cart. Const. a tal respeito, o accreditamos comprehendido no espirito do seu §. 1. art. 7.

Como o filho do Estrangeira alcança a Nacionalidade pelo domicilio do pai.

§. 5. A palavra Portugueza — *domicilio*, — vem da Estrangeira — *domicilium*, — formada esta das duas tambem latinas *domum incolere*, ou *colere*, na significação de *habitare*, usada assim por Virgilio Ecl. 2. vers. 61.:

. . . . . *Pallas, quas condidit, arces*
Ipsa colat. . . . . . .

Em Jurisprudencia *domicilio* designa a habitação permanente, ou, como diz o Sr. Paschoal no fim deste §., *sedes animo perpetuo permanendi.* É habitação fixa n'um lugar, como a d'um homem, que compra e não arrenda casa, mostrando animo d'ahi não só querer estar, mas viver; no que na nossa lingua se distingue de *habitação*, a qual exclue a idéa de perpetuidade, que em relação ao Magistrado, ou outro Official público toma o nome de *residencia*. Sr. S. Luiz *Synonymos*, Tom. 2. pag. 87.

Sendo tal a força propria da palavra *domicilio*, entendemos que este termo não se applica exactamente senão ao domicilio civil, isto é, ao domicilio, que figura no exercicio dos direitos de Cidadão a Cidadão, ou direitos particulares, e que impropria ou menos propriamente se applica ao que se diz o domicilio politico, isto é, ao lugar, em que o Cidadão exerce os seus direitos Politicos, quer dizer, ao lugar, em que está recenseado, e com nome assente na lista de todas as pessoas habeis para nas assembléas públicas votarem nas eleições, que lhe são encarregadas com respeito a objectos geraes ou politicos. Por quanto pelas nossas Leis, e tambem pelas de França, tal domicilio é independente do civil, e promptamente se adquire, sem necessidade de permanecer, e só pelo facto d'habitar.

Ponderada a origem da palavra domicilio, visto o em que elle consiste segundo a força do nome, que o distingue ou significa, assim como a differença entre o politico e o civil, resta-nos examinar a materia do §. 6. neste Tit. do Sr. Paschoal, que é o correspondente á inscripção, que para este nosso tomámos.

Domicilio et habitatione. Por estas palavras principia

o A. á repetir-nos o que já nos disse na nota ao seu §. 3., repetindo-nos aqui igualmente a citação da Ord., que alli nos aponta, e é a Ord. do liv. 2. tit. 55. §. 1., em virtude da qual o domicilio contrahido por um Estrangeiro casado com mulher Portugueza, mas domicilio com dez annos de residencia seguida ou continua no sólo Portuguez, e com propriedade immovel n'elle, ainda que em nenhum tempo, *nullo tempore* (diz a linha 2.ª da nota a este §.), aproveita a tal pai para ser em virtude d'elle nosso Concidadão, aproveita com tudo ao filho para ou nascer natural e Cidadão Portuguez, se esse domicilio a esse tempo já existe, ou para vir a sel-o, quando elle se concluir, depois do seu nascimento no Reino. Desta sorte a disposição da Lei *Mensia*, que entre os Romanos só tinha lugar e applicação aos filhos nascidos fóra do matrimonio, veio pela cit. Ord. a ser applicada entre os Portuguezes aos filhos legitimos, para se desattender a Nacionalidade da mãi, pois não lhe dava pelo nascimento a qualidade de Cidadão, senão quando concorria da parte de seu marido Estrangeiro a circumstancia do domicilio, que acima fica descripto. Mas não foi acceita entre nós a Lei *Mensia* no caso inverso, o do filho nascido legitimamente de pai Portuguez e mãi Estrangeira, pois que era Cidadão Portuguez pela expressa disposição final do mesmo §. da Ord., qualidade, que recebia pela geração, sem lhe prejudicar ao tempo do nascimento a condição da mãi, que não aproveitava áquelles, quando pela geração a não tinhão recebido. Desta sorte tambem os filhos legitimos de mãi Portugueza, nascidos debaixo do nosso ceo, vinhão pelo §. ult. deste Tit. da Ord. a ter peior condição, do que os illegitimos da mesma mãi; o que nos parece absurdo, como já dissemos, em quanto aos filhos illegitimos naturaes, cuja condição era peior, que a dos espurios: mas em ambos os casos o absurdo foi desfeito pela nossa Cart. Const.

Resulta pois de tudo o que havemos dito a tal respeito, que a nossa Nacionalidade provém: 1.° do nascimento em territorio Portuguez, sem attenção á qualidade civil dos pais, quer d'um, quer d'outro sexo; 2.° da legitimidade da geração pelo pai, aos nascidos

fóra do Reino, vindo n'elle estabelecer-se, circumstancia, que se não requer, se o pai está em serviço da Nação; 3.° da qualidade da mãi para todos os illegitimos nascidos entre nós, e ainda mesmo para os nascidos fóra, vindo tambem estabelecer-se. Não podem os Estrangeiros obtel-a, senão pela Carta da Naturalização.

Na nota a este §. diz-nos o Sr. Paschoal, que o Estrangeiro, que pelo facto da permanencia entre nós nunca pôde, nem póde adquirir a qualidade de Cidadão, póde e pôde sempre adquirir por si, e para si, sem dependencia de graça, e por disposição geral das Leis, a qualidade de visinho, ou os direitos de visinhança; o que é expresso nos §§. 1. e 2. da nossa Ord. liv. 2. tit. 56. Esta doutrina é incontestavel á vista das Leis citadas, que concedem a visinhança aos Estrangeiros, em quanto á Cidade, Villa ou Lugar, em que se estabelecem, ou casando, ou comprando bens, e mostrando animo d'ahi permanecerem; o que os habilita para os empregos e honras Parochiaes e Municipaes, fruição dos pastos communs, participação na distribuição dos baldios, e outras vantagens proprias dos ahi nascidos. É necessario porém, que os Estrangeiros, ou vindos de fóra, ahi residão quatro annos com sua familia, e parte consideravel de suas fortunas.

Como se contrahe o domicilio, e suas especies.

§. 6. O domicilio civil, segundo o Cod. Civ. de França art. 102., é o lugar, em que um Francez vive, e tem o seu principal estabelecimento. A mudança do domicilio opera-se pelo facto d'uma habitação real, e verificada em outro lugar, com a intenção de fixar ahi o Cidadão o seu principal estabelecimento, art. 103. *eod.* As Leis Romanas dão-nos a mesma idéa ácerca do domicilio. — *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari destitit.* — Assim se exprime a L. 7. C. *de incolis*, que o Sr. Paschoal no seu §. nos aponta; bem como a L. 27. §. 2. D. *ad municipalem*, que por

differentes expressões contém o mesmo pensamento, sem que taes Leis estabeleção, ou marquem tempo, que fixe a inducção do animo de permanecer na pessoa, para que o domicilio se julgue por ella contrahido; embora o espaço de dez annos d'habitação continúa n'um lugar, na opinião de Bartholo, désse o domicilio, como o Sr. Paschoal nos adverte neste §., passando ella para a *Recopilação* d'Hespanha na Lei citada igualmente pelo A., e d'esta para a nossa Ord. liv. 2. tit. 55. §. 1., que já deixámos examinada, onde o prazo de dez annos d'habitação contínua n'um lugar do Reino é abraçado, mas para o effeito especial, que ahi se tracta, e não para a generalidade da acquisição do domicilio no Cidadão Portuguez, pois que este é independente de tempo, e só requer habitação com animo de permanecer, como se vê da generalidade da disposição da Ord. liv. 3. tit. 11. pr.

Sendo esta materia da acquisição, ou formação do domicilio, importante para a resolução da competencia do fôro, e dependendo da investigação do animo do contrahente, que só por inducções se póde alcançar, algumas vezes não é facil determinar o domicilio, pois que muitas pessoas ha, que tendo as suas fortunas immoveis em duas ou mais situações disjuntas, passão parte do anno n'um Julgado, e o resto do tempo em outro. Neste caso é pratica em França attender com preferencia ao lugar, em que se dá uma circumstancia de mais estima no commum sentir dos homens. Assim na concorrencia d'um lugar, em que o devedor teve o nascimento, com outro, em que esta qualidade se não dá, julga-se aquelle o domicilio. Entre nós a pratica é outra; dão-se dous domicilios ao Cidadão, e póde ser demandado em qualquer d'elles, Pereira e Sousa *Processo Civil* not. 46., *Digesto Portug.* liv. 2. art. 35. e 36.; com tudo as Leis Romanas, donde vemos deduzida tal doutrina, e que para isso se allegão, no nosso entender não a provão o que hoje se torna questão inutil, á vista da Noviss. Ref. Judic. art. 180., segundo o qual, dando-se bens em dous Julgados, e vivendo o proprietario ou senhor d'elles ora n'um, ora n'outro, tem dous domicilios, podendo ser demandado naquelle, em que for achado ao

tempo da citação. E na presença d'uma Lei tão expressa e terminante nada temos que oppôr.

A L. 20. D. *ad municipal*, que o Sr. Paschoal ainda aponta no seu §., falla do caso da transferencia do domicilio, a qual se realiza pela mudança de residencia e estabelecimento para outro lugar, dadas as quaes circumstancias, não póde o sujeito escusar-se aos encargos municipaes, allegando ser outro o seu domicilio, com o que se harmonizou o já cit. art. 203. do Cod. Civ. de França, que supposto no art. 104. declare como prová da transferencia do domicilio a declaração do transferente, tantò á municipalidade do lugar, que deixa, como á d'aquelle, para que muda, no art. 105. suppre a falta desta declaração pela consideração das circumstancias, excluindo d'ellas o exercicio d'um encargo público temporario, ou revogavel no que o vai exercitar, o qual não perde, mas sim conserva o domicilio, donde veio, art. 106. Sendo de concluir, que tanto pelas Leis de França, como pelas Romanas e Portuguezas, o domicilio se adquire e se transfere pela habitação com animo de permanecer, mostrado pelo estabelecimento da pessoa n'um lugar, sem que o decurso ou de mais tempo, ou de menos, seja neste caso attendido.

É dever addicionar aqui ao que nos disse o A., que o domicilio se divide em proprio e commum, sendo este a Côrte, onde todo o Cidadão, achado n'ella, póde ser chamado a Juizo, Ord. liv. 3. tit. 3., ainda que elle seja domiciliado nas Ilhas, Ord. do mesmo liv. tit. 5. §. 12. Que o domicilio proprio se divide em voluntario e necessario, sendo aquelle o que cada um, em virtude da liberdade civil, escolhe; e este o que resulta da obrigação de residir em lugar certo: como o degradado no lugar do degredo, L. 22. §. 3., e L. 27. §. 3. D. *ad municipal.*; o soldado no lugar, em que o seu regimento se acha de guarnição, L. 23. §. 1. *eod.*; os empregados públicos perpetuos, ou d'emprego inamovivel, no lugar, em que o exercem, por identidade de razão á dos soldados; as mulheres casadas em quanto ao domicilio dos maridos, L. 38. §. 3. D. *eod.*; na mesma razão, os filhos em quanto ao domicilio de seus pais, assim como os criados em quanto ao dos amos, e os pupillos e interdictos em quan-

to ao dos seus tutores. E finalmente que os vagabundos, ou os que não tem domicilio certo, tem domicilio necessario em toda a parte, em que podem ser citados, para serem ahi demandados; o que resulta da natureza das cousas.

Sentido, em que os Municipios existirão entre nós.

§. 7. Vimos que o Estrangeiro não naturalizado, apezar de nunca ser nosso Concidadão, em quanto á Cidade, Villa ou lugar, em que habita, e se estabelece pela residencia continua durante quatro annos, acabados estes se torna visinho, ou adquire ahi os direitos de visinhança.

A palavra *visinho*, oriunda da latina *vicinus*, bem como a outra *visinhança*, vinda de *vicinitas*, tem origem commum no termo tambem latino *vicus*, o qual significa o mesmo que *multae domus junctae*, que nós dizemos *bairro*; e em sentido mais largo povoação, ainda que não apinhada, mas restricta a certos limites: sendo assim visinho não só aquelle, que ahi veio pelo nascimento, e depois d'elle permanece, mas tambem o que em outra parte nascido, deixando a sua naturalidade, ahi vem estabelecer-se, em consequencia do que participão de certas vantagens locaes, communs a todos e cada um d'aquelles, que para essa Cidade, Villa ou lugar estão nas mesmas circumstancias, ou são visinhos; qualidade esta, que com mais delonga se adquire, do que o domicilio, pois que este não depende de tempo taxado d'habitação ou residencia.

Posto isto, diz-nos o Sr. Paschoal neste §. 7. do seu Tit., que ainda que nunca tivessemos (e nós podemos accrescentar — nem actualmente tenhamos) Municipios no sentido proprio dos Romanos, em outro sentido os tivemos, e por consequencia neste outro sentido tivemos habitantes municipaes, — *municipes*. Esta palavra, como o A. nos diz, foi formada das duas *munus capere*, receber emprego público, comprehendendo não só aquelle, que *munus capit*, mas o que *munus capere potest*, isto é, os homens livres, capazes por isso de lhes serem conferidos os empregos públicos.

Daqui

Daqui veio que o nome *Municipio* foi dado originariamente pelos Romanos ás Cidades livres, que por capitulações e tractados se alliavão á republica, e sem quebra na liberdade reconhecião a sua soberania, mas como livres tinhão Magistrados proprios, por isso chamados municipaes, e conservavão sua particular legislação, pela mesma razão chamada Direito municipal; variando assim as legislações particulares na razão de taes Cidades ou Municipios. Nesta accepção nunca tivemos, nem temos Municipios, porque os habitantes de todas as terras do Reino sempre permanecêrão sujeitos ás Leis geraes.

Quaedam tamen magna oppida... Diz-nos agora o A. o outro sentido, em que tivemos Municipios. Entre os Romanos os Municipios não só conservavão os seus Magistrados e Leis, mas tambem os seus costumes particulares. Em relação a estes é que nós tivemos Municipios, porque os nossos Soberanos, debaixo do nome de *usanças*, conservárão e mandárão observar os costumes particulares, que variavão nas Cidades, Villas e lugares, retribuindo assim aos moradores o desempenho dos encargos dos Concelhos, Ord. liv. 2. tit. 56. §. ult., e concedendo ainda privilegios e exempções, como de sisas e portagens, ás Cidades e Villas notaveis, o que se deprehende do §. 2. *prope finem* da cit. Ord.; concessões estas (comprehendidas as usanças ou costumes), que feitas ás terras, e exclusivamente para os seus moradores, as constituião Municipios, pois variavão n'ellas, posto que no de mais seus habitantes sempre estivessem sujeitos ás Leis communs e geraes. Segue-se vermos quaes são neste sentido, segundo as nossas Ordenações, os habitantes municipaes, omittindo aqui os Estrangeiros, que se tornão taes, pois d'estes já fallámos com o Sr. Paschoal na sua nota ao §. 5. deste Tit.

São visinhos do Municipio: 1.° os nascidos na Cidade, Villa ou lugar e seus Termos; 2.° os ahi não nascidos, mas que de fóra vem dentro de taes limites estabelecer-se, isto porém depois de quatro annos de continua residencia; 3.° os manumittidos nos mesmos lugares, mas isto só em relação ás nossas Colonias Africanas, e Ilhas, que lhes são adjacentes, pois entre nós só ahi se tolerão

os escravos; 4.° o perfilhado, pois segue a visinhança do pai perfilhante; 5.° finalmente o que na Cidade, Villa, ou lugar, e seus Termos, tem dignidade, ou officio de Justiça ou Fazenda, de que viva, e effectivamente ahi o exerce, Ord. no citado liv. e tit.

Resta-nos sómente advertir, que adiante veremos a relação, em que hoje os nossos Municipios são tomados; e que supposto os differentes costumes, que não são oppostos ás Leis, se conservem, não é isto assim em quanto aos privilegios, os quaes cessárão, assim como os Donatarios da Corôa, cessando em consequencia a importancia da nota do Sr. Paschoal a este §., a qual por isso omittimos.

Dos direitos do Cidadão Portuguez.

§. 8. Tractamos ultimamente dos direitos communs aos habitantes d'uma Cidade, Villa, ou lugar, e seus Termos, isto é, habitantes, que morão não só dentro da Cidade ou Villa, mas no seu territorio, até onde se extende a jurisdicção, ou poder das Auctoridades, que tem sede na Cidade, ou Villa, a que tal territorio corresponde, o qual é chamado Termo *a termino*, limite ou marco posto no ultimo ponto da sua extensão, que o divide ou distingue d'outro territorio, ou Termo pertencente a outra Cidade, ou Villa. Neste §., prescindindo das relações entre pessoas, e sua residencia local, as consideramos em relação á nacionalidade, ou como membros da grande familia Portugueza, para como taes lhes assignarmos seus direitos, os direitos de Cidadão Portuguez.

A palavra *Citoyen*, correspondente á portugueza *Cidadão*, tem entre os Francezes uma accepção mui restricta, pois comprehende tão sómente a pessoa natural, ou homem, que reúne em si as condições proprias para o exercicio da plenitude dos direitos unidos á qualidade, que ella exprime, designando assim stictamente o que com effeito se acha no exercicio ou fruição não só dos direitos particulares ou civis, mas dos publicos ou politicos, que são relativos ao Estado, ou Corpo collectivo da Nação. Desta sorte o nascido, ou

natural do territorio de país igualmente ahi nascidos, mas que se acha incapaz do exercicio dos direitos politicos, não é Cidadão, mas sim considerado como um Estrangeiro, apenas auctorizado para em Franca assentar a sua morada ou estabelecimento; do que provem que todo o Cidadão é Francez, mas nem todo o Francez é Cidadão.

A Carta Constitucional da Monarchia Portugueza, mais liberal do que a Franceza, não distingue entre Cidadão e Portuguez: e tanto basta para que nós, respeitando alias a opinião contraria d'alguns sabios, mas respeitando mais a Carta e os principios d'hermenentica, não ouseinos distinguir, para encurtar *o favor*, com que o IMMORTAL OUTORGADOR da nossa Lei Fundamental contemplou os Portuguezes, fazendo-os todos Cidadãos, desprezando (como podia) a noção mesquinha, que a uma palavra liga uma Nação Estrangeira. Em resultado, todo o Portuguez é Cidadão; mas dividem-se os Cidadãos em activos, e não activos ou passivos, sendo aquelles os que se achão no exercicio de seus direitos politicos, estes os que os tem suspensos; pertencendo a esta classe o proletario, que se não contribue para o Estado com dinheiro, dá-lhe seus filhos em arriscado serviço, assim como as mulheres, as mulheres Portuguezas, que não cedem em amor da Patria, brio e primor ás Romanas e Espartanas, contando no seu sexo muitos milhares de pessoas, que arrostárão a morte, e o que é mais, expozerão o maior dos bens, a justa e boa opinião da sua honra; á virulencia satyrica dos máos, apparecendo intrepidas nos muros da Cidade Invicta, acudindo outras além das humanas forças, mas conduzidas pela caridade ardente, ás victimas da mais que aleivosa usurpação, a do Throno da ADORADA E AUGUSTA FILHA DO REDEMPTOR DOS PORTUGUEZES, REDEMPTOR HUMANO SIM, MAS ENVIADO POR DEOS. Assim, se as conveniencias publicas exigirem (o que não accreditamos impossivel) a creação d'um ou outro cargo público conferido ás mulheres, a nossa Carta as acceita, sem que careça d'emenda.

Distinctos assim os direitos do Cidadão em politicos e civis, vejamos quaes elles sejão, que causas os suspen-

dão, e finalmente aquellas, por que se perdem: mas imitando aqui o exemplo do Jurisconsulto Lobão, que fallando ao §. 9. deste Tit. do Sr. Paschoal, prescindio das antiguidades, e lhes substituio o que posteriormente se usava, nós deixaremos as doutrinas d'um e d'outro, para em breves linhas terminarmos a materia deste Tit., prescindindo tambem do que foi, para dizer o que é.

Quaes são os direitos politicos em Portugal?

§. 9. São o de votar, e ser votado Deputado ás Côrtes, nos termos do art. 64. e seg. da Cart. Const.; o de poder occupar os empregos publicos, quer Civis, quer Ecclesiasticos e Militares; o de receber doações de Bens Nacionaes; e o de ser escolhido para Conselheiro d'Estado, *Dig. Port.* liv. 4. art. 4. §. 2. seg.

Suspensão dos direitos politicos.

§. 10. Estes direitos suspendem-se, ou parão no exercicio por incapacidade fysica ou moral, Cart. Const. art. 9. §. 1., assim como por sentença, que condemne o réo á prisão ou degredo, em quanto durarem seus effeitos, §. 2. *eod.* É evidente que durante tal suspensão fica o Cidadão inactivo.

Dos direitos civis.

§. 11. Já em mais que um lugar deste escripto definimos os direitos civis, que se referem immediatamente ao bem particular dos Cidadãos, e não ao da Nação ou Corpo collectivo, ou Sociedade: sendo direitos expressão de genero; direitos politicos expressão de classe, composta d'algumas, mas poucas especies, que antecedentemente referimos; e direitos civis a de outra classe, que com a primeira completa o genero, direitos do Cidadão. A classe, de que fallamos, a dos direitos civis, compõe-se de muitas e variadas especies; taes são: o direito, que cada um tem, de dispôr da sua pessoa, abraçando esta ou aquella occupação honesta; a faculdade de contrahir matrimonio; o poder conjugal; o

parental; o de dispôr de seus bens por testamento, doação, venda, locação, emprestimo; o de acquirir pelos mesmos e outros meios; o de assoldadar criados, ou despedil-os; o de demandar o que lhe é devido; e outros mais na razão destes.

Sendo a que deixamos exposta a natureza dos direitos civís, não se faz mister o recorrermos a legislação estranha para asseverarmos, que o exercicio dos direitos civís não depende necessariamente do exercicio activo dos politicos; por quanto segundo o systema da Carta, suspendendo esta, como vimos, em alguns casos estes direitos no Cidadão, n'elles, sómente o fere, deixando-lhe incolumes os civis; logo a suspensão d'aquelles não importa a destes: o que já assim não é no caso de perdimento dos direitos, como abaixo veremos.

Perdimento dos direitos do Cidadão.

§. 12. Perde os direitos de Cidadão o que se naturalizar em Paiz Estrangeiro, Carta Const. art. 8. §. 1.; mas recupera-os, voltando ao Reino, sem mais formalidade, do que a sua declaração perante qualquer Municipalidade de que quer continuar a ser Cidadão Portuguez, *Decr.* de 22 d'Out. de 1836 art. 2. Perde-os tambem o que sem licença do Rei acceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro; e finalmente o que for banido por Sentença. Assim vemos no espirito da Carta recebida a pena de morte civil, ou escravidão da pena, privando o réo de todos os direitos, tanto civís, como politicos, o que n'outro lugar sustentámos, pois que a Carta, ordenando genericamente o perdimento dos direitos do Cidadão, não nos deixa distinguir neste caso entre direitos politicos e civís. Segue o mesmo o Sr. Rocha, *Supplementos* ao Sr. Paschoal pag. 32. not. ult.

Dos direitos politicos e civís do ausente Portuguez.

§. 13. Póde qualquer saír para fóra do Reino, e levar comsigo seus bens, uma vez que observe os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro, Cart.

Const. art. 145. §. 5. Póde em razão da generalidade do art. 69. ser eleito Deputado ás Côrtes, e por igualdade de razão ser admittido aos Cargos Públicos, Civis, Militares e Ecclesiasticos, art. 145. §. 13. da Cart., o que procede em quanto o ausente não perde a qualidade de Cidadão Portuguez. Está elle sujeito ás nossas Leis pessoaes; assim não póde contrahir matrimonio, senão observadas as condições e ritos determinados pelo Sagr. Conc. de Trento; na mesma razão, e pela mesma razão estão para com elle as Leis Patrias reguladoras da puberdade, minoridade e maioridade; igual obediencia deve tambem ás Leis reaes sobre immoveis, que conserve no Reino; o mesmo a respeito das Leis mixtas, pelo que não póde preterir e desherdar os filhos sem causa justa e expressa, nem dispôr a favor d'estranhos de mais da terça parte de seus bens. Comtudo os actos públicos, ou instrumentos de suas disposições e contractos, devem celebrar-se segundo as Leis d'esse Paiz, Sr. Rocha pag. cit. §. medio. É evidente que póde tractar por Procurador no Reino os negocios, que o admittem, comprehendido nestes o acto solemne da contracção do matrimonio, Borg. Carn. Tom. 2. §. 111. n. 2. Os degredados temporaria ou perpetuamente para Africa ou India não são por isso privados dos seus direitos civis, que são compativeis com as suas circumstancias, Sr. Paschoal §. 12. neste Tit., *Dig. Port.* Tom. 2. art. 15.

Direitos dos Estrangeiros entre nós.

§. 14. Os Estrangeiros, entrando em territorio Portuguez, são e devem ser recebidos como amigos, porque, como o Sr. Paschoal nos diz no seu §. 11. deste Tit., estão debaixo da protecção do Direito das Gentes: a má recepção, as injurias, os damnos, que se lhes fizessem, quando não reparados, ou a falta de satisfacção com sciencia do Governo, importa offensa á Nação, a que o Estrangeiro pertence, dando-lhe direito a justas reclamações a favor d'elle. O Estrangeiro dentro em nosso territorio deve fielmente observar as nossas Leis de policia e segurança, observancia que é uma

condição inherente ao seu ingresso em nosso paiz: isto porém desde logo em quanto ás Leis emanadas do Direito Natural; que em quanto ás especialissimas, filhas d'accidentaes e variaveis circumstancias, como em outra parte já dissemos, impõe-lhe obrigação passado tempo de residencia, que baste para fundamentar a inducção de que elle as não ignora; e quando dellas se torna infractor, soffre a pena ordinaria, que soffreria, se fosse nacional, caso este, em que o Direito das Nações o não protege, mas condemna. É evidente que o mesmo, a nosso respeito, se observa nos Paizes Estrangeiros; parecendo-nos uma ociosidade a expressa declaração neste sentido, que lemos no Cod. Civ. de França art. 3., tendo com tudo a seu favor a regra — *quod abundat, non nocet.* É igualmente da natureza das cousas, e expresso no mesmo Cod. na 2. parte do apontado art., que as Leis Patrias sobre bens de raiz ou immoveis devem ser observadas pelo Estrangeiro, tanto para acquirir e gozar, como para dispôr de taes bens dentro em nosso territorio situados, ainda que nesse tempo elle se não ache entre nós, pois que taes bens nunca podem estar sujeitos á Soberania Estrangeira.

O domicilio por si, fallando com exactidão, não dá ao Estrangeiro direitos, pois que o domicilio em si nada é mais, do que o lugar proprio para cada um exercitar seus direitos, ou antes responder por suas obrigações. Mas como, fixado o domicilio, o sujeito contrahe obrigações especiaes em relação a elle, estas fundamentão o seu direito para ahi receber uma especial protecção; donde provém que o Estrangeiro domiciliado goza igualmente com o Cidadão Portuguez todos e os mesmos direitos protectores em virtude do domicilio; assim como os direitos communs da mesma natureza, em toda a parte do Reino, pelo principio da mesma compensação, pois, como já vimos, elle tambem, em quanto a todo o Reino, tem Leis que respeitar, e obrigações que cumprir. A justiça deste modo de discorrer é abraçada para dar mais favor aos Estrangeiros pelo *Cod. da Pruss. Introd.* artt 44. e 45.; sendo nossa opinião, que este direito, reduzido aos limites assignados, procede independente da reciprocidade da Nação, a que o Estrangeiro pertença,

pois o adquire por si, e antes como homem, do que como membro d'outro Estado.

Segundo o nosso *Cod. Comm.* art. 22. o Estrangeiro não naturalizado póde exercer commercio nestes Reinos nos termos dos Tractados em vigor com seus respectivos Governos; e na falta de Tractados, debaixo dos termos precisos, em que aos Portuguezes é dado exercer commercio nos Estados, a que elles pertencerem. Donde concluimos por analogia, ainda que não por identidade, que o mesmo se deve observar em quanto ás acquisições e mais direitos lucrativos; não se attendendo com tudo á reciprocidade das Nações para se não permittir aos Estrangeiros o direito de dispôr, e por conseguinte de succeder por testamento em relação a quaesquer bens, porque, como nos diz o Sr. Paschoal no §. 11. deste Tit., e nós não achamos disputado, o direito d'albinagio nunca foi entre nós admittido. *Montesq. Espr. des Lois* liv. 21. cap. 17.

O direito d'albinagio, chamado pelos Francezes *Aubaine*, é o direito, em virtude do qual o Soberano recolhe e se appropria os bens do Estrangeiro, que não nacionalizado fallece dentro dos seus Estados. Este direito consiste tambem em França em o Rei succeder ainda ao Naturalizado, quando elle não dispoz, nem por testamento, nem por doação *inter vivos*, e não deixa herdeiro, ou Naturalizado ou Nacional. Procede mais este direito para succeder ao nascido no paiz, mas que o deixou, renunciando a sua Patria por estabelecimento n'uma Nação Estrangeira.

Como os Estrangeiros durante a sua residencia entre nós, ainda que sujeitos ás Leis pessoaes, reaes e mixtas da sua Patria, em quanto aos bens, que nella tem situação, devem observar as nossas leis em relação ás obrigações, que contrahem entre nós, ou que tem por objecto bens de situação Portugueza, nestas relações os seus negocios, ou com outros Estrangeiros, ou com naturaes destes Reinos, como os contractos e testamentos, seguem a fórma prescripta pelas nossas Leis, e são decididos por Juizes Portuguezes, pois que nestes dous pontos de vista considerados elles, se achão sujeitos á Soberania Portugueza, Borg. Carn. *D. Civ.* L. 1. tit. 2. §.

27. p. 4. Exceptuão-se desta regra os Estrangeiros, entre cujo Governo e o Portuguez ha Tractados em vigor, regulando d'outro modo taes direitos; e bem assim os Embaixadores e os outros Agentes Diplomaticos.

Idéa geral do Codigo Administrativo Portuguez, e Cameras Municipaes.

§. 15. Examinados os direitos politicos ou civicos, e civis ou particulares em relação aos homens livres, ou pessoas, que tem demora ou mórão dentro em nosso territorio, ou sejão Nacionaes, ou Naturalizados e Estrangeiros, segue-se, para caírmos sobre a materia do §. 9. deste Tit. nas *Instituições* do Sr. Paschoal, o darmos uma breve idêa (por este não ser o nosso principal objecto) do Direito Administrativo entre nós.

É sabido, que, em expressão rigorosa, todo quanto é o Soberano Poder se reduz aos dous unicos elementos, o Legislativo e o Executivo, queremos dizer, ao poder de fazer Leis, e ao de as levar a effeito e observancia, pois que o Judiciario é em si uma emanação do Poder Executivo, delegada a funccionarios, que se dizem Magistrados ou Juizes, consistindo suas funcções em applicar as Leis a todos os negocios contenciosos, só com a excepção d'aquelles, que tambem as Leis subtrahem a suas attribuições.

Nos Governos absolutos, a possibilidade da accumulação dos dous poderes, Executivo e Judiciario, não padece a menor dúvida; os factos a põem superior a toda a contraria opinião, abundando a Historia nelles; mas como a concisão, que nos propômos, mais não soffre, apontaremos um por todos.

S. Luiz, em França, levou a sua attenção e empenho, nos desejos de fazer justiça, a um apuro tão subido, que, segundo o testemunho de Joinville e Pasquier, elle frequentemente, mas sempre depois d'ouvir Missa, ía ao bosque de Vincennes, onde tomando assento junto ao tronco d'um carvalho, assistido por alguns Grandes da Côrte, sem que alguem ousasse fazer-lhe a menor opposição, abria audiencia ás partes, que litigavão, e terminava os pleitos por sentenças, sem

auxilio nem dependencia de Magistrados, Tribunaes ou Parlamentos.

Com tudo, Senhores, já vírão no anno antecedente nos *Elementos de Direito Politico* de Mr. Macarel, e hão de tornar a ver no anno immediato ao estudar o Codigo de Direito Público Lusitano, a Carta Constitucional da Monarchia Portugueza, que a liberdade, e com ella a felicidade das Nações exigem imperiosamente a exacta divisão dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciario, assim como a sua mutua, inteira e rigorosa independencia: de sorte que todo o poder d'execução, que as Leis não põem a cargo dos Juizes, pertence ao primeiro, supremo e inviolavel Magistrado da Nação, o Rei, que o exerce por seus Ministros ou Governo, sobre quem exclusivamente carrega o peso enorme de toda a responsabilidade, e aos quaes a fórma do Governo Representativo sujeita a accusações e opposições conscienciosas e honestas, mas defende das acintosas e dos doéstos, que altamente ella reprova, embora para isto se invoque á liberdade e o bem geral, pois não é a liberdade uma furia, nem um demonio o bem geral. . . .

O Rei pois governa por seus Ministros; mas nem o territorio, nem os Cidadãos são propriedade do Rei, nem dos Ministros. Por isso o seu poder, o poder Executivo, em sua essencia é um poder d'administração, a que todo o territorio está sujeito, estendendo-se a todo elle as attribuições executivas, que interessão a universalidade de todos os membros do Corpo Social ou Nação. Assim, por exemplo, ao Governo pertence manter e restabelecer, quando alteradas, as relações com as Potencias Estrangeiras; pertence-lhe a conservação dos bens e direitos Nacionaes; a regularidade na receita e despesa publicas; a sollicitude pela geral instrucção; a decencia do culto religioso: donde provém que os empregados públicos nas relações, que apontamos, e em outras d'igual natureza, como cooperadores com a administração, são entre nós, e devem ser, de nomeação do poder Executivo, segundo os regulamentos, que determinão suas habilitações, qualidades, promoções e demissões na razão de seu serviço ou demerito.

Ha porém uma classe d'attribuições executivas, que

não tem relação immediata com a totalidade da Nação ou territorio, mas sim com cada uma das suas differentes partes, e que por isso pertencem ás administrações territoriaes ou locaes. Pois ainda que os funccionarios, encarregados de taes attribuições, devão proceder em toda a parte com unidade d'intenção, o que não póde acontecer, sem que todos sigão o movimento dado pelo Governo; o desempenho da intenção, ou a acção em cada uma das differentes partes do territorio deve ser modificada na razão do conhecimento especial dos lugares e pessoas: e por isso só produz um bom exito, quando os habitantes depositão uma inteira confiança naquelles, que a dirigem, e com os quaes se achão continuamente em relação. Donde ainda resulta a necessidade de serem nomeados ou eleitos pelos habitantes respectivos os administradores dos negocios, ou objectos particulares e economicos de cada uma das porções do territorio; assim como tambem resulta, por isso que é da essencia do mandato o ser revogavel, que os eleitos devem administrar por um tempo limitado, mas que tambem não degenere nos extremos da curteza.

Para o que deixamos ponderado ter realidade ou ser reduzido a pratica, são necessarias Leis, que dividão o territorio em porções grandes, subdividindo estas nas menores necessarias, com a determinação dos Magistrados para ellas, regulamentos dos corpos, que lhes são adjuntos, designação do poder competente para a escolha d'aquelles, providencias para a eleição popular destes, e outros objectos, que por sua especialissima natureza dão ás Leis, que os considerão, o nome d'administrativas, e colligidas tomão o de Codigo Administrativo.

Não carece a nossa Nação d'estas Leis ou deste Codigo; que em bem pequeno numero d'annos possuimos tres differentes Codigos Administrativos. E como, tendo fallado em todos os outros Codigos, fomos omissos ácerca deste, e este lugar, segundo o methodo observado pelo Sr. Paschoal, seja o mais proprio e opportuno para darmos breve idéa a tal respeito, o faremos, tendo em mira differentes fins. Referimo-nos ao ultimo e vigente Codigo desta especie, ou ao Decreto de 18 de Março de 1842, que deixou sem força os anteriores.

Por este Codigo Administrativo é a primeira divisão do territorio em Districtos Administrativos, a segunda em Concelhos, compondo muitos destes um Districto, e todos os Districtos o territorio de Portugal, Algarves e Ilhas adjacentes. Cada um dos Districtos incumbe a um Governador Civil, e cada um dos elementos do Districto a um Administrador do Concelho: ambos estes Magistrados são da nomeação do Supremo Poder Administrativo. Para o contencioso administrativo ha na Capital do Districto um Tribunal, o qual se diz Conselho do Districto: é corpo consultivo, nos casos designados no Codigo, para o Governador Civil, o qual é seu Presidente: a eleição dos Vogaes do Conselho do Districto pertence á Junta Geral, a qual é um corpo de Cidadãos eleitos pelos povos, para ficar junto ao Governador Civil, Magistrado superior de toda a Administração no seu Districto, a quem é immediato o Secretario Geral, que igualmente é nomeado por Decreto do Rei. O Governador Civil não só tem attribuições relativas á economia do Districto, mas tambem em respeito á Fazenda Publica. A Junta Geral de Districto é composta de treze Procuradores (são mais numerosas as de Lisboa e Porto); só podem ser eleitos Procuradores á Junta Geral de Districto os que podem ser Deputados, e que tiverem domicilio politico no Districto; são eleitos de dous em dous annos por pluralidade absoluta dos votos dos Cidadãos, nas circumstancias e com as qualidades designadas no Codigo. A Junta Geral de Districto reúne-se todos os annos em Sessão Ordinaria por quinze dias, e póde ser prorogada por outros quinze pelo Governador Civil, que em nome do Rei abre e encerra as Sessões da Junta, que só póde occupar-se dos objectos, para que for expressamente convocada ou prorogada. É evidente, combinado o Codigo Civil com a Carta, que não póde o Estrangeiro, nem ainda naturalizado, ser eleito Procurador á Junta Geral de Districto; mas podem sêl-o os Ecclesiasticos, pois que podem ser eleitos Deputados ás Côrtes.

Dada uma idêa em geral, como nos cumpria, ácerca dos Magistrados e Corpos de Cidadãos, a cujo cargo está em quanto a cada um dos Districtos a Adminis-

stração, tanto a economica simplesmente, como a economica contenciosa; contrahindo-nos agora aos Municipios e Cameras Municipaes, de que o Sr. Paschoal se occupa no anteriormente cit. §. 9. deste Tit., ainda seguiremos o plano de prescindirmos d'antiguidades, para unicamente nos occuparmos com o estado presente e actual da nossa legislação administrativa.

O Municipio é o espaço de territorio pertencente e que fórma com outros taes um Districto Administrativo, que em especialidade está na sua particular economia administrativa a cargo d'um Magistrado, e d'um Corpo de Cidadãos proprio, de cujos acordos e deliberações depende, tomando por isso o nome de Concelho; e que administrado segundo regulamentos, que lhe são especiaes e privativos, em razão de suas tambem especiaes circumstancias, ainda se diz Municipio, donde se chama Municipalidade, ou Municipal o ajuntamento de Cidadãos — Camera, — que deliberão ácerca de sua administração, formando um Corpo, que se acha junto do Magistrado especial e Municipal, o Administrador do Concelho.

O Codigo Administrativo regula o numero dos Vogaes, ou Vereadores, que compõem cada uma das Cameras Municipaes, sendo o mais votado d'elles o Presidente, e outro á escolha de todos o Procurador Fiscal do Municipio. O Escrivão e Thesoureiro da Camera é escolhido por ella.

Assim como a Camera Municipal está junto do Administrador do Concelho, assim esta tem junto a si um Conselho Municipal, composto de tantos Vogaes, quantos são os Vereadores da Camera.

Os Vereadores e Conselheiros Municipaes são designados por eleição dos Cidadãos habitantes do Concelho ou Municipio, para o que o Cod. determina as qualidades, que se devem dar tanto nos Eleitores, como nos elegiveis. Cumpre aqui advertir que os Estrangeiros não naturalizados não são habeis, quer para votar, quer para serem votados Vereadores; e por consequencia tambem não podem pertencer como Vogaes ao Conselho Municipal.

A eleição da Camera Municipal é feita de dous em

dous annos; e no mesmo acto, e pelo mesmo modo se procede ás eleições para os demais cargos municipaes. A Camera regula todos os objectos de policia municipal, tanto urbana, como rural, sendo esta a regra geral, que comprehende as suas attribuições. Assim em virtude do poder administrativo faz regulamentos municipaes em conformidade com as Leis e Instrucções do Governo; os quaes ainda retem no Codigo o antigo nome de *Posturas*. A' Camera Municipal incumbe regular a administração dos bens e rendas do Concelho; a dos estabelecimentos, que o Concelho sustenta para uso dos seus visinhos, o modo da fruição dos bens, pastos e quaesquer fructos do logradouro commum dos mesmos. Por suas Posturas regula a policia do embarque e desembarque das pessoas e generos nos cáes; a dos vendilhões ou adelos, o deposito e guarda dos combustiveis, impede que divaguem pelas ruas animaes nocivos á saude publica e aceio das calçadas; oppõe-se á estabelecimentos insalubres ou perigosos dentro das povoações, faz demolir ou segurar os edificios e casas, que pelo seu estado ameação com perigo aos que transitão, regura o prospecto das habitações nos povoados, faz nomeação dos Medicos, Cirurgiões e Boticarios de partido, e todas as outras, que por disposição das Leis lhe competem, faz as despesas ordenadas pelas mesmas, sancciona as suas Posturas com multas aos infractores, e lança dentro dos limites do Concelho, em conformidade do Codigo, contribuições municipaes directas e indirectas, etc.

As attribuições do Conselho Municipal limitão-se a discutir e resolver, conjunctamente com a Camera, sobre certos objectos mais importantes, expressos no mesmo Codigo.

O Administrador do Concelho, e na sua ausencia ou impedimento o seu Substituto, igualmente nomeado pelo Rei, vigia pela execução das Posturas da Camera Municipal, sem que possa empecer ás attribuições do Presidente da Camera sobre o mesmo objecto; vence uma gratificação paga pela Camera, além dos emolumentos, que lhe competem, como é, por exemplo, a metade da importancia das coimas julgadas a requerimento seu, pertencendo a outra metade á Camera para as

despesas do Concelho. São muitas as outras attribuições do Administrador do Concelho: apontaremos algumas, para formarmos idéa do poder destes Magistrados, mas com relação a objectos, que se tratão no Direito Civil e Criminal, que fazem o nosso assumpto proprio; pois que o Direito Administrativo em suas relações mais estreitas com o Politico Nacional, tendo uma Cadeira propria no 4.° anno da Faculdade de Direito, dão materia larga ao seu estudo no anno immediato.

Em relação ás Leis Criminaes já vimos pertencer-lhe a vigilancia para que as multas pecuniarias sejão applicadas aos infractores das Posturas, e a instancia para applicação das coimas, com que os daninhos são punidos. Pertence-lhe mais nesta relação a concessão de passaportes e billetes de residencia; a policia das cadeias, e a sustentação dos presos; a fiscalização sobre pêsos e medidas; a policia relativa ás casas públicas de jogo, hospedarias, estalagens e similhantes; assim como o uso e porte d'armas: na mesma razão as providencias ácerca das meretrizes, mendigos, vadios e vagabundos; a execução de todas as providencias de segurança publica; as medidas preventivas, e de repressão contra todos os actos contrarios á ordem e tranquillidade municipal; prender e mandar prender os culpados, sempre que se não exige a prévia formação da culpa; devendo, ainda em relação ás Leis Criminaes, o Administrador do Concelho prestar auxilio aos empregados de Justiça, logo que lho requisitem.

Em relação ao Direito particular ou Civil pertence ao mesmo Magistrado a insinuação das Escripturas de doação; o registo de hypothecas, assim como o dos testamentos. Todas as quaes attribuições por sua gravidade, importancia e transcendencia, além d'outras, que omittimos, nos convencem da sabedoria, com que o Codigo Administrativo vigente no art. 240. entrega ao Rei a nomeação do Administrador do Concelho, sobre pauta circumstanciada de todos os habitantes do Municipio, idoneos para tal emprego; pauta, que pelo art. 228. *eód.* deve ser formada pelo Governador Civil em Sessão da Junta Geral de Districto, e que pelo Codigo Administrativo anterior, o de 31 de Dezembro de 1836, era

somente quintupla, e feita por eleição directa, no que em nosso entender se dava grande risco de serviço, e exigencia violenta da responsabilidade do Ministerio por um funccionario, em cuja designação elle tinha tão pouca parte; pensando assim, não obstante reconhecermos ser municipal este funccionario, e como tal a cargo das despesas do Concelho, Port. de 20 de Nov. de 1837, Port. de 3 de Fev. de 1838.

Ainda a administração parochial, ou de cada Freguezia, faz parte do nosso Codigo Administrativo. Seremos muito concisos a tal respeito, para o que se dá de mais uma razão, e consiste em ser tal administração em extremo limitada. Em cada Parochia, Igreja Curada, ou Freguezia ha um Regedor de Parochia. Ha uma Junta, sendo nella Vogal nato e Presidente o Parocho proprio, disposição do art. 291. do Codigo, que em verdade cortou o grave escandalo, fonte de perturbações e indecencias tambem graves, resultado miseravel do art. 12. do Cod. anterior, que com remissão ao art. 26. excluia e inhabilitava os Clerigos d'ordens sacras de todo o ingresso na Junta Parochial!!!

Esta Junta tem duração por dous annos; o Regedor de Parochia tem entrada e voto consultivo em todas as Sessões d'ella, com assento á esquerda do Presidente; quando são mais do que quinhentos os fogos da Freguezia, são quatro os Vogaes da Junta; no caso de menos fogos só tem lugar dous Vogaes. Limitão-se as attribuições da Junta de Parochia á administração da Fabrica e bens da Parochia, assim como aos actos, que lhe forem incumbidos na qualidade de commissão de beneficencia. — Não podem eleger nem ser eleitos para ella Estrangeiros não naturalizados entre nós.

Assim temos verificado em relação a este Tit. quaes são os Cidadãos Portuguezes; sua divisão em activos e passivos; quaes os direitos politicos, de que aquelles estão em exercicio; como estes se suspendem, permanecendo os civis; como uns e outros se perdem conjunctamente; verificando tambem que os Cidadãos, tornados taes por Carta de Naturalização, gozão, como os Nacionaes Portuguezes, todos os direitos, a menos o de votar e ser votados para Deputados ás nossas Côrtes, e na

mesma

mesma razão para membros da Junta Geral de Districto, e o de serem Conselheiros d'Estado, em quanto os que se conservão Estrangeiros, nenhum direito politico adquirem entre nós, nenhuma parte activa tem na administração do Districto do Concelho e da Parochia; podendo unicamente adquirir com o tempo os direitos simplices de visinhança, não obstante seus filhos, ainda de mãi Estrangeira, nascendo dentro em nosso territorio, serem Naturaes ou Cidadãos Portuguezes.

TITULO III.

Dos Nobres, Cavalleiros e Plebeos.

Connexão deste com o Titulo antecedente.

§. 1. Acabando o Sr. Paschoal de mostrar-nos, quaes as pessoas, que compõem a totalidade, corpo, ou massa dos Cidadãos Portuguezes, divide agora este grande corpo nas differentes ordens, ou classes, que o compõem, e que nelle se reúnem como genero, no que se *dava* boa e natural ordem de methodo. Por quanto nada mais natural, depois d'examinar os direitos geraes e communs aos elementos, que em certa relação compõem um todo, do que examinar em seguida as attribuições e direitos, que com particularidade competem a cada uma das porções d'individuos, que são, para esse todo, elementos maiores, entre si distinctos por qualidades especiaes, ainda que por outros respeitos se não distinguão, e tenhão por isso, em quanto a elles, qualidades, attribuições e direitos communs. Tracta pois neste Tit. o Sr. Paschoal das differentes ordens, em que o povo Portuguez se divide: e como entre estas e as em que o Povo Romano se dividia, ha alguma analogia ou relação, toma esta divisão dos Romanos para inscripção geral deste Tit., promettendo tractar n'elle dos Nobres, Cavalleiros e Plebeos — *De Patriciis, Equitibus et Plebeiis.*

Explicação das classes, ou ordens de pessoas entre os Romanos, ou explicação da inscripção geral deste Titulo.

§. 2. Romulo, para dividir o seu povo em castas ou classes, tomou origem e fundamento no sangue: estremou os habitantes de Roma, oriundos de progenitores ingenuos, que mantinhão a sua condição livre, avantajando-se ainda aos demais em idade, sabedoria, bens e crédito, e deu-lhes para os distinguir o nome de Patricios, contraposto ao de Plebeos ou Vulgares. Conferio aos Patricios todas as Magistraturas, entregou-lhes o cuidado das causas divinas e humanas, isto é, confiou-lhes a vigilancia pelo bem da sociedade inteira; e em quanto á Ordem dos Vulgares ou Plebeos, excluida de todos os negocios públicos, só lhe coube o cuidado dos rebanhos e mais trabalhos mercenarios.

Os Patricios compozerão o conselho da Nação, ou o corpo dos que deliberavão ácerca das cousas públicas: a idade, a gravidade, a auctoridade os fez ainda denominar Pais, *Patres*, e Senadores, *Senatores*, nome formado de *seniores*; porque a sabedoria, prudencia e madureza de juizo, fructos da idade adiantada, erão seus recommendaveis attributos. Assim tornou elle selecta ou distincta a Ordem Patricia, ou classe Senatoria, tendo por contraposta a casta Vulgar ou Plebeia.

Esta Ordem, a Plebeia, comprehendia familias muito recommendaveis, que tanto a justiça, como a conveniencia politica, mandavão ter em consideração e honra. O mesmo Romulo escolheo entre estas familias plebeias, mais distinctas, trezentos homens para sua guarda, que por fazerem o serviço em cavallos, forão chamados Cavalleiros, dando-se n'elles uma segunda Ordem de pessoas, intermedia ás duas, a Senatoria e Plebeia. A Ordem dos Cavalleiros, pequena em sua origem, tornou-se ao diante numerosa, assim como considerada. Competia-lhe lugar distincto nos espectaculos públicos; os individuos, que a compunhão, usavão do annel d'ouro; trazião em cima do vestido um cinto ou faxa de purpura; e não podião ser recebidos na Ordem, sem terem em bens o valor de quatro centos mil sestercios, valor, que se requeria duplicado no aspirante á Patricia ou

Senatoria. Assim a sociedade civil Romana mostra-nos uma organização eminentemente aristocratica, correspondendo, principalmente nos primeiros tempos da sua existencia, á graduação das Ordens a das Dignidades, com grande influencia nos direitos, como a Historia nos attesta!

O que seja nobreza, e suas differentes especies entre as diversas Nações.

§. 3. Nobreza é a qualidade, que o Poder Soberano confere aos particulares, collocando-os, bem como seus descendentes, acima dos outros Cidadãos, para serem respeitados. Alguns derivão as palavras *nobreza*, e *nobre*, de *noscere*, conhecer; pouco distão os que as derivão de *notus*, raiz de *notabilis*, a que é correspondente a outra nossa — *recommendavel*, — que tomada em boa parte exprime a idêa d'homem, que se distingue especialmente por seu mérito e virtudes. Cicero certamente seguio esta etymologia ou origem; pois diz: *Nobilitas nihil est, quam cognita virtus.* Teraqueau está confórme, dizendo: *Nobiles a noscendo dicuntur.* Vossio concorda: *Nobilis quasi notus, et a nominis celebritate dictus.*

Sendo a Nobreza um resultado e testemunho do merecimento pessoal e virtudes, todos os povos lhe tem dado grande apreço: a boa Filosofia estima-a, não recusa dar-lhe consideração, quando assente em verdadeiros fundamentos; nem Diogenes serve para provar o contrario, pois que sendo réo de moéda falsa, casou-se com os crimes, fez-se camarada dos vicios, e quem despreza a virtude, é forçado a desprezar as suas consequencias. Por isso é que elle, folgando com as vozerias e algazarras da populaça, tratou com desprezo a Alexandre, quando o foi observar n'uma habitação desprezivel, um tonel, habitação, cuja qualidade harmonizava com a do seu habitador. O presidente de Montesquieu, os Abbades Dubos e Mably tributão estima á Nobreza; o mesmo fazem todos os Escriptores honestos, ainda que alguns a não julguem transmissivel, concordando todos em a ter por um grande recurso dos Soberanos para

recompensar em serviços, uma vez que ella pare no que é, sem onerar o Thesouro, invadir jurisdicções, nem trazer gravame aos povos.

Pasquier na sua obra *Recherches*, etc. divide a Nobreza em duas classes: a dos que obtem Carta de Nobreza; e a dos que a fundão sobre a ancianidade da sua raça, justificando-a por seus maiores.

Loyseau no seu *Traité des ordres* distingue a Nobreza em tres linhagens: a Real, composta dos Principes de sangue; a dos Fidalgos, *gentilshommes;* sendo a terceira a dos que não succedêrão n'ella, mas por si a adquirirão, *anoblis.*

Haillan divide a Nobreza em originaria, *originelle*, ou a que é recebida dos antepassados; e accidental, *accidentelle*, ou que tem a fonte nos empregos.

Hay du Châtelet em suas *Maximes politiques* divide a Nobreza, em quanto aos modos de adquiril-a, na que se adquire por herança, e elle diz Nobreza de linha; na accidental, que se adquire pelos empregos; e na que provém de graça especial, que o Rei por sua vontade confere. A isto se reduz o que se lê nos Escriptores Francezes.

Em quanto aos Aragonezes, diz Jeronymo de Blanca, a Nobreza d'Aragão e outros pontos divide-se em tres Ordens: a primeira e mais qualificada é a dos *Ricos-hombres*, que possuem grandes feudos; a segunda dos *Cavalleros;* a dos *Infançones* a terceira.

Fica aqui em caminho notarmos que a nossa Nobreza primitiva, de que nos falla o Sr. Paschoal §§. 3. 4. e 5. deste Tit., tendo por 1.ª Ordem a dos Ricos-homens, por 2.ª a dos Infanções, e por 3.ª a dos Vassallos, foi copiada d'Aragão, preterindo entre nós os Infanções aos Vassallos, correspondentes aos Cavalleiros Aragonezes, por consideração com a 1.ª Ordem, a dos Ricos-homens, de quem, segundo os melhores fundamentos, os Infanções erão filhos segundo-genitos. Todavia póde dizer-se que em outros pontos, e indubitavelmente na Navarra e provincias Vascongadas, a Ordem dos Infanções foi umas vezes a primeira, e outras a unica Ordem da Nobreza; para o que se dão os seguintes fundamentos.

Primeiramente Ducange tomo 3. pag. 1412, edição de Carpentier, traduz *infançon* por *ecuyer*, escudeiro, homem armado d'escudo, correspondente em linguagem Hespanhola a *hidalgo*, fidalgo; e não consta que acima de *hidalgo* houvesse em Hespanha Ordem alguma de Nobreza.

Dishenard, *Notitia utriusque Vasconciae* cap. 4. liv. 2., diz, que havia duas especies de Nobres, os Infanções ou Fidalgos, e os Cavalleiros: *Distinguebatur in infançones seu hidalgos, in milites seu cavalleros.* Assim continuamos a encontrar os infanções como nobres da primeira e mais elevada Ordem.

Martin Biscay, Escriptor Navarro, em uma obra escripta por ordem de Luiz XIII. na pag. 38 refere, que os Infanções, Fidalgos, Gentís-homens e Escudeiros tinhão o mesmo gráo de Nobreza sem diminuição, nem augmento.

Finalmente dous regulamentos dos Estados da Navarra, um de 1693 e outro de 1705, não distinguem entre Nobres e Infanções, pois mandão que o varão primogenito succeda nas casas Nobres ou Infançonadas. Com tudo é sem questão, que no Aragão e em outros pontos a Nobreza Militar, tendo na primeira Ordem os Ricos-homens, na segunda os Cavalleiros, e na terceira os Infanções, formava uma escala de progressão, — e que com pequena differença, até nos nomes, foi nosso primeiro modelo de Nobreza. No que tivemos algum empenho de insistir, porque não só Fr. Antonio Brandão 3.ª parte da *Monarchia Lusitana* pag. 84. e seguintes o não notou, quando aqui achava um argumento de mais, e o mais forte para a inferioridade entre nós dos Infanções aos Ricos-homens; mas outros mais Escriptores nossos o não notárão.

Deixando este incidente, e progredindo nas especies de Nobreza, conhecidas nas Nações, um Auctor Inglez, Nicoláo Upton, sómente reconhece duas especies de Nobreza, a literaria, e a militar: chama á primeira *dignitas togata sive literaria*; e á segunda *dignitas armata sive militaris:* diz da primeira, que ella se consegue sem armas, *quae arte sine armis*, quando a outra é o contrario, *altera sine literis conciliatur.*

A Nobreza d'Allemanha, segundo diz May, é de duas especies: uma immediata, não reconhecendo senão o Imperador; a outra depende d'outro Principe, que reconhece unicamente o Imperador como o Cabeça do Imperio.

Alberto e Isabel d'Austria, Duques de Brabante e Condes de Flandres, em uma ordenança para a Belgica, em 14 de Dezembro de 1616, reconhecem quatro castas Nobres: sendo a primeira a antiga, ou de sangue; a segunda a dos que tem as qualidades para serem reputados Nobres; a terceira a dos filhos, cujos pais tem obtido carta de Nobreza; a quarta a dos que servem os empregos públicos.

Por esta vista rapida e ligeiramente lançada sobre os differentes Povos ou Nações, em relação á Nobreza, conclue-se facilmente, que ella tem sido de tres especies: a de sangue, com algum elemento de riqueza; — a das letras ou sciencias; — sendo a terceira a dos empregos. Formão ellas as differentes aristocracias, sendo a mais recommendavel a das intelligencias, que é entre todas a mais apta para fazer a felicidade das Nações. Modernamente vai-se elevando, e mesmo entre nós, a aristocracia das riquezas; o que em nosso entender é um effeito, ou resultado da escacez, e pobreza geral ou pública.

Vicissitudes, pelas quaes modernamente tem passado a Nobreza em França.

§. 3. Ainda que, como vimos, a Nobreza, contida em seus devidos limites, nada encerre, que contrario seja ao bem dos povos, o ciume dos que a não gozão, e que, como é natural, formão o maior numero, a tem figurado odiosa, como opposta á igualdade dos homens; idéa, que procederia, se em todos os homens se désse perfeita igualdade de virtudes e de serviços ao Estado. Este ciume exaltado (e com razão neste caso) pelas isenções exclusivas, privilegios e concessões, pesadas e onerosas para os não nobres, tem degenerado em rancor contra a Nobreza.

Na França pela Lei de 4 de Agosto de 1789, que abolio todos os privilegios, ficou a Nobreza estremecida:

Outra Lei em 5 de Novembro seguinte proclamou o principio: *Il n'y a plus en France aucune distinction d'Ordres;* e se alguma dúvida em taes circumstancias, a tal respeito, e em taes alturas podia dar-se, toda ella inteiramente cessou na presença do art. 11. tit. 2. da Lei de 15—28 de Março de 1790, que determinou que todas as heranças fossem d'alli em diante do mesmo modo partidas, sem attenção ou respeito á antiga qualidade de Nobre, quer em quanto aos bens, quer em quanto ás pessoas; pois que o epitheto — antiga — na relação, em que tal disposição o toma, mostra claramente a destruição da Nobreza, que foi consummada, sem que excitasse uma só reclamação, nem ainda no partido da Assemblêa Constituinte, que tinha solemnemente jurado defender os antigos erros e abusos. O mesmo Rei Luiz XVI, homem digno de melhor sorte, mandou ao Ministro do Interior Priest, que escrevesse a Chérin, genealogista da Côrte, recommendando-lhe muito, que não recebesse mais os titulos genealogicos, que por sua via erão até alli dirigidos ao Governo.

Não obstante achar-se assim claramente fulminada a extincção da Nobreza, a Assemblêa Nacional, affectando a possibilidade de dúvidas sobre este ponto, no dia 19 do mesmo Junho de 1790 approvou um Decreto, que foi sanccionado no dia 23., tres dias e algumas horas depois da sua rapida discussão, do qual são disposições as seguintes:

« A Assemblêa Nacional decreta, que a Nobreza hereditaria fique para sempre abolida; e que em consequencia os titulos de Principe, Duque, Conde, Marquez, Visconde, Barão, Cavalleiro, Escudeiro, Nobre, e todos os outros similhantes não sejão mais usados, mas desde já supprimidos.

« Que nenhum Cidadão Francez poderá usar senão do nome verdadeiro, que por sua familia lhe pertence.

« Que ninguem possa trazer, nem mandar trazer libré, nem armas ou brazões gentilicios.

« Que o incenso não seja queimado dentro dos templos senão em honra da Divindade, e que a nenhum outro ente seja offerecido, qualquer que elle seja.

« Que os tratamentos de *Monsenhor* e *Monsenhores*

nunca mais sejão dados a individuo ou corporação alguma, e na mesma razão os de *excellencia*, *alteza*, *eminencia* e *grandeza*. »

Esta Lei estava por si exposta a ser illudida facilmente; mas foi preciso que os factos o mostrassem á Assemblêa Constituinte, que só um anno depois reconheceo a debilidade d'ella, o que a levou a approvar outra em 27 de Setembro de 1791, que foi sanccionada em 6 d'Outubro do mesmo anno, impondo aos infractores d'aquella a mulcta, ou pena pecuniaria, seis vezes igual ao valor da contribuição respectiva aos bens moveis, que elles pagassem; pena certamente impropria, por lhe faltar a qualidade de ser deduzida da natureza do crime, como um dia mostraremos em Direito Criminal; o que já se não dá no complemento da pena, pois é proprio por boa deducção da natureza do delicto, consistindo em o réo ser riscado do quadro civico, e declarado incapaz d'occupar emprego algum, quer militar, quer civil.

Tal era o estado das cousas em quanto á Nobreza, quando convertido o Governo Francez em Monarquia Imperial, obra do Senatus-Consulto de 28 do Floreal an. 12, este acontecimento trouxe a creação, não d'uma Nobreza nova propriamente dita; mas d'uma instituição, que substituio, em roda e junto do Throno, a Nobreza antiga, sem fazer reviver os privilegios e isenções, dos quaes se dizia esta tinha extremamente abusado.

Esta transformação do Governo produzio a promulgação do Senatus-Consulto de 14 d'Agosto de 1806, com differentes disposições sobre morgados, disposições, que forão desenvolvidas pelo primeiro dos Estatutos Imperiaes do 1.° de Março de 1808, do qual rapidamente apontaremos algumas regras, extrahindo-as de seus artigos, para dellas se formar idèa exacta.

Art. 1. Confere aos titulares das grandes dignidades do Imperio o titulo e tractamento de Principe e d'Alteza Serenissima.

2. Os filhos mais velhos ou primogenitos de taes dignidades tomão o titulo de Duque, logo que seus pais fundem em seu favor um morgado, que produza o rendimento annual de 200:000 francos, sendo tal titulo

e morgado transmissivel á sua descendencia directa legitima, natural ou adoptiva, de varão em varão, e pela ordem da primogenitura.

3. Os Ministros, os Senadores, os Conselheiros d'Estado, os Presidentes do Corpo Legislativo, os Arcebispos tem durante a sua vida o titulo de Conde.

4. Este titulo é transmissivel á descendencia, directa e legitima, natural ou adoptiva, de varão em varão, pela ordem da primogenitura daquelle, que o tiver tido em sua vida, e pelo que respeita aos Arcebispos, a um seu sobrinho á sua escolha.

5. Os titulares mencionados no n. 3 podem instituir um morgado em favor de seu filho varão mais velho, ou do immediato, morgado, a que fica unido o titulo de Barão, sendo n'elle sufficiente o rendimento de 15:000 francos.

6. Dá o titulo de Barão aos Presidentes dos Collegios Eleitoraes do Departamento, o mesmo aos Presidentes e Procuradores Geraes dos Tribunaes Superiores, e tambem aos Membros dos Collegios Eleitoraes do Departamento, que tiverem assistido a tres Sessões, e preenchido suas funcções com approvação do Imperador, seguindo este titulo a ordem de transmissão referida, dando-se no successor o rendimento de 15:000 francos em bens, que formão a dotação do titulo, que lhe fica perpetuamente unido.

7. Dá o titulo de Cavalleiro aos Membros da Legião-d'Honra, e aos que no futuro obtiverem esta distincção, titulo transmissivel pela sobredita ordem de successão, devendo dar-se no successor pelo menos o rendimento de 3:000 francos. E conclue reservando-se o Imperador a concessão aos Generaes, Prefeitos, Officiaes Civís e Militares, dos titulos, que entender convenientes.

Achava-se assim como proscripta a antiga Nobreza de França, outra lhe tinha sido substituida, quando appareceo a Carta Constitucional de 4 de Junho de 1814, a qual restabelece a Nobreza antiga e extincta, mas nos termos, que se manifestão pelas seguintes disposições.

« Art. 1. Que os Francezes são iguaes perante a Lei, qualquer que seja a sua graduação, dignidade e titulos.

« Art. 2. Que » elles contribuem indistinctamente para os encargos do Estado na proporção de suas fortunas.

« Art. 3. Que » elles são todos igualmente admissiveis aos Empregos Civis e Militares.

Declara o art. 71. : « A Nobreza antiga toma de novo seus titulos. A nova conserva os seus. O Rei por sua vontade ou arbitrio confere a Nobreza, mas elle não lhe concede mais do que Dignidades, Honras, Distincções sem a menor isenção *(sans aucune exemption*, diz este art.) dos encargos e deveres para com a sociedade. »

Ficárão por estas expressissimas disposições os Nobres em França, sem a menor excepção, reduzidos aos limites verdadeiros, e que são os proprios para que elles, na continuação d'um procedimento correspondente á sua elevada condição, e proveitoso ao Estado, gozem da estima, consideração e respeito de todos os mais Cidadãos, que lhes são iguaes perfeitamente nos direitos sociaes, tanto públicos, como particulares. Aconteceo outro tanto sem differença á Nobreza antiga dos Paizes-Baixos, sobre o que assentárão as disposições do Decreto Real de 26 de Janeiro de 1822, que omittimos, por inuteis para nós.

Estado actual da Nobreza entre nós, em quanto ás Leis e Direitos.

§. 15. Não nos occuparemos aqui com a exposição historica da creação, alterações, procedimento e vicissitudes antigas e mais remotas da Nobreza de Portugal. Formava ella, como os Patricios em Roma, a primeira Ordem dos Cidadãos, que debaixo de differentes titulos se dissue a Ordem dos Titulares, a quem a qualidade de Donatarios da Corôa, tanto em rendas, como em jurisdicção, dava a principal importancia. Seguia-se-lhe em gráo immediato de jerarchia, desde o Reinado de D. João II, outra, ou a segunda Ordem, composta de simples Fidalgos, Doutores e Letrados, que por sua sciencia, util e proveitoso serviço ao Estado, principalmente nas Magistraturas, se tornárão merecedores de geral conceito e estima, como do favor e prerogativas das Leis, formando assim, á similhança da dos Cavalleiros Roma-

nos, uma Ordem intermedia, que supposto algumas vezes se confundio com a primeira, nunca da terceira Ordem, a dos Peões ou Plebeos, se pôde bem distinguir por limites certos, fixos e precisos, como o Sr. Paschoal nos adverte no §. 10. e seg. do seu Titulo, e nós observaremos no decurso deste escripto. O mesmo silencio guardaremos sobre as nossas Ordens Militares, por isso que este e aquelle objecto compõe materia, que pára actualmente no districto simples, e dentro dos limites da Historia, pertencendo assim em propriedade a uma das Cadeiras elementares no 1.° anno da Faculdade de Direito nesta Universidade.

Cumpre com tudo advertir, ou antes recordar, que não obstante a decadencia da primeira Ordem da Nobreza, ella conservou e reteve alguns ainda importantes restos de jurisdicção e regalias, que as Leis desde D. João II. procurárão reduzir, sem ousarem extinguil-os. Para cuja asserção se acha prova na Ord. Filip. liv. 2. tit. 48., que nas Honras e Coutos lhes conserva jurisdicção, sob clausula de a não ampliarem. Accresce que muitos dos Donatarios continuárão a ser, e a nomear os Officiaes d'Ordenanças, a receber tributos, e a designar ainda os Ouvidores, que nas terras de seus Senhorios tomavão conhecimento das causas em segunda instancia, se bem que sua jurisdicção a todos os mais respeitos fosse inferior á dos Corregedores, isto é, Magistrados com jurisdicção nas terras, que erão da Corôa. Sr. Paschoal §§. 39—43. deste Titulo.

Era este no Seculo XVIII. entre nós o estado da Nobreza; mas tambem então em Portugal erão as luzes bem claras para mostrarem, e fazerem conhecer a todos, que a Nobreza só e exclusivamente se ajusta com o merecimento qualificado e virtudes pessoaes, dotes preciosos, que o sangue por si só não transmitte aos descendentes, e cuja falta nunca póde ser supprida por brazões, aureos, tectos ou emblemas gentilicios. Pensando-se deste modo em taes tempos, a Nobreza hereditaria, ou de linhagem, entrou de dia em dia a definhar cada vez mais na opinião da nossa gente, a quem por outro lado ella se tornava odiosa: era este a superioridade dos direitos, vantagens e interesses sociaes, supposto que, por

inferiores, incomparaveis com os antigos, que os Nobres nunca poderão esquecer.

A' geral opinião, já desprezadora, já inimiga dos Nobres, accrescia para elles uma circumstancia assustadora, consistindo em ter assento no Throno D. José, sendo o Marquez de Pombal o seu Ministro; o que lhes dava como certa a extincção dos abusos e o acabamento das desigualdades e privilegios nocivos á causa pública.

Para acabar a causa dos effeitos, que temião, recorreo-se a uma conjuração, e não só se resolveo, mas na noite de 3 de Setembro de 1765 teve execução o parricidio, correndo o sangue do Rei, mas falhando o effeito correspondente ao projecto, manifestado mortiferò por alguns tiros com bala. A sentença de 12 de Janeiro de 1769 foi executada pelo ultimo supplicio d'alguns dos réos desta tão alta, como abominavel traição.

Não abolio o Marquez, que era a alma do Rei, a jurisdicção, que os Donatarios mantinhão, não porque deixasse de entender que a devia abolir, nem porque não quizesse abolil-a, mas porque abusos inveterados, e principalmente quando afagão inimigos façanhosamente temiveis, não soffrem remedio prompto. Coube a gloria nesta parte, assim como em outros assumptos, á Rainha D. Maria I., que por Lei de 19 de Julho de 1790 privou os Donatarios de toda a ingerencia na administração da Justiça; mas ainda transigindo, ou pelo menos prudenciando, aos mais altos entre elles se deixou a regalia de nomearem Juizes de Fóra e Corregedores para seus Coutos e Honras, e a outros a de fazerem propostas para taes Magistraturas, no que, attentos os bons principios, se dava ainda absurdo administrativo, e contradicção com a responsabilidade dos Ministros, que é de todos os tempos, por ser da natureza das cousas.

Não obstante o golpe na jurisdicção, os Magnates continuárão a perceber interesses rendosos como Donatarios da Corôa, accumulando os outros tambem não magros, como Commendadores das Ordens, no que absorvião sem hyperbole duas largas partes dos dizimos, caindo todo o odioso solidaria e injustamente obre as Igrejas, a quem com os pobres tocava n'elles mna escassa terça parte. Erão os Donatarios e Commen-

dadores, isto é, os Titulares, as arterias, que absorviño para a Côrte todo o sangue das Provincias; e ainda assim não era a classe dos Nobres a dos Cidadãos mais medrados!!!

A sentença contra elles, mas a favor da Nação, tinha sido proferida ultimamente, e sem recurso, nos artigos da Carta Constitucional de França, que antecedentemente expozemos; as cabeças portuguezas estavão muito preparadas com os conhecimentos da Historia, e do justo combinado com o útil do maior numero. Alguns Nobres tinhão, sim, merecido louros na Guerra Peninsular; mas qual foi o Portuguez das outras classes, que então não ganhou louros? Nada apoiava a continuação do sacrificio público, para manter o monopolio das fortunas na Nobreza improductiva, que vendo por identidade, senão por força de maior razão, a sua sorte resolvida na da Nobreza de França, parece que logo então em vez de resignar-se, como esta, a um justo resultado, fez pacto e confederação entre si para guerrear quaesquer reformas, e manter-se no seu posto, com proposito de nada omittir para defendel-o.

Rebentou a revolução de 1820; mas em 1823 a Nobreza (por novas razões odiada) recuperou tudo quanto aquella lhe tirou, que não foi o respeito, a estima e consideração pública, que essa estava perdida em data anterior, para não voltar. É esta estima, consideração e respeito um tributo, que a sensata e polida gente Portugueza nunca negou, mas que sempre gostosa e voluntaria tem pago, e, como deve, nunca ha de negar aos Grandes (pois os temos, e em todo o tempo os tivemos), que por suas virtudes provadas, e serviços ao Estado, rodeião o Throno com esplendor, dão e servem de estimulo e exemplo aos Cidadãos, e superiores á sua propria elevação, fazem consistir sua maior honra em serem membros da familia Portugueza, pertencendo assim de direito á Nobreza hereditaria, mas em realidade á propriamente adquirida, sem a qual todos os titulos são ôcos, como o são aquelles, que servem para distinguir algumas das cartas de jogar.

Seguindo-se agora o mencionar factos recentes em continuação desta materia, não é tanto por sabidos

que aqui os omittimos: mas tendo soffrido durante o periodo todo da ultima usurpação do Throno (que quando legitima e validamente occupado, como a experiencia está mostrando, detesta e aborrece o sangue, enxuga; e não faz correr o pranto) a mais tenaz perseguição, em que a cadêa para nós foi o menor dos tormentos; tendo então perdido pela morte um amigo n'um irmão desterrado em Moçambique, por não poder ser perjuro; perdendo ainda, em consequencia de fortes e continuados desgostos, a maior das consolações, a consolação de ter Mãi . . . . . sentindo neste momento rasgadas de novo as feridas, que ainda no coração não tinhão cicatrizado: temos medo de nos explicar de modo, que os vindouros nos possão julgar suspeitos.

É porém dever e força o dizer neste lugar, que a usurpação, de que fallamos, não foi nem resolução, nem obra restricta e exclusiva da pessoa, que n'ella figurou como a primeira: teve co-réos, e não só iguaes, mas desiguaes, por gravidade e perversidade mais subida, ainda que estes se não possão distinguir. Entre os co-réos contão-se os Magnates ou Grandes, aos quaes algumas excepções já démos; alguns Prelados seculares forão os outros; outros em fim muitos dos Magistrados, e Funccionarios públicos maiores, querendo até no crime confundir-se com a mais elevada Nobreza. Forão estes os elementos, de que se compoz o estreito circulo, fonte impura, centro infame, e sordido berço do mais que atroz, e mais que aleivoso delicto, pois que sordida foi a ambição, causa d'elle; e talvez que neste centro se creasse a primeira concepção, e que D. Miguel, nessa época, fosse um simples instrumento.

Outro circulo mais largo, que no nosso entender não participou na resolução primitiva, mas preparado pela seducção do primeiro, cobrio este, compondo-se de Governadores Militares, Prelados restantes d'ambos os Cleros, Nobres Provincianos, e Juizes.

Houve ainda outro circulo, muito mais largo que o segundo, que servio de muro aos primeiros, preparado pela compra, sendo o preço as riquezas ou propriedades dos subditos, firmes na fidelidade á Rainha, na qual, por distante, se não poderão empregar tiros, mas

cujo coração maternal foi rasgado a par do despedaçamento e carniceria, a que forão entregues seus filhos. Este circulo, gyrando por todo o reino, teve por circumferencia os mais abjectos dos peões, as fezes da sociedade, com as quaes, apezar da grande distancia das Ordens, se fez pacto de confederação e alliança, para se levar, como levou, a effeito a rapina do Throno, das vidas e propriedades de milhares de victimas, que na maior boa fé acceitárão a Carta, e com ella a Liberdade, a Carta Constitucional da Monarquia Portugueza, outorgada generosa, voluntaria e livremente, impondo-se-lhe ainda a obrigação d'acceital-a, sem que o mais pequeno motim ou sombra d'elle se empregasse como meio iniquo para obtel-a!!!

Admiramo-nos, não podendo duvidar da realidade do facto, nem da de cada uma de suas aggravantissimas circumstancias; admiramo-nos, a pezar de alguma cousa termos lido na historia dos homens, que é a historia dos crimes, e por isso tão feia, quanto bella a dos irracionaes ou dos brutos; e admiramo-nos, porque na historia dos crimes não encontramos, e por ventura nunca encontraremos um crime tão cheio de concurrencias, tão pejado d'atrocidades, tão enorme, tão monstruoso, um crime, que decomposto dá em resultado todos os crimes, e chama igualmente em resultado a justa applicação de todas as penas d'um Codigo!!!

E forão homens os seus agentes, agentes todos principaes, porque este crime não teve cumplices; e forão homens, que se fossem tigres, e tigres cada um com muitos ventres, por certo que estarião saciados até não mais de pranto e sangue verdadeiramente Portuguez. E porque forão homens, e não tigres, nós ainda muito os tememos; sendo para lamentar que os Portuguezes, divididos e dissidentes por causa de pueris ambições, abrão caminho, que conduz á possibilidade de recaírem debaixo de carniceiras desalmadas ambições . . . . .

Perdêrão-se mais que muitas vidas nas lides e combates pelejados para revindicar o Throno com a Carta, e cravar prégo na roda fratricida, que não parava nos empenhos d'escoar o sangue todo, que tinha ficado exposto

á insaciavel e ardente sêde dos sicarios. As fadigas marciaes, empregadas em tão santo e nobre intuito, levantárão a pedra da sepultura, que, se ellas não forão, receberia mais tarde o que era mortal no Libertador Immortal, cujo nome, e com elle a sua gloria, dando honra ás paginas da historia dos Homens Grandes, sendo entre elles o mais distincto, ha de permanecer eternamente fazendo écho no mundo, e receber cultos nascidos do coração. Filhos sem pais, pais sem filhos, mulheres desamparadas, propriedades e patrimonios perdidos, enormes despesas públicas realizadas, dividas assustadoras para a Nação contrahidas, corrupção dos costumes, eis os funestos e mais patentes resultados do delicto, ao qual, por nascido d'abuso de confiança, ou do uso da perfidia, nem a aleivosia faltou! Duras e muito duras são na verdade as fibras, que nos homens tecem o coração! Demonstra-o bem este crime; só a virtude, filha da Religião e das Sciencias, é bastante forte para poder abrandal-as. Vasto, justo e preventivo foi o espirito d'el-Rei D. João II., concertando com o fiel Antão de Faria a ruina dos privilegios e isenções abusivas da Nobreza, que os Reis posteriores deverião abraçar, e sem descuido, mas prudentemente, e com o tempo levar a um successo perfeito.

Tantas provocações, tantos males, provindos do mais injusto, ferino e professado rancor, aguilhoárão, e não podião deixar de produzir irritamento nos espiritos do Partido fiel, dedicado á Rainha. A elle attribuimos providencias, que por ventura, acalmadas as paixões, não serião legisladas; pois não podião parar unicamente na vindicta pública, mas privar, como privárão, a Nação de recursos existentes, e talvez nunca em tempo algum tão necessarios.

Seguindo a ordem dos tempos, apontamos em primeiro lugar o Decreto de 30 de Julho de 1832, que abolio inteira e totalmente nos Reinos de Portugal e Algarves os Dizimos, conservados nas Ilhas e possessões Ultramarinas; com o que o Thesouro não só perdeo de repente um dos seus maiores recursos, mas contrahio o encargo das congruas vitalicias, iguaes em valor aos dizimos, que os Beneficiados recebião, e indemnizações aos Commendadores,

Commendadores, que pela usurpação do Throno se não tinhão tornado indignos, o que em quanto áquelles nunca teve desempenho, e em quanto a estes tambem *em regra* o não teve; falta de desempenho, que o decóro e a moral pública condemnão e altamente reprovão nos promettimentos legaes, assim como a Politica, a qual prohibe o fazer Leis para se não observarem, devendo estas, depois de promulgadas, ser tão santas para os Governos, como o são para os Cidadãos. Estabeleceo-se ainda um absurdo, que a experiencia mostra resultado deste Decreto; pois extinctos os privilegios, veio a dar em resultado um privilegio ao Culto e Clero nas Illhas e Ultramar, quando o Culto merece toda a attenção, mas igual em toda a parte, e o Clero Insular, que não é mais illuminado, durante a usurpação não soffreo ao par dos Ministros do Culto, que no Reino se mantiverão fieis. E onde tem estado a igualdade do pagamento nas congruas posteriores, posto que em tenues subsidios convertidas?

Nada disto se daria, se nesta parte se não desprezassem capitaes certos, que os povos conferião já por habito, e cuja exempção nem sonhavão, para em momentos apurados escassear tanto os meios a titulo de recursos, que só no papel se pintárão como certos, mas com realidade distante, e que o decurso do tempo, já não muito curto em annos, ainda não verificou. Com tudo persuadidos estamos, que tal imposto deveria acabar em Portugal, mas pouco a pouco, e isto mais adiante, e com substituições simultaneas, prudentemente estabecidas nos alcances da igualdade, cuja falta não cessava nos Dizimos Insulares e Ultramarinos, dando-se só nos do Reino, para aqui serem extinctos, em quanto alli conservados, isto quando, como vimos, e já por vezes repetimos, os Municipios em Portugal nunca forão como os Romanos antes de Caracalla, e nem a Carta Constitucional da Monarchia Portugueza os consente, art. 145. §. 12. Se a razão da conservação d'aquelles foi o acharem-se já com arrecadação no Thesouro, arrecadasse o Thesouro do mesmo modo os do Reino; assim o mandava a Lei fundamental, assim o pedia o bem público.

Da mesma origem, com o mesmo espirito e resul-

tado para o Thesouro Nacional, emanou outro Decreto, o de 13 d'Agosto de 1832, tendo por objecto os bens chamados da Corôa, sobre o qual brevemente exporemos nossas idéas com sinceridade e franqueza.

Os bens chamados da Corôa, e conferidos com jurisdicção aos Donatarios, achavão-se assim sem direito, e com manifesta nullidade. Terras revindicadas do poder dos inimigos, á custa e despesa do sangue dos nossos maiores, ficárão verdadeira propriedade da Nação, e nunca dominio ou patrimonio dos Reis; pois não forão os Portuguezes escravos, cujas acquisições como accessorio pertencessem com elles ao patrimonio Real.

Na jurisdicção concedida aos Donatarios foi a mesma a nullidade, pois por delegação dos povos tinhão recebido os Reis tal poder e jurisdicção, não a podendo por isso nem ceder, nem delegar.

A prepotencia dos Donatarios fêl-os extraordinariamente temiveis. Nascêrão daqui as providencias indirectas da Lei Mental, no nosso entender mais sensata e financeira, que o Decreto, que nos occupa. Documentou ella um Direito da Nação, a qual devia olhar para os bens, que se chamavão da Corôa, como sua propriedade verdadeira, confiada a depositarios, em quanto as necessidades públicas a não chamavão a outras applicações.

Apparecêrão estas necessidades, verificou-se a occasião de Portugal pagar dividas sagradas, que o abafão; mas já o Decreto de 13 d'Agosto de 1832, revogando a Lei Mental, tinha extincto os encargos, que oneravão os bens da Corôa, dando-os no art. 8. como livres e allodiaes, e *in perpetuum*, aos possuidores, colonos e foreiros, pondo ainda a cargo da Nação o indemnizar as pessoas e Corporações offendidas por esta prodigalidade estupenda, impondo assim a cada um dos Cidadãos o preencher com maiores tributos o grande vacuo, que nos recursos da Nação deixou uma tão ampla e pasmosa doação!!! Não deve tambem desattender-se o exercito de demandas, que tem marchado por todo o Reino contra a propriedade particular, levando em frente ou na vanguarda o Decreto, de que tractamos.

Forão inteiramente outras e dignas de louvor por

solidas, uteis e verdadeiras as idêas do Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Fazenda, que propoz e levou á sancção o Decreto de 9 d'Agosto de 1833, encorporando a Casa da Rainha nos proprios da Fazenda Nacional, e que com todos os restantes membros da Administração referendou no mesmo anno o outro Decreto de 18 de Março, que igualmente encorporou na Fazenda todos os bens da extincta Casa do Infantado.

E na verdade o principio financeiro consistente no augmento da massa contribuinte, que se invoca n'um dos relatorios daquelles Decretos, que nos parecem nocivos, e que alli se diz apprendido em França, ha de em França e em toda a parte proceder unicamente como verdadeiro no caso, em que haja excedente, ou sobra, que se possa collocar em tal massa, depois de satisfeitas as dividas e mais obrigações do Estado; e ainda assim a sobra não se ha de entregar em lucro a uma porção, ou classe d'individuos exclusivamente, mas ha de ser applicada de modo, que a riqueza, que ella contém, se diffunda por todos os contribuintes. O caso porém foi outro, em quanto aos bens da Corôa com muita especialidade, não só em razão das afflictivas circumstancias do Thesouro, mas porque todo o sobejo seria já então escasso, se o houvesse, para abertura de canaes, concerto d'estradas e outros objectos, que são os conductos proprios, justos e não escandalosos, por onde se entornão com igualdade e proveito esses augmentos de massa contribuinte.

Concluindo, temos que os Nobres Portuguezes já não tem a qualidade de Donatarios da Corôa; que não podem igualmente exercer a auctoridade d'Alcaides Móres, sendo sómente honorarios aquelles, que a tiverão, no que se dá uma disposição justa do Decreto de 13 d'Agosto de 1832 no art. 7.; e que os Commendadores de todas as Ordens são simplesmente honorarios, por mais elevada que seja sua jerarchia, no que achamos uma disposição igualmente justa do Decreto de 30 de Julho de 1832 art. 3.

Cumpre chamar aqui as disposições da Carta Constitucional, que nos levão a formar verdadeiro juizo sobre a materia, que nos occupa. São as seguintes;

Art. 113. « Todos os Portuguezes são obrigados a pegar em armas para sustentar a independencia e integridade do **Reino**, e defendel-o de seus inimigos externos e internos.

Art. 145. §. 12. « A Lei é igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Idem §. 13. « Todo o Cidadão póde ser admittido aos Cargos Públicos, Civis, Politicos ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos e virtudes.

Idem §. 14. « **Ninguem** será isento de contribuir para as despesas do Estado, em proporção dos seus haveres.

Idem §. 15. « Ficão abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos Cargos por utilidade pública.

Idem §. 16. « A' excepção das causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas causas civeis ou crimes.

Idem §. 31. « Garante a Nobreza Hereditaria e suas regalias. »

Abolidos, extinctos e evitados assim os privilegios, isenções, ou abusos pelas differentes sentenças referidas, com que a nossa Carta Constitucional, e as Leis Portuguezas em harmonía com ella, anivelão e fraternizão os Cidadãos todos; a mesma Carta Constitucional, como acabamos de ver, garante depois a Nobreza Hereditaria, mas deixando-a pelas disposições antecedentes (do mesmo modo que observamos acontecêra em França) nos seus verdadeiros e naturaes limites, sem offensa, nem a mais leve, da perfeita igualdade dos Cidadãos, sem damno da Fazenda Nacional, nem influencia na Administração, ordem e interesses, quer geraes, quer particulares.

Desta sorte nesta era da igualdade, e por isso da liberdade Lusitana, os Cidadãos aos olhos das Leis ou do Direito, ou na relação de suas obrigações e faculdades, são perfeitamente iguaes entre si, sem que se retalhem, ou partão em Ordens, Castas, ou Classes, que lhes tragão differença, ou a menor variante, tanto n'umas,

como nas outras d'aquellas, ou seja em relação ao Público, ou em quanto aos individuos. Derão-se porém entre nós taes differenças abusivas, como resultado da Nobreza; e por isso é que o Sr. Paschoal, encontrando-as, as examinou neste Titulo. Mas depois do memoravel dia 9 d'Abril de 1826 fugírão ellas de todos os nossos Codigos; e passando muito para além das simplices raias da Historia, parão-lhe no coração, occupando alli paginas, das quaes algumas, por muito ensanguentadas, horrorizão.

TITULO IV.

Do poder dos Pais sobre os Filhos.

Connexão deste com os Titulos antecedentes, ou razão d'ordem.

§. 1. Os elementos do estado civil, — *status, caput civile*, — consistem, como outr'ora já mostrámos, na liberdade, cidade e familia. O Sr. Paschoal, tractando do Direito das Pessoas, que todo se comprehende nestes elementos, segue-os pela ordem, que lhes dá a sua gradual importancia, ao exemplo dos Romanos; por isso tendo elle até aqui tractado dos dous primeiros elementos do estado, a liberdade e cidade, passa immediatamente neste Titulo a occupar-nos com o elemento restante, — a familia.

Na desenvolução deste methodo, seguindo sempre os passos do Auctor, tivemos o escrupuloso cuidado de additar em todos os differentes pontos o estado ultimo da nossa Legislação. Assim em relação á liberdade notámos o Tractado recentemente celebrado entre as Corôas Portugueza e Ingleza para a extincção do trafico infame dos escravos. Em quanto á cidade, ou aos direitos do Cidadão, examinámos todas as alterações feitas pela Carta Constitucional ás nossas Leis anteriores sobre os modos, por que a nacionalidade se adquire, os

direitos, que esta confere, segundo a mesma, distinguindo-os com ella em Civis e Politicos: ponderámos uns e outros, referindo as causas, por que os Politicos se suspendem, e bem assim aquellas, por que uns e outros simultaneamente se perdem: não omittimos a advertencia d'aquelles dos direitos Politicos, que a Carta Constitucional não concede ao Naturalizado entre nós: acompanhámos este, bem como o Nacional, e ainda mesmo o que permanece Estrangeiro, em respeito ao activo da Administração, tanto em relação ao Districto, como ao Concelho ou Municipio, e até mesmo em quanto á Parochia: terminando por fazer ver, que os direitos do Cidadão em nenhuma das suas differentes relações experimentão diversidade, nem a menor ou mais leve differença, em razão da accidental qualidade da Nobreza. Continuando agora a acompanhar o Sr. Paschoal nestas suas *Instituições*, vamos a considerar o estado das pessoas n'uma relação ainda mais estreita, do que a respectiva á Parochia; e é em respeito á familia.

Mostra-nos o Sr. Paschoal neste Titulo a indole e natureza desta particular sociedade, a que chamamos familia; pois que só depois de conhecida esta, poderemos bem conhecer os direitos, que ella confere. E como entre estes é o mais importante o que se diz poder dos pais sobre os filhos, toma para inscripção geral deste Titulo este poder parental, — *De parentum in liberos potestate*, — na existencia do qual se dá o fundamento da familia.

O poder paternal dá fundamento a outra divisão de pessoas.

§. 2. Abre o Sr. Paschoal este Titulo com outra divisão, ou classificação de pessoas em respeito aos Cidadãos Portuguezes, divisão tomada da qualidade, que confere o poder, que empregou na inscripção geral do mesmo Tit., o poder paternal, que contrapõe aquelle, em que elle se dá, ao em que se não dá, com resultados inteiramente diversos para um e outro, segundo as Leis, as quaes acceitando da Natureza esta mesma divisão de pessoas, lhe estabelecem a seu modo ampliações,

até nos nomes, com que as distinguem. São estes os de pais e mãis de familias, nomes da qualidade positiva, ou que exprimem a existencia do poder paternal characteristico, contrapostos aos de filhos e filhas familias, os quaes indicão a privação ou não existencia de tal poder, ou a qualidade negativa, que separa, para resultados diversos, estas d'aquellas pessoas. Ainda n'esta o Sr. Paschoal abraça uma classificação de pessoas, usada pelos Romanos, de cuja adopção nos dá argumento e testemunho Ulpiano na Lei, que o A. cita, transcrevendo em characteres distinctos no seu §. as palavras, que lhe dão prova, —*quidam sunt patresfamilias*, etc.

Sendo esta divisão de pessoas feita originariamente pela Natureza, com resultados convenientes e os mais proveitosos á sociedade civil, tal divisão não foi privativa dos Romanos, mas abraçada pelas Leis de todos os povos, entrando neste numero as Portuguezas. Assim temos pais e mãis de familias, filhos e filhas familias: pessoas, que, segundo nos diz o Sr. Paschoal, formão a quarta divisão: *Et haec nimirum quarta personarum divisio est.*

É evidente que esta classificação, ou divisão de pessoas as abrange e comprehende todas, sem que uma só d'ellas por exclusão se exceptue, pois que se lhe falta a qualidade, que lhe serve de fundamento, necessariamente n'ella se dá a outra contraposta, que para tal divisão é igualmente attendida. Hoje porém não podemos admittir a numeração romana, pelo Sr. Paschoal adoptada, em quanto a esta divisão de pessoas; não só porque não temos escravos, mas porque os Nobres entre nós, como taes, não tem pessoa, nem natural, nem civil, isto é, a Nobreza não é elemento d'estado: donde resulta, que distinctos os habitantes do territorio Portuguez em Cidadãos e Estrangeiros, comprehendidos naquelles os Naturalizados, nós immediatamente dividimos os Nacionaes em pais e filhos familias, e todos estes em Cidadãos activos e não activos ou passivos.

Definições.

§. 3. Feita no §. antecedente a classificação, ou distincção de pessoas em pais, mãis, filhos e filhas familias, que compõem o genero — Cidadãos Portuguezes, explica agora o Sr. Paschoal os termos; por que tal classificação se enuncia. Antes porém de vermos as noções juridicas, vejamos a sua significação grammatica, pois esta conduz áquella. A palavra portugueza *pai* é tomada da latina *pater*, e esta da grega πατηρ, que exprime o mesmo que *genitor*, ou *qui aliquem genuit*. A outra palavra *mãi* é oriunda tambem da latina *mater*, formada da grega μητηρ, significando *genitrix*, ou *quae hominem vel quodvis animal partu edidit*. — *Filho* tem raiz proxima no latim *filius*, e remota no grego υἱος, significando *proles masculina*, para differença da *filha*, *filia*, *proles foeminina*. A palavra *familia*, com a mesma tonancia e significação no latim, significou originariamente *coetus cervorum*, e posteriormente a reunião de pessoas unidas pelo sangue: assim se disse *familia Caesarum*, *Scipionum*, principiando, segundo Festo, neste sentido a exprimir união de pessoas do mesmo sangue, mas livres. Convem ainda advertir, que a palavra *filii* entre os Romãos abrange *in infinitum* os descendentes do mesmo tronco commum; e assim comprehende os primeiros, segundos, terceiros e mais netos, quando os filhos no primeiro grão para os pais se dizião *liberi*.

Posto isto, diz-nos o Sr. Paschoal: *Filii filiaeve, et patris matrisve nomen naturale est;* que os nomes pai, mãi, filho, filha são naturaes: o que é evidente, pois exprimem qualidades, que naturalmente se adquirem; qualidades, que resultão da geração activa e passiva, que são effeitos da Natureza. Desta sorte e por esta razão o gerado, em qualquer idade, em qualquer estado secundario, é sempre filho para o gerador; e este sempre pai para elle; e isto ainda depois d'um, ou ambos elles mortos.

Patrisfamilias, *vel filiifamilias civile*. Por estas expressões não quer o A. dizer, que a familia, composta de pessoas conjunctas pelos estreitos vinculos do sangue nas relações civis, não seja uma sociedade natural,

pois negar tal qualidade a uma tal sociedade seria commetter uma falsidade monstruosa: quer sim dizer, como as suas expressões seguintes deixão ver, que a qualidade e o nome de páis e mãis de familias, de filho e filha familias provém da Lei positiva, ainda mesmo sem cooperação da Natureza.

Para isto é necessario reconhecer, que o fundamento da familia Romana, a sua base principal não consiste no vinculo do sangue, no do matrimonio ou geração, mas que principalmente assenta sobre o poder. Por quanto a mãi para os filhos, e mulher para o marido, só pelo facto das nupcias, não formava familia com estes: os mesmos filhos, seus descendentes, podião ser estranhos á familia, em quanto pessoas estranhas pelo sangue lhe podião pertencer. Por esta razão é que o direito relativo á familia, segundo a Legislação Romana, principia sempre pela theoria do poder, vindo secundariamente a das nupcias ou matrimonio; methodo, que o Sr. Paschoal com toda a razão acceitou, pois que a qualidade de pai, mãi, filho e filha familias tambem entre nós não é uma consequencia necessaria do matrimonio e geração, mas sim e unicamente depende da existencia, ou ausencia da sujeição ao poder d'outrem. Desta sorte, não seja embora uma pessoa casada, não tenha filhos, professe o celibato, seja infecunda, e sem a menor esperança de gerar, acabe de nascer, achando-se no primeiro momento da existencia, mas sendo *sui juis*, ou não estando sujeita ao poder d'alguem; se tal pessoa é varão, é ella pai de familias, ou, sendo mulher, é mãi de familias, sem que esta seja mãi natural, nem aquelle pai natural. Ao contrario se tal pessoa é maior na idade, mas está sujeita ao poder paternal, é filho, e não pai de familias; se pela emancipação sáe de sob o poder do pai, fica pai de familias como elle, sem que perca a qualidade de filho segundo a natureza; o que ainda se verifica, quando pela adopção passa a ser filho familias do estranho adoptante.

O que seja familia.

§. 4. No §. 3. deste Titulo diz o Sr. Paschoal as accepções, em que segundo a linguagem juridica se toma a palavra *familia*, que pelo que já temos visto, exprime a idéa d'uma sociedade desigual ou rectoria, estando o poder no pai de familias, e a sujeição no filho ou filhos familias, os quaes tambem, segundo as idéas, que temos emittido, são taes, não só pela geração, mas pela disposição das Leis, mais forte para este effeito, do que a Natureza: porque pela adopção tira do poder do gerador o gerado, que faz filho familias do adoptante; pela emancipação faz pai de familias o que pela Natureza é filho; e pela independencia do poder parental faz pai não só o que não tem filhos, mas ainda o que não póde têl-os, ou porque a Lei lhe obsta, ou por impossibilidade absoluta. Attendendo com tudo ao mais commum e ordinario, definimos propriamente familia na accepção civil, do mesmo modo que o A. no seu §., acceitando com elle a definição da Lei, que cita, a 195. §. 2. D. *de verb. significat.*

Plures personae, pois que a familia é uma sociedade, e uma pessoa só não a fórma; *sub unius potestate*, porque segundo as Leis Civis o poder parental é indivisivel; *aut natura*, *aut jure subjectae*, porque não só a geração, mas tambem a adopção em virtude das Leis dá subditos ao poder parental; poder, que fórma assim a essencia de tal sociedade; poder, que existe, sempre que se não dá sujeição a elle, e cuja qualidade faz por si só existir a familia, embora nenhuma pessoa exista subordinada a tal poder.

Velati paterfamilias. Exemplificando, ou antes enumerando as pessoas, que são os elementos da familia, refere o Sr. Paschoal, com a Lei já citada, o pai de familias, o qual, pelo que temos ponderado, é pessoa essencialissima a esta sociedade; porque de necessidade ella requer a existencia do poder parental, e este não póde existir sem pessoa, que o tenha, a qual é pai de familias, ou o seja por Natureza, ou pela disposição da Lei.

Filiusfamilias. O filho familias é pessoa, complemento ordinario desta sociedade; mas sem elle existe

familia, pois sem elle existe pai de familias; tal é o posthumo, ou o nascido depois da morte do pai.

Et deinceps. Não podemos admittir em relação ao presente objecto, em quanto á familia no sentido proprio, esta expressão do Sr. Paschoal, a qual elle precipitadamente acceitou da Lei 195. §. 2. D. *de verbor signific.* Por quanto segundo o Direito Romano é sim verdadeiro, que os filhos do filho, ou os netos, e não só estes mas *deinceps*, isto é, todos os descendentes em qualquer gráo, permanecem debaixo do poder parental do primeiro e mais remoto ascendente paterno, que existe, o que resulta do principio peculiar de os Romanos reputarem os filhos como cousas, e as accessões destes seus filhos tambem como cousas. Entre nós a Legislação é inteiramente opposta, pois que o filho é, e sempre foi, pessoa, e fica emancipado pelo casamento, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6.; e coherentemente os netos, ainda mesmo depois da morte do pai, não cáem debaixo do poder parental do avô, ou d'outro algum ascendente, o que se acha expresso na Ord. liv. 4. tit. 87. §. 7. Logo só os filhos, isto é, os descendentes em 1.° gráo, pertencem á familia do pai. Isto porém em relação á familia, tomada no sentido proprio; pois que, tomada esta palavra n'um sentido amplo, ainda em Jurisprudencia, abrange ella todos os que são ligados pelo sangue, em razão de provirem d'um tronco commum, ou que tem gráo nas differentes linhas do mesmo parentesco: na qual accepção, ainda que menos usada, se toma a familia, não só nas Leis Romanas, mas nas Portuguezas; o que tinha lugar nas successões dos bens chamados da Corôa, e ainda o tem, como veremos, na successão dos Morgados, e prazos familiares.

Cumpre accrescentar, que entre os Romanos, em uma terceira accepção, a familia comprehende os escravos, ainda que elles lhe não pertenção, senão como cousas, sem a menor ligação de vinculo de parentesco; o que no uso vulgar se applica entre nós aos criados, considerados como pessoas, mas não ligados pelo sangue. E que ainda esta palavra no uso das Leis Romanas se tenha algumas vezes n'uma quarta accepção, significando todos os bens, ou patrimonio inteiro do pai de familias; motivo este, por que a acção para se partir a herança

pelos coherdeiros é chamada juizo *familiae erciscundae*, e o comprador da herança *emptor familiae*.

Da familia resultão direitos, assim como obrigações.

§. 5. O homem sem facto seu apparece pelo nascimento na familia, ou sociedade domestica: é a qualidade de filho a primeira, em que elle por si só principia a respirar; e tão dependente então se acha, que a Natureza cairia em contradicção, se não velasse por elle. Mas não se contradiz ella, pois já antes do nascimento a mãi amava o filho, que ainda não conhecia; já tinha em orgãos exteriores e proximos do coração alimento para elle; e para manter sua ternura, dá a Natureza novas e variadas graças ao filho, afastando cuidadosamente da mãi a idêa da possibilidade d'elle um dia lhe ser ingrato; que um ente, que para existir depende absolutamente d'amor, precisa de ser amavel. No pai, juntamente com a ternura, forma-se a idêa d'elle ter sido, em quanto á existencia do filho, um instrumento da Divindade; idêa, que lhe descobre o dever d'aperfeiçoar a sua obra por uma educação desvelada. Cresce o filho, e a Natureza, para premiar o amor e diligencias paternas, ensina-o a retribuir com affecto, submissão e respeito aos auctores de seus dias; e neste estado d'affeições, procurão todos á porfia a felicidade domestica, em que o filho ha de succeder, para depois tambem a transmittir a seus filhos.

A Sociedade Civil é um composto de familias, o seu bem é a somma dos bens de todas ellas, o bem d'ellas depende da conservação e desempenho das mutuas affeições, que a Natureza inspira a seus membros; por isso as Leis Civis em harmonia com ella, e reforçando a Religião, que igualmente se occupa da sociedade domestica, procurão para utilidade geral regular os direitos e obrigações destes socios segundo a qualidade, que na familia lhes pertence. Assim, como diz o Sr. Paschoal junto ao fim do §. 4. deste Tit., uns são os direitos do pai, outros os dos filhos, pois differente é a qualidade destes da d'aquelles; e por isso tambem differentes os meios, que lhes cabe empregar para alcan-

carem a felicidade domestica, fim e objecto da sociedade, que chamamos familia, e que, segundo o que temos dito, fórma um elemento, ou parte do estado de Cidadão, assim como esta sociedade fórma os elementos do Estado ou Corpo Politico, cujo bem é inteiramente destruido pelas leis tyrannicas, que chamão os filhos a delatar os pais, os pais aos filhos, os criados aos amos, minando assim a Sociedade geral nos seus primeiros e mais seguros alicerces.

O que é o poder parental, e seus fundamentos.

§. 6. Abstendo-nos por agora de fallar no poder marital, que faz objecto do Tit. 7. das *Instituições* do Sr. Paschoal, e reputando por isso como não escriptas as duas primeiras linhas do §. 5. deste Tit., temos a notar que o A., como se propõe tratar dos direitos, que resultão da familia, principia pelo exame do poder, que já vimos ser essencial a esta sociedade, e que, porque se dá no pai de familias, se diz poder patrio ou parental, dizendo agora no que este poder consiste, e quaes os seus fundamentos.

Os termos *poder parental* designão a auctoridade, que as Leis dão ao pai sobre a pessoa e bens de seus filhos; poder, que as Leis regulão em utilidade da familia, pois que ella influe na utilidade pública. Em quanto aos fundamentos deste poder, o A. assigna-lhe tres, que tambem lhe são attribuidos no *Cod. da Pruss.* p. 1. liv. 1. tit. 9. §. 2.; e são: 1.° o serem elles partes do corpo do pai; 2.° o nascerem no seio d'uma familia, em que o pai é o superior; 3.° a necessidade, que se dá no filho, de ser alimentado e educado, á qual o pai deve satisfazer, o que não póde cumprir, sem que tenha este poder em quanto aos filhos.

O 1.° allegado fundamento parece não existir: porque pela geração o filho fica independente do pai, e antes se poderia dizer parte da mãi, em quem alias se não dá o poder parental, quando ella lucta com a morte para dar a vida ao filho; além de que o filho, não existindo antes da geração, não se póde presumir consentir n'ella, para dalli lhe resultar a sujeição.

O 2.° fundamento de pertencer o filho á familia do pai, é antes um effeito, do que um fundamento do patrio poder; não podendo duvidar-se de que o 3.° fundamento é verdadeiro, e bastante para produzir a auctoridade, de que se trata, pois a necessidade de defesa e educação, em que o filho se acha, e a maior capacidade, que para estes fins se dá no pai, faz com que a Lei renuncie a independencia do filho, sujeitando-o para seu bem á auctoridade paterna. Póde-se em nossa opinião dizer do poder paternal, considerado em sua origem, o mesmo, que disse o Orador Romano em quanto á propria defesa: *Est haec non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.* É uma relação, que a mesma Natureza tem formado entre o pai e seu filho, um sentimento nascido com elles, e que invencivelmente sujeita um ao outro, tendo esta submissão por fim o alcance da educação, na qual se comprehendem todos os actos tendentes a criar o filho, isto é, a conserval-o pelo alimento, vestido e habitação, assim como a aperfeiçoal-o por meio da instrucção. Desta sorte, acabada a educação do filho, acaba no pai o patrio poder, segundo a natureza das cousas; pois conseguidos os fins, acaba a necessidade dos meios.

Mostra-se a qual dos geradores pertence o poder patrio.

§. 7. *Jam vero patria potestas utrique parenti communis est jure naturae.* Tendo o patrio poder, como vemos, o seu unico e essencial fundamento de necessidade na educação do filho, torna-se evidente a proposição do Sr. Paschoal nas palavras, que do seu §. 6. transcrevemos; e é, que por Direito Natural pertence este poder a ambos os geradores, pois que a Natureza habilita para elle, com igual amor e affeição, tanto o pai, como a mãi: ambos concorrem para a existencia do filho; ambos por isso tem obrigação de aperfeiçoar pela educação a sua obra; para o que se dá em ambos o poder, sem o qual a obrigação d'educar não póde ter desempenho. Accresce que por Direito Natural a socie-

dade conjugal dá igualdade de direitos a ambos os socios; e como a familiar é um resultado desta, os direitos, em quanto aos filhos, são os mesmos tanto no pai, como na mãi. As Leis dos Wisigodos, que o Sr. Paschoal nos transcreve no §., estavão em harmonía com as vozes da Natureza, não só dando o poder parental a ambos os geradores, mas ainda aos avós na falta d'elles.

Os Romanos não seguirão nesta parte o Direito Natural, e excluírão a mãi, para darem ao pai um poder despotico sobre os filhos, como subsidio á insufficiencia das Leis; poder, que posteriormente mais adoçado, foi recebido pelo nosso, assim como pelo *Cod. Civil da Prussia*, no qual se acha a idêa d'a mãi não dar a existencia ao filho, sendo ella apenas um instrumento, de que o pai se serve para dal-a. Já assim não é o *Cod. Civil de França*, pois que por elle a mãi succede no patrio poder ao pai, o que achamos mais moral, e muito confórme ás vistas da Natureza.

Qual é a extensão do poder parental.

§. 8. Visto o que seja o poder parental; que o seu fundamento unico está na obrigação d'educar, pois que para o desempenho desta é elle o meio necessario; que pertence ao pai com exclusão da mãi segundo as nossas Leis, mais confórmes nesta parte com o Direito Romano, do que com o Natural: occupa-se o Sr. Paschoal no §. 7. deste Titulo com o exame da extensão deste poder, o que faz o nosso presente assumpto.

Já vimos que a educação se resume na conservação e instrucção do filho; e como esta, e só esta dá fundamento ao poder patrio, nada mais precisamos, para concluirmos com o A. nas duas primeiras linhas do seu §., — *subjiciuntur filii potestati, sed non dominio patris.*

Na primeira idade do mundo a auctoridade paterna era a unica conhecida, sendo ella então uma muito fraca imagem do que ao depois veio a ser entre alguns povos. Ao principio não era para si, ou em seu proveito que o pai tinha poder; um tributo d'amor e de respeito era o unico fructo, que d'elle lhe resultava: para o filho, e só para interesse do filho é que o pai governava, sem

que neste se désse algum despotismo, nem utilidade real. Era o poder para o pai uma obrigação, um encargo verdadeiro, mas o melhor dos direitos d'um filho terno e respeitoso; o melhor dos direitos, a mais excellente das venturas, pois lhe dava um guia na infancia, um conselheiro na mocidade, um consolador em seus males, um apoio, um protector, um amigo em toda a vida.

Não passaremos aqui em revista as differenças e alterações, que á ordem natural, que expozemos, vierão das Legislações e usos de todos os antigos povos: prendamos nossa attenção ao throno mais ostentoso, que o poder parental tem tido no universo; vejamol-o sentado entre os Romanos, o que Leis ahi elle dictou.

O Imperador Justiniano na sua *Instituta* §. 2. *de patria potestate* diz que o poder dos pais sobre os filhos é um direito proprio e privativo dos Romanos: *Jus potestatis, quod in liberos habemus, proprium est Civium Romanorum;* porque não ha Nação, continúa elle, onde este poder tenha os effeitos, que tem entre elles: *nulli enim sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

Estes effeitos offerecêrão nos primeiros tempos o terrivel aspecto e cunho da ferocidade dos fundadores de Roma: neste caso partia-se d'um principio fecundo em resultados atrozes; consideravão-se os filhos como pertencentes ao pai, constituindo uma parte do patrimonio deste; e sobre tal fundamento é que a Lei 1. §. 2. D. *de rei vindicatione* facultava ao pai o intentar em juizo, contra quem lhe detinha o filho, a acção chamada em Direito revindicação, meio, que se não podia empregar, senão para o fim de recuperar a posse de cousas, em que se tinha propriedade ou dominio.

D'ahi igualmente provinha o direito de vida e morte, que Romulo havia concedido aos pais sobre os filhos, direito, de que se vêem vestigios na Lei 11. D. *de liberis et posthumis*, na Lei 5. D. *de lege Pomponia de parricidiis*, e na Lei ultima C. *de patria potestate.* Todos estes textos provão, que esta jurisprudencia barbara já se achava abrogada no tempo, em que elles forão escriptos, ainda que não possamos conhecer a época precisa, em que tal abrogação foi feita; e pensamos que talvez

talvez ella por si mesma e insensivelmente se operasse; pois que costumes mais doces devião inspirar aos Romanos sentimentos mais conformes á Natureza, e a falta d'execução da Lei de Romulo seria bastante para a fazer esquecer inteiramente.

Não obstante a quéda da Legislação, que referimos, a Lei *Julia* manteve e conservou ao pai n'um caso especial o direito de vida e morte, a que os filhos precedentemente tinhão estado sujeitos: ella permittio ao pai o matar a filha, que surprehendesse commettendo adulterio, com tanto que elle a matasse logo, e que ao mesmo tempo matasse o socio n'este delicto: é o que se conclue das Leis 20, 21, 23 e 32. D. *ad legem Juliam de adulteriis.*

Demais a Lei 5. D. *de lege Pompeia de parricidiis* parece insinuar, que o pai tinha direito a matar o filho, achando-o em fragrante com a madrasta, offendendo o seu leito conjugal.

A perda da liberdade, ou o transito para a escravidão, era aos olhos dos primeiros Romanos o que ella deveria sempre ser aos olhos de todo o homem, que sente o preço da liberdade, direito tão essencialmente unido á nossa propria existencia, que é menor mal perder a vida, do que perdel-o: idéa esta, que nos póde levar a accreditar, que as Leis, permittindo antigamente entre os Romanos aos pais matar os filhos, lhes prohibião vendel-os, e tornal-os assim escravos; e muito mais se repararmos n'um rescripto do Imperador Constantino, que debaixo da inscripção *de patria potestate* nos apparece no Codigo, dizendo: *Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.*

Com tudo esta Lei está na mais visivel e manifesta contradicção com dous textos do *Codigo Papiriano*, um dos quaes diz, que o pai tem sobre os filhos o direito de vida e morte, e que quando quizer, póde vendel-os: dispõe o outro, que se um pai tem permittido a seu filho o contrahir um matrimonio solemne, celebrado o matrimonio, nunca mais, segundo as Leis, póde vendel-o. São estes dous textos referidos por Terrasson,

Histoire de la jurisprudence pag. 54 e 66. Attribue-se o primeiro a Romulo, e o segundo a Numa.

Não se podem talvez taes textos conciliar com a Lei de Constantino, senão pensando que a palavra *majoribus*, que nesta lemos, se não refere aos primeiros, mas sim aos Romanos, que vivião na idade media da republica. Seja porém o que for, e qualquer que seja tambem a prohibição d'os pais venderem os filhos segundo a Lei de Constantino, é indubitavel e certo, que esta Lei admittia uma excepção mui expressa, por outro rescripto do mesmo Imperador, do qual se formou a Lei 2. C. *de patribus*, *qui filios suos distraxerunt*, permittindo ao pai, privado de todo o recurso, e lançado n'uma indigencia extrema, o vender os filhos no momento, em que sáem do ventre de sua mãi; ajuntando com tudo, que é este, e só este o caso unico, em que a venda do filho póde ter algum effeito, e que se ao diante o pai offerecer ao comprador ou o preço, por que lhe vendeo o filho, ou outro escravo, não poderá o comprador dispensar-se d'entregar o filho ao pai.

O direito de propriedade, que o pai tinha na pessoa de seu filho, devia naturalmente trazer ao patrimonio d'aquelle todas as acquisições feitas por este, o que assim foi longo tempo observado com rigor o mais subido. Mas pouco e pouco chegou esta jurisprudencia a adocar-se, sendo o seguinte o ultimo estado do Direito Romano a tal respeito. O pai não podia appropriar-se das acquisições de seu filho, senão quando este as fizesse por meio da administração d'um peculio, que aquelle lhe confiasse: o filho detinha em sua plena propriedade tudo quanto adquirisse servindo as armas, ou pelo exercicio do foro: as successões abertas para o filho, as liberalidades ou testamentarias, ou entre vivos pertencião no fundo da propriedade ao filho, mas o pai tinha nellas usufructo.

Modificada, como vimos, a ferocidade primitiva das Leis Romanas na barbara extensão, que davão ao poder parental, e tomada para unico e verdadeiro fundamento deste poder a necessidade e dever d'o pai educar os filhos, o Sr. Paschoal no seu §. nos adverte de que nunca os pais entre nós poderão matar os filhos, podendo sim

castigal-os, ou antes corrigil-os dentro dos limites das exigencias da sua emenda, o que sendo conforme ao Direito Natural, e tambem ao positivo dos Wisigodos na Lei citada pelo A., é justamente concedido aos pais pelo nosso Direito expresso na Ord. liv. 5. tit. 36. §. 1. *in fin.*, onde o pai se acha auctorizado para até mesmo na Côrte castigar o filho, não o ferindo com arma, e no mesmo liv. tit. 95. §. 4., o qual expressamente exceptua do crime de carcere privado o pai, que por mais ainda de 24 horas prender o filho, para o corrigir e emendar de vicios, ou máos costumes.

Neque jus venundandi filios, etc. Tambem aqui o Sr. Paschoal, tendo em vista o Direito Romano, em quanto á venda dos filhos pelos pais, nos adverte que tal absurdo nunca teve uso entre nós. Ainda que reduzido aos termos precisos, e já observados da Lei 2. C. *de patribus, qui filios suos distraxerunt*, elle não só não foi acceito, senão expressamente repellido pelo *Codigo Wisigothico* liv. 5. tit. 4. lei 12., que o A. transcreve no seu §.; rejeição expressa, que nos faz accreditar foi praticada, por isso que o Direito Romano nesta parte teve voga, que se quiz evitar entre os Wisigodos, e isto não só porque com o Sr. Paschoal o vemos entre os Ostrogodos concedido aos pais no cap. 94. do *Edicto* de Theodorico, mas porque elle foi observado entre os antigos Gallos, e tanto, que segundo se lê no *Glossaire du droit français* tom 1. pag. 373, em França, ainda durante o Governo dos Reis da segunda raça, *il était permis aux pères de vendre leurs enfans pour subvenir à leurs nécessités*, grassando tanto as idéas Romanas do dominio dos pais sobre os filhos, que nas notas de Baluzio a Salviano (*Advers. avarit.* lib. 2. §. 4.) vemos se observava no seculo 13.° o antigo uso d'os pais dedicarem á profissão ecclesiastica e monastica os filhos ainda existentes no ventre de suas mãis. Com tudo as nossas Leis tal dominio nunca permittirão, e por isso nunca os pais poderão matar, nem (o que ainda seria mais barbaro) vender os filhos, consistindo o seu direito, em quanto á pessoa, em unicamente educal-os. Deste modo ellas nesta parte tem tanto cuidado em não enfraquecerem a auctoridade parental, como em evitarem a tyrannia. Dizemos assim

..

em quanto ás nossas Leis, porque nos antigos Foraes dados ás terras, e que forão as nossas originarias Leis Municipaes, as disposições, que mais brandas delles passárão para as Leis geraes, maior relação tinhão com as Romanas, não em quanto á venda dos filhos, que nunca foi auctorizada, mas em quanto ao castigo, que o pai podia extender até tirar sangue com arma, Foral do Porto §. 26., e de Coimbra no Tit. — *Pena d'arma;* o que se verificava do mesmo modo no castigo da mulher por seu marido.

Exame das acções, que tem origem no poder parental.

§. 9. Examinado já o que seja o poder parental, o seu fundamento, a quem compete este poder, e sua extensão em quanto á pessoa do filho, occupa-se o A. no §. 8. do seu Tit. com apontar-nos as acções, que com origem no seu poder competem ao pai de familias.

Já dissemos que o Direito Romano reputava os filhos patrimonio ou propriedade dos pais. Assim, se alguem detinha o filho alheio, ou o furtava, ou escondia, o pai tinha contra este todas e as mesmas acções, que teria, se a especie se verificasse n'um escravo, ou outro objecto sujeito a commercio e propriedade. Desta sorte no 1.° caso competia-lhe a acção chamada reivindicação, para haver a restituição do filho com os interesses, em que tinha sido fraudado; no 2.° tinha a acção de furto, em que accrescia a applicação da pena correspondente ao réo em virtude do delicto; no 3.° a *ad exhibendum*, para o effeito d'o réo ser constrangido a mostrar, ou exhibir em juizo o individuo, a fim d'ahi se provar, se n'elle se dá, ou não, a qualidade de filho do A., tornando-se esta prejudicial ou preparatoria para a de reivindicação: acção esta (a *ad exhibendum*) de muito uso no foro, não só para a exhibição d'objectos moveis, mas até mesmo dos immoveis, como no caso, em que o senhor directo requer que o emphyteuta lhe mostre os sitios e demarcações do prazo, Lauterbach. *hoc tit.* §. 10., tomando ella o nome d'acção *de edendo*, quando tem por objecto um instrumento, ou titulo, que não é proprio do A., que tem interesse em sua exhibição.

Quod in judicio prosequi licet praejudicialibus actionibus. No sentido proprio dizem-se prejudiciaes as acções, que tem por objecto verificar o estado ou qualidade da pessoa, qualidade, que dá ou tira o fundamento a outra acção, que depois se ventila, á qual principalmente se dirige a intenção do A.; donde vem o nome áquella de prejudicial, de *prae* e *judicium*, — acção, que se tracta antes d'outra, ou que dispõe para outra. Assim, em relação á materia, em que estamos, se o A. intenta a acção de reivindicação para haver d'outro o filho, negando o R. a qualidade de pai ao A., deve-se sobr'estar na reivindicação, e só depois de decidida a acção de qualidade, se procede ou se abandona a principal, para a qual a outra foi prejudicial: o mesmo na acção criminal, ou d'accusação pelo furto do filho, se o R. nega a qualidade em quanto a este, dizendo, que elle é seu proprio filho, etc.

Estas acções, ou principaes ou prejudiciaes, pertencião por Direito Romano ao pai, como originadas no dominio: entre nós tem origem no patrio poder, na obrigação d'educar e defender o filho, sendo ellas meios, que se não podem negar ao pai, que tem obrigação de conseguir taes fins. Algumas vezes com tudo podem estas acções participar d'origem real; e talvez que o Sr. Paschoal a estas se quizesse dirigir neste §., pois logo no principio emprega as expressões: *et aliquando usum fortasse habere*, etc., o que se verifica no caso, em que o filho, detido pelo estranho, tem com sigo peculio proprio do pai, ou posse de bens, em que a este pertença usufructo, do que mais adiante melhor idêa se fará. A nossa praxe porém, ou o uso forense, recebe estas acções ainda com o unico fundamento na obrigação d'o pai educar e defender o filho, abstrahindo de todo o interesse real, que possa ter nos bens deste, Peg. 3. *For.* cap. 30., e Tom. 7. *á Ord.* liv. 1. tit. 87. §. 6. nn. 92. e 93., não se podendo duvidar de que não só lhe compete o procedimento civil, mas o criminal contra o detentor do filho, Ord. liv. 4. tit. 28. *in fin.*, e liv. 5. tit. 95. pr. e §. 1., assim como a acção d'injuria contra o que lhe corromper os costumes, ou lhe der auxilio, conselho ou favor para mal se comportar, L. 26. D. *de injur.*

O Jurisconsulto Lobão nas Notas a este lugar do nosso A. diz sem hesitação, remettendo-se a outros, que o direito d'o pai haver entrega do filho cessa contra o artifice, que o tem por ajuste para lhe ensinar officio analogo á sua condição. Esta opinião parece-nos capaz de seduzir, sendo em realidade attentatoria de auctoridade paterna, opposta á ordem e paz das familias, e repugnante com a educação, e por isso com os verdadeiros interesses dos filhos.

É verdade, não o negamos, que o Direito dispõe que o filho familias póde escolher domicilio differente do de seu pai: *placet etiam filiumfamilias domicilium habere posse*, L. 3. D. *ad municipalem; non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit*, repete a L. 1. *cod.*; e ainda a mesma disposição se renova na L. 6. §. 1. e 17. §. 11. do mesmo Tit.; accrescendo que Gothofredo, seguindo Bartolo, diz em quanto ao primeiro destes textos, que o filho, para escolher domicilio, não tem necessidade do consentimento do pai, *etiam sine consensu patris.*

Mas se é certo que as Leis se devem entender, sem que d'ellas resulte absurdo, estas, que referimos, devem-se entender restrictas absolutamente aos filhos maiores, pois que é um principio legislado pela razão, por isso de todos os lugares e tempos, que o filho, durante a menoridade, não póde ter outro, que não seja o domicilio de seu pai.

Esta nossa jurisprudencia e critica entendemos que presidirão á formação do *Codigo Civil* de França, que tendo disposto no art. 371., « que o filho em toda a idade deve respeito e honra a seu pai e mãi, » e no 372., « que elle permanece debaixo da auctoridade do pai até á maioridade ou emancipação, » dispõe no art. 374., « que não póde deixar a casa paterna, sem a permissão do pai, excepto para se alistar, ou voluntariamente assentar praça, tendo de idade dezoito annos completos. »

Assim, segundo este Codigo, o filho, em quanto menor, não póde, sem consentimento de seu pai, estabelecer domicilio separado, nem abraçar uma profissão qualquer, que não seja a militar, exceptuada por utilidade publica maior, excepção, que confirma a regra geral em

contrario. Assim tambem é nossa opinião, que se o filho menor, ajustado com o artifice, não se acha emancipado, o pai tem acção para o haver, rescindindo-se o contracto do apprendiz com o mestre em razão de sua intrinseca nullidade. O mesmo seguimos a respeito do menor, em quanto elle estiver sujeito á tutela. A generalidade da opinião contraria, comprehendendo na praxe os filhos todos, parece-nos em consequencia destituida, não só de Lei, que a sustente, mas de boa razão.

O pai defende o filho em juizo.

§. 10. No §. antecedente tractou de direitos, que o pai tem em relação á pessoa do filho, por deducção das Leis Romanas; agora passa o A. no §. 9. deste Tit. a tractar d'outros, que são effeitos, sim, do poder patrio, mas que se deduzem da letra das nossas Leis; principiando pela faculdade, que o pai tem, de ser em juizo procurador e defensor do filho.

Procurador, nome formado de *pro* e *curare*, cuidar a favor, designa a pessoa, que tem a juizo tractar de negocio alheio, auctorizado por mandato da pessoa, a quem elle diz respeito, ou como autor, ou como réo. O agente de negocio judicial, *sem mandato ou procuração* (no que differe do antecedente), diz-se defensor. Quando o que sollicita negocio alheio, auctorizado por mandato, se limita a desculpar o réo de não apparecer em juizo, e sem que trate da causa principal, chama-se excusador.

Que o pai póde como procurador figurar em juizo a favor do filho, é evidente, pois o mesmo amor, que lhe é natural, é attendido pelas Leis, o que se deduz da Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6. no verso — *porque por direito é seu legitimo Administrador.* E se o amigo e o parente é admittido a tractar a causa sem procuração, uma vez que preste caução *de rato*, L. 39. §. 1. D. *de procurat.*; L. 1. C. *eod.*, por maior razão é o pai admittido em juizo como procurador de seu filho nos casos, em que o procurador segundo as Leis tem lugar, e quando o filho se acha habil pelas mesmas para o estabelecer.

Pater legitimus defensor . . . et sine mandato. Diz-nos

o A. que o pai é o legitimo defensor do filho, ainda sem procuração. Esta qualidade, que no pai é uma obrigação natural, é-lhe conservada pela Lei civil, pois que entregando-lhe expressamente a já citada Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6. o cuidado nos bens, que por morte da mãi vierão ao filho, dando a razão, *porque por direito é seu legitimo Administrador*, neste officio incumbe-lhe a defesa dos bens, e por força de maior razão a da pessoa.

Demais a Ord. liv. 3. tit. 41. §. 8. manda que o tutor seja citado na causa, quer civil, quer criminal, do menor impubere; nem tal citação se dispensa, quando pubere: assim como que se o menor é impubere, mas autor, o tutor demande por elle sem procuração ou mandato. Se pois a qualidade de procurador e defensor legitimo são aqui dadas expressamente ao tutor, que só é dado na falta de pai, segue-se que o pai, em quanto vive, é tutor não só natural, mas legitimo do filho, e como tal seu procurador e defensor legitimo, para sem procuração, quando elle lh'a não póde passar em razão da fraqueza da idade, allegar o seu direito, e sustentar a sua defesa, tanto em causa civil, como crime, ainda no caso, em que esta seja capital; pois que em taes circumstancias, no sentir da Lei, sendo a causa capital, não se considerão o tutor e o pai procuradores do menor, mas como formando a mesma pessoa com o réo. É esta a intelligencia, que em boa fé se deve dar á doutrina da parte final do §. do Sr. Paschoal, que bem sabia a existencia da Ord. liv. 3. tit. 7. §. 3., e liv. 5. tit. 124. §. 14., que em regra geral não admittem procurador nas causas capitaes: e se o Jurisconsulto Lobão lera as *Instituições de Direito Criminal* do A., que nas do Civil interpreta, lá acharia o conhecimento de taes Ord.

Por esta occasião cabe-nos addicionar, que entendemos que o pai nas causas civeis em todo o caso deve ser admittido a defender o filho, ao menos como assistente por interessado, Ord. liv. 3. tit. 20. §. 32.; e que ainda mesmo nas causas crimes e capitaes, e outras, que não admittem fiança, póde ser não só excusador, mas procurador do filho, porque qualquer que seja o crime, o procurador é hoje admittido, tanto para accusar, como para defender, *Novissima Ref. Judic.* §. 2. art. 937.,

devendo o réo pessoalmente assistir aos interrogatorios, juramentos e depoimento das testemunhas, acareação com estas, com o accusador ou com os co-réos, e bem assim á publicação da final sentença, termos estes, que nunca admittem procurador, sem differença da qualidade e gravidade do delicto, cit. art.

A qual dos conjuges incumbem as despesas da educação.

§. 11. *Educação*, na referencia, em que aqui é tomada, e nos termos, que no mesmo uso lhe correspondem em todas as linguas, exprime a idêa conjuncta das duas, que significão os termos *nutritio* e *institutio*. Resume-se no primeiro tudo aquillo, sem que se não póde viver, por isso o vestido, habitação, alimento, cuidados, remedios e mais despesas durante a enfermidade: os restantes actos, que formão o complemento da idêa, que a palavra educação explica, comprehendem-se no segundo termo *institutio*, abrangendo toda a instrucção, que habilita o filho para por si satisfazer os seus deveres em todas as differentes relações, isto é, para com Deos, para com sigo, e para com a sociedade, tendo periodo proprio, desde a puberdade até á maioridade, pois que até á puberdade principalmente se attende ao desenvolvimento fysico do educando.

A palavra *educação* é tomada da latina *educare*, que accreditamos teve na origem a significação de *gignere*, empregada assim por Ovidio *Met.* lib. 8. v. 830.:

. . . . . *quod pontus, quod terra, quod educat aër,*
Poscit, ...

vindo depois a ter applicação ao homem, a cuja conservação e instrucção se dão cuidados e diligencias, o que faz gerar n'elle uma segunda natureza, ou antes a perfeição da primeira, com grandes effeitos, tanto fysicos, como moraes, por toda a vida. *Adolescens juxta vitam suam, etiam cum senuerit, non recedet ab ea.* Proverb. c. 22. v. 6.

Na ultima parte do §. 10. deste Tit. nos adverte o Sr. Paschoal, que a noção juridica, entre nós, da palavra educação comprehende os actos todos, que acima referimos. Ainda que no primeiro exame da Ord. liv. 4.

tit. 99. pr. pareça que a obrigação d'educar se limita ao dever de sustentar, isto é, aos alimentos, que se dizem naturaes, a Lei suppõe ahi o filho acabado de nascer, ou em idade tão tenra, que ainda não é susceptivel d'instrucção, ou dos alimentos civis, o que já muda de decisão e especie no liv. 1. tit. 88. §§. 15. e 16., onde fallando-se do Orfão, que não é de condição assoldadavel, se ordena que o Juiz competente o mande ensinar a ler e escrever até aos 12 annos, regulando *dahi em diante*... *sua vida e ensino segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda*, providenciando igualmente ácerca dos filhos de lavradores e officiaes mechanicos. Ora o Juiz dos Orfãos preenche as vezes e os officios d'um pai; logo o pai tem obrigação de dar educação a seus filhos, reunindo-se n'ella os actos todos, que entrão nas noções dos termos *nutritio* e *institutio*, isto com as attenções e limites prescriptos nas Leis, quaes são — as forças do patrimonio do pai, Ord. liv. 3. tit. 9. §. 4. *in fin.*, o estado e condição do mesmo, liv. 4. tit. 99. pr., e por morte deste, a condição ou qualidade da pessoa e fazenda do Orfão, liv. 1. tit. 88. §. 15.

Não queremos aqui dissimular, que por esta occasião os sabios disputão sobre a preferencia, por conveniencia politica, d'uma a outra educação, pública e domestica; mas sendo nosso dever examinar as sentenças das nossas Leis, a elle nos limitamos, declarando com tudo, que preferimos o pensar de Bentham, dando a primazia á domestica, tanto porque é seguida entre nós, como porque entendemos, que a existencia dos filhos na casa paterna suaviza os enfados do matrimonio, aperta os vinculos conjugaes, pela diversidade dos methodos estabelece variedade nos engenhos, donde resulta a emulação e competencia, sem que se relaxem pela ausencia os laços do sangue nas familias, ficando ellas assim elementos compactos do edificio social, que o tornão mais solido e inabalavel. Mas estudemos as nossas Leis.

Legitimo stante matrimonio, de communibus bonis.... Aqui diz-nos o Sr. Paschoal, que na constancia do matrimonio, ou durante a associação e cohabitação dos conjuges, as despesas para a educação dos filhos legiti-

mos, fructos de tal matrimonio, são deduzidas do monte commum, isto é, formado pelos bens, em que os pais são meeiros; e taes são (quando casados por carta d'ametade, ou segundo o costume do Reino) todos os que elles trouxerão para o casal, e bem assim os adquiridos durante o matrimonio na parte, em que elles são communicaveis, Ord. liv. 4. tit. 99. pr., indo aqui a obrigação civil d'ambos os conjuges acompanhando a religiosa e natural. É evidente que sendo o matrimonio contrahido por dote, os rendimentos dos bens, que o formão, sujeitos por natureza aos encargos do matrimonio, estão essencialmente sujeitos ao destino da educação filial. Em relação aos bens paraphernaes fallaremos adiante, depois de conhecida a sua particular natureza.

Eo soluto, de paternis tantum... Ainda á face da Ord. ultimamente citada, o A. emitte a proposição, que dissociados ou divorciados os conjuges, o pai é exclusivamente, — *tantum*, quem deve ao filho tudo o que para sua educação custa dinheiro, e só a mãi, a quem a natureza habilitou, deve dar o peito ao filho, cuja obrigação se não dá, se ella é pobre, a ponto de todo o tempo lhe ser pouco para ganhar subsistencia. Nisto concordamos com os Praxistas, pela collisão d'officios, em que a mãi em taes circumstancias se acha, collisão, que entendemos desapparece, se o pai se decide a pagar-lhe criações. Cessa a mesma obrigação na mãi, que não é naturalmente habilitada, como na debil, enferma, ou que tem falta de leite; e ainda cessa na que depois do divorcio abraça a vida claustral; casos todos, em que o pai deve supprir, pagando á ama. A nobreza da mãi segundo o *Dig. Port.* no tom. 2. art. 509., conformando-se com o *Cod. da Prus.* 2. p. T. 2. art. 67., não a dispensa por si d'amamentar seu filho. Com tudo seguimos que a Ord. cit., no verso — *Porém se a mãi for de qualidade*, estabelecia o contrario, ainda que em opposição com o Direito Natural e Divino Positivo, e que o marido não tinha acção contra ella; achando aqui hoje uma exempção abusiva, e até peccaminosa, nociva á saude das gerações, e abolida pela Carta Constitucional.

Nesta especie da separação ou divorcio dos conjuges, o Jurisconsulto Lobão nas suas Notas ao A. segue

com Voet *ad Pand.* L. 20. tit 3. no 6., que o Juiz secular é competente para decidir, qual d'elles deve ficar incumbido da educação dos filhos, e designar a porção ou parte da despesa, com que cada um ha de contribuir para ella. Esta pratica com tudo não nos parece adoptavel, nem na primeira parte, porque as nossas Leis não tirão ao pai o poder parental, ainda que n'elle se dê a causa unica e injusta do divorcio; e por tanto com o pai é que os filhos continuão a viver: nem tambem na segunda, porque a já citada Ord. liv. 4. tit. 99. pr. é expressa em onerar a mãi com dar o peito aos filhos e nada mais; *tres annos de leite sómente*, diz esta Ord. Logo a mãi não póde ser obrigada a contribuir com dinheiro ou outra cousa, isto ainda pelos termos, com que a Ord. continúa: *e o pai lhe fará a outra despesa necessaria para sua criação.* Accresce que a mãi divorciada, em nada do usufructo dos bens do filho participa com o pai; e é regra, que os incommodos (neste caso as despesas da educação) devem pesar sómente sobre quem percebe os commodos: accrescendo sobre tudo, que a Lei de 18 d'Agosto de 1769. §. 14. expressa e terminantemente condemna todo o costume, que é contrario a Lei escripta.

Mater in subsidium dumtaxat. . . Esta doutrina, que é a das Ordd. citt. pelo Sr. Paschoal, e consiste em a mãi só ser obrigada ás despesas, de que tractamos, quando nem o pai, nem depois d'elle o filho, tem meios ou possibilidade para ellas, dá-nos outro argumento, que reforça a nossa opinião proximamente emittida, pois estabelece uma excepção unica d'obrigação para a mãi, a qual confirma a regra geral contraria, que é a da não obrigação d'ella concorrer para as despesas da educação do filho, quando separada do marido. E tanto isto é o que as nossas Leis dispõem, que no §. 1. do tit. 99. do liv. 4., fazendo-se a obrigação d'a mãi criar de leite extensiva a todos os filhos illegitimos, se lhe deixa em todo o caso direito salvo para haver do pai outras despesas, que fizer. O mesmo direito é resalvado á mãi nos bens do filho, com quem ella, além do leite, fez despesas, que o pai não satisfez, ou por não poder, ou por morrer; cit. Ord. §§. 2. 3. e 4.

Filii naturales, etc. A educação dos filhos naturaes, e não só destes, mas de todos os illegitimos, segue a mesma ordem e circumstancias, tanto na mãi para criar de leite, como no demais em quanto ao pai; sendo a regra geral e ordinaria nesta parte, que a obrigação d'educar segue a ordem, por que se succede nos bens: assim dá-se primeiramente nos pais; faltando os pais, nos avós; e se estes tambem faltão, passa a obrigação aos irmãos.

Monachorum vero et alienarum mulierum. Os filhos sacrilegos dos Frades não fazião dar nos pais a obrigação civil de educal-os, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 12.; consistindo a razão vardadeira d'esta Lei, segundo a nossa opinião, em os pais; por causa do exercicio do voto de pobreza, não poderem com as despesas necessarias, o que hoje já se não dá nos Egressos, que devem educar os filhos. O mesmo na mesma Ord. se decide em quanto aos filhos adulterinos, mas por diversa razão, consistindo em que a mãi, para criar um tal filho, tinha de patentear o seu delicto ao marido, por elle gravissimamente offendido, o que é contrario á paz domestica, e favor do matrimonio. A mesma Ord. providenceia ácerca da criação de taes filhos nos estabelecimentos públicos dotados para expostos, na sua falta pelas rendas dos Concelhos, e não sendo sufficientes estas, por meio de fintas lançadas pelas Cameras aos habitantes do Municipio. Hoje pelo *Cod. Adm.* art. 216. nn. 7. e 8. são attribuições da Junta Geral de Districto o votar as quotas, com que os Concelhos devem contribuir para a sustentação dos expostos, applicar-lhe as contribuições e rendimentos, que tiverem este destino especial, e designar os lugares para o estabelecimento das Rodas. Deve o Administrador do Concelho velar pela boa administração dos expostos, art. 248. n. 4. A Junta de Parochia, como Commissão de beneficencia, conjunctamente com o Regedor, tem a seu cargo fiscalizar a criação dos expostos, informando a Camera dos abusos, que notar, art. 312. n. 4.

Outros mais direitos, que se comprehendem no poder patrio.

§. 12. Continúa no §. 11. deste Tit. o Sr. Paschoal, expondo outros direitos, que se dão no pai legitimo em quanto aos filhos, direitos, que são effeitos ou resultados do poder parental, que só ao pai pertence, e não a outra pessoa.

Patri similiter tantum concessum, quod recte filio, etc. Que sómente ao pai, — *tantum*, é concedido o dar ao filho menor tutor testamentario. É um dever da sociedade o vigiar pelo bem, defesa e educação dos menores, que para si não bastão em razão da pouca idade e inexperiencia; isto não só para o bem immediato de taes pessoas, mas para o mediato da sociedade, á qual assim bem servirão, quando alias se lhe tornarião prejudiciaes e gravosos. Entre os Romanos, e tambem entre nós, o cuidado dos menores é de Direito Publico, tendo por isso sempre existido um Magistrado, que vela em seu bem e protecção, e a quem incumbe o dever, muito recommendado pelas Leis, de lhes dar ou nomear tutor. Entre os Romanos forão os testamentos feitos nos Comicios Calados com as formalidades das Leis; e por isso é que o testamento tinha força, ou obrigava como Lei, dizendo em quanto a elle as LL. das 12 Taboas, que em toda a sua disposição — *ita jus esto*. Assim dava-se coherencia de principios, dando o pai tutor a seu filho em testamento, pois era o corpo social quem lh'o dava em virtude d'uma Lei. Deixou o testamento de ser feito nos Comicios; continuou o mesmo direito nos pais com exclusão das mãis, pois que nestas se não dava o poder patrio, por não serem *sui juris*; ainda que ao diante ellas tivérão este direito, mas devendo instituir herdeiros os filhos, a quem nomeassem tutor, o qual ficava dependente da confirmação do Juiz, L. 2. D. *de confirm. tut.*

Recebidas pelas nossas as Leis testamentarias Romanas, o forão tambem em quanto á dação do tutor; e assim dispõe a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1, que quando o pai deixa em testamento tutor ao filho menor, outro não seja dado pelo Juiz, isentando de toda a fiança ou caução o que pelo pai foi deixado, como acontecia

entre os Romanos, que se explicão pelas expressões *etiam sine inquisitione*, isto é, que o Juiz nada tinha que fazer em quanto a elle, idêa esta, que o Sr. Paschoal exprime no adverbio de modo *recte*, porque a Ord. cit. tem, como dissemos, a mesma disposição.

É mister ainda advertir, que como o poder patrio entre os romanos se dava no avô paterno em quanto aos netos, sendo a disposição em quanto á tutela um effeito deste poder, por coherencia o avô dava tutor testamentario ao neto, e por igual razão *sine inquisitione*, o que passou igualmente para nós no §. 1. da cit. Ord., onde as disposições são conjunctas e as mesmas em quanto a ambos estes tutores. No que sem duvida se dá um absurdo dos nossos Compiladores, por quanto sendo o fundamento unico dos Romanos, para dispensar dos exames e diligencias do Magistrado sobre a capacidade do tutor testamentario, o ter o testador sobre o menor o poder patrio, acceito na Ord. este fundamento em quanto ao pai, devião sujeitar aos exames judiciaes o tutor testamentario pelo avô nomeado, que d'elles é dispensado no liv. 4. tit. 102. §. 1., quando expressamente já no §. 7. do tit. 87. do mesmo livro o tinhão deixado sem poder patrio sobre o neto.

Assim é força dizer, que a dação testamentaria do tutor só é effeito do patrio poder em quanto ao pai, sendo por isso que em quanto a elle o nosso A. diz *tantum*. Nem se póde oppôr, que não fôra o patrio poder o fundamento attendido para se legislar assim em quanto ao tutor deixado no testamento paterno, porque por falta deste poder é que no §. 2. da mesma Ord. o tutor, dado em testamento pelo pai a seu filho illegitimo natural, fica expressamente dependente da confirmação do Juiz dos Orfãos, que póde rejeital-o por inidoneo, e isto pela razão (pois não póde ella ser outra) d'o pai não ter poder patrio neste filho. Coherente neste juizo vai o resto do mesmo §., sujeitando o tutor testamentario, deixado pela mãi aos filhos, ainda que legitimos, á judicial confirmação, porque na mãi se não dá poder patrio, estando ella assim para os filhos na identica razão á do avô para os netos, que alias deixa em testamento tutor a estes sem confirmação alguma do Juiz. Desta

sorte querendo os nossos Compiladores seguir fielmente as LL. Romanas, o seu amor os cegou ao ponto de offendel-as, não lhes deixando ao menos ver as advertencias ou avisos da Lei 1. D. *de testamentaria tutela: Lege duodecim tabularum permissum est parentibus, liberis suis, sive fœminis, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.* Por onde se vê, que o mesmo pai de familias não podia deixar tutor testamentario ao filho independente do seu poder, *si modo in potestate sint;* e tanto, que se o deixava ao filho emancipado, tal disposição não tinha por si effeito, pois que ficava sujeita á confirmação do Juiz, como resolve o Imperador Justiniano na *Instituta* §. ult. *de tutelis.* O que faz saliente o absurdo d'o tutor testamentario nomeado pela mãi depender de confirmação, não dependendo d'ella o do avô, em quem igualmente se não dá o poder patrio segundo o nosso Direito.

Segundo o *Codigo Civil* de França, o direito individual d'escolher ou dar tutor pertence unicamente ao conjuge ultimo, que morre, seja elle o pai, ou a mãi, art. 397. Entre nós o pai póde nomear em testamento tutor aos filhos, presumindo a Lei, que só n'elle se dá madureza com o desejo do futuro interesse dos menores: mas não tem este direito, se passa a segundas nupcias, excepto se elle tiver sido nomeado tutor de seus filhos pelo Conselho de familia; mas neste caso deve o tutor ser confirmado no mesmo Conselho de familia, *Noviss. Ref. Jud.* art. 426. e seg.

Continuando a expender a doutrina do §. 11. do A., sem dar á materia das tutelas, que aqui vem por incidente, a largueza, que demanda e que tem em lugar proprio, encontramos as expressões *pupillariter substituere.*

As substituições testamentarias, recebidas das LL. Romanas pelo nosso Direito escripto, tambem em outro lugar tem assento; aqui vem por incidente na especie de pupillar, como effeito do poder patrio. Baste pois dizer, que os Romanos tinhão por cousa indecorosa o morrer sem testamento; e como o pupillo ou menor, pela fraqueza da idade, segundo a disposição das Leis o não podia fazer, o pai, ao instituil-o seu herdeiro, designava em

em seguida outro, que para a herança ficasse em lugar do filho, se este morresse durante a menoridade ou na idade pupillar, donde vinha o dizer-se esta disposição testamentaria *substituição pupillar*, para tambem pelo nome se distinguir d'outras especies de substituição em quanto á herança. Desta sorte se o substituido morria dentro da menoridade, tinha o seu testamento no do pai, testamento este, que se rompia no momento, em que chegava á maioridade, ou aos 25 annos. Esta substituição emanava do poder parental entre os Romanos, não podendo a mãi por isso substituir pupillarmente, com o que se conformou a Ord. liv. 4. tit. 87. §. 7., concedendo-a unicamente ao pai, como effeito do poder patrio, não tendo por isso lugar em quanto ao filho emancipado.

Deixando com o Sr. Paschoal outros direitos, que com o mesmo fundamento se dão no pai de familias, e as nossas Leis ainda recebêrão das Romanas, e que em outros lugares iremos examinando, trataremos d'um direito importante e muito notavel, que sómente se dá no pai, e em nenhum outro parente, sendo por isso um effeito do poder, que nos occupa.

Quod filium nunquam pretio conductum habeat. Só ao pai concedem as nossas Leis o não pagar soldada aos filhos, sem differença em razão da idade destes, ou da qualidade do serviço. Por quanto, fallando a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 13. do Orfão, que deve ser dado por soldada, manda tanto pelo tanto, ou no caso d'offerecimento d'igualdade de salario, preferir a mãi, se for viuva, e viver honestamente; gradúa depois da mãi o avô, e depois deste os parentes segundo a proximidade do sangue; guarda silencio em quanto ao pai, e não apparece Lei alguma, que o obrigue a pagar soldada aos filhos. E como pelas nossas Leis o poder patrio se não dá em uma só das pessoas, que esta Ord. menciona, não podemos por identidade de razão concluir d'ellas, para attribuirmos a obrigação da soldada ao pai, em quem se dá essa qualidade especial, fecunda de direitos e concessões; o que nos fórça a concluir, que a elle tão sómente, *tantum*, concedem as Leis patrias o não pagar soldada aos filhos.

Em quanto ao resto da letra do §. do Sr. Paschoal, temos a notar, que obrigando esta Lei a mãi a pagar soldada ao filho durante a menoridade, por força de razão mais forte a obriga em relação ao maior de 25 annos de idade; mas que tambem, não devendo a mãi ser de peor condição, que os estranhos, para pagar soldada, n'ella se não dá a obrigação de a pagar a seus filhos, assim como nem no avô aos netos, nem nos parentes aos parentes, quando se dão entre elles as mesmas circumstancias, que em outro lugar referimos, nas quaes, segundo o geral Direito, os amos não devem soldada aos criados.

Nesta desigualdade das Leis, que não dão o mesmo favor, em quanto aos filhos, a ambos os progenitores, achamos immoralidade e dureza, assim como já a achámos em a mãi não succeder no patrio poder ao pai, já que em sua vida a ordem domestica pede, que este só o exercite; e coherentes pensamos do mesmo modo ácerca da *Noviss. Ref. Jud.*, no lugar antecedentemente apontado, em que se não concede á mãi, mas só ao pai, deixar aos filhos tutor testamentario. É certamente mais conforme á natureza o art., que já citámos, do *Cod. Civil* de França, que dá este direito ao conjuge viuvo, seja elle pai ou mãi. Todo o tento estava nas attribuições do Conselho de familia, ainda que estas mesmas deverião ser iguaes em relação a pai e mãi, pois que a sociedade conjugal é uma sociedade igual, e em relação ao seu fim, *a fimilia*, a mãi, em quem se dá o mais subido amor pelos filhos, emprega meios, e mui penosos sacrificios.

Ainda em relação a este effeito do poder patrio, de que ultimamente tractámos, cumpre notar, que alguns Praxistas, cujas doutrinas o Jurisconsulto Lobão faz suas, notando este lugar do A., oppõem limitações á regra, que dá no pai exempção de pagar soldada ao filho, limitações, que acceitariamos, ainda que nos não fossem lembradas pelos Auctores.

Por exemplo: que o pai deve pagar soldada a seus filhos illegitimos. Convimos, porque a exempção de pagamento de soldada resulta do patrio poder; e como este em taes filhos se não dá, cessa em quanto a elles toda

a base, em que se funda para o pai o direito, de que tractamos.

Outro exemplo: que o pai deve soldada aos filhos, se é costume da terra o pagar-lh'a. Convimos, porque neste caso nasce a bem fundada presumpção de que o pai quiz tacitamente obrigar-se ao pagamento, respeitando por seu silencio esse costume sabido. O mesmo se verifica, se o pai por contracto expresso se obrigou ao pagamento, porque nesta parte elle póde renunciar ao seu direito expressa ou tacitamente, pois não se dá áqui offensa dos bons costumes, nem prejuizo de terceiro, etc.

Que o pai é legitimo administrador dos bens do filho.

§. 13. *Bonorum similiter.* No §. 12. deste Tit. occupa-se o A. com outros direitos, que se dão no pai de familias em razão do patrio poder, os quaes tem relação directa e immediata mais com os bens, do que com a pessoa do filho; pois que este poder, que se dá no pai, como já dissemos, não se limita á pessoa sujeita, mas extende-se ao patrimonio por causa, ou em attenção da pessoa, que n'elle tem propriedade.

Damos tanta extensão ao poder parental, porque ainda que entre os Romanos o Direito foi vario em quanto á faculdade d'o filho familias adquirir para si, entre nós as Leis, tendo os filhos no conceito de pessoas, não acceitárão nesta relação as Leis prohibitivas d'quelles, mas as posteriores permissivas, que por isso dão ao pai, por effeito de sua especial qualidade, e tão sómente (*tantum*) a elle, com exclusão d'outra qualquer pessoa, a administração dos bens ou patrimonio do filho, administração legitima, isto é, conferida *ipso jure*, para até á emancipação do filho se dar no pai, que é por isso administrador legitimo de taes bens, como expressamente o appellida a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6., e ainda se renova na *Noviss. Ref. Jud.* art. 423. *verbis: Dissolvido o matrimonio pela morte, o pai, se sobreviver, é o legitimo administrador de seus filhos menores;* qualidade, que continúa a ser exclusiva do pai, pois se é a mãi quem sobrevive, só póde administrar como tutora dos filhos, o que

depende da deliberação do Conselho de familia, art. cit. da ultima *Ref. Jud.*, ainda que em regra na constancia do matrimonio a mãi administra com o pai os bens dos filhos menores, art. 423. *eod.*

Quia vero administrator, non dominus. Como administrador é o que em nome d'outro promove a sua utilidade em cousa, que lhe pertence, para o que lhe é entregue, ficando por ella responsavel como alheia, da natureza desta qualidade, attribuida ao pai por immediata disposição da Lei, se vê que ella repelle a idéa da faculdade de destruir, deteriorar, obrigar, ou alienar, actos, que o cit. §. 6. da Ord. liv. 1. tit. 88. prohibe ao pai, não só no seu espirito, mas no contexto: *Porém é obrigado conservar os bens de seus filhos, quanto á propriedade, e sómente póde levar as rendas e novidades dos ditos bens, em quanto tiver seus filhos em poder; e é obrigado a entregar-lhos pelo Inventario, quando forem emancipados, ou casarem.* Nas expressões, que acabamos de transcrever, palpavelmente se mostra, que o incommodo da administração é compensado no pai com o usufructo de todos os bens do filho ou filhos, usufructo, que lhe é conferido para satisfacção das necessidades domesticas, *in commune societatis bonum.* Dissemos — usufructo em todos os bens do filho; isto porém como expressão do que ordinariamente acontece, ou como regra geral; regra, que está sujeita a excepções, como logo notaremos.

Cumpre ainda declarar, que os Praxistas são oppostos em opiniões sobre a extensão da obrigação de não alienar os bens do filho, que a Ord. impõe ao pai, materia, que abandonamos, não só como propria d'ociosidade, que não temos, senão porque o caso hoje não é d'opinião, mas sim de Lei, e de Lei muito expressa e terminante, como passamos a ver.

No Tit. 13. da *Noviss. Ref. Jud.* cap. 3., que se inscreve— *Das attribuições do Conselho de familia*, se declara no art. 402. da colleção, que pertence ao Conselho de familia, « auctorizar o tutor, ainda que seja pai ou mãi, para contrahir emprestimos, ou emprestar dinheiros do menor, alienar, hypothecar, ou escambar bens immoveis (o que só terá lugar no caso de neces-

sidade urgente, ou conhecida utilidade), e regular a maneira d'isto se effectuar: e bem assim auctorizal-o para a venda dos moveis, que não convier serem conservados, e deliberar o que mais util for, não apparecendo comprador. »

No art. immediato 403. se dispõe, que « tem igualmente lugar a intervenção do Conselho, auctorizando o tutor para acceitar, ou repudiar a herança, ou doação feita ao menor; para em nome d'elle intentar acções, e fazer transacções, ou amigaveis composições sobre as que já estivessem intentadas; para dar d'arrendamento os bens do mesmo, etc. Se não tivessemos regras legaes tão expressas, seria nossa opinião, que os differentes objectos, que n'ellas se comprehendem, dependião d'auctorização do Juiz d'Orfãos, hoje do de Direito.

De consensu tamen filiorum. Hoje pela legislação, que ultimamente expozemos, o filho pubere não póde auctorizar o pai para alienar os seus bens, quer immoveis, quer moveis; assim como tambem hoje não póde obstar ás resoluções legaes do Conselho de familia.

In judicio quoque. No §. 9. deste Tit. tractou o Sr. Paschoal das qualidades, com que o pai em virtude do poder patrio póde figurar pelo filho em juizo criminal: neste lugar, que fórma a segunda parte do §., tracta a mesma materia em que [illegible] ao patrimonio ou bens do filho, isto é, em relação ao juizo civil. Segundo a Ord. cit., a do liv. 3. tit. 41. §. 8., o impubere é inhabil para ser auctor ou réo; mas seu pai em nome d'elle póde ser uma e outra cousa O menor pubere, se é auctor, deve juntar procuração; se é réo, deve ser pessoalmente citado, além do pai. Além do pai, deve o Juiz *ex officio* nomear tanto ao pubere, como ao impubere, Curador, Letrado, a quem defere juramento: a falta de Curador dá nullidade á sentença, cit. §. 8. *prope fin.*, e §. 9., e *Noviss. Ref. Jud.* art. 259. §. un. Este Curador diz-se *ad litem* para differença do Curador *ad bona*.

Com tudo a procuração do filho pubere não basta para o pai intentar acção pelo filho, nem para transigir sobre a já intentada sem auctorização do Conselho de familia, como vimos no art. 403. da *Noviss. Ref. Jud.*, antecedentemente transcripto; sendo nossa opinião, que

tal auctorização é bastante, actualmente dispensada a procuração do filho pubere.

Suae etiam administrationis. Termina o A. este §., indicando no pai a obrigação de dar contas, tanto pela regra geral de serem os administradores obrigados a ellas, como pela disposição da Ord. cit., que dá direito ao filho para demandar os damnos e dissipações, effeitos da paterna administração. Com tudo, não duvidando da praxe auctorizada com Valasc., lugar cit. no fecho do §., não nos parece a disposição da Ord. cit. bastante para lhe dar fundamento, porque ella procede no caso extraordinario da indignidade do pai, que se torna dissipador dos bens do filho, o que não chega para estabelecer uma regra geral e ordinaria de dar contas; idéa, que no nosso entender deprime e injuria o poder paterno. Folgamos com achar nos Redactores da *Noviss. Ref. Jud.* o nosso mesmo pensar, pois certamente não foi outro o que presidio á formação do art. 445. *ibi:* « O pai não é obrigado a dar contas da administração dos bens dos filhos, excepto passando a segundas nupcias, e tendo sido então nomeado tutor pelo Conselho de familia. »

Dos peculios dos filhos.

§. 14. A theoria, que ficou exposta no §. antecedente, sobre a administração do pai de familias nos bens do filho, com usufructo, em quanto este está sujeito ao poder patrio, prende naturalmente com a dos peculios dos filhos, do mesmo modo que a regra prende com as suas excepções; pois que esta, a dos peculios, contém a sciencia das variantes, que se dão na administração paterna, com os effeitos, que ellas produzem nos interesses, tanto do pai, como do filho, ao que attendeo o Sr. Pascoal, tractando immediatamente no seu §. 13., depois daquella, da theoria das Leis sobre os peculios.

Peculio é nome, que com o objecto, que lhe corresponde, occupou primeiramente o Direito Romano, e depois não só os Codigos Civis das Nações, mas os Canones Sagrados, ou o Direito Canonico, devendo nós, acerca deste, deixar aqui algumas idéas, com vistas no futuro em quanto a methodo.

As Leis da Igreja disserão *peculio dos Clerigos* todas as sobras ou excedentes, que restavão dos rendimentos beneficiaes aos Clerigos sobre as despesas necessarias á sua sustentação. Este peculio pertencia ás Igrejas no tempo da compilação das Decretaes, não podendo os Clerigos dispôr d'elles, tanto *inter vivos*, como por ultima vontade. Com os Monges, e extensivamente com todas as pessoas religiosas, foi a disciplina mais austera, do que nos dá prova o cap. 2. *X. de statu monachorum*, deduzido do can. 10. do Concilio Lateranense 3.°, celebrado no anno de 1179, e posteriormente renovado pelo Concilio de Trento sess. 25. cap. 2., prohibindo aos Monges, e a todas as pessoas religiosas, ter ou formar peculio, ainda áquelles, que servião as Parochias, sendo a infracção punida durante a vida, e até á penitencia com a privação dos sacramentos, *a communione altaris;* e achando-se ao defuncto, com a da sepultura dentro do Mosteiro ou do Convento, *inter fratres*. Ao diante a Igreja laxou nesta parte algum tanto a sua antiga severidade, mantendo-se com tudo mais rigida com as pessoas religiosas. Basta, pelo que pertence aos Canones.

Varião os AA. sobre a origem da denominação *peculio*. Cujacio acha n'ella um nome antigo dos Gallos; mas não obstante o subido merecimento deste Jurisconsulto, e o grande conceito, em que elle é tido, outra opinião tem mais voga, derivando-a *a pecunia*, e *a pecoribus*, porque em tempos remotos as fortunas consistirão em rebanhos, donde se tiravão cabeças para as trocas, que depois mais convenientemente substituidas pelo dinheiro, o fizerão chamar *pecunia*.

Ao consultarmos os differentes historiadores, a origem da Cidade dos Romanos nos parece fabulosa, sendo unicamente pela legislação que esta origem nos merece a crença, que a historia só por si nunca nos poderia inspirar. Se Roma tivesse sido fundada por um povo já formado, queremos dizer, por um ajuntamento de individuos racionaes d'ambos os sexos, e de todas as idades, com relações entre si anteriormente contrahidas, a sua legislação não seria tão injusta para com as mulheres e filhos; teria havido entre elles quem clamasse pela inviolabilidade dos direitos da Natureza. Não forão as

affeições mutuas dos sexos os meios, que preparárão os casamentos dos Romanos; foi um o meio para todos elles, consistindo na rapina: e por isso é que as Sabinas não tiverão commu nhão na mutua igualdade dos conjuges; que mãis desapreciadas, sem imperio no coração dos maridos, sem gozo da liberdade, não podião predispôr a liberdade de seus filhos. D'aqui veio que no berço da republica filhos de mãis, tornadas taes pela força, e tractadas com desprezo, nenhuma propriedade tiverão; e que até voluntarios a entregarião toda aos pais, no progresso de suas acquisições, com as vistas d'amaciar-lhes a ferocidade e rudeza.

A ferocidade só tem vencimento prompto com outra ferocidade; por isso a primeira quebra no direito d'os pais acquirirem pelos filhos foi estabelecida em favor dos que professavão a guerra, no que nada se deu, que não fosse natural, Homens expostos aos perigos, que muitas vezes tinhão visto seu sangue mudando a côr ás armas dos inimigos, não cedião facilmente do saque, que a estes tinhão feito; e as Leis, para os estimularem á victoria por meio deste saque, que era o seu resultado, derão-lhe a propriedade inteira n'elle, chamando-a *peculio castrense*. Foi esta a unica especie de peculio dos filhos, conhecido entre os Romanos durante todo o governo dos Consules.

Governando os Imperadores, por analogia com o primeiro, concedeo-se aos filhos outra especie de peculio, que por tal analogia se chamou *quasi-castrense*, formado pelos interesses feitos no exercicio da milicia *togata*, isto é, pelo seguimento do fôro, nos cargos civis, no serviço do Palacio, e em todo outro cargo público, que não fosse militar, que esse constituia outra especie de milicia, a *sagata*, á qual correspondia o peculio *castrense*, primeiramente conhecido.

Derão-se ainda ao depois mais duas especies de peculios, o *adventicio* e o *profecticio*, sendo aquelle a propriedade, que o filhofamilias agenceia por sua industria ou trabalho, ou que recebe por liberalidade de seus amigos, comprehendidos ainda os bens, em que teve successão por via de sua mãi, e em geral tudo o que elle tem lucrado sem soccorro de seu pai. O *profe-*

ctício é o que consiste nos bens, que o pai confia ao filho em administração, para elle os fazer render ou produzir. Os nomes, que distinguem estes peculios, mostrão claramente a sua differente natureza; por quanto dada a sujeição do filho ao patrio poder do pai, e formada entre elles uma sociedade especial, o *profecticio* inculca o fundo, que parte do pai para o filho, e que lhe não veio de fóra dessa sociedade, contraposto ao *adventicio*, que abrange os bens, que lhe vierão de fóra por outra via estranha á sua sociedade com o pai.

Descripta a natureza dos peculios, e seguindo a ordem da sua creação e existencia entre os Romanos, ordem, de que o Sr. Paschoal não curou, para seguir antes a numeração dos §§. da Ord., que nos aponta, é certo que tambem entre nós os peculios castrense e quasi-castrense do filho ficão absolutamente fóra do campo da administração e usufructo paterno. Todos os direitos elementares do dominio, com todos os seus effeitos, são do filho, que em relação a taes peculios é pelas Leis um verdadeiro pai de familias, isto pelas expressões claras e terminantes da Ord., que o A. cita em prova da sua exacta e verdadeira asserção, — *castrensia et quasi omnino filiorum*, que corresponde ás palavras da Lei, — *porque todos esses bens, e ganhos, que d'elles procederem, são proprios d'esse filho, que os ganhou*, scilicet, *em acto militar, ou em acto de letras*, actos referidos na exposição da especie pela Ord. cit.

Bona profectitia patris omnino sunt. Nos bens profecticios, tornaremos a dizer, nos bens proprios do pai, cuja administração elle confia ao filho, para pela pratica se instruir em lucrar, o pai retêm integros o usufructo e dominio. É igualmente expressa a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 17., pois que nesta especie, morto o pai, manda que o filho trâga ao monte da herança (o que na frase das Leis se diz — *trazer* e *vir á collação*) tudo aquillo, que recebeo do pai, com os ganhos, se os houver, para entrar na partilha; donde se infere, que o filho nem o fundo, nem os interesses de taes bens fez seus, sendo tudo pelo contrario nos castrenses ou quasi, como vimos, e dispõe o §. 18. da Ord. *eod.*

In adventitiis ususfructus ad patrem pertinet, proprie-

tas filiorum, etc. Já com largueza expozemos esta doutrina no §. antecedente, em que mostrámos ser nestes bens, por effeito do poder patrio, a administração com usufructo, até á emancipação do filho, um direito, que tão sómente compete ao pai; para o que, em quanto ao Direito antigo, nos servimos da disposição da Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6., que tem concordante na do liv. 4. tit. 97. §. 19., que o Sr. Paschoal nos aponta nesta parte do seu §. Cumpre aqui advertir, que pela disposição d'aquella Ord. se vê, que as nossas Leis combinão com as Romanas em reputar bens, ou peculio adventicio, a legitima e o mais, que veio ao filho pelo lado de sua mãi, pois que em taes bens dá a propriedade ao filho, e ao pai unicamente o usufructo.

Estabelecida no §. antecedente a regra, que agora acabámos de confirmar, sendo ella, que nos bens adventicios do filho o usufructo pertence ao pai, refere o Sr. Paschoal no resto do seu §. os casos, que desta regra se exceptuão: 1.° se o que deo a propriedade ao filho, expressou a condição de não pertencer n'ella o usufructo ao pai; o que não padece a menor contestação, pois que o não ter neste caso o pai usufructo, é uma condição da doação ou disposição a favor do filho, cuja falta d'observancia rescinde o titulo da propriedade, perdendo assim o filho não só o usufructo, mas esta; e tanto, que se a condição consistir em o pai nem mesmo ter a administração, o pai a não póde ter, *Noviss. Ref. Jud.* art. 422, caso em que a mãi terá a administração solidaria, cit. art. *pr.*; e se ella é comprehendida na condição, o filho receberá tutor *ad hoc*, o que resulta da natureza das cousas: 2.° *si pater usumfructum renuntiaverit*, é da mesma sorte evidente, pois ainda que o pai deva converter este usufructo em proveito da familia, toma pela renúncia a responsabilidade para com ella, tornando-se o usufructo para com elle um perfeito beneficio, que a Lei lhe offerece, a que elle póde renunciar, pelo axioma — *invito non confertur beneficium*, o qual procede nesta especie, pois a renúncia não prejudica a terceiro, nem offende a moral pública ou bons costumes: 3.° *si filio obstitit, quominus rem sibi datam donatamve haberet.* Se a cousa dada, ou deixada ao filho, é por elle acceita com

opposição e sem consentimento do pai, é expresso o §. 3. da Ord. liv. 4. tit. 98., denegando ao pai neste caso o usufructo, bem como se lhe nega igualmente nos dous já referidos, por expressão dos §§. 1. e 2. *eod.* Com tudo não nos parece verdadeira a razão, que commummente se attribue ao §. 3. da cit. Ord., de não dar ao pai o usufructo, quando faz opposição, e negou o consentimento ao filho para acceitar a cousa, que lhe foi dada ou deixada, consistindo em a Lei ter em vista o castigo do procedimento do pai. Por quanto ella falla absoluta e genericamente, não se lhe podendo por isso attribuir uma unica excepção; não emprega um só signal, que nos revele ter em espirito filiar em dólo ou culpa o procedimento paterno: e como nós não podemos crear delictos onde a Lei os não cria, e não ha pena, quando se não dá delicto, não podemos igualmente nesta especie suppôr pena decretada pela Lei.

Notamos que o caso do §. 3. no Tit. da Ord. é subordinado ao §. 2., onde se nega o usufructo ao pai, que a elle renunciou. Ainda pois com o fundamento da renúncia é que a Lei resolve no §. 3.; com a differença de que naquelle houve renúncia expressa, e neste houve a mesma renúncia, mas tacita. Por quanto, quem se oppõe a um principio, rejeita todas, e não consente em alguma de suas legitimas consequencias: assim o pai, oppondo-se, e não consentindo na acquisição da propriedade do filho, tacitamente renunciou o usufructo, consequencia recta desta propriedade.

Si eidem ususfructus legatus, donatusve fuerit. Refere o A. em 6.° lugar, mas nós tomaremos em 4.°, para não alterarmos a ordem do Tit. da Ord., em que estamos, o caso de só o usufructo ter sido dado ou deixado ao filho, que pelo §. 4. da Ord. *eod.* fica d'elle, e não do pai.

O usufructo é nesta especie uma servidão imposta, ou *inter vivos*, ou *mortis causa*, em favor da pessoa do filho. Se tal usufructo fosse pela Lei concedido ao pai, teriamos o absurdo de ficar sem nada o filho, contra a expressa vontade do doante, ou testador.

Si rem filius Principis liberalitate adquiserit. Nas doações, feitas pelo Soberano ou pela Nação ao filho, as

Leis por coherencia *não* dão ao pai o usufructo, pois que taes doações assentão sobre serviços ou civis ou militares, e por consequencia entrão na regra do peculio castrense, ou quasi, nas ampliações, que no andar dos tempos tiverão, achando-se assim concordantes a Ord. *eod.* §. 5. com a do liv. 3. tit. 9. §. 3. no verso: *ou por doação nossa.*

Si intra bimestre a matris obitu, etc. Dá-se o ultimo caso, quando o pai, que ficou vinvo com filhos menores, não faz inventario dos bens do casal dentro em dous mezes, contados do dia do fallecimento da mulher; caso, em que não só a privação do usufructo nas legitimas dos menores, mas tambem a do direito de succeder a estes, morrendo, é imposta ao pai, Ord. *eod.* §. 6., concordante com a do liv. 1. tit. 88. §. 8., nas quaes se divisão expressões de procederem em punição da fraude ou dólo do pai. Aqui teriamos que apontar algumas providencias da *Noviss. Ref. Jud.*, para a brevidade da formação do Inventario de menores; mas ficão para lugar, em que tem um cabimento melhor.

Na nota a este §. esclarece-nos o Sr. Paschoal com as suas idéas sobre os bens, que entende devem estar, na nossa praxe, unicamente sujeitos ao usufructo paterno; e para isto principia por conceder — *peculium inter et patrimonium, et peculiorum inter se differentia e Jure Romano petenda est;* isto é, que nós acceitámos dos Romanos a differença entre peculio e patrimonio, sendo assim tambem, pelas Leis Patrias, patrimonio o corpo ou totalidade dos bens, em que tem propriedade um pai de familias, ou um homem *sui juris;* e peculio os bens, em que um filhofamilias, ou um sujeito ao poder patrio, tem ou o dominio pleno, e então o peculio é castrense ou quasi, ou o dominio menos pleno, pois que o usufructo está no pai e a propriedade no filho, e então o peculio se nomeia adventicio, ou finalmente os bens, em que o filho nenhum effeito tem do dominio, e só uma administração precaria, a arbitrio do pai revogavel, que este confia ao filho, para se exercitar ou industriar, especie de peculio, que igualmente com os Romanos nós dizemos profecticio.

Sed vero distinguendum. Para na praxe se distin-

guir, qual seja esta ultima especie de peculio, em que o pai tem tudo, e o filho nada, diz-nos o Sr. Paschoal, que isto sómente procede no peculio profecticio rigoroso, isto é, em quanto áquelle dinheiro ou bens, que o filho houve ou recebeo de seu pai, para exercitar a sua industria, mas de nenhum modo n'aquelles valores, que alguma outra pessoa, que não é o pai, deu ao filho por contemplação com seu pai, pois ainda que o contrario seja segundo o Direito Romano, como se vê da *Instituta Justiniana loc. cit.*, este peculio deve ser considerado entre nós como adventicio menos commum ou extraordinario: assim quer o Sr. Paschoal concluir, que nesta especie a propriedade é do filho, restando unicamente ao pai o usufructo.

Não podemos lisonjear-nos de descubrir com certeza, pois elle os não declara, os fundamentos, que o A. imaginou para a sua opinião, que acabamos d'expôr; entregamo-nos por isso a conjecturas. Talvez que o Sr. Paschoal se fundasse na Ord. liv. 4. tit. 94. §. 5., onde vemos em geral negada a propriedade ao pai nos bens dados ao filho pelo Rei, assim como na Ord. do mesmo liv. tit. 97. §. 11., onde as tenças dadas pelo Rei ao filho, ainda mesmo em attenção ao pai, não vem depois á collação, como propriedade só do filho. Mas se taes fundamentos forão os do A., devia negar na nossa especie não só a propriedade, mas o usufructo ao pai, porque é isto mesmo o que taes Ordd. dispõem em quanto ás doações d'esse estranho (o Rei), feitas ao filho em contemplação de seu pai.

Se o Sr. Paschoal concluisse do modo, que fica dito, obrava com coherencia; mas (protestado todo o mais profundo respeito) faltava-lhe exacção. Por quanto, como já anteriormente demonstrámos, as doações feitas ou pela Nação, ou pelo Rei ao filho, ainda que por contemplação com seu pai, tem natureza castrense ou quasi-castrense, segundo a especial qualidade dos serviços, que taes doações premeião: logo não se póde argumentar do peculio, que ellas formão, para o formado por dinheiro ou bens, dados por um estranho qualquer a um filho por contemplação com seu pai. E que as doações Regias, e hoje as Nacionaes, são bens castrenses

ou quasi, é terminantemente decidido na Ord. liv. 3. tit. 9. §. 3., bebendo a sua disposição na Lei 7. C. *de bonis, quae liberis*, a qual decide, que tudo aquillo, que foi dado ao filho ou filhafamilias pelo Principe ou sua mulher, *a Serenissimo Principe vel piissima Augusta*, ou consista em moveis ou semoventes, ou em immoveis, fica sendo *ipso jure* plena propriedade do doado: — *ad similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas (res) filii vel filiaefamilias habeant.* Não serve por tanto o fundamento das doações do Rei para outras.

Se o Sr. Paschoal teve por fundamento a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 17. no verso — *houver d'elle alguns bens*, isto unicamente com referencia ao pai, para por sentido contrario excluir da collação tudo o que, em todo o caso, o filho tiver recebido por successão ou doação d'um estranho, ainda este fundamento não nos parece seguro. Por quanto d'a Ord. fallar neste lugar, e restrictamente, do peculio profecticio rigoroso; não se póde concluir, que o seu espirito fosse o rejeitar as disposições da *Instituta* em quanto ao extraordinario ou menos proprio; antes pelo seu silencio as confirmou: e por consequencia não só vem á collação, segundo a Ord., em que estamos, o que o pai pessoalmente tiver dado a seu filho, mas o que outrem lhe der por contemplação com o pai, e que este tiver deixado, em sua vida, entregue á administração do filho.

Demais a mesma Ord. em seguida ás expressões — *houver d'elle alguns bens*, emprega ou accrescenta as outras — *ou que d'elle procederem*, nas quaes, sem grande ou talvez sem nenhuma violencia, se comprehendem os bens, que vierão ao filho por contemplação com seu pai. Nem se diga, que as ultimas expressões notadas tem referencia aos bens vindos por doação da ascendencia paterna; pois que então ellas serião inuteis, ociosas e superfluas, o que não devemos suppôr nas Leis. Serião estas expressões tudo isto, porque no mesmo Tit. §. 20 se resolve expressamente, que o filho traz á collação o que como neto recebeo por doação do avô.

Finalmente na rapidez, com que escrevemos (pois que ordenamos n'um dia o que no seguinte se imprime), não podemos imaginar outro algum fundamento possi-

vel, que o Sr. Paschoal tivesse, para converter o peculio profecticio extraordinario, e pouco vulgar, no rigoroso peculio adventicio, tirando ao pai a propriedade, para só lhe dar o usufructo, sem uma Lei, que assim expressamente o decida, em cuja falta faz Direito subsidiario entre nós a *Instituta loc. cit.*: salvo se o A. não acha conforme á razão a sentença, que rejeita; mas não é ella contraria e repugnante com a razão, e tanto basta para ser subsidiaria entre nós, pelos Estatutos desta Universidade, interpretação authentica da Lei de 18 d'Agosto de 1769. Accresce que, se o testador ou doador, que dá ou lega alguma somma ou bens ao filho, ainda por contemplação com o pai, quer effectivamente, que o pai só receba o usufructo, ficando ao filho a propriedade; ou ainda mesmo se quer, que a propriedade e usufructo se reúnão no filho, sem que cousa alguma reste ao pai: não tem mais do que declarar-se expressamente em tal sentido, pois que a sua vontade é facilmente observada; o que é conforme á razão, e tambem á disposição do Direito Romano, na Novella 117. *in pr.*, com a qual está conforme o *Cod. Civ.* de França, pois exclue o pai de participar nos gozos dos bens dados ou legados ao filho, em que o mesmo pai é expressamente excluido pelo doante ou testador, art. 387. 2.ª parte ou *in fin.*

Neque etiam hodie indiscriminatim, etc. Nesta parte da nota falla o A. do peculio adventicio, dizendo que na nossa praxe não deve ter lugar o usufructo do pai, quando tal peculio não proveio de legado ou doação, mas sim das proprias agencias do filho, como soldadas, salarios, e preços d'obras no exercicio d'alguma arte mechanica.

Esta opinião repugna com uma Lei Patria, expressa, clara e generica, que sem a menor excepção dá ao pai o usufructo de tudo quanto ganha o filho, que tem sob seu poder, em quanto elle não for emancipado: é a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 19.

Nem os salarios, os preços das obras, e as soldadas são, por improductivas, incapazes d'usufructo; pois, como objecto do contracto feneraticio, vencem juros, ao que o pai os póde destinar *ex vi* de sua administração, a qual o mesmo Sr. Paschoal lhe não nega; e nem tal Ord.

é contraria á equidade, pois tambem o pai faz despesas com o filho, que tem sob seu poder.

Com tudo pelos fundamentos, que mais adiante exporemos, e conformando-nos com a 1.ª parte do ultimo cit. art., o 387. do *Cod. Civ.* de França, se o filho for maior, e viver separado do pai, e com industria ou trabalho igualmente separado, seguimos que cessa o usufructo do pai.

Distinguendum quoque et peculium profectitium filio concessum, etc. Volta o A. neste ponto ao peculio profecticio, para nos advertir de que este peculio, na praxe, se deve distinguir absolutamente da doação, feita pelo pai ao filho, ou emancipado ou não. Esta doutrina é não só exacta, mas até mesmo incontestavel. Já vimos, que no peculio profecticio o filho apenas tem uma administração confiada, precaria, e revogavel ao arbitrio de seu pai. Ha assim uma differença infinita entre tal peculio e uma doação paterna: nesta o pai perde o dominio, que o filho adquire; naquelle o pai nada perde, e o filho nada ganha do dominio. Assim temos dous objectos distinctissimos, com essencias entre si repugnantes, tornando-se evidente, que podendo o pai arbitrariamente revogar o peculio profecticio, não póde revogar a doação, que fez ao filho, senão por causa de ingratidão, qualificada segundo as differentes disposições da Ord. liv. 4. tit. 63. *per totum*, doação, que pelas nossas Leis val entre pai e filho, tendo seu amplo effeito dentro dos limites da terça do doador, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 3., que opportunamente explicaremos, e cuja disposição é inteiramente contraria á do §. 17. da Ord. *eod.*, que faz vir á collação o peculio profecticio.

Importa advertir, com o A. na continuação desta parte da sua nota, que o principio especial dos Romanos, que fazião do pai e do filho a mesma e uma só pessoa (donde resultava, que não podião contractar, pois cada qual é igual a si proprio, e assim não se póde a si mesmo obrigar, o que fazia que o pai não podia doar aos filhos), não foi acceito pelas nossas, nem pelas Leis d'outras Nações.

Denique animadvertendum, etc. Fecha o Sr. Paschoal a nota, insistindo ainda na sua opinião, que o pai não

não deve ter no peculio o usufructo, quando aquelle é resultado da industria e trabalho pessoal do filho, e isto porque se o trabalho nas armas e letras é attendido para nos bens, que d'elle resultão, o pai não ter o usufructo, o trabalho differente, mas productivo, deve ter um resultado igual. Note-se que com esta paridade o Sr. Paschoal quer aqui mais, do que quiz anteriormente, querendo agora, que o pai em tal peculio não só não tenha usufructo, mas nem ainda a administração.

Poderiamos por ventura destruir tal paridade; mas *estulta*, por inutilidade d'objecto, *seria a gloria*, que d'ahi nos proviria: por isso concluimos com muita simplicidade. A Ord. liv. 4. tit. 97. §§. 18. e 19. não abraçou tal paridade, ou analogia de razão, conformando-se nesta parte as nossas Lei com o Direito Romano, que alias ainda em relação ao patrio poder em muitos pontos rejeitárão, como foi denegando-o ao avô, e auctorizando o pai para doar e permutar com os filhos, cit. Ord. liv. 4. tit. 97. §. 3., e tit. 12.

Da responsabilidade do pai pelos delictos e contractos do filho.

§. 15. Depois da Jurisprudencia dos peculios, tracta o A. no seu §. 14. materia, que tem toda a relação com esta, sendo ella o exame da extensão da responsabilidade dos pais pelas obrigações, crimes e civeis, dos filhos, obrigações, que podem involver os direitos parentaes nos peculios, o que vincúla estas duas materias entre si.

Filiusfamilias promittendo, vel delinquendo patrem civiliter non obligat. São mais importantes e estimaveis as pessoas, do que as cousas; e como os factos illicitos, isto é, os delictos ou crimes *(delinquendo)*, affectão principalmente as pessoas, na relação, em que estamos, daremos preferencia a estes sobre os licitos *(promittendo)*, que affectão os bens ou patrimonio. Assim examinaremos, antes das obrigações civis, se o pai de familias é responsavel pelas criminaes do filho.

Nos tempos do Direito Romano antigo, quando o filhofamilias era assimilhado ao escravo, os delictos,

que commettia, davão fundamento á acção *noxal*, isto é, obrigavão o pai a reparar, segundo a estimação, todo o mal ou damno causado pelo delicto, ou a entregar elle mesmo á parte lesada ou offendida o filho, que esta podia fazer escravo.

Com tudo esta Jurisprudencia terrivel terminou e teve fim com as idéas atrozes, que os primeiros Romanos formárão em quanto ao patrio poder; sendo digno de notar-se o como Justiniano na *Instituta* Tit. *de noxalibus actionibus* §. 7. a tal respeito se explica:

« Os antigos, diz elle, tinhão admittido esta acção em quanto aos filhos, tanto varões, como femeas, *in filiisfamiliarum masculis et foeminis admisere*; mas a civilização fez abandonar esta barbaridade e rudeza, *asperitatem*, entregando-a a um geral desuso. E com effeito, seria toleravel, que um pai por este modo entregasse seu proprio filho a um estranho, um pai, que na pessoa ou corpo do filho soffre e padece mais que o proprio filho? Serião precisos mais motivos para proscrever um tão odioso direito, além dos riscos, que corre a honra e honestidade das filhas depois de tal abandono? Seja pois cabida tal acção unicamente para os escravos; accrescendo que os Interpretes antigos das Leis tem seguido e ensinado, que os proprios filhosfamilias podem ser accionados por seus delictos. »

Notemos que não só Justiniano conheceo a atrocidade das Leis, que forçavão o pai a entregar pessoalmente seu filho, como preço do damno causado pelo delicto, pelo fundamento observado na natureza, que o mal, que soffre o filho, é mal maior para o pai, mas que esta força do amor paterno já muito antes tinha sido aproveitada, e por isso conhecida pelo Orador Romano, declamando contra Verres: *Quod ubi ille intellexit, id agi, atque id parari, ut filiae suae vis afferretur; servos suos ad se vocat, his imperat, ut se ipsum negligant, filiam defendant.*

O texto da *Instituta*, que acima fica exposto, mostra que entre os Romanos o filho ficou responsavel por seus delictos, e que o pai, abolida a alternativa detestavel de ou entregar seu filho á parte offendida e irritada pelo delicto, ou reparar completamente todo o damno

ou mal causado, nenhuma responsabilidade tinha. É effectivamente o que decidem as Leis 33., 34. e 35. D. *de noxalibus actionibus:* Se o delinquente, que está em poder d'outro (dizem ellas), é um homem livre, deve-se indistinctamente deixar-lhe o cuidado de se defender a si proprio: *Quod si liber est, qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est.* Por quanto todas as vezes que ninguem defende o filhofamilias, contra elle é que a acção pelos damnos deve ser intentada: *Quoties enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur.* E se elle vem a ser condemnado, deve satisfazer á sentença, porque a condemnação tem sido validamente proferida: *Et si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet, tenet enim condemnatio.* E tanto é elle obrigado á satisfacção da sentença, que, depois da sua condemnação, aquella póde ter execução no pai, mas isto sómente até á concorrencia do peculio: *Quin imo etiam illud dicendum est, patrem quoque, post condemnationem filii, dumtaxat de peculio posse conveniri.*

A L. 1. §. 7. D. *de his, qui effuderint* confirma muito claramente, que o pai não deve responder, nem mesmo civilmente, ou em quanto aos bens, pelos quasi-delictos do filho; mas ella se exprime de tal modo, que nos não dispensa d'alguma explicação. Se um filhofamilias (são estes os seus termos) toma d'arrendamento e para habitação um andar, e se d'ahi se lança alguma cousa, que occasiona damno na rua, — *Si filiusfamilias coenaculum conductum habuit, et inde dejectum vel effusum quid sit*, o que soffreo o damno, não póde intentar a acção de peculio contra o pai, porque esta acção não tem lugar, senão a respeito dos contractos celebrados pelo filho, — *de peculio adversus patrem non datur actio, quia non ex contractu venit:* por tanto contra o mesmo filho é que deve intentar a acção, — *in ipsum itaque filium haec actio competit.*

O que esta Lei dispõe em relação ao peculio, parece estar na maior contradicção com as Leis 33., 34. e 35. D. *de noxalibus actionibus.* Mas vai-se ver, que se não dá em taes Leis a menor opposição.

Era regra de Direito em Roma, que a acção peculiar, *de peculio*, não tinha lugar contra o pai, quando se

tractava de delictos commettidos pelo filho, que estava debaixo do seu poder: *Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari*, diz a L. 58. D. *de regulis juris*. Esta regra porém não vedava, que, depois de condemnado o filho delinquente, se intentasse contra o pai outra acção chamada *actio judicati*, para satisfazer até á concorrencia do peculio; porque esta acção não tinha fundamento no delicto, mas sobre o juizo ou julgado anterior, pois todo o juizo ou julgado contém uma especie de contracto, segundo a regra — *In judicio contrahimus*. É a disposição da L. 3. §. 11. D. *de peculio*, e da L. 67. D. *de judiciis*.

Desta sorte o sentido da L. 1. §. 7. D. *de his, qui effuderint*, não é que o pai seja isento de sacrificar todo o peculio do filho á reparação do damno, que este tiver causado, mas que não deve ser accionado antes do filho, ou directamente; e que obtida a condemnação do filho em juizo criminal, se proceda *peculiarmente* contra o pai, havendo assim a mais perfeita consonancia desta com as outras Leis anteriormente examinadas, pois rematão: — *patrem quoque, post condemnationem filii, duntaxat de peculio posse conveniri.*

Em conclusão de tudo o que até aqui temos dito em quanto a este §., podemos com as Leis Romanas, nesta parte muito conformes á razão, estabelecer uma proposição geral negativa, a saber: que o pai não é obrigado pelos delictos do filho, senão em respeito ao peculio; donde resulta, que quando não ha peculio, o pai, que em nenhum caso é obrigado á pena, não o é ainda á reparação civil do mal causado pelo delicto do filho. E barbaras serião as Leis Romanas, se nesta parte fieis ao seu principio, que faz do pai e do filho uma unica pessoa, fizessem soffrer áquelle além do effeito, que tanto o flagella, e que ellas, se podessem, lhes deverião evitar; fallamos do pejo e arrependimento por ter gerado um filho, que, violador das Leis, se tornou para a sociedade um inimigo.

Se os Praxistas andassem pelo curto caminho, que nossas poucas e ultimas linhas indicão, chegarião unanimemente e sem discrepancia a dizer, que o pai, que alias, ainda na falta de peculio, é obrigado a prestar-lhe

alimentos, não é obrigado ás despesas do livramento do filho e penas pecuniarias: o contrario seria o mesmo, que obrigar o marido innocente a pagar as despesas, que a mulher fez com a ceia, que deu ao socio do crime na noite do adulterio. Com tudo a maxima geral, que deixamos emittida, não comprehende os delictos do filho, que ao pai são imputaveis. Por quanto, se o pai encarrega o filho de funcções, trabalhos ou occupações, em cujo desempenho elle com damno particular ou público violou a Lei, como o pai tem que imputar a si mesmo o ter empregado em seu serviço pessoa, que elle sabia ou devia conhecer não possuia as qualidades proprias para um bom desempenho, nada póde subtrahil-o á acção, d'aquelle, a quem seu filho offendeo; o que se daria em caso igual, acontecido com um simples domestico ou criado; principios estes de justiça evidente, e não desconhecidos dos Romanos, L. ult. D. *de custodia et exhibitione reorum*, L. 27. §. 9. D. *ad Legem Aquiliam*, L. 12. D. *de publicanis, princip.* e §§. 1. e ult. da L. unic. D. *furti adversus nautas*, e L. ult. D. *nautae, caupones, stabularii.*

Tambem o pai algum tanto se complica nos delictos de seus filhos, que elle não evitou quanto podia, isto pela regra, — *Nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto faoinori desit obviare* (can. 3. dist. 83.); cumplicidade, que Serpillon no seu *Cod. Criminel* pag. 764. com toda a razão estende aos mestres e outros superiores, para os fazer responsaveis pelos delictos commettidos por seus inferiores em sua presença, não lhes obstando o mais possivel; o que tem levado os Codigos das Nações cultas a fazer causa aos pais pelos delictos dos filhos, a quem em razão da menoridade elles nunca devem perder de vista. Assim se verifica no *Cod. Civil* de França, que no art. 1384. faz responsavel o pai, e depois da morte deste a mãi, pelo damno recebido de filhos menores, que vivem na mesma habitação: o que ahi se amplia aos instituidores, mestres e artistas, em quanto ao damno causado pelos apprendizes e discipulos, durante o tempo, em que se achão entregues á sua instrucção e vigilancia; responsabilidade, que onéra tão principalmente taes pessoas, que só as isenta da reparação civil a prova de que não

podérão evitar o facto, que fundamenta a mesma responsabilidade.

Devemos aqui advertir, que em todo este pequeno e ligeiro exame, em quanto á responsabilidade juridica dos pais pelos delictos ou crimes dos filhos, a que nos levou o Sr. Paschoal com o seu §. 14. deste Tit., não estamos fóra d'ordem; por quanto não tractamos aqui materia alguma penal, mas simplesmente damos as regras de responsabilidade dos pais em quanto ás reparações civís. Por isso fizemos o nosso dever, aproveitando o ensejo; e o fariamos fundados sómente em nossa consciencia, ainda que a França, que tem um *Codigo Criminal*, nos não désse exemplo, tractando no lugar, que já apontámos, do seu *Cod. Civil* a mesma materia, que aqui nos occupa no nosso curso de Direito Civil Portuguez.

Satisfazendo ao segundo objecto do §., em que actualmente nos achamos, ou á materia de responsabilidade do pai pelas promessas *(promittendo)*, isto é, pelas obrigações ou dividas civís, contrahidas pelo filho, que se acha sob seu patrio poder, igualmente as Leis Romanas nos ensinão providencias.

1.ª Logo que o filhofamilias tem um peculio profecticio, o pai é obrigado a pagar as suas dividas até á concorrencia ou forças deste peculio, pois que se presume que entregando-o em administração ao filho, tem consentido em elle contrahir tantas obrigações, quantas são aquellas, que podem ser satisfeitas pelo valor que de tal administração faz objecto. As Leis 44., 45. e 46. D. *de peculio* dão a este respeito regras ou sentenças mui precisas.

« Aquelle, que contracta com filhofamilias, tem dous devedores, a saber, o filho pelo todo, e o pai até á concorrencia do seu peculio.

« Por esta razão, ainda que o pai tivesse tirado ao filho a administração do seu peculio, o filho não deixaria por isso de estar sujeito ás acções de todos os seus crédores.

« O pai, que faculta ao filho a administração d'um peculio, reputa-se permitir-lhe em termos geraes tudo o que lhe podia ter permittido em termos especiaes. »

2.ª O pai é ainda obrigado ás dividas de seu filho, quando d'ellas lhe resultou algum proveito; mas a acção dos crédores neste caso não póde exceder, em quanto ao pai, a importancia do seu proveito. Procuremos para esta proposição as luzes da Jurisprudencia Romana no Tit. do D. *de in rem verso*.

« Lei 1. Se os que estão sob poder d'outro, ou sejão filhos ou escravos, ou não tem peculio, ou este não chega para satisfazer as suas obrigações, os em que se dá o poder, não deixão de ser obrigados, em razão, e na proporção do proveito, que de taes obrigações lhes tem vindo; e o são do mesmo modo, que o serião, se elles proprios tivessem tractado com os crédores.

« 12. Se um filhofamilias, ou um escravo adquire um prédio, *fundum*, para o pai ou senhor, não é duvidoso, que a obrigação, que um ou outro contrahio, se tem voltado em proveito d'um d'aquelles. Este proveito porém deve ser estimado de tal sorte, que se o prédio val menos que o preço promettido, o pai ou o senhor não são obrigados, senão ao verdadeiro valor; ao contrario, se o preço promettido é inferior ao valor do prédio, o preço contractado é a medida para a acção do crédor.

« 19. Um filhofamilias comprou um vestido, *togam*; morre, e seu pai, na persuasão de que elle lhe pertencia, dá-lhe applicação no funeral de seu filho. Neracio diz que o pai é reputado por tal facto ter recebido um proveito d'esta compra, pois as despesas funebres com seu filho são um encargo do pai.

« 20. Um pai, que casou sua filha, prometteo-lhe um dote, obrigando-se ainda a sustental-a. Não cumprio o pai a obrigação, e a filha pedio por emprestimo ao marido differentes sommas de dinheiro. Morre a filha com anticipação ao marido. Eu tenho respondido, que se ella empregou o dinheiro emprestado ou em seu proprio sustento, ou no dos escravos de seu pai, se intentará efficazmente contra este a acção *de in rem verso*.

Nos casos, em que cessão as duas acções, de que aqui temos tractado, istó é, quando o filhofamilias não tem peculio, ou elle não basta para pagamento das dividas, e estas se não tem convertido em proveito, ou augmento do patrimonio *(rem)* do pai, os crédores só

tem acção contra o filho, e o pai a nada é pessoalmente obrigado.

Podiamos accumular aqui uma multidão de textos, que levão a proposição, que acabamos d'estabelecer, ao maximo gráo d'evidencia; mas os que notámos, bastão para demonstrar, e fazer conhecer o espirito das Leis Romanas, que a mesma proposição abrange.

Fallámos até aqui das dividas contrahidas pelo filho sem auctorização, consentimento e approvação expressa de seu pai: supponhamos agora o contrario, e vejamos o effeito, que produz a expressa auctorização paterna.

A L. 1. D. *quod jussu* não deixa existir neste caso a menor dúvida, pois decide, que o pai é compellido solidariamente por todas as obrigações contrahidas pelo filho, auctorizado por elle, na generalidade da razão da regra ahi attribuida a Ulpiano: *Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.*

Se o pai, auctorizando o filho em negocio de particular interesse, fica solidariamente obrigado por elle, tal obrigação procede com razão mais forte no caso, em que é envolvido o bem geral. Assim, se o pai dá o seu consentimento e approvação para o filho entrar em serviço público, o Direito dos Romanos olhava tal approvação como uma responsabilidade e segurança de bom desempenho, caindo em resultado sobre aquelle todos os effeitos da prevaricação ou negligencia deste. A L. 1. C. *de decurionibus* o decide affirmativa e formalmente: « Se vosso pai (diz ella) quiz que vós fosseis decurião, e esta honra vos foi deferida com sua expressa approvação, seus herdeiros estão responsaveis para com o Estado, pois que o pai, em razão de consentir, foi um como fiador; com tudo seus herdeiros não podem ser obrigados, senão depois da execução dos vossos bens. » Concorda, além d'outras, a L. 3. C. *de filiis pro patre:* Se um filhofamilias (são estes os seus termos) foi creado decurião contra vontade de seu pai, *invito patre*, é sem questão, que este por tal motivo não póde ser inquietado. » Entre nós esta ultima Jurisprudencia não tem voga: requer-se que o pai expressamente se constitua fiador; e até pelos regulamentos de Fazenda deve prestar

hypotheca, cuja idoneidade se reconhece, antes d'ella ser acceita.

Procede ainda a regra da Lei 1. D. *quod jussu*, e a sua razão, no caso, em que o pai é o committente, e o filho o seu preposto: assim no caso da Ord. liv. 4. tit. 5o. §. 3. o pai é obrigado pelas dividas do filho, a quem entregou um tracto, como a venda de mercadorias, ou outro.

Pelo exame, que temos visto, dos effeitos, que vem ao pai, das obrigações do filho, devemos acceitar como exactas as differentes expressões, de que o Sr. Paschoal no seu §. usa em quanto a este, as quaes equivalem ás que em quanto ao mesmo empregárão os Legisladores Romanos, — *Filius personam habet integram.* Assim o pai não é obrigado ás reparações civís pelos delictos do filho, mas sim este pelas forças do peculio castrense ou quasi, esgottadas as quaes, paga pelo peculio adventicio, respeitando-se assim, em quanto é possivel, o usufructo do pai; — em quanto é possivel — dizemos nós, sem com isto seguirmos, que o lesado deve esperar pela emancipação do filho, perdurando até ella o usufructo do pai, pois que este tracta de captar lucro, devendo ceder por isso áquelle, que procura indemnizar-se, ou evitar damno, que é um direito mais forte, L. 6. §. 1. D. *Quae in fraud. cred.* Com tudo o pai, pelos seus bens e pessoa, participa não só na reparação, mas na pena do delicto commettido pelo filho, se o podia evitar, pois contrahe criminalidade pessoal, como opportunamente mostraremos.

Em quanto ás obrigações civís do filho, concluimos pelo mesmo exame antecedente, que o pai não participa n'ellas, excepto quando o filho as contrahio por seu mandato especial expresso, dando-se contra elle a acção *quod jussu.* Se o filho é preposto pelo pai, este, como committente, fica igualmente, pelos contractos do filho, seu procurador, obrigado á acção *institoria*, e bem assim *á de in rem verso*, quando da obrigação do filho proveio ao pai interesse, e ultimamente á *de peculio*, quando o pai o não instituio administrador, mas consente que elle contracte com o seu peculio profecticio, isto porém sómente pelas forças deste peculio. Com tudo o

filho menor, se não foi tacita ou expressamente auctorizado pelo pai, e para os negocios com este por um tutor, não contrahe válida, mas nullamente, Lobão *Obrig. recip.* §. 271. e 272. Exceptuamos o filho independente d'auctorização paterna para obrigar os peculios castrense, ou quasi.

Mutuo excepto, in pecunia numerata consistente. A' regra estabelecida pelo A. no seu §., que o filho se obriga, afóra os casos referidos a si proprio unicamente, oppõe nas expressões, que acabamos de transcrever, a limitação, que ellas contém, em virtude do Senatusconsulto Macedoniano, promulgado em favor do filho, a quem foi dado dinheiro por emprestimo.

O nome *Macedoniano* foi o d'um Decreto do Senado em Roma, assim distincto pelo da pessoa, que o tornou necessario, um famoso usurario chamado *Macedo.* Este homem particular veio a Roma no tempo de Vespasiano; e aproveitando-se do gosto, que a mocidade Romana tinha pela devassidão, emprestava dinheiro aos filhos, em quanto sujeitos ao poder patrio, obrigando-os a reconhecer como divida o duplo da quantia emprestada: de sorte que, quando senhores de seus direitos, a maior parte de seus bens estavão absorvidos por usuras tão enormes. Por isto é que o Imperador fez sair este Senatusconsulto, chamado *Macedoniano*, declarando nullas taes obrigações, e não poderem ellas convalescer, nem ainda depois da morte dos pais.

Este Senatusconsulto, primeiramente recebido nos *Capitulares*, foi confirmado depois pelas decisões do parlamento de París, e teve voga n'outras Nações, achando assento entre nós na Ord. liv. 4. tit. 50. §. 2.

Cumpre notar, que ainda que este Senatusconsulto annulle as obrigações dos filhosfamilias com fundamento em emprestimo de dinheiro ou em fiança, elles não tem acção para repetir os pagamentos, que tem feito por motivo de taes obrigações; assim como que tal Senatusconsulto cessa nos casos, em que o pai participa nas obrigações civis do filho, e que nós já referimos.

Senatusconsultum Macedonianum, etc. Prevenidos com a razão do nome, e noticia historica do Senatusconsulto Macedoniano; sabida já a sua sentença; e sabi-

do tambem, que esta se acha expressamente recebida entre nós na Ord. liv. 4. tit. 50. §. 2., onde se isenta do pagamento da divida de dinheiro o filho mutuado, seu pai e seu fiador, e isto em todo o tempo: diz-nos o Sr. Paschoal na 1.ª parte da nota ao seu §. 14. deste Tit., que esta disposição de Direito, *inter illustres praesertim*, repugna na execução com a honra, estima e opinião pública. E nós accrescentamos ainda, que ella acha opposição na obrigação natural, que manda fazer pagamento do que se deve por emprestimo.

O espirito do Senatusconsulto Macedoniano foi obstar ás despesas loucas, que os mancebos dissipadores fazião em ultraje dos costumes, e pôr estorvo ás insidias, que os filhos endividados maquinarião á existencia paterna, nas vistas de mais de pressa lançarem mão dos bens para pagamento de seus empenhos; o que se vê observado pela Glosa á L. 1. D. *de Senatusconsulto Macedoniano*, donde o transcreveo a nossa cit. Ord.

Assim, logo que conste e se prove, que o filhofamilias mutuado se não entregou a dissipações, mas que gastára com necessidade, prudencia e utilidade, o fim legitimo da sua obrigação deve tornar esta firme, quando elle é maior, idade, em que o homem é capaz de todos os contractos, *Macedoniano excepto*, mas isto em razão do abuso do dinheiro, abuso, que na nossa especie se não deu. A Lei 7. §. 13. D. *de Senatusconsulto Macedoniano*, a 5. C. *ad Senatusconsultum Macedonianum*, exceptuando por válida a obrigação da divida contrahida pelo filho ausente na embaixada, ou nos estudos; e o pensar de Scevola na L. 41. §. 1. D. *de solutionibus*, em quanto ao emprestimo contrahido para remediar necessidades essenciaes, parecem dar apoio á nossa opinião, que dá por firme e válida a obrigação do filhofamilias para o pagamento do dinheiro effectivamente applicado com utilidade, necessidade e prudencia.

Actio de peculio locum certe non habet, etc. Nesta 2.ª parte da sua nota assevera o A., que a acção de peculio não tem lugar contra o pai para pagamento das dividas do filho pelos bens castrenses ou quasi. Até aqui voluntariamente acquiescemos a esta opinião; e tanto, que a respeito de taes peculios julgamos nenhum lugar tem o

privilegio ou exempção Macedoniana, pois que esta respeita tão sómente a quem é filhofamilias, e nesta especie o filhofamilias tem outra e muito differente pessoa, que consiste em elle ser pai de familias por virtude da natureza e em relação a taes peculios, cuja essencia os faz para elle patrimonio, em que responde com o dominio pleno a seu crédor.

Em quanto porém ao adventicio extraordinario, que o A. põe aqui em these com o castrense e quasi, sendo elle o que foi dado ao filho em contemplação do pai, continuamos a dissentir da opinião do Sr. Paschoal, seguindo ainda neste caso a existencia do usufructo do pai, salvo quando o doador ou testador expressamente deu ao filho, além da propriedade, o usufructo com absoluta exclusão paterna, como podia fazer, ficando então o filho em tal peculio como se elle fôra castrense ou quasi. E que o doador ou testador póde dispôr d'esta sorte, isto é, com total exclusão do pai, já o dissemos citando a Nov. 117. cap. 1. §. 1., que expressamente approva a disposição a favor do filho ou filhos, sob condição, *ut pater, aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque usumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium;* ficando assim este peculio, como se fôra castrense, não tendo, em quanto a elle, lugar a exempção Macedoniana, como já asseverámos, não só pela natureza das cousas, mas pela disposição da Lei 1. D. *de Senatusconsulto Macedoniano*, que resolve não ter applicação este Senatusconsulto ao peculio castrense do filho, *nisi forte castrense peculium habeat, tunc enim Senatusconsultum cessabit*, pela razão dada na Lei 2. D. *eod.: — cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.*

In ordinario, cum pater usumfructum habeat et administrationem, etc. Nesta 3.ª parte da sua nota diz o A., que tendo o pai não só o usufructo, mas a administração no peculio adventicio ordinario, para por elle se remirem dividas, ou satisfazerem reparações do delicto, que não comprehendem o pai, deve este ser accionado em razão da responsabilidade do seu proprio usufructo, o qual, como já dissemos, é um direito mais fraco, que cede ao direito do crédor e do lesado, que

alias perderião, para no pai se dar lucro, o que nem a equidade, nem o direito humano permitte. Mas deve em todo o caso ser o pai ouvido, e para isto accionado, pois que lhe assiste um direito, que lhe cabe defender.

Ex contractu tamen filii non tenetur. Estas expressões, que dizem, que o usufructo do pai no peculio adventicio ordinario lhe não póde ser tirado sem o seu consentimento, não se entendem em quanto ás dividas, que resultão dos contractos celebrados pelo filho, que pela doutrina antecedente seria um absurdo gravissimo: entendem-se sim, e restrictamente, dos contractos, pelos quaes o filho demitte de si, ou põe em risco a sua propriedade, *scilicet*, o peculio, em que o pai tem usufructo, contractos, que são nullos *ipso jure*, não intervindo nelles o consentimento paterno, sem o qual lhe viria damno offensivo do seu poder parental; o que se vê decidido na L. 8. §. 5. C. *de bonis, quae liberis*, ibi: *Filiis autem familias, in his dumtaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est,..... neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.* Onde se dá uma disposição especial e restricta, que fórma uma excepção expressa á capacidade civil ou estado do filho, excepção, que o inhabilita para sem consentimento do pai alienar, hypothecar, ou dar em penhor a propriedade, em que este tem o usufructo; excepção, que se não póde ampliar á subtracção ao pagamento das dividas contrahidas sem auctoridade paterna, nem das indemnizações civís pelos delictos dos filhos, o que importaria um absurdo juridico, uma offensa atroz da equidade, pois que prevaleceria o lucro do pai ao direito mais forte, o de não perder, que se dá no crédor e no lesado. Assim discorremos, sacrificando o usufructo do pai no peculio adventicio ao pagamento das dividas e reparações civís, a que o filho se acha obrigado, quando não ha, ou não basta o peculio castrense ou quasi: mas de nenhum modo pretendemos sujeitar o usufructo do pai neste peculio ao pagamento das mulctas, ou penas pecuniarias, impostas ao filho por occasião do delicto, pois que

então viria a pena a recaír sobre a innocencia do pai, o que nem a equidade, nem a Lei, nem o bem público permitte. Folgamos em observar pelo Presidente Favre no seu Codigo liv. 6. tit. 36., que estes nossos principios (pois não podião ser outros) dominárão os Membros do Senado de Chamberi, para resolverem no 1. de Dezembro de 1588, que um filhofamilias, que havia commettido um delicto, que importava confiscação de bens, não tinha sujeitado a esta pena aquelles, em que, apezar de ser sua a propriedade, o usufructo era do pai. Os mesmos principios, notamos tambem, formárão a razão de decidir na nossa Ord. liv. 3. tit. 6. §. 15.

Actionis ergo de peculio in profectitio tantum usus est. Não podemos restringir a acção do peculio contra o pai unicamente ao profecticio, tendo seguido que o adventicio tambem se acha sujeito ás dividas contrahidas pelo filho.

A parte immediata da nota pertence ao processo forense ou fórma judiciaria, e é, como tal, estranha a esta Cadeira; com tudo reservamo-nos para verbalmente emittirmos opinião discordante da do Sr. Paschoal nesta parte. A doutrina final — *Huc non pertinet filius*, etc., tem adiante lugar, onde o A. quasi a repete.

Poder das mãi em quanto aos filhos

§. 16. *Matris in liberos potestas non civilis juris est, sed naturalis.* Ainda que antecedentemente dissemos, que segundo as nossas Leis, confórmes nesta parte com as Romanas, o poder patrio compete ao pai, e não á mãi, sómente agora com perfeita consciencia podemos asseverar, ser esta a nossa Legislação; pois que sómente agora, depois de termos examinado um por um os elementos mais importantes e principaes, que o compõem, e conhecido que cada um delles é exclusivo do pai, é que podemos conhecer exactamente, que a mãi não tem entre nós um tal poder.

Com tudo as Leis Civis, não podendo desconhecer sem absurdo, que a natureza poz igualmente na mãi o fundamento venerando do poder patrio, embora attribuão sómente ao pai seu exercicio, sanccionão nos filhos

as mesmas e iguaes obrigações de consideração e respeito para com as mãis, que as que lhes impõem para com os pais; e nós, interprete das intenções e espirito das Leis, ousamos dizer neste lugar aos filhos: *Deus est in utroque parentum. . . .*

Não é pois o poder das mãis em Portugal um poder imperfeito e sem acção, como inculcão as expressões do Sr. Paschoal, que transcrevemos ao abrir este §.; é antes um poder perfeito, uma auctoridade sancta, cuja offensa as nossas Leis punem do mesmo modo, e ao par da que é feita ao poder e auctoridade do pai; systema legislativo este, fundado sobre o publico interesse, que mais do que tudo demanda a manutenção dos bons costumes, que nunca podem existir taes em corações corrompidos até ao ponto de offenderem a reverencia para com os pais, sem differença de sexo, de idade, de fortuna, ou condição.

Quare non potest sine venia a filio in jus vocari. Já em outro lugar deste escripto tivemos opportunidade para apontar a L. 2. C.* *de in jus vocando*, deduzida d'um rescripto do Imperador Gordiano, em que nega graça, para ser punido como incurso na violação do *Edicto perpetuo*, e com a mulcta de 50 escudos d'ouro, sem lhe aproveitar a rusticidade ou ignorancia, ao liberto, que tinha chamado a juizo o filho do seu patrono, isto é, o filho d'aquelle, que lhe tinha dado a liberdade, comprehendendo-se em razão igual os pais ou os auctores da existencia, ou vida, que se respira. Esta Lei, inteiramente conforme á natureza, como vingadora d'um ultraje, que tão atrozmente a offende, foi abraçada entre nós pela Ord. cit., a do liv. 3. tit. 9. §§. 1. e 2., onde se fórma crime ao filho, que requer citação de seu pai, mãi ou outro ascendente, sem impetrar licença do Juiz, que houver de conhecer da causa, sob pena de 50 cruzados para a parte, e de pena corporal ao arbitrio do Juiz, dando-se no réo falta de meios para pagamento de tal mulcta.

Filium debet nominatim instituere, vel exheredare. Não sómente póde o pai desherdar seu filho por alguma das causas referidas na Ord. liv. 4. tit. 87. *per totum*, mas tambem a mãi póde fazel-o por alguma d'essas cau-

sas; para o que assim o pai, como a mãi, devem expressar o motivo, alias a desherdação não val, Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1.

Eum educare saltem in subsidium. Ainda que a Lei confere ao pai o exercicio, ella reconhece na mãi o fundamento do poder patrio, como anteriormente dissemos, pois que subsidiariamente lhe impõe a obrigação d'educar, Ord. liv. 4. tit. 99. §§. 2. 3. Logo confere á mãi direito aos meios para tal fim, sendo um o de corrigir o filho nos limites da emenda.

Exemplariter instituere. Não póde a mãi, como já vimos, fazer a substituição pupillar do filho em testamento, pois que esta prende ao exercicio do poder patrio; póde porém dar substituto na sua herança ao filho, que por furioso, demente, ou por outro perpetuo impedimento não póde testar por si, substituição, que formada ao exemplo da pupillar, se chama por isso *substituição exemplar*, pertencendo á mãi, como ascendente de seu filho.

Tutorem testamento dare. Tambem a materia, que o A. estabelece nesta parte do seu §., foi já por nós examinada, notando não só a disposição da Ord. liv. 4. tit. 102. §. 2., que sujeita á confirmação do Juiz o tutor dado em testamento pela mãi, mas a incoherencia dos nossos Compiladores, em quanto ao avô, no §. 1. da Ord. *eod.* com a do mesmo liv. tit. 87. §. 7.; assim como que pela *Noviss. Ref. Jud.* art. 426. a dação testamentaria do tutor é attribuição exclusiva do pai, alterado o nosso antigo Direito não só em quanto á mãi, mas ao avô.

Se a mãi sobrevive, e durante o matrimonio foi com o marido administradora legitima dos bens dos filhos, *Noviss. Ref. Jud.* art. 422., continúa a ser administradora d'elles, ou como tutora, sendo confirmada pelo Conselho de familia, art. 423, ou sem esta confirmação faz as vezes de tutora, em quanto não é escusada da tutela pelo mesmo Conselho de familia, art. 424.

Illius tutelam gerere, si secundis nuptiis et Velleiano renuntiaverit. Nem as segundas nupcias são prohibidas entre nós, nem as mulheres são menos capazes de contractar

tractar, do que os homens: mas fallando geralmente, tem ellas pouca experiencia dos negocios, e uma facilidade natural, que as faz obedecer ás vozes da seducção. É verdade que segundo a observação dos Filosofos e Jurisconsultos este sexo tem uma certa propensão para a avareza, que parece segural-o contra tudo quanto póde attenuar sua fortuna e interesse; mas por outra parte a ligeireza, que lhe é propria, não lhe consente constantes e profundas reflexões, nem conhecer as ameaças de perigos, que se lhe não mostrão claros e descobertos aos olhos, o que muito o sacrifica á destreza do seductor.

Já nos primeiros dias do Imperio Romano, Augusto tinha prohibido ás mulheres o caucionarem seus maridos. Claudio, um dos seus successores, renovou esta prohibição em uma Lei similhante. Ao diante o Consul Velleio-Tutor e seu Collega propozerão ao Senado tomasse em consideração as obrigações de toda a especie, arrancadas á condescendencia das mulheres, ou á sua timidez, em negocios estranhos á sua experiencia. O Senado promulgou neste sentido um Decreto, e para conservar a memoria do Magistrado, a que elle deveo a existencia, chamou-o Senatusconsulto Velleiano; sendo effeito deste Senatusconsulto o annullar as obrigações das mulheres, quando se obrigão por outrem: no que com tudo se dão varias excepções, como quando se obrigão pelo preço do resgate, e ainda pelos alimentos de seu marido, de seus filhos, de seus netos, e de seu pai ou avô. Tambem se lhes nega, quando empregão meios fraudulentos para lhes ser recebida e depois frustrada, sua caução ou fiança; pois que é este um remedio concedido á boa fé e simplicidade das mulheres, e que nunca póde ser premio de procedimento astuto e traiçoeiro, LL. 11. e 17. D. *ad Senatusconsultum Velleianum.*

De mais não só a propria mulher, que caucionou, quer solteira, quer casada, quer viuva, póde *ope Velleiani* oppôr excepção de nullidade á sua obrigação, mas seus herdeiros, como expressamente decide a L. 20. C. *de Senatusconsulto Velleiano.*

Agora porém contrahindo-nos ao nosso objecto particular, contido no n.° 6. do §. do Sr. Paschoal, cumpre dizer, que muito se disputão entre si os Interpretes

de Direito Romano, sobre se a mulher no acto de cauccionar, ou por occasião d'elle, póde renunciar em quanto a si este favor do Velleiano. Voet *ao Digesto* Tit. *ad Senatusconsultum Velleianum* n.° 9. assevera ser affirmativa recebida universalmente em Jurisprudencia. Mas admittido este Senatusconsulto, que alias tem decaído nas Legislações modernas, boas razões combatem tal renúncia, e nem a sua acceitação foi tão constante e universal, como Voet assevera; que pelo menos o parlamento de Rouen sustentou sempre, que as mulheres nunca podião renunciar ao beneffício, de que tractamos, como se vê no *Dictionnaire du Droit Normand*, palavras *Caution* e *Femme*.

Entre nós esta questão, que transitoriamente apontamos, é inteiramente inutil, pois que não é a opinião, mas a Lei, quem admitte esta renúncia; e se exige expressamente no caso, em que estamos, que é o da mãi, que quer reter a tutela de seus filhos até contrahir segundas nupcias, Ord. liv. 4. tit. 102. §. 3., cuja disposição temos alterada na *Noviss. Ref. Jud.* art. 425. *in fin.*, que admitte a mãi á tutela, responsabilizando-se por ella o esposo ou o marido futuro; bastando-lhe, para durante a viuvez ser tutora, a confirmação pelo Conselho de familia, como antecedentemente notamos.

Alimenta ab eo petere, et illius seu ventris nomine in possessionem bonorum mitti. Com estas expressões fecha o Sr. Paschoal o seu §., referindo o direito, que a mãi tem a ser alimentada pelo filho, como opportuna e mais largamente veremos; e o outro, que se dá na viuva, que fica gravida, e consiste em requerer em nome do ventre a posse dos bens, a que o filho, se nascer vital, tenha direito, no que é attendida, ainda mesmo durante as ferias judiciaes, Ord. liv. 3. tit. 18. §. 7., *Prim. Linh. Civ.* Not. 1023.

Na nota a este §. diz-nos as differenças, que se dão entre o nosso e o Direito Romano em quanto ao patrio poder, algumas das quaes nós já notámos, e outras tem cabimento mais proprio no Tit. immediato, onde o A. as repete, sendo por isso que aqui as omittimos.

TITULO V.

Quaes são os modos, por que se adquire, e quaes aquelles, por que se perde o poder patrio.

Razão d'ordem.

§. 1. Nada mais natural e ordenado póde dar-se em methodo, do que, formado o conhecimento da natureza, extensão, elementos, fins e objectos, em relação a uma faculdade, direito ou poder, examinar immediatamente, sem interrupção, e em seguida os meios ou modos, por que se obtem, assim como aquelles, por que, depois d'obtido, se perde esse poder anteriormente conhecido. É exactamente o que o Sr. Paschoal pratica neste e no Tit. antecedente em relação ao poder patrio, que alli nos fez conhecer, para aqui immediatamente nos instruir ácerca dos modos, por que se adquire, e, depois d'adquirido, se perde. — *Quibus modis jus patriae potestatis adquiritur, et quibus solvitur.*

O patrio poder tem por objecto, não só as cousas ou bens, mas principalmente as pessoas dos filhos; estes ou são taes por natureza, *nascuntur;* ou, não o sendo por natureza, tornão-se taes em virtude da disposição das Leis, *aut fiunt.* Os que pelo nascimento são taes sem dependencia d'acto algum posterior, são os provenientes da geração entre pessoas ligadas em justas nupcias; os outros, em quem se não dá esta qualidade de geração, adquirem-na posteriormente, ou pela legitimação, ou por virtude da adopção. Eis os modos, por que se adquire o poder patrio, com os quaes nos occuparemos na 1.ª parte deste Tit.

A's justas nupcias porém costumão preceder os esponsaes, ou são estes o meio, por que se costuma passar ás justas nupcias, — *quibus sponsalia praecedere solent.* Cumpre por isso examinar antes de tudo o nosso Direito em quanto a elles.

Esponsaes, *sponsalia*, de *spondere*, prometter, e a que os Francezes chamão *fiançailles*, não indicão quaesquer promessas, mas sim aquellas, que tem por objecto as nupcias, o matrimonio, ou o casamento.

A esta definição simples e absoluta, formada ou deduzida da que é dada por Nicolão I. em suas respostas aos Bulgaros, o A. das Conferencias de Paris *sur le mariage* ajunta as palavras *en presence d'un prêtre;* no que se dá um erro grave. Van Espen *Jus Ecclesiasticum universum* part. 2. §. 1. tit. *de sponsalibus* n.° 12., e o Papa Benedicto XIV. na 46 das suas *Instituições ecclesiasticas*, estabelecem muito claramente, sem restar sombra de dúvida, que sem a presença do sacerdote são válidos os esponsaes; todavia aquelle erro a tal respeito existe em varios AA. francezes.

É muito antigo o uso dos esponsaes. Foi observado entre os povos do Lacio, segundo o testemunho de Servio Sulpicio, referido por Aulo Gellio. Falla-se dos esponsaes no Digesto, no Codigo Theodosiano, no de Justiniano, no Decreto de Graciano, nas Decretaes, e nas Novellas 18, 93 e 109 do Imperador Leão.

O uso dos esponsaes teve boa razão por fundamento, sendo introduzido para que os esposos se segurassem de suas disposições mutuas, em quanto ao matrimonio, antes de comparecerem para a benção nupcial, não se ligando com precipitação n'uma sociedade indissoluvel, e cujos resultados são terriveis, dada opposição e repugnancia das propensões ou dos genios. Com tudo o Codigo Civil de França é omisso nesta parte, sem que o seu silencio nos leve a accreditar que os prohibe, mas sim que os deixa na classe geral dos contractos, sujeitos por consequencia ás regras das convenções ordinarias, não podendo por isso os impuberes celebral-os. Entre nós não apparecem providencias legislativas sobre esponsaes antes da Lei de 6 de Outubro de 1784.

Que pessoas podem contractar esponsaes, e que requisitos devem n'elles intervir segundo a idade e circumstancias dos contrahentes.

§. 2. Sendo os esponsaes, como se deprehende das idéas emittidas, a promessa feita e mutuamente acceita sobre a contracção do matrimonio entre pessoas aptas para elle segundo as Leis, segue-se como regra, que todas as pessoas, ou que já são capazes de se casarem, ou que podem acquirir esta capacidade, podem validamente obrigar-se por esponsaes, sendo bastante, segundo a natureza das cousas, a habilidade dos contractantes para exprimirem seu consentimento ou vontade. Assim um avô, um pai, ou um irmão não podem contractar esponsaes com as pessoas, em respeito ás quaes n'elles se dá tal parentesco; o que já não acontece com primos, entre os quaes o matrimonio é possivel, não obstante a necessidade da competente dispensa no impedimento, em que laborão. Assim tambem o furioso e mentecapto não podem contractar esponsaes; o que já não acontece com o menor impubere, auctorizado por seus superiores legitimos ou naturaes, sendo taes, segundo o Direito Canonico e os Praxistas, os impuberes, que tem de idade sete annos, ainda que possão reclamar no começo da puberdade, Capp. 7. e 8. X. *de desponsat. impub.*, Trid. sess. 24. cap. 1. *de reformat. matrim.*

Entre nós podem os menores de 25 annos, ou sejão filhosfamilias ou orfãos, obrigar-se por esponsaes, como o Sr. Paschoal nos diz no principio do seu §. 2. *hoc tit.*; mas deve intervir no primeiro caso a auctoridade dos pais, e no segundo a dos tutores, Lei de 6 d'Outubro de 1784 §§. 1. e 4., auctoridade, que póde ser dada por procurador com poder especial *ad hoc*, assim como o consentimento d'um, ou d'ambos os contrahentes, Riegger *Jus Eccles.* p. 4. §. 8.

É evidente o fundamento, com que a Lei exige a necessidade do consentimento do superior, a cargo de quem está o menor, para este se obrigar por esponsaes; consentimento, que pela importancia e gravidade do objecto se requer com razão maior em força, do que a que se dá naquella, por que nos outros negocios se exige, tendo

este demais ainda a qualidade d'uma poderosa influencia nas paixões dos contrahentes em tanta verdura d'annos. Mas como o superior póde abusar, negando consentimento sem causa justa, o Corregedor ou o Provedor da Comarca, não sendo nobres os menores, ou o Desembargo do Paço, sendo elles nobres, conhecião da causa, e não a achando procedente, supprião com o seu a falta do consentimento, quer dos pais, quer do tutor, cit. Lei §. 4.; o que hoje pertence ao Juiz de Direito do domicilio do superior dissidente, com appellação em ambos os effeitos, *Noviss. Ref. Jud.* art. 85. n. 7. e 340. O contrahente emancipado, ou maior de 25 annos, não tem necessidade do consentimento dos pais, mas tem obrigação de pedir-lh'o; e isto tanto ao pai, como á mãi, que, quando nega o seu consentimento, é vencida pelo do marido ou pai, *Dig. Port.* tom 2. art. 44. É digna d'attenção a necessidade da intervenção do consentimento materno nos esponsaes, que se não requer por Direito Canonico e Romano, como o Sr. Paschoal nos adverte no principio da nota; a cuja materia restante, por inutil, substituiremos as seguintes advertencias:

1.ª Antigamente forão conhecidos os esponsaes contrahidos por palavras de presente, *sponsalia de praesenti*, que só differião do matrimonio em não serem acompanhados de benção sacerdotal. O Concilio de Trento porém prohibio taes esponsaes, ordenando que nenhum matrimonio fosse válido sem a publicação dos *banhos* ou *proclamas*, os quaes com tudo em alguns casos se dispensão, o que nunca se dá em quanto aos demais requisitos para a validade do matrimonio, e são a presença do sacerdote e testemunhas, Trid. cit. sess. 24. *de reform. matr.* cap. 1. Ficão assim válidos unicamente os esponsaes, que se chamão em Direito *sponsalia de futuro*, isto é, a promessa mutua de ser marido e mulher; — promessa mutua — dizemos nós, para se dar obrigação reciproca, alias, se uma só pessoa se obriga, não existem esponsaes, pois que estes formão por essencia um contracto synallagmatico.

2.ª A liberdade é de tal sorte necessaria nos esponsaes, que se um dos contrahentes obtem consentimento do outro em razão de preponderancia sobre elle, o

influido não contrahe obrigação; assim, se um medico, durante a enfermidade, obtem promessa solemne de casamento da doente, esta, restabelecida sua saude, poderá rescindir os esponsaes.

3.° Ainda que as obrigações, e os direitos, que lhes são correspondentes, se adquirem expressa ou tacitamente, a obrigação tacita (attenta a nossa actual legislação) nunca póde formar esponsaes, como passamos a examinar no §. seguinte.

Como se provão e contrahem os esponsaes, e da pena adjecta aos mesmos.

§. 3. *Sponsalia non nisi per scripturam publicam probari possunt.* Segundo o Direito Canonico no Cap. *Si infantes* unic. §. 2. *de desponsat. impub. in 6.°*, se o pai em presença da filha contractou esponsaes para ella, e ella não mostrou dissidencia, este consentimento tacito da filha tem effeito como expresso, e produz obrigação: outro tanto se dispõe, quando o pai procedeo do mesmo modo em respeito ao filho ausente, pelo qual ao depois se não dá desapprovação expressa, não obstante a sua ignorancia antecedente em quanto aos esponsaes. Esta legislação porém, que teve adopção entre nós, foi ao diante repellida, pois que a Lei de 6 d'Outubro de 1784 §. 1., legislando sobre esponsaes, contracto meramente temporal, exige, como requisito necessario para sua validade, que elles sejão celebrados por pública escriptura ou instrumento, em que, no caso de serem os contrahentes menores, assignem os pais ou tutores, Tabellião e testemunhas, sem dispensa da assignatura dos contrahentes, ainda quando maiores.

A escriptura pública em todo o caso deve declarar que as promessas esponsalicias sem a menor coacção forão feitas e reciprocamente acceitas. Além disto, na falta de Tabellião no lugar e em duas leguas de distancia, a cit. Lei admitte escripto particular para ter effeito dentro d'um mez, ou, passado elle, ser reduzido a publico; mas o escripto particular é pelos contrahentes assignado. Logo só o consentimento expresso, e nunca o tacito dos contrahentes, póde dar validade aos esponsaes.

Eidemque recte poena adjicitur, quam a contractu sponsalitio temere recedens praestare tenetur. Os esponsaes não só podem contrahir-se simples ou puramente, mas debaixo de condição, como póde praticar-se em outro qualquer contracto: assim podem as partes convir n'um termo, e neste caso nenhuma d'ellas tem acção para antes d'elle exigir a contracção do matrimonio. O mesmo tem exactamente lugar com qualquer outra condição, que suspende o cumprimento da obrigação, e, se não se verifica, a faz inteiramente perecer; uma vez que essa condição não seja opposta ás Leis, ou contraria aos bons costumes, que então serião nullos os esponsaes, como o seria outro qualquer contracto.

O effeito principal dos esponsaes, como se deprehende do que até aqui temos escripto, unicamente consiste na obrigação reciproca de se unirem em matrimonio os contrahentes. Mas como o favor deste, o bem particular e o público exigem imperiosamente que n'elle não intervenha coacção, se uma das partes se recusa, o caso fica no ponto de se resolver pela prestação dos dàmnos do contrahente constante, os quaes o Juiz deve arbitrar segundo as circumstancias provadas; isto porém admitte ou soffre excepção, quando no contracto esponsalicio se taxou precisamente a pena ou satisfacção a cargo daquella das partes, que for perfida, em favor da illudida, cit. Lei §. 8.; excepção, a que o Sr. Paschoal se refere nas suas expressões, que ultimamente transcrevemos. A mesma excepção na opinião do nosso A. igualmente procede na falta da regra, com que elle fecha o seu §., — *ea autem non adjecta*, etc., e nós primeiramente referimos.

Na nota a este §. demonstra-se a bondade e conveniencias das disposições, que temos visto são as do nosso Direito em quanto á materia sujeita; e solidas são as razões de preferencia, que o A. dá ao merito do nosso sobre o Direito Canonico e Romano, que não exigem escriptura pública, nem admittem pena nos esponsaes. Tão claro e tão solido é todo o contexto da nota, que elle nos dispensa de todo o esclarecimento, que por ventura lhe poderiamos ministrar. E então occupemo-nos antes com supprir uma deficiencia de doutrina, que é

forçoso confessar se encontra no Tit. do Sr. Paschoal em quanto aos esponsaes, consistindo em não dizer as causas, por que elles se dissolvem, e bem assim os effeitos accessorios á sua dissolução.

Dissolvem-se os esponsaes por muitas causas: 1.° pelo mutuo dissentimento dos contrahentes, assim como pelos vicios, que rescindem os mais contractos, por contrarios á liberdade das pessoas, que os celebrão: 2.° pela falta da condição, se com ella forão contrahidos: 3.° pela longa ausencia d'um dos esposos: 4.° pela profissão monastica, ou recepção da ordem sacra: 5.° pelo impedimento, que não foi declarado no escriptura: 6.° pela falta de ratificação das promessas ao chegarem á puberdade os contrahentes: 7.° por molestia contagiosa, ou deformidade superveniente: 8.° por mudança no bom comportamento, ou alteração consideravel em fortuna, que difficulte a satisfacção dos encargos conjugaes: e por outros motivos capazes de fazer abalo na vontade, segundo a opinião e sentir das pessoas sensatas da classe, a que o contrahente pertence. Vid. *Cod. da Pruss.* p. 2. tit. 1. art. 101. com os seg., e *Dig. Port.* tom. 2. desde o art. 63.

Em quanto aos effeitos da dissolução dos esponsaes, o esposo, que dissentio sem justa causa, ou que a deu injusta ao outro para dissentir, é obrigado á reparação do damno, ou á satisfacção da pena, como já dissemos; e além disso é accessoriamente obrigado a restituir as prendas, que tiver recebido, e perde o direito ás que tiver dado, com tanto que estas não sejão de valor exorbitante á qualidade e fortunas da pessoa. Se a dissidencia resulta de mutuo acordo, a restituição das prendas é reciproca, *Dig. Port. eod.* art. 75. Tambem se dissolvem pela morte de algum dos desposados; sendo notavel sobre esta causa a L. *Si a sponso* 16. C. *de donationibus ante nuptias*, a qual com o fundamento na opinião, que vogava entre os Romanos, — *osculo delibata censetur virginitas*, dispõe, que se o esposo morre *post osculum*, a esposa faz sua a metade dos presentes, que o defunto lhe tinha feito, sendo a outra a metade dos herdeiros do doador; Lei, da qual nos diz Gothofredo, além de Mornac e Louet, que não tem uso em França, onde

tues osculos são considerados como simples civilidade. Entre nós esta Lei não terá uso, não pela razão, por que em França o não tem, mas porque a honestidade escrupulosa das Portuguezas lhes não dá occasião. Na Hespanha foi adoptada pela L. 51. *de Toro*; o Sr. Paschoal mais a diante dá-a sem uso nestes Reinos.

Acção dos esponsaes, ou esponsalicia.

§. 4. *Quamvis ex sponsalibus actio perfecta resultet jure canonico*, etc. A obrigação proveniente dos esponsaes segundo o Direito Canonico, como o Sr. Paschoal aqui se explica, é perfeita, isto é, dá acção a cada um dos esposos para obrigar o outro a unir-se com elle em matrimonio. Não nos parece exacta esta asserção; e para não divagarmos, paremos no mesmo Cap. 31. X. *de sponsalibus*, em que o A. a fundamenta.

Este Cap. não é Rescripto, mas sim uma Decretal de Gregorio IX. no anno de 1236. Compõe-se de duas especies com as suas correspondentes decisões: 1.ª se os esponsaes de presente produzem vinculo? Resolve que sim; e tanto, que se um dos contrahentes, vivo o outro, passa a segundo matrimonio, ainda que este se torne consummado, é nullo: — *etiamsi sit carnalis copula subsequuta, separari debet, et primum in sua firmitate manere.* Aqui dá-se manifestamente uma obrigação perfeita, directa ao matrimonio, proveniente dos esponsaes. Mas vamos á 2.ª especie, aberta no Cap. por estas expressões: *Verum si inter ipsos accessit tantummodo promissio de futuro*; e é o caso, em que contrahidos os esponsaes de futuro, um dos esposos os contrahio posteriormente de presente com outra pessoa. Decide que os segundos formão vinculo, que não póde ser quebrado, — *secundum matrimonium non potest separari*; e o perfido com o conjuge, que concorreo para a offensa da fé primeira, ainda que fosse jurada, — *etiamsi juramentum intervenerit*, são unicamente obrigados á penitencia, — *sed eis est de violatione fidei poenitentia injungenda.*

Ora segundo a disciplina antiga da Igreja, como já notámos, e disciplina do anno de 1236, tempo de Gregorio IX., e antes do Concilio de Trento, os esponsaes

de presente continhão matrimonio ; por consequencia este Cap. ou Decretal dá acção correspondente á obrigação perfeita , que tem os já casados, de viverem unidos até á morte. Mas a disciplina nesta parte , e por muitas e boas razões , foi mudada pelo Concilio Tridentino sess. 24. *de reform. matrim.* cap. 1., que declarou os esponsaes de presente *matrimonia furtiva* , ou clandestinos, e como taes, irritos e nullos. Assim não produzem elles nem obrigação, nem acção, segundo o Direito Canonico vigente.

E pelo que tóca aos esponsaes de futuro, pelo mesmo Cap. não produzem obrigação perfeita em quanto ao matrimonio , pois que a sua violação só obriga á penitencia : logo não é exacta a asserção, que transcrevemos no principio deste §. Nem ha contradicção entre este Cap., pois não dá obrigação perfeita em quanto ao matrimonio , provinda dos esponsaes, e os Capp. 2. e 17. X. *de sponsalibus*, onde se diz, que os que fizerem promessas de casamento , ainda juradas, — *monenda potius* , *quam cogenda* , *cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere.* Nem Alexandre III. no Cap. 10. *eod.* , rescrevendo a um Bispo da Mauritania , outra causa decidio ; por quanto, ainda que ahi manda recorrer ás censuras, para promover a observancia dos esponsaes, isto entende-se restrictamente em quanto á complicada especie, sobre que resolve , que era a de esponsaes jurados entre dous nobres, de casarem seus filhos , que tambem convierão e jurárão, mas esponsaes celebrados *spe pacis inter eos conciliante* , para se terminarem os litigios e rixas, que terião obrigado a transacções importantes , tornando assim necessario o uso das censuras, o que o Pontifice deixa á prudencia e discrição do Bispo, segundo as circumstancias o exigissem : da qual especie muito particular se não póde argumentar para a regra da obrigação perfeita dos esponsaes, que não em menos de tres Capp. vimos não ser a de Direito Canonico. Por este modo nos achamos igualmente separados da critica , que o A. mostra na nota em quanto ao cit. Cap. 10. X. *de sponsalibus* , e convencidos de que nenhuma differença ha entre o Direito Canonico e o Romano na Lei , que o Sr. Paschoal nos aponta ; provando ainda mais claramente

a 134. D. *de verb. obligat.* nas palavras finaes do §. 1. — *quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.*

Vejamos se pelo nosso Direito os esponsaes produzem obrigação perfeita em quanto ao matrimonio. *Quare sponsalitia actio alterna est.* Neste lugar da nota ao seu §. 4. *hoc tit.* diz o Sr. Paschoal, que a obrigação correspondente á acção esponsalicia, ou que nasce dos esponsaes, é a alternativa, ou de satisfazer á fé dada, ou de pagar a pena convencionada; e se esta se não expressou, a satisfacção do damno. Concordamos inteiramente com a opinião do A.; por quanto no §. 7. da Lei, que temos citado, a de 6 de Outubro de 1784, se designa como fim principal do recurso ao Juizo a contracção do matrimonio, nas palavras: *sendo necessario recorrer-se ao Juizo, para ser nelle obrigado a encher a fé dada;* e no §. 8. se deixa aos contrahentes a faculdade de designarem no contracto esponsalicio a pena certa, ficando na falta desta ao prudente arbitrio do Juiz o julgar a indemnização e interesses. Logo o réo satisfaz, ou casando, ou pagando; e por isso a obrigação consiste na alternativa, que mata o direito do auctor, a quem não pertence a escolha.

Mas cumpre examinar a natureza desta acção, depois do exame já feito dos fins, a que ella se dirige, ao que se refere a ultima parte da nota do A. desde as palavras — *adpellatio deinde in hac causa.*

Segundo a clara e terminante disposição da cit. Lei de 6 d'Outubro de 1784 §. 7., a acção esponsalicia é summaria, sendo a sua fórma de processo a da *assignação de* 10 *dias*, estabelecida na Ord. liv. 3. tit. 25., no que a Lei procede coherente com o que deixou legislado no seu §. 1., e é que só tenhão força os esponsaes solemnizados por instrumento ou escriptura pública. Com tudo, dispondo a cit. Ord. do liv. 3. tit. 25. §. *inic. in fin.*, que da sentença, dada sobre obrigação titulada em escriptura publica, o recurso, quer d'appellação, quer d'aggravo, seja unicamente recebido no effeito devolutivo, sem damno da execução, contra a regra geral dos recursos, que operão ambos os dous effeitos, faz a nosso A. reparo em que esta theoria da Ord. não

póde ser applicavel á acção esponsalicia no caso da sentença condemnatoria, ou affirmativa da obrigação proveniente dos esponsaes. Por quanto a execução é na alternativa a contracção do matrimonio; e sendo este, como é, indissoluvel até á morte d'um dos conjuges, se a sentença da Instancia superior for negativa, torna-se frustranea pela impossibilidade da execução, uma vez que o matrimonio já se ache contrahido por virtude da sentença do Juizo inferior. E nós accrescentamos, que neste caso o recurso, ainda tomado no simples effeito devolutivo, seria absurdo por inutil, em razão de ser irremediavel e impossivel a reparação ou emenda do gravame.

Já se vê, que achamos procedentes os fundamentos da opinião do A., para a appellação ou recurso da sentença condemnatoria nesta acção impedir a execução até ao julgamento na Instancia superior; mas tambem achamos que aqui se não dá uma novidade e inconveniente, que na Lei não fosse acautelado ou prevenido: pois que no §. 7., dispondo para a acção esponsalicia a fórma do processo por assignação de 10 dias, diz que isto procederá *em tudo o que lhe for applicavel.* Ora pelo que deixamos observado, não lhe é applicavel o ter execução a sentença recorrida; logo o recurso, segundo a Lei, produz ambos, e não só um dos seus effeitos.

Agora reparamos nós, que a fórma do processo da assignação de 10 dias bem podia ser observada em relação aos esponsaes, em que foi convencionada pena; mas que na especie, em que o não foi, e em que por tanto deve liquidar-se a importancia do damno occorrido ao autor pelo não desempenho da obrigação esponsalicia, o que exige e requer delongas, parece se tornava impraticavel o processo por assignação de 10 dias, e que tão sómente podia ter lugar a acção ordinaria ou por libello. Mas reparamos tambem na geral e terminante disposição da Lei de 6 d'Outubro cit., e por isso seguimos que ella abrangia os casos ambos, tendo ainda lugar no segundo o processo por assignação de 10 dias, e depois da sentença artigos de liquidação.

Resta ainda advertir que no *Dig. Port.* tom. 2. art. 77., seguindo o *Cod. da Prussia* artt. 124. e 127., se

opina, que o direito de pedir a pena convencionada se não transmitte aos herdeiros, nem póde ser exercido contra elles, se a lide não tiver sido intentada em vida do esposo ou esposa fallecida, que não desempenhou a obrigação principal esponsalicia.

Não achamos na *Noviss. Ref. Jud.* menção especial, em quanto á acção esponsalicia, de que ultimamente tractámos; e pelo systéma deste Codigo do processo inferimos, que ella tomou a natureza da ordinaria, comprehendida na acção de perdas e damnos proveniente de contracto, pertencendo a herdeiros e contra herdeiros, artt. 858. e 859. O pagamento pois da pena convencionada póde igualmente ser demandado aos herdeiros, e pelos herdeiros, porque esta pena é uma compensação de perdas ou damnos; não é torpe, pois até se acha expressamente permittida pela Lei; e como puramente civil, está comprehendida na generalidade da Ord. liv. 4. tit. 70.; e por isso é transmissivel, tanto na qualidade d'encargo, como na d'objecto de direito.

Não sendo da essencia dos esponsaes o regularem o dote, nem outras convenções nupciaes, além da contracção do matrimonio, passa o Sr. Paschoal a tractar deste immediatamente depois d'aquelles.

Do matrimonio e da sua contracção.

§. 5. É o matrimonio o natural, e por isso tambem o primeiro meio, por que se adquire o poder patrio. Ver o que elle seja nas suas differentes e principaes relações, e como se torna perfeito e contrahido, são os objectos, que neste lugar nos occupão com o A.

No estado puramente natural, isto é, no estado de igualdade, e por isso de perfeita independencia, o matrimonio define-se — *contractus, quo duae personae corporum dominium mutuo tradunt et accipiunt.* No estado civil ou politico define-se pelos mesmos termos, accrescentando a *dominium* a expressão *legitime.* No gremio da Religião Christãa, no qual por bondade Divina permanecem os Portuguezes, define-se o matrimonio — *maris et foeminae conjunctio, individuam vitae societatem continens;* ou com mais propriedade — *novae legis sacramentum, quo*

vir et mulier baptizati corporum suorum dominium mutuo tradunt et accipiunt; em quanto ao modo, — *secundum praescriptum legum divinarum et humanarum*; e em quanto ao fim — *ad usum conjugalem*.

Entre os Christãos, e por isso entre a gente Portugueza, o matrimonio *conserva* a qualidade d'indissoluvel: só a morte natural d'um dos conjuges o termina ou dissolve. Esta indissolubilidade foi rejeitada pelos Gregos; e a Igreja Latina sobre este ponto, até ao Concilio de Trento, não resolveo terminante e formalmente. O Concilio d'Arles, celebrado no anno de 313, e um dos mais celebres, que se tem reunido no Occidente, não ousando decidir, limitou-se a exhortar os maridos a que não repudiassem suas mulheres adulteras, o que fez no canon 10 concebido nestes termos: *De his, qui conjuges suas in adulterio deprehendunt . . . . placuit, ut, in quantum potest, consilium eis detur, ne viventibus uxoribus, licet adulteris, alias accipiant*. Não sómente o Concilio d'Arles se não declarou aberta e formalmente contra o divorcio, quando o marido surprehendesse a mulher em adulterio, mas o d'Elvira, reunido alguns, ainda que poucos, annos antes, em 305, parece auctorizar a mulher d'homem adultero a praticar o divorcio, pois que o segundo matrimonio, que tal mulher contrahisse, não foi declarado nullo, sendo ella simplesmente repellida da communhão sacramental, durante a vida de seu primeiro marido, e só admittida aos sacramentos no perigo da propria vida: — *Fidelis foemina, quae adulterum maritum reliquerit, et fidelem alterum duxerit, prohibeatur si nubat; si autem duxerit, non prius communionem accipiat, quam is, quem reliquerit, de saeculo exierit, nisi necessitas infirmitatis dare compulerit*. Este Concilio não obriga a mulher, que chega a taes circumstancias, a regressar para o antigo marido.

Muitos antigos Padres da Igreja tem proclamado com afouteza, que não só o leito, mas tambem o vinculo do matrimonio póde separar-se pelo adulterio da mulher: *praeter ex causa adulterii, nec Creator disjungit quod ipse conjunxit*. E o Bispo Asterio d'uma maneira similhantemente precisa mostra os mesmos sentimentos em uma sua Homilia: — *Existimate et omnino vobis per-*

suadete matrimonia morte tantum et adulterio dirimi, Theologos muito sabios, e da Igreja Latina, como Erasmo, Christiano, Lugo e Hamelio, sustentárão que a maxima da indissolubilidade do matrimonio, em caso de adulterio, não foi geral e absolutamente seguida, durante os primeiros seculos.

Santo Agostinho foi quem com sua opinião contrária prevaleceo na Igreja do Occidente. Este Santo Padre, que pronunciado a favor da indissolubilidade do matrimonio, ao mesmo tempo reconhece as grandes difficuldades desta questão, convindo que é possivel haver engano em ponto tão delicado, confessa no seu segundo livro *Retractationum* cap. 57., que elle não se lisonjeia, nem póde lisonjear-se de ter esclarecido perfeitamente a questão: *Imo vero non me pervenisse ad hujus rei perfectionem sentio, quamvis multos sinus ejus aperuerim, quod judicare poterit, qui me intelligenter leget.*

A elle é que se attribue o canon 112. do *Codigo Africano*, que condemna e prohibe em termos geraes o divorcio; pois que o Concilio promulgador d'este canon, e que se encontra na Colleção de Dionysio Exiguo com referência ao anno 416, foi celebrado contra os Pelagianos, e delle foi alma Santo Agostinho.

O Concilio de Friuol e tambem o de Nantes, reunidos governando Carlos Magno, forão os primeiros, que pronunciárão esta decisão, exprimindo precisamente o adulterio, até alli implicito em termos absolutos e geraes; doutrina, que na pratica não foi exactamente seguida, e tanto, que o mesmo Carlos Magno, que a tinha consignado nos *Capitulares*, não guardou o celibato depois d'abandonar sua primeira mulher, tendo para isso causa menos grave em comparação ao adulterio. E tanto a parte da disposição dos já nomeados Concilios, — *vir vero ejus, illa vivente, nullatenus aliam accipiat*, não fixou observancia, tendo-a a outra, — *vir dimittat uxorem*, que esta materia agitou novamente tanto o throno, como o altar, quando Lothario II., neto de Carlos Magno, quiz casar com Valdrade, e repudiar Thiebergé.

Dado como certo que o Direito Canonico antigo na Igreja do Occidente foi vario neste respeito, não é menos certo que o novo nenhuma mudança teve. Graciano (depois

pois de ter produzido, segundo costuma, as razões tanto por uma, como por outra opinião, termina e conclue dizendo-nos, « que resulta evidentemente das auctoridades, que cita, que o repudiador da mulher em razão do adulterio não póde casar com outra, em quanto vive a primeira, e que elle se faz réo do mesmo crime, contrahindo um segundo matrimonio.

O Direito das Decretaes sustenta a mesma disciplina, pois animado por ella é que Alexandre III. rescreveo, que o marido, depois de se ter separado da mulher por causa do adulterio, devia ser compellido a reconciliar-se com ella; e por esta mesma razão é que o mesmo Papa obriga o que repudiou sua mulher por adultera, e se ligou com outra em matrimonio, a voltar para a primeira, abandonando a segunda, fazendo assim valer a regra, no nosso entender muito falsa, — *paria delicta mutua pensatione extinguuntur*, ainda que muito justa é a sustentação do vinculo do matrimonio antecedente.

Eugenio IV. resolveo no Concilio de Florença, que o adulterio apenas póde motivar habitação separada, mas jámais quebra no vinculo, fazendo desta indissolubilidade um dos characteres, que lhe são essenciaes.

Em harmonia com estas auctoridades, quiz o Sagrado Concilio de Trento fazer d'ellas um principio e sentença inviolavel, fulminando anathema contra os sectarios da opinião contraria á indissolubilidade do vinculo, que liga os conjuges; ao que se oppozerão os Embaixadores da Republica de Veneza, representando que em muitas de suas provincias se seguia o rito grego, e se observava assim uma disciplina contraria á da Igreja Latina, não sendo justo condemnar povos, que não tinhão sido ouvidos, tanto mais, quanto nos artigos propostos para os Gregos se reunirem, não tinha entrado idéa alguma de mudança neste ponto disciplinar. Estas representações levárão o Concilio a alterar a redacção do seu canon, deixando a cada Igreja a liberdade de se manter na disciplina, que já tivesse abraçado, limitando-se a ferir com anathema aquelles, que caissem no excesso d'arguir e taxar de errada a disciplina dos Latinos, can. 7. sess. 24.

O modo ou termos, com que o Sagrado Concilio

se explica, são inteiramente conformes ao espirito de Santo Agostinho, que, como vimos, deu a sua decisão com reserva, sem inculpar, ao menos directamente, os que anteriormente tinhão abraçado a contraria opinião.

Temos primeiramente que observar aqui como resultado da antecedente doutrina, que não só pela identidade da razão, que lhe serve de fundamento, mas pela força do canon Tridentino, — *et eam, quae, dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit*, se anivela, sem differença, o caso do adulterio praticado pela mulher ao praticado pelo marido, dando direito ao conjuge innocente para a separação, restricta a habitação e tóro, e de nenhum modo comprehendida nella a do vinculo nupcial, que só pela morte é dissoluvel; e que tambem, se o conjuge, apezar de innocente em quanto ao adulterio, motivador da quebra na cohabitação, se passa, vivo o outro, a segundo matrimonio, não só é refractario d'uma maxima inviolavel e fundada sobre dogma, mas incurso ainda no crime de *bigamia*.

Em segundo lugar, cumpre, e cumpre muito, notar, que supposto por Direito Canonico, e em relação ao peccado, o conjuge innocente, sem differença em quanto ao sexo, tenha direito a separar-se da cohabitação do adultero, esta disposição indistincta não póde ter lugar entre nós, como passamos a demonstrar.

É adulterio, segundo dispõem as LL. da Igreja, o crime, que commette o marido ou a mulher, violando a fé conjugal. Todas as Nações policiadas tem tido em grande horror este crime, e todas ellas o tem punido, ainda que variando nas penas.

Em Roma, quando os costumes forão bons, isto é, nos primeiros tempos da Republica, era o adulterio julgado no tribunal domestico do marido ultrajado, em que entravão os parentes da culpada, que incorria em pena, neste tempo arbitraria: o que não tirava que os réos fossem perante o povo processados, que importava este crime violação dos bons costumes, base principal de todo o edificio social. Posteriormente, depois de muitas variações a tal respeito, na Jurisprudencia Romana cessou a accusação publica, ficando pela L. 30. C. *ad Legem Juliam de adulteriis* reservada ao ma-

rido, ao pai, ao irmão e thio da culpada, sendo a pena a de morte natural, que Justiniano reduzio, em quanto ás mulheres, a açoutes e reclusão por dous annos n'um Convento, e não a reclamando dentro deste praso o marido, cortados os cabellos, ficava reclusa por toda a vida, Nov. 134. §. 10., mas permanecendo capaz de todos os direitos civis, pois que não emitte os votos ou profissão.

Em quanto ao adultero, *scilicet*, ao que offende o tóro alheio, refere Suetonio, que Augusto banira Ovidio, culpado d'adulterio com Julia, filha deste Imperador, o qual alias praticou a grande injustiça de punir com a pena de morte a Julio Antonio, apenas cumplice neste delicto de Julia. Cujacio tambem refere que os Imperadores seguintes ferirão com a pena capital muitos réos convencidos deste crime, até que Constantino decretou esta pena, que Justiniano não alterou em quanto aos homens, sendo notaveis as expressões, de que aquelle usa na cit. L. *in fin.*: — *Sacrilegos autem nuptiarum, gladio puniri oportet*, pena, que para ordinaria foi acceita na nossa Ord. liv. 5. tit. 25. *in princ.*, e §. 1., ainda em quanto á mulher.

O adulterio, diz Mr. Bernardi *Discurs.* tit. 5. §. 7., dissolve a união dos casados; leva-os a terem-se mutuamente em aversão, a qual ainda reflecte sobre os filhos; tira ao matrimonio as affeições, que constituem suas delicias, deixando-lhe unicamente as cadeias, que são o seu tormento. Com tudo o adulterio da mulher casada é delicto mais grave, do que o do marido com solteira; pois além dos inconvenientes communs, perdido o pejo, freio, que a natureza poz neste sexo para dirigil-o, ella se torna capaz de commetter todos os crimes, e por este procura dar aos filhos um irmão, que lhes é estranho, e ao marido um filho, que não gerou.

Entre nós o Direito Canonico não foi recebido na parte, em que admitte a mulher á accusação do marido com o fundamento d'adulterio; nem as Leis o consideráo adultero, dormindo elle com solteira ou viuva, em cujo caso se torna barregueiro, na frase da Ord. liv. 5. tit. 28., a que correspondem penas pecuniarias, que não são as proprias do adulterio. E se o marido dorme com

mulher alheia, ao marido desta é que unicamente pertence a accusação, e não á mulher d'elle réo, como dispõe a Ord. liv. 5. tit. 25. §. 3., Alv. de 26 de Setembro de 1766, e *Nov. Ref. Jud.* artt. 854. e 866. Donde inferimos, que a mulher nunca póde ser ouvida em Juizo, com fundamento no adulterio do marido, nem ainda para o fim da separação da convivencia; pois que as Leis não salvão esta excepção: mas para tal fim deve unicamente ser ouvida com fundamento de maos tractos, dissipações, e outras causas similhantes; sendo o contrario pessima pratica, que vimos em outro tempo observada no Juizo Ecclesiastico d'alguns Bispados do Reino.

Nem as nossas Leis são censuraveis, fechando a porta ás mulheres, para não poderem a titulo de adulterio dos maridos perturbar a paz domestica: ellas attendêrão a que a nimia sensibilidade, as exigencias e ciume, que se dão no sexo, o levarião a imprudencias judiciaes, com escandalo público, e desordem de familias, o que já foi previsto na Nov. 22. cap. 15. §. 1., que para causa do repudio concede ás mulheres o procedimento do marido sómente no caso em que elle chega ao excesso de conservar na casa conjugal a criminosa: — *aut ita luxuriose viventem, ut, inspiciente uxore, cum aliis corrumpatur, quod maxime mulieres nuptas, utpote circa cubile stimulatas, exasperat, et praecipue castas.* Coherente e em harmonia com esta se acha outra Nov., a 117., dando no cap. 9 á mulher para causa de divorcio o mesmo e já referido procedimento: — *Siquis in ea domo, in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam, cum alia inveniatur in ea domo manens.* Nestas Novellas forão beber os Compiladores do *Codigo Civil* de França, que depois de no art. 229. darem ao marido fundamento para o divorcio no adulterio da mulher, no seg. art. só o dão á mulher em respeito ao marido, quando este tem dentro da casa commum a concubina; o que nos parece dever estabelecer o typo da legislação a tal respeito.

É por tanto o matrimonio indissoluvel entre nós; só a morte, e nunca o adulterio, tem força para o romper, podendo este apenas fundamentar a separação *quoad torum* entre os casados a instancia do marido. Esta indis-

solubilidade com tudo entende-se do matrimonio validamente contrahido.

Matrimonium legitimum et ratum mutuo consensu perficitur. Nestas expressões diz o Sr. Paschoal, que tanto o matrimonio legitimo, isto é, o que se contrahe como simples contracto, segundo as Leis Civis das Nações, onde elle não tem outra alguma qualidade, como o que se diz especialmente *rato*, isto é, o que depois do consentimento é ratificado á face da Igreja, ainda antes de consummado, ou levado a seu termo pelo uso do leito conjugal, *concubitus*, se torna perfeito, *perficitur*, só pelo consentimento dos conjuges; isto é, dá, em virtude do consentimento emittido segundo as solemnidades legaes, os direitos conjugaes, a que correspondem todas as obrigações da mesma natureza. Por quanto neste caso houve emissão e mutua acceitação de promessas, que, quando observadas as Leis, são em geral um meio licito, por que as pessoas se obrigão, dando-se o mesmo no matrimonio, cujos direitos e obrigações tem por unica origem o consentimento, fortificado pela graça proveniente da qualidade sacramental; de sorte que o concubito, ou uso do tóro commum, ainda que, constituindo a consummação do matrimonio, produza alguns effeitos especiaes, em si nada é mais, do que um effeito legitimo do matrimonio, e consiste no exercicio d'um direito, que d'elle resulta, e no desempenho d'uma obrigação, que igualmente d'elle provém: é como a tradição, ou a posse na translação do dominio. Isto que dizemos, provém da natureza das cousas, tem o cunho da evidencia, é o sentir das Leis, tanto Civis, como Ecclesiasticas, havendo outras além das que o A. cita, e cujas expressões transcreve, que só por ociosidade, e não por necessidade nós aqui apontariamos.

Pela natureza, characteres e qualidades, que vimos tem o matrimonio, vê-se tambem com certeza, que a sua contracção abraça ao mesmo tempo o homem fysico, e o homem moral, determinando as qualidades e condições, que se devem dar neste para contrahir ou contractar, tornando-o apto para se defender das suas, e tambem das estranhas paixões, e requerendo no homem fysico as habilitações para alcançar o seu destino. Com estes fun-

damentos é que forão oppostos os impedimentos, que as Leis fazem resultar do defeito da idade, da razão, ou do consentimento dos pais e tutores, da existencia d'um matrimonio ainda não dissolvido, da do parentesco em certos gráos, etc. etc. Mas nós dissemos — o homem moral; e então em relação ao matrimonio, de que tratamos, ao matrimonio *rato*, ao matrimonio portuguez e dos Christãos, só entendemos como tal o homem, que além d'outras qualidades tem a de baptizado, pois que só este está dentro da Igreja, e só como tal póde participar dos Sacramentos, um dos quaes é o matrimonio, um só para todos os Christãos, sem differença de nupcias, matrimonio, e contubernio, que os Romanos conhecêrão.

Sed quamvis contrahentium solus consensus satis sit, etc. Como o matrimonio tem o fundamento na vontade dos contrahentes, cuja falta por violencia, erro, ou ignorancia o annulla, sem que o possa validar a benção sacerdotal, resulta que, existindo este consentimento mutuo, ou reciproca acceitação de vontades, fica o matrimonio perfeito, e como tal indissoluvel. Com tudo, como a sociedade conjugal, fundada pelo matrimonio, não só dá filhos para a Igreja, mas Cidadãos para o Estado, os Soberanos temporaes tem direito a legislar a respeito delle, na qualidade de contracto. Por isso casos ha, em que tão sómente o consentimento dos contrahentes, tornando alias válido, e como tal indissoluvel, o matrimonio, todavia não é bastante para n'elle se dar a qualidade de licito, e isentar os casados d'alguns effeitos penaes; o que o A. nos mostrà nos §§. seguintes.

Necessidade do consentimento do Rei para a contracção do matrimonio.

§. 6. *Praetores provinciarum*, etc. Em demonstração da doutrina ultimamente estabelecida, refere aqui o Sr. Paschoal os Magistrados temporarios, de que falla a Ord. liv. 1. tit. 95., a qual expressamente lhes prohibe o casarem com mulheres naturaes, ou domiciliadas dentro do territorio da sua jurisdicção, sem para isso obterem licença ou faculdade Regia, sob pena de perdimento

dos cargos, com nullidade de todos os actos jurisdiccionaes posteriores ao matrimonio, e indemnização ás partes assim lesadas. O Sr. Paschoal na sua nota ao §. dá esta Ord. em desuso, e só procedente para o caso, em que no matrimonio se empregou violencia ou concussão. Lobão nas *Notas* a este lugar do A. discorda; o A. do *Dig. Port.* no Tom. 2. art. 341. limita a disposição desta Ord. ao matrimonio com mulher orfã ou viuva.

Hoje a magistratura é vitalicia, o que não importa permanencia no lugar, antes findos tres annos os Juizes são transferidos, sendo a razão desta Lei a independencia dos mesmos, que estaria exposta a debilitar-se em virtude das relações e amizades, que nascerião de mais longa residencia, amizades, que constituirião o lado fraco dos Magistrados, como já a pag. 37 deste escripto nos explicámos. No espirito pois da Lei, que regula as transferencias destes funccionarios públicos, achamos conservada a observancia da cit. Ord., e competente para a licença Regia a Secretaria d'Estado dos Negocios de Justiça, depois que foi abolido o Desembargo do Paço. Mas a disposição da Lei é geral; funda-se ella em razão tambem geral; não a podemos restringir por isso unicamente a orfãs e viuvas, se bem que estas mulheres, por desvalidas, estejão mais expostas á violencia e concussão dos Magistrados. Mas pela mesma razão, a da sua clareza e indole prohibitiva, não podemos ampliar esta Lei aos esponsaes, para os prohibir a taes pessoas, e isto tanto mais, quanto a mesma Ord. obsta a esta ampliação no verso: — *não casem por palavras de presente*, onde os esponsaes lhes são indubitavelmente permittidos.

O Decreto de 26 de Março de 1734, em quanto aos Magistrados das Colonias, onde o abuso se torná mais terrivel, manda que *ipso facto*, ou verificado que seja o matrimonio sem a permissão do supremo Poder Executivo, sejão riscados do serviço público, devendo os Governadores fazel-os embarcar para o Reino logo na primeira monção. O que nos dá argumento a favor da permanencia da força da Ord. parallela.

Mulieres jurisdictionem, vel certos annuos reditus a Rege habentes, etc. No mesmo sentido prohibitivo do ma-

trimonio sem permissão Regia legisla a Ord. liv. 2. tit. 37. §. unic. em quanto ás mulheres, que tem tenças, rendas ou bens da Corôa, importando em mais de 50:000 reis, com cuja privação é punido o seu matrimonio, contrahido insciente o Soberano ou sem sua permissão; disposição ampliada aos homens em identicas circumstancias pela Extravagante de 23 de Novembro de 1616.

Esta legislação porém talvez já se devesse reputar abolida, pois que pela Carta Regia de 16 de Dezembro de 1614 se vê, que o espirito e opinião dos Legisladores era o evitar casamentos das pessoas nobres com Judeos, filhas, que posteriormente se banirão. Hoje indubitavelmente acabou ella, em quanto aos administradores de bens da Corôa, pois que já não ha taes bens, Decreto de 13 d'Agosto de 1832. E em quanto ás mulheres com tenças, depende isso, na nossa opinião, das clausulas da concessão e Regulamentos especiaes, alguns dos quaes exigem na tencionada permanencia na viuvez.

Necessidade do consentimento dos paes, tutores, curadores e amos para o matrimonio licito.

§. 7. Além do consentimento do Soberano para certos matrimonios em razão de publico interesse, casos ha, como os referidos pelo Sr. Paschoal neste §., em que o interesse particular e immediato das familias é pelas Leis attendido para intervir o consentimento dos superiores em auctoridade domestica a respeito de seus subditos, que sem elle não se casão licita ou impunemente, bem que o matrimonio permaneça em todo o caso válido e por tanto indissoluvel.

Filii, et filiaefamilias, et minores, etc. Assim como a Lei annulla os esponsaes do menor, quando o pai ou tutor os não approva, nem a auctoridade pública ou do Magistrado suppre a falta deste consentimento, tambem não approva nos menores o matrimonio nas referidas circumstancias, ainda que respeite o vinculo conjugal, os quaes em pena de seu procedimento *familia privantur*, como o Sr. Paschoal se explica no seu §.

A Ord. liv. 4. tit. 88. §. 1., fallando unicamente da filha menor de 25 annos, que casa sem consentimento do pai, ou, não tendo pai, contra vontade da mãi, manda que, ainda que o pai ou mãi expressamente a não desherde, ella fique *ipso jure* desherdada. Existindo outros filhos, não póde o pai ou mãi contra vontade destes dispôr, que a filha assim casada haja a legitima, que alias haveria; podendo-lhe os pais relevar seu erro, para ella herdar, unicamente quando não tenhão outro algum descendente, Ord. *eod.* §. 2. Se porém a filha, nesta especie de falta de consentimento dos pais, casou melhor e mais honradamente, do que seu pai ou mãi a poderia casar, o pai ou mãi só por disposição expressa a póde privar da ametade da legitima, §. 3. *eod.* A Lei de 19 de Junho de 1775, conservando em quanto ás filhas, que casão não só contra vontade dos pais, mas, na falta d'elles, dos tutores ou curadores, a pena da desherdação, accrescenta no §. 4. a da privação d'alimentos, ampliando no §. 5. ambas estas penas aos varões menores; sendo nesta parte tão importante a necessidade do consentimento dos pais, como o dos tutores, ou curadores, e supprivel para os nobres pelo Desembargo do Paço, e para os não nobres pelos Corregedores ou Provedores, Lei de 29 de Novembro de 1784, como dispoz para os esponsaes, segundo já vimos, a Lei de 6 d'Outubro do mesmo anno.

* *Qui in alicujus famulatu fuerit*, etc. Nesta segunda parte do §. falla o A. de especie analoga, a da Ord. liv. 5. tit. 24., que faz crime capital o procedimento do criado, ou sirva por soldada, ou a bem fazer, que casou com filha, consanguinea, ou affim, dentro do 4.° gráo, do amo, não prestando este o seu consentimento. Nem a graduação deste crime para ser punido com a pena de morte, que alias não póde em tal caso executar-se sem confirmação regia da sentença, é excessiva, attento o systema penal da nossa Ord. do liv. 5.; por quanto este delicto contém abuso da boa fé, ou aleivosia e perfidia, circumstancia aggravante n'um caso, que perturba, o bem das familias, e a sorte d'um sexo fragil.

Depois das sentenças juridicas, que destróem o direito ás legitimas e alimentos nos menores d'ambos os

sexos, que casão sem o consentimento dos superiores, e que são communs aos filhosfamilias e aos orfãos, refere-nos o A. na 1.ª parte da sua nota as especiaes e restrictas aos orfãos, em respeito ao mesmo assumpto.

Minori patre orbato, etc. O orfão menor, que sem licença do Juiz proprio casa com menos vantagem, do que a que por suas circumstancias poderia achar, é com o conjuge privado da administração de todos os bens, que durante a menoridade lhe pertencerem, até que chegue á idade de vinte annos; sendo a razão da Lei talvez não tanto punir o orfão, como habilital-o com mais idade para elle poder obstar ás dilapidações, que o conjuge seductor poderia fazer em seu patrimonio, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 19., o que procede no caso, em que o orfão menor se conduzio unicamente por seu arbitrio, e sem cooperação do tutor ou curador, ou outra alguma pessoa.

Is autem, si matrimonio inaequali, etc. Se este procedimento do orfão, que não procurou o consentimento do Juiz para contrahir matrimonio, é devido á seducção do tutor ou curador, um ou outro é punido com dar ao orfão tanto, quanto o patrimonio deste valer, cit. Ord. §. 21. Do que o seductor se não exime, quando o matrimonio se verifica com filho seu, pois que nem a Lei distingue, nem o seu dólo é inferior em gravidade, *Dig. Port.* tom. 2. art. 345. Mas se um outro foi o seductor, a cargo de quem não estava a pessoa e bens do orfão, a Lei o obriga a perfazer por seus bens ao seduzido, sobre o patrimonio do conjuge, com quem casou, o que falta para o igualar em valor ao patrimonio do orfão, cit. Ord. §. 20.

Na parte restante da nota nenhuma doutrina se encontra, que já não fosse exposta, se exceptuarmos a advertencia relativa á Ord. do liv. 5. tit. 22. §. unic., pela qual, para se evitarem as seducções das mulheres menores de 25 annos, mas honestas, que vivem com superiores, como pai, mãi ou avô, são condemnados, sem differença em quanto á idade, os homens, que com ellas casão sem consentimento do superior a quem estão sujeitas, no perdimento de todos os seus bens a favor deste, e n'um anno de degredo para Africa; penas, que forão

aggravadas pela Lei de 19 de Junho de 1775, como veremos ao tractar do crime, que tem o nome de *Rapto por seducção*. Não resta pois a accrescenta sobre a doutrina desta nota e seu §., senão que os soldados, que casão sem licença dos Coroneis, contrahem validamente o matrimonio, mas tem castigo, Regulamento de 18 de Fevereiro de 1763 cap. 26. art. 27.

Não só é válido, mas licito o matrimonio entre pessoas desiguaes em nascimento ou riqueza.

§. 8. *Nobiles inter et plebeios*, etc. Diz-nos aqui o Sr. Paschoal, que a desigualdade do nascimento, ou a differença entre nobre e plebeo, não é attendida em quanto ao matrimonio. O nascimento dos Christãos é igual em todos elles, pois resulta da geração pelo Baptismo, um e o mesmo para todos os filhos da mesma Mãi, a Igreja, que remidos com o mesmo sangue, o de JESUS Christo seu Esposo, se propõem o mesmo fim, e consiste na eterna felicidade, ou summo bem, sem dependencia de gerarchias, inventadas pelos homens, e tão miseraveis, como elles, quando não assentes na virtude. As Leis Patrias nesta parte vão em harmonia com os Canones, sem se oppôrem ao matrimonio entre pessoas desiguaes em nascimento, em riqueza, ou em outros bens accidentaes, uma vez que com outros fundamentos lhes não falte habilidade. Assim não devem ellas estar sujeitas ao poder patrio, *qui sui juris sunt*, nem á auctoridade do Juiz dos Orfãos, do tutor, ou curador, *suaeque potestatis;* que se o estivessem, como vimos, sem consentimento desses superiores é illicito ainda que válido o matrimonio: mas não dependendo desse consentimento, subsiste o casamento sem effeito algum penal.

Deixando a 1.ª parte da nota do A. ao seu §. 8. *hoc tit.*, como inteiramente superflua, pois nada é mais evidente, do que a faculdade, pelas LL. Ecclesiasticas e Civís, de se contrahir o matrimonio entre pessôas desiguaes em nascimento e riquezas com todos os effeitos, tanto em quanto aos conjuges, como em relação ao filhos, sigamos o Sr. Paschoal nas advertencias restantes.

Matrimonium morganaticum, etc. A doutrina, que

estabelecemos em quanto ao matrimonio do nobre com plebêa, não se refere ao matrimonio, que na Allemanha é chamado *ad morganaticam*, e os Francezes dizem *mariage de la main gauche*. É este em Allemanha o casamento, que um Principe ou Senhor de feudo, viuvo, para não prejudicar os filhos do primeiro matrimonio, contracta com uma mulher de condição inferior, com clausula de não resultarem d'elle effeitos alguns civis, e com a especial de que os filhos, que nascerem, não succederão nos nomes, titulos, nobreza e distincções gentilicias do pai, e do mesmo modo nos bens, exceptuando um como dote, que o pai pelo contracto nupcial entrega em plena propriedade á esposa, Myler *Gamalogia personarum illustrium* cap. 6. n. 8. Este matrimonio continúa a ser formalmente prohibido em França, artt. 1388. e 1389. do *Cod. Civ.*; e igualmente não póde dar-se entre nós, porque nunca póde dar-se convenção para que se altere a ordem estabelecida pelas Leis em quanto aos filhos, quer succedendo aos descendentes, quer partindo entre si o que d'elles lhes vier.

Aliud dicendum de matrimonio conscientiae. Não está em igual razão o matrimonio occulto, e que se diz *de consciencia*, contrahido com todas as solemnidades canonicas perante o Bispo ou seu Delegado, mas que fica em segredo, vivendo os conjuges em apparencia como solteiros, sem alteração de direitos dos filhos; pois que não é prohibido entre nós, e tem lugar nos casos referidos por Benedicto XIV. *Const.* 17. *Bull.* tom. 1. *Const.* 35.

No resto ou parte final da nota nos diz o Comp. não ser do nosso objecto o tractar do matrimonio dos Reis, os quaes não dependem senão do seu proprio consentimento, pela liberdade do qual protestou em Côrtes D. João I., respondendo aos povos, — que nesta parte elle não admittia dependencia; nem a Cart. Const. vigente lh'a impõe, por quanto no art. 90. limita-se unicamente á Princeza herdeira presumptiva da Corôa, para casar e aprazimento do Rei, e não existindo este, o contracto nupcial não póde ter execução, sem que seja approvado pelas Côrtes.

Solemnidades do matrimonio.

§. 9. *Jam vero apud omnes gentes*, etc. Entre todos os povos a importancia do matrimonio tem admittido solemnidades, como acontece entre nós, umas tendentes a verificar a habilidade ou estado legal dos contrahentes, outras a chamar a graça e favor de Deos sobre elles, outras a provar a effectividade da contracção, outras em fim á demonstração de regozijo, sendo estas sempre dispensaveis, arbitrarias e varias na razão das povoações, dos tempos, e do gosto individual. Desta natureza tem sido entre nós os banquetes, bailes, musicas, saudações e convites, costumes, que as Leis tem respeitado, dando-lhes effeitos civis. Assim a Ord. liv. 4. tit. 97. §. 2. manda que os filhos não tragão á collação o jantar ou ceia, que os pais lhes derão nos dias das suas vodas; nos quaes tambem nenhum dos noivos póde ser citado, como expressa e terminantemente dispõe a Ord. liv. 3. tit. 9. §. 8., marcando para esta prohibição, com nullidade da citação, o do casamento e os nove dias seguintes immediatos.

Ritus ecclesiastici praecipue consistunt in benedictione sacerdotali et bannis, etc. Não se encarrega o Sr. Paschoal da questão, que, principalmente em 1712, agitou os Doutores, sobre ser essencial, ou não, ao sacramento do matrimonio a benção, que nos rituaes é chamada nupcial. Não nos occuparemos tambem com tal materia, ainda que reconheçamos, que ella não é da competencia exclusiva dos Theologos, versando sobre o sacramento, que é ao mesmo tempo contracto, e como tal da competencia do Jurisconsulto. Mas, sem indagações mais profundas, notamos, que a benção nupcial remonta ao berço da Igreja unicamente como bom e piedoso costume. Nicolão I., respondendo ás consultas dos Bulgaros, declara o sacramento independente da benção, e só resultando do consentimento dos contrahentes. Os Reis de França por solidos motivos, oppostos á clandestinidade do matrimonio, mandarão nos Capitulares adoptar a benção nupcial; mas acha-se no quarto supplemento aos mesmos Capitulares, que os Christãos, que sem ella contrahião matrimonio, erão apenas condemnados em muletas

pecuniarias. Demais Alexandre III. no Concilio de Latrão impõe sómente penitencia aos clandestinos contrahentes do matrimonio, que nesta qualidade só é declarado nullo pelo Concilio de Trento, o qual tambem exhorta os fieis casados a não viverem juntamente, sem que lhes tenha sido conferida a benção nupcial; attendendo ao que, seguimos como opinião mais segura, que a benção sacerdotal posto que não essencial se requer no sacramento.

Em quanto aos banhos; chamão-se assim os annuncios, que se fazem nas Igrejas para fazer conhecer aos fieis as pessoas, que têm tractado entre si a contracção do matrimonio, a fim de que elles denunciem aos superiores ecclesiasticos os impedimentos, que conhecerem. O Concilio de Latrão, reunido em 1215 com presidencia de Innocencio III, estendeo a toda a Christandade o uso dos banhos ou proclamas, já desde longo tempo observado em França; o Concilio de Trento renova esta disposição, conformando-se com ella as Leis Civis, Ord. liv. 5. tit. 19. §. 2., *Cod. Civ.* de França artt. 63., 167. e 168. Com tudo os proclamas não são indispensaveis como essenciaes ao matrimonio; e por isso o Ordinario dispensa em quanto a elles, o que não deve fazer sem causa justa, que se dá, quando a demora é prejudicial ao matrimonio, tanto em quanto ao espiritual, como ao temporal dos contrahentes, ou se receião opposições acintosas e infundadas. Não deve porém dar-se facilidade na concessão de tal dispensa.

Matrimonio clandestino.

§. 10. *Non valent tamen matrimonia clandestina.* O matrimonio deve ser contrahido com as solemnidades prescriptas pelo Concilio de Trento, sess. 24. *de ref. matr.* cap. 1.; e são a precedencia das denunciações, banhos ou proclamas, a contracção perante o parocho e duas ou tres testemunhas, a que deve seguir-se a benção nupcial. Os banhos, como vimos, são preparatorios para o matrimonio; a benção não se reputa essencial, mas não deve omittir-se, segundo a opinião mais segura; a contracção perante o parocho e testemunhas fórma a

essencia do sacramento, com as disposições dos contrahentes para elle, a qual não padece, se os banhos, ainda sem dispensa, se omittirão, não obstante incorrerem em penas os contrahentes, Riegger tom. 4. §. 59.

Se o matrimonio não foi contrahido perante o Parocho e testemunhas, é clandestino, e como tal nullo, não produzindo por isso direitos alguns, ecclesiasticos nem civis, mas sim as penas, que abaixo referiremos.

Se os noivos pertencem a differentes freguezias, o Parocho de qualquer d'ellas é o proprio, sem se requerer a concorrencia dos dous; e póde elle delegar esta função, ainda mesmo vocalmente, Riegger §. 28. *eod.* Se o Parocho e testemunhas, ou só aquelle, ou só estas, assistem violentados, tem-se por válido o matrimonio, com o fundamento de que o Concilio só requer como essencial indubitavel a presença dos sobreditos, uma vez que o Parocho fique certificado do matrimonio, Riegger §. 69., Cavall. cap. 27. §. 22. Deve porém ser simultanea a assistencia do Parocho e testemunhas, Riegger §. cit.

Declarado clandestino o matrimonio por sentença do Juizo Ecclesiastico, a Lei de 13 de Novembro manda applicar aos contrahentes, e ainda ás testemunhas e pessoas, que por qualquer modo intervierão voluntariamente neste delicto, a pena de confiscação de bens (hoje abolida, Cart. Const. art. 145. §. 19.), e a pena de degredo perpetuo das mesmas pessoas para alguma das Colonias, com a comminação de pena de morte, voltando ao Reino. Os pais e mãis dos contrahentes, se estes os não tiverem herdado, tem direito a desherdal-os.

Da validade do matrimonio em quanto á idade dos contrahentes, e repetição das nupcias.

§. 11. *Pueriles nuptiae, justae tamen aetatis, et seniles, et secundae*, etc. Com estas expressões nos assevera o A., que não só são válidas, mas licitas, as nupcias ou matrimonio dos puberes menores, velhos e viuvos.

Pueriles. Já dissemos que a contracção do matrimonio demanda habilidade fysica e moral nos contrahentes; e nada é mais evidente, do que o depender ella da idade. Não a achamos porém taxada expressamente, em

quanto ao matrimonio, em nossas Leis; mas achamos na Ord. liv. 4. tit. 81. §. inic., que o varão maior de 14 annos, e a femea de 12 podem fazer testamento, não antes de tal idade completa, circumstancia, em que a mesma Ord. os equipara aos furiosos. Na Ord. do mesmo liv. tit. 104. §. 6. são isentas da tutela as pessoas em tal idade, ainda que em quanto aos bens a Lei tome providencias; e na do liv. 3. tit. 41. §. 8. ellas são aptas e devem representar em Juizo. Esta idade marcava entre os Romanos a puberdade, ou o tempo, em que os sexos são capazes de gerar; logo concluimos, que na capacidade, que as referidas Ordenações dão aos puberes, se inclue tambem a de contrahir matrimonio, o que já assim era segundo o Direito Romano e Leis da Igreja, que o A. cita na nota, sendo com estas que geralmente as nossas Leis se conformão em quanto a elle. Cumpre com tudo advertir, que o Direito Canonico prohibe a contracção do matrimonio aos impuberes, excepto se n'elles a capacidade se anticipa, — *nisi malitia suppleat aetatem*; excepção, que a frase terminante das nossas Leis na fixação da puberdade e seus direitos, em nossa opinião, não admitte. Entendemos igualmente, que a idade canonica para o matrimonio não é acceitavel em todos os paizes ou climas; pois que segundo a sua variedade fazem elles variar tambem o mais prompto ou demorado desenvolvimento, tanto moral, como fysico, nos seus naturaes e habitantes; e até talvez que o mesmo favor do sacramento, que se dá no matrimonio, que sómente pela morte se dissolve, pedisse para a contracção delle idade algum tanto mais madura.

Seniles. A velhice só por si não estorva o matrimonio, pois que o mutuo auxilio e amparo é tambem um dos fins da sociedade conjugal; alias os casados infecundos deverião separar-se. Com tudo os matrimonios n'uma idade avançada, e muito mais entre pessoas mui distantes a tal respeito, sendo uma d'ellas caduca, apenas são tolerados, pois que em regra só gerão inconvenientes, que chegão a influir na moral pública.

Secundae, vel tertiae. Nem as Leis da Igreja, nem as Civis condemnão as segundas, ou as nupcias posteriores, dissolvidas as anteriores, ainda que aquellas para alguns fins,

fins, assim como tambem os nossos costumes, as tenhão em fundamento para suspeita d'incontinencia e impureza. A viuva porém, que tiver 50 annos d'idade ou mais, tendo filhos ou descendentes, se passa a segundas nupcias, pela Ord. liv. 4. tit. 105. §. un. fica *ipso jure* inhabil para alienar ou dispôr de mais da terça parte dos bens, comprehendidos os que continúa a adquirir; e faltando-lhe descendentes ao tempo da sua morte, succedem-lhe nas duas partes, segundo a proximidade do sangue, os parentes, e nunca o marido, no qual ella não póde mesmo nomear prazo ou bens alguns. Temeo a lei *da fraqueza do entender das viuvas*, como se explica a Ord. do mesmo liv. tit. 107. *pr.*, e muito mais em tal idade, que homens ambiciosos as seduzão para casamento em prejuizo dos filhos, em cujo favor dispõe, e não em odio do matrimonio; tanto assim que a viuva nesta idade póde tornar a casar, durante o anno de luto pelo marido anterior, segundo a Ord. tit. immediato, quando em tempos mais antigos tal procedimento foi punido, não obstante a validade do segundo casamento. Outras disposições legaes temos em favor dos filhos do primeiro matrimonio, as quaes opportunamente notaremos.

Prohibição da polygamia simultanea.

§. 12. *Polygamia* é expressão formada de duas palavras gregas, que nella reunidas exprimem a idéa de *muitos casamentos*. A mulher, que ao mesmo tempo tem muitos homens, incorre na *polyandria*, ficando a *polygynesia* propria para designar o procedimento do homem, que simultaneamente tem muitas mulheres. Para se incorrer neste crime, basta que a mulher, sem certeza da morte do marido primeiro, ou com sciencia de que elle é vivo, case com outro; e da mesma sorte que o marido em taes circumstancias case com outra mulher: nestes casos o crime n'um e n'outro toma o nome de *bigamia* simultanea, fallando exactamente.

O ajuntamento d'uma mulher com dous homens para o fim da geração é visivelmente condemnado por Direito Natural, pois que fica incerta a paternidade,

assim incerta a obrigação d'educar os filhos, e frustrados por isso os designios da Natureza. No ajuntamento d'um homem com duas mulheres não se dá o mesmo inconveniente, pois a paternidade é certa, assim como a maternidade; apparecem com tudo outros. As exigencias muito naturaes da primazia no coração do homem, tanto em favor de cada uma das mulheres, como de seus filhos, dar-se-hião neste caso; mas não póde a sociedade domestica, por pequena, com taes divisões ou partidos, que debaixo do mesmo tecto, á mesma mesa e no mesmo leito se farião guerra mutua e terrivel. Accresce que sendo as mulheres, de ordinario, iguaes em numero aos homens, muitos destes se acharião na impossibilidade de contrahirem matrimonio: donde resulta que é conforme á Natureza o ser o matrimonio *monógamo*, isto é, formado por duas unicas pessoas capazes de geração.

Entre nós a *bigamia* é punida gravemente; e nem o ultimo supplicio neste crime é pena peculiar da Legislação Portugueza, que na Suissa ao marido reclamado por suas duas mulheres, sendo provada a bigamia, corta-se o corpo em duas partes iguaes, e dá-se uma a cada uma das mulheres: procede o mesmo na mulher casada com dous maridos. Limitando-nos porém aos effeitos civis do segundo ajuntamento, subsistindo o primeiro, ou na constancia do matrimonio, permanece este válido, sem que aquelle produza direitos alguns civis, e sem que por isso dê o poder patrio, que se adquire pelo matrimonio, quando válido e licito, ou pelo menos quando válido, ainda que por illicito traga alguns effeitos penaes aos contrahentes; effeitos, em que nunca entra a falta do poder patrio. Dissemos que a bigamia não produzia direitos, mas isto em relação ao *réo*, no qual o delicto só produz obrigações, como é, além da criminal, ou do soffrimento da pena, a satisfacção civil do damno recebido pelo conjuge innocente, Ord. liv. 5. tit. 19. *pr.*, adoptando o nosso Direito na prohibição da bigamia o Direito Divino Positivo, S. Matheus cap. 19. vers. 5.

Visto que a bigamia, que não fórma justas nupcias, não dá por isso o poder patrio, o A. aproveita a occasião para na nota a este §. nos advertir em quanto ás

disposições de Direito preventivas deste delicto. É indispensavel a prova, que faça fé em quanto á morte do ausente, para que o outro conjuge case sem receio d'incorrer em pena alguma. Consiste esta na certidão authentica, extrahida do livro dos obitos, em quanto á morte do conjuge, passada pelo Parocho, que lhe deu a sepultura; e faltando esta, é supprida pela justificação por testemunhas, que deponhão debaixo de juramento, e superiores a toda a excepção. Por outra, e como o Sr. Paschoal ainda na mesma nota se explica, a prova da morte d'um dos conjuges, para o outro passar a outras nupcias, é a mesma, que é a necessaria por Direito para provar o matrimonio; a qual principalmente consiste na certidão do Parocho, extrahida do livro dos casamentos, faltando a qual, se prova por testemunhas juradas, que vissem contrahir o matrimonio, ou, pelo menos, d'elle tivessem noticia certa e não vaga, Ord. liv. 5. tit. 19. §§. 2. e 3. Fecha a nota, dizendo que este crime, a bigamia, pelo Decreto de 26 de Maio de 1689 é caso *mixti fori* segundo a prevenção, não obstante o que a Inquisição depois conheceo d'elle. Hoje, extinctos os casos *mixti fori*, pertence o seu conhecimento e punição unicamente á auctoridade secular.

Mas cumpre advertir, que a mulher solteira, que casou com bigamo em boa fé, assim como a casada, que regeitio o casamento illudida com falsa noticia á cerca da morte de seu marido ausente, achando-se em uma justa ignorancia, e que por isso lhe não póde ser imputavel, não é bigama, nem incorre em pena alguma. Puttman. *Elem. Jur. Crim.* liv. 1. cap. 44. §. 636., Boehmer. *Jurisp. Crim.* sect. 2. cap. 22. §. 295. O que procede, ainda que o outro conjuge tenha conhecimento do impedimento do *ligamen*, ou da existencia do seu primeiro marido, dando-se no sciente a bigamia, que para o justamente insciente é o matrimonio putativo, com todos os effeitos do válido e licito, como vamos a observar no §. immediato.

Do matrimonio putativo.

§. 13. *Adquiritur patria potestas justis tantum*, etc. Com estas expressões em quanto ás nupcias ou matrimonio enuncia o Sr. Paschoal na 1.ª parte do seu §. um principio, como demonstrado por toda a doutrina antecedente, e que, em relação a esta, fórma uma conclusão necessaria; e é que o patrio poder tão sómente, *tantum*, se adquire pelo matrimonio justo e legitimo, *justis et legitimis nuptiis*. Se o A., explicando-se assim, quiz dizer, que o patrio poder provem tão sómente do matrimonio válido e licito ao mesmo tempo, como nos parece, a conclusão não é exacta, pois que o patrio poder resulta do matrimonio válido, a pezar d'illicito: assim o Magistrado, que casou com mulher sujeita á sua jurisdicção, mas sem licença Regia, perde sim o lugar, ou pelo menos fica suspenso, e é removido; mas tem todo o poder patrio, logo que tem um filho, pois que os effeitos penaes são exteriores ao matrimonio, e subsistindo este no vinculo, o que neste caso se verifica, produz pelas nossas Leis o poder patrio, que nunca por ellas é involvido nos effeitos penaes do matrimonio illicito. Desta sorte parece ser mais exacto o dizer, que o poder patrio resulta primeiro e naturalmente do matrimonio válido, ainda que illicito, comprehendendo-se aqui por força de maior razão, que elle resulta do casamento válido e licito.

Vel pro talibus jure habitis. O poder patrio resulta ainda do matrimonio inválido e nullo, mas licito, o que parece conter absurdo grave; mas tal absurdo não existe. Para o matrimonio ser válido, queremos dizer, para elle produzir vinculo, requer-se que os contrahentes não laborem em impedimento algum, que, em quanto não dispensado, obste á validade do matrimonio, como por certo já terão visto nas *Instituições Canonicas*. Para o matrimonio ser licito, basta ser contrahido com as solemnidades legaes, consentimento de superiores, publicação dos banhos, emissão e acceitação das promessas perante o Parocho e testemunhas. O matrimonio desta sorte contrahido é licito: mas, por exemplo, tem a contrahente o impedimento *ligaminis*; fez quanto o Direito manda,

para saber se o primeiro marido existe, resultando que na melhor boa fé o accredita morto, e passa em consequencia a segundas nupcias; na mesma boa fé está o segundo marido; mas o primeiro existe; este matrimonio é nullo, *matrimonium re ipsa nullum*, pois que vive o primeiro marido; dá-se impedimento dirimente para o segundo matrimonio; mas as Leis Ecclesiasticas e Civis em razão da boa fé, e por isso da innocencia dos contrahentes, isentão-nos de toda a pena e responsabilidade; boa fé, que aproveita aos filhos, não só nascidos, mas gerados, em quanto ella existe nos pais; e como este matrimonio só é tal em razão da boa fé, é chamado em direito *putativo*. Assim, na especie dada, um filho gerado, ainda que não nascido, em quanto não apparece, ou não se sabe que existe o primeiro marido, é filho legitimo do segundo, o qual tem depois para com elle o poder patrio. Na nota ao §. o A. nenhuma outra cousa essencial accrescenta, restando-nos sómente advertir, que o matrimonio subsiste putativo, e com todos os effeitos de legitimo para o conjuge, que tem a boa fé, ainda que o outro esteja em dólo, por ter sciencia do impedimento, não sendo por isso para elle putativo o matrimonio.

Legitimação por subsequente matrimonio segundo o Direito Romano.

§. 14. *Legitimatione patria potestas etiam adquiritur*, etc. Até aqui fez-nos o A. ver as condições, que se devem dar no matrimonio, para o marido por elle adquirir o poder patrio; agora no seu §. 14. *hoc tit.* abre o exame d'outro meio, pelo qual o mesmo poder se adquire, que é a *legitimação*, que como tal nos havia annunciado no seu §. 1. e introducção á materia geral, que nos occupa, principiando agora a tractal-a segundo o Direito Civil Romano em quanto a este meio especial, pois que foi este Direito o seu primeiro inventor.

É a legitimação uma ficção das LL., que destróe o vicio do nascimento dos filhos, e os mette na classe dos legitimos. Muitos modos imaginárão os Imperadores Romanos para tirar os filhos illegitimos da condição, a que a mancha do seu nascimento os havia reduzido.

O Codigo e as Novellas de Justiniano os referem, e o Sr. Paschoal principia agora pelo mais notavel e mais geralmente abraçado, o qual se diz legitimação *per subsequens matrimonium*, por isso que o matrimonio contrahido pelos pais, mas posterior á geração dos filhos, é que tira estes da classe de illegitimos para a de legitimos, dando-lhes, como taes, os direitos e obrigações civis.

Quam Constantinus speciali constitutione introduxit, etc. Nesta parte temos a origem desta especie de legitimação, que a deve a uma Lei do Imperador Constantino, que não chegou até nós, mas que se acha extractada e excitada por Zenão na L. 5. C. *de naturalibus liberis*. Esta nos mostra que Constantino, com o intuito de retirar dos máos habitos aquelles dos seus subditos, que vivião no concubinato, procurando excitar e dar occasião á força do amor paterno, lhes permittio que casando com as concubinas, fizessem legitimos os filhos, que d'ellas tinhão; mas ficando esta connexão restricta aos filhos já nascidos, e de nenhum modo áquelles, que nascessem depois da promulgação desta Lei, que o Imperador Zenão renovou na cit., limitando-a igualmente aos filhos n'esse tempo existentes: *Hi vero, qui tempore hujus sacratissimae jussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint, minime hujus legis beneficio perfruantur.*

Depois pela L. 6. C. *eod.*, primeira, que sobre este objecto appareceo posterior á já cit. de Zenão, o Imperador Anastasio ordenou sómente que se um pai não tivesse filhos legitimos, e casasse com a mãi de seus filhos naturaes, estes se tornassem legitimos, e succedessem aos pais. *Jubemus eos, quibus, nullis legitimis liberis existentibus* . . .

Apparecêrão difficuldades sobre a execução desta Lei, querendo alguns que o beneficio, concedido aos filhos naturaes por Zenão, ficou por ella restricto ao caso, em que os pais depois do matrimonio não tivessem um só filho legitimo como resultado d'elle. Justiniano condemnou esta interpretação na L. 10. C. *eod.*, mandando que os filhos, nascidos durante o matrimonio, admittissem seus irmãos, nascidos antes, á partilha dos bens paternos,

fundando-se em que o amor por estes filho é quem tinha excitado os pais a contrahir o matrimonio em beneficio dos outros, que d'elle tinhão resultado: — *Cum enim affectio prioris sobolis et ad dotalitia instrumenta efficienda, et ad posteriorem filiorum edendam progeniem præstiterit occasionem. . .*

Novas difficuldades ainda occorrêrão por occasião desta Lei, que se deprehendem da 11. C. *eod.*, pretendendo alguns que para o matrimonio dos pais legitimar os filhos naturaes anteriores, era indispensavel que elles os tivessem legitimos posteriores á contracção do matrimonio; o que deu occasião á Lei ultimamente citada, cuja sentença o Sr. Paschoal trasscreve na parte ultima do seu §., decidindo que, houvesse, ou não houvesse, filhos legitimos, provindos do matrimonio, este legitimava os anteriores, gerados pelos contrahentes.

Pelo exame destas Leis, deixando ainda outras, que o A. cita, torna-se palpavel a exacção, com que o mesmo diz na primeira parte da nota: — *sed Justinianus, rerum omnium novator*, que Justiniano se afastou do espirito de Constantino, Zenão e Anastasio, que, como vimos, limitárão o beneficio da legitimação aos filhos naturaes, existentes ao tempo da promulgação de suas Leis, para moverem o amor paterno a contrahir o matrimonio em favor d'elles, abandonando o concubinato promptamente; quando Justiniano, legislando absolutamente, o promoveo, dando occasião aos pais para adormecerem fóra das justas nupcias ou matrimonio.

Ainda Justiniano se excedeo n'outros dous pontos, que o Sr. Paschoal nos não adverte. São elles, que a legislação anterior procedia legitimando pelo matrimonio os filhos naturaes, quando o pai os não tinha legitimos; mas este Imperador no cap. 4. da Novella 12. decide que, ainda que haja filhos legitimos d'um casamento anterior, se legitimão os filhos naturaes, casando o pai com a mãi delles, com tanto que estes sejão nascidos depois de dissolvido o matrimonio, donde resultárão os legitimos. Consistio o outro ponto em Justiniano na Novella 18. cap. 11. conceder legitimação aos filhos naturaes, casando o pai com a mãi delles, ainda que esta fosse liberta ou fôrra, quando pela legislação anterior se requeria

que a mãi tivesse sido sempre livre ou ingenua. Com tudo pelas Novellas, citadas pelo A. na nota, a legitimação era restricta aos filhos do concubinato, que entre os Romanos foi um casamento menos propriamente dito, chamado *licita consuetudo*, commercio licito, na L. 5. C. *ad Senatusconsultum Orphitianum*, e Cujacio qualifica a concubina por *minus juxta uxor*. Ora não sendo o concubinato hoje senão um commercio torpe e devasso, contrario á pureza dos costumes, os filhos illegitimos, que d'elle resultão, não se podem considerar como filhos naturaes na accepção Romana: e devendo antes confundir-se com os de coito damnado, que se não legitimavão por subsequente matrimonio, não nos podemos cingir aos textos de Direito Romano, para legitimar por este modo especie alguma de filhos illegitimos, o que o Sr. Paschoal com Boehm. e Thomas. nos adverte na ultima parte da nota.

A mesma especie de legitimação segundo o Direito Canonico.

§. 15. O A., referindo-se ao Cap. 6. *qui fil. sint legit.*, dá ao Direito Canonico uma disposição ampla, favoravel aos filhos illegitimos, provindos de geração por pais, que neste tempo não podião contrahir válidamente matrimonio, mas que ao depois em virtude da necessaria dispensa o contrahirão. As expressões, que se achão no Cap. cit.: — *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*, não podem referir-se aos filhos de concubinato innocente e permittido, pois que por Direito Canonico nenhum concubinato é licito; logo parece que ellas devem comprehender todos os filhos, cujo nascimento precedeo o matrimonio de seus pais.

Esta extensão é fundada em vistas sábias e as mais conformes á equidade. Se uma infeliz por fraqueza se abandona a um homem, esquecida da virtude, e do impedimento, que os separa, é do interesse público que ella não fique permanecendo no vicio, e que sua honra seja reparada pelo sagrado vinculo do matrimonio; mas como é frequente, que o homem se desgoste d'essa, de

quem tem abusado, ou que continuem ambos em vida peccaminosa e offensiva dos bons costumes, é bem que as Leis lhes mostrem vantagens estimaveis n'uma união respeitavel. É o que faz a Legislação da Igreja, dando ao matrimonio o effeito de legitimar os fructos da dissolução, pois que nada é mais natural á ternura dos pais, do que empregarem com avidez e promptamente os meios de beneficiar e tornar ditosos, quanto lhes é possivel, seus filhos.

É mister porém notar, que esta sentença, favoravel a todos os filhos illegitimos, sem differença, para serem legitimados pelo subsequente matrimonio dos pais, attribuida pelo A. ao Direito Canonico no cit. Cap. *Tanta*, sentença, que além das conveniencias referidas, é conforme á equidade em quanto aos filhos, a quem não é imputavel sua impura geração, não se deduz da letra do mesmo Cap., como se acha na Collecção de Greg. IX; e tanto, que o summario, que o precede, é concebido nestes termos: — *Naturales legitimantur per subsequens parentum conjugium, spurii vero non*, doutrina identica á de Direito Romano, ainda depois das alterações de Justiniano, que antecedentemente expozemos. Com tudo Boehmero ao Tit. das Decretaes *qui fil. sint legit.*, usando d'uma critica, em nossa opinião, segura, ao notar a escuridade, que se dá neste rescripto d'Alexandre III. na 5.ª Collecção, pelas mutilações e discrepancia de lição, que n'elle praticou S. Raymundo de Peñaforte, recorreo ás actas do 3.º Concilio Lateranense, celebrado em 1179, referidas por Harduino tom. 6. parte 2.ª pag. 1819, e pela integra achou, que a restricção da segunda parte do Cap. *Tanta* versa em quanto a filhos adulterinos, cujos pais depois do crime contrahirão matrimonio, tendo um d'elles ou promettido o matrimonio futuro, ainda em vida do conjuge innocente, offendido pelo adulterio, ou attentado contra a sua existencia: e desta sorte é a sentença, que o matrimonio nullo não legitima a prole gerada antes, pois que nullo era o da especie pelo impedimento perpetuo, que se dava nos adulteros para o contrahirem, visto o attentado contra a vida do conjuge, ou promessa do matrimonio futuro durante ella; ficando por este modo firme a regra, que

não obstante o impedimento dos pais para contrahirem matrimonio ao tempo da geração, os filhos se legitimão pelo matrimonio subsequente, mas valido em virtude da dispensa.

E na verdade o fundamento da sentença primeira do Cap. *Tanta*, que legitima a prole por subsequente matrimonio, é posto na força ou valor do matrimonio, —*tanta est vis matrimonii*, ou, segundo a lição das actas do cit Concilio Lateranense, —*tanta est vis sacramenti*; logo a virtude infinita do sacramento, que é a mesma, sempre que elle se contrahe válidamente, deve operar os mesmos effeitos sem differença nas differentes especies de geração illegitima; e só cessa no matrimonio nullo, que tal era o da especie, porque n'elle falta a qualidade sacramental, unica, que purifica toda a mancha, e faltando a qual, se não legitima a prole, ainda que o matrimonio preceda ou seja anterior á geração.

Em razão dos expostos principios é que o Abbade de Palermo, Peregrini, Covarruvias, Furgole, Pothier e a maior parte dos Auctores Francezes, que tem escripto sobre este assumpto, sustentão, e com razão, que o matrimonio putativo subsequente não legitima a prole, e que ella se conserva illegitima, descuberto o impedimento; pois que neste caso o matrimonio, em sua essencia nullo, não teve a qualidade de sacramento, e por isso não houve a força, a virtude legitimadora, — *vis sacramenti*; quando nesta especie mesma a prole de geração subsequente ao matrimonio, não obstante a sua nullidade, é legitima, mas isto em razão da boa fé d'um dos conjuges, ou d'ambos elles na duração do matrimonio, boa fé, que não se podia dar no concubinato anterior, e que por isso não póde legitimar os filhos então gerados, e que tambem o matrimonio subsequente não legitima, por nullo.

Vem aqui a proposito confessar, que o sabio A. do *Dig. Port.* no art. 473. tom. 2. segue, que o matrimonio putativo, que veio a julgar-se nullo, não legitima os filhos, como legitimaria, se fôra válido: com cuja opinião concordamos, se elle teve em vista o matrimonio subsequente, em quanto aos filhos anteriormente gerados;

mas (salvo o devido respeito) não concordamos, se tem em vista os filhos gerados na constancia da matrimonio, e em quanto elle subsistio pela boa fé d'ambos ou d'um só dos conjuges, os quaes filhos, na opinião dos escriptores, que ultimamente nomeámos, são perfeitamente legitimos, e nós igualmente taes os reputamos; não só porque em Direito a boa fé serve tanto, como a verdade, ao possuidor, senão porque, se neste caso não tem lugar, nunca o deve ter a regra: — *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.* L. 85. §. 1. D. *de regulis juris.*

Cumpre tambem confessar, que a interpretação de Boehmero ao Cap. *Tanta*, *X. qui fil. sint legit.* foi combatida por Benedicto XIV. tomo 1. *Bull. Const.* 113, não obstante o que Riegger *Inst. Jur. Eccl.* tom. 4. §. 197., outros Canonistas, e os nossos Jurisconsultos Portuguezes posteriores seguem a Boehmero, cuja interpretação é mais conforme á caridade da Igreja, e mais conveniente aos bons costumes, chamando á contracção dos sagrados e santos vinculos conjugaes os geradores, que alias ensurdecerião na vida licenciosa e dissoluta, dando exemplos d'immoralidade a seus filhos, ou deixando-os sem educação em damno público.

Convém ainda notar sobre esta controversia de opiniões, que Benedicto XIV., discorrendo, não como Legislador, mas como Jurisconsulto, firmado nas expressões finaes do Cap. *Tanta*, e são — *quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt*, e referindo-as como circumstancia dada ao tempo da geração, considera a sentença canonica unicamente proficua aos filhos naturaes, *scilicet*, áquelles, cujos pais ao tempo da geração não laborão em impedimento dirimente, e assim em harmonia perfeita com o Direito Romano: quando outros Jurisconsultos, apezar de não darem ao rescripto de Alexandre III toda a extensão, que Boehmero lhe attribue, o fazem comprehensivo dos filhos provenientes do estupro, e mesmo do adulterio simples, ou praticado por pais, que o não acompanhárão de promessa sobre matrimonio futuro, ou d'insidias á vida do conjuge defunto e innocente; opinião esta, que

foi commummente seguida pelos Praxistas Portugnezes. O que supposto, passamos a examinar no §. seguinte, quaes os filhos, que segundo as nossas Leis se legitimão por subsequente matrimonio.

Legitimação por subsequente matrimonio segundo as Leis Patrias.

§. 16. O A. neste seu §. emitte a opinião de que a Ord. liv. 2. tit. 25. §. 12. *in med.*, onde, fallando-se da legitimação por subsequente matrimonio, esta se faz procedente sob clausula d'os filhos serem taes, *que por Direito se possão legitimar*; sómente legitima os havidos *ex soluto et soluta*, isto é, de geração por pessoas, em quem nesse tempo, ou no do nascimento, se não dá impedimento para o matrimonio. Versa difficil questão sobre se as expressões transcriptas da cit. Ord. se referem ao Direito Civil Romano, ou ao Canonico, com a sentença, que os Canonistas lhe attribuem, mais ampla, que a de Benedicto XIV.

Que a opinião de Boehmero, ignorada pelos Compiladores Filippistas, não foi aqui recebida, não só é certo, mas certissimo, pois que a Ord. visivelmente exclue alguns dos filhos illegitimos. Mas resta uma perfeita incerteza sobre qual dos dous Direitos, entendido o Canonico ao modo antigo, foi neste lugar recebido: e como desta incerteza não nos devemos aproveitar, como o Sr. Paschoal no fim da nota ao §. se aproveita, para a nosso arbitrio lhe darmos uma disposição mais curta segundo o Direito Romano, ou segundo o Canonico mais ampla; para evitarmos tanto um, como o outro dos escolhos, e não offendermos a Lei, seguimos que em virtude da clausula expressa na dispensa Pontificia, — *Prolem susceptam, si qua sit, et suscipiendam exinde legitimam decernimus*, accedendo o Regio Beneplacito na fórma do §. 14. do art. 75. da Carta, todos os filhos se legitimão por matrimonio subsequente, não obstante o impedimento dos pais para o matrimonio, que posterior e válidamente se contrahe por virtude da dispensa.

Legitimação dos filhos em virtude do rescripto do Principe segundo o Direito Romano.

§. 17. O mesmo methodo, que o Sr. Paschoal adoptou em quanto á legitimação dos filhos por subsequente matrimonio, é o que agora pratica em quanto á outra especie, que os Romanos chamárão — *per rescriptum Principis*, segundo o Direito dos quaes elle neste §. tambem em primeiro lugar a examina.

Esta legitimação, como o A. nos diz na nota, foi creada pelos Romanos em subsidio, ou na falta da que se faz por subsequente matrimonio. Por quanto acontecia algumas vezes, que a concubina, mãi dos filhos naturaes, morria antes de contrahir matrimonio, ou era desigual á elevada condição paterna. Neste caso, em favor principalmente dos pais, que adquirião por meio dos filhos, se introduzio esta especie de legitimação por graça do Soberano, sobre súpplica escripta do pai para este fim, donde tomou o nome de legitimação *per rescriptum Principis*.

Para se conceder este rescripto erão necessarias certas condições e circumstancias. A primeira era que os filhos fossem simplesmente naturaes, ou filhos d'uma concubina, com quem o pai tivesse podido casar ao tempo da concepção, Nov. 89. cap. 15., onde expressamente se dispõe, que o filho de coito damnado, ou não permittido, a quem por isso não competia o nome de natural, — *non habebit quoddam ad praesentem legem participium*.

A segunda condição para a validade desta legitimação, e exigida por Justiniano, é que o pai não tenha filhos legitimos, não sendo justo que os fructos da dissolução se introduzão n'uma familia, para ahi se confundirem com os provenientes d'uma pura união. São terminantes neste sentido o cap. 2. da Novella 74., e o 9. da 89.

A terceira condição é que o pai não possa casar com a mãi de seus filhos naturaes; isto ou por impossibilidade fysica, como se tal mulher estivesse morta; ou moral, como se ella se tivesse feito indigna do titulo e graduação d'esposa; ou legal, como se tivesse sobrevin-

do depois da geração um impedimento dirimente para as nupcias. Tudo isto é expresso no cap. 9. da Novella 89.

A quarta circumstancia necessaria é que forme o pai por si a súpplica ao Soberano, com expressa declaração do seu consentimento paterno: igualmente se requer que o filho natural expressa ou tacitamente consinta, pois que elle vai sujeitar-se ao poder patrio, e deixa de adquirir para si, condição, que Furgole não julga necessaria, porque o cap. 5. da Novella 89. a não exige, não reparando no cap. 11. da mesma, que formalmente declara, que um filho natural, sem o seu consentimento, de nenhum modo póde ser legitimado.

Em quanto ao effeito, elle era dependente das concessões do rescripto, sendo regular ficarem como legitimos filhos seus, ou sujeitos ao poder patrio, — *et suos de cætero et sub potestate habere*, Nov. 74. cap. 1., — *et nihil a legitimis differentes*, cap. 2. *eod.*, podendo succeder a todos os parentes, ascendentes, descendentes e collateraes, — *semel eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ii, qui ab initio legitimi sunt*, cap. 7. Nov. 89.

Por Direito Canonico.

§. 18. Segundo o Direito Canonico, como se vê no Cap. 13. *X. qui fil. sint legitimi*, o Romano Pontifice legitima por seu rescripto, tanto por súpplica do pai, como da mãi, todos os filhos illegitimos, sem differença de naturaes, espurios ou adulterinos, com a differença porém de que dentro dos seus Estados, ou patrimonio e terras de S. Pedro, a legitimação produz os effeitos espirituaes, ecclesiasticos e civis; e para os fieis, subditos de outras Corôas, não produz por si os effeitos civis, nem ainda indirectamente, como alguns Canonistas pretendem, pois o rescripto Pontificio apenas colloca o legitimado na situação de lhe aproveitarem effeitos civis, que directamente lhe venhão ou das Leis geraes, ou do Beneplacito Regio, ou de graça especial do Soberano temporal. Não só Riegger, cit. pelo A., auctoriza esta doutrina, mas é ella corrente e mais que certa, segundo as regras de Direito Publico, tanto Ecclesiastico, como Universal.

Tambem os effeitos da legitimação pelo rescripto do Pontifice dependem dos termos, em que a graça é concebida, sendo necessario especificar os pontos e objectos da dispensa no defeito do nascimento, segundo o estilo da Curia, que ordinariamente se exprime desta maneira: *Quaecumque et qualiacumque, cum cura et sine cura beneficia, etiamsi canonicatus et prachendae, dignitates etiam majores et principales, personatus, administrationes et officia, etiam curata et elective, etiam in cathedralibus et metropolitanis vel collegiatis ecclesiis*, etc.

Legitimação entre nós por mercê Real.

§. 19. *Hoc autem jus in foro receptum est*, etc. Diznos neste §. o Sr. Paschoal, que assim como o poder Pontificio, como acabamos de ver, é independente de restricções especiaes para dispensar na illegitimidade do nascimento, *defectus natalium*, e só tem como regra para este fim o bem particular dos fieis, combinado com o público, ou geral e da Igreja; assim tambem entre nós o poder Soberano não é sujeito a limites e condições, que lhe taxem o espaço para conceder, ou denegar a mercê da legitamação dos bastardos. E na nota a este §. refere o A. uma serie não curta de factos historicos, que mostra o livre exercicio do direito de nossos Soberanos para legitimar filhos, não só naturaes, mas sacrilegos. A nós pertence examinar o Direito, para concluirmos, que na largueza desta faculdade os nossos Soberanos não se excedêrão, nem exorbitárão da clara disposição das Leis.

A Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12., que o A. cita no seu §., é expressa, não só decidindo, que o legitimado por subsequente matrimonio é em tudo equiparado ao nascido de matrimonio válido e licito, ou ao filho legitimo, mas no verso — *salvo se na legitimação*, combinado com os termos da especie, contida na primeira parte do §., — *se a dita lei haveria lugar no filho ou noto natural, ou spurio legitimado por auctoridade Real*, se vê que o Rei póde legitimar *ad libitum* qualquer illegitimo, sem differença d'especie para o effeito, que lhe aprouver, ainda que sem declaração especial na Carta

de mercê se não devesse incluir a extraordinaria faculdade de succeder em bens da Corôa: o que nos dá demonstração de que o nosso Direito nesta parte, ou em quanto á legitimação *per rescriptum Principis*, se conformou com o Canonico, sem a limitar aos filhos naturaes, como o Direito Romano.

A mesma amplitude do Soberano Poder, para legitimar sem distincção de filhos, se vê do §. 118. do *Regimento dos Desembargadores do Paço*, pois que n'elle se lhes taxão os emolumentos pelas assignaturas das Cartas de legitimação a favor de filhos naturaes, sacrilegos e incestuosos, em cuja concessão este Tribunal procedia por outorga, ou commissão do Soberano.

É com tudo para notar, que supposto pela Ord. liv. 1. tit. 3. §. 1., e liv. 2. tit. 45. §. 40. o conceder a legitimação fosse uma attribuição exclusiva do Rei pelo expediente do Desembargo do Paço, hoje, abolido este Tribunal, e divididos os poderes elementares da Soberania, pertence ás Côrtes esta faculdade para o effeito d'alterar a favor do legitimado a ordem das successões, e tudo quanto for estabelecido por Lei, sendo já antecedentemente, como o A. nos adverte na parte final da nota, e nós veremos no exame progressivo das Leis Patrias, a Provisão ou Carta de legitimação mais uma dispensa na inhabilidade do nascimento para as honras e estima pública, do que uma concessão dos direitos, que segundo as Leis são inherentes á qualidade de nascimento legitimo.

Outras especies de legitimação.

§. 20. *Legitimationis per oblationem Curiae, cujus Theodosius junior inventor fuit*, etc. Neste §. o A. refere, depois da legitimação dos filhos por matrimonio subsequente á geração, e da outra dita *per rescriptum Principis*, as mais especies de legitimação, que os Romanos conhecêrão, principiando pela que se disse — *per oblationem Curiae.*

Os Imperadores Theodosio e Valentiniano, excitados pelas difficuldades, que em virtude da responsabilidade e despesas as municipalidades encontravão em achar

chay decuriões; isto é, officiaes, a cujo cargo estava a administração das rendas e bens communs, para privilegiar tal officio e o fazer procurado, ordenárão na L. 3. C. *de naturalibus liberis*, que todo o homem, que fizesse entrar seu filho natural na classe dos decuriões, sendo varão, ou, sendo femea, a casasse com um decurião, só e unicamente por este facto lhe imprimia a legitimidade de nascimento.

Os Imperadores Leão e Anthemio na L. 4. *eod.* confirmárão este meio de legitimar os filhos, e Justiniano na Nov. 89. regulou o modo de se fazer este offerecimento, ou oblação á Curia; consistindo em ser declarada perante a assembléa do povo da Cidade, ou por um acto judicial, ou tambem por testamento, não podendo neste ultimo caso o filho bastardo ser tido por legitimo, senão depois de ter dado seu consentimento em quanto á execução da ultima vontade, ou disposição testamentaria do pai. O mesmo filho por sua simples deliberação podia offerecer-se á Curia; mas era necessario para isto, que seu pai não tivesse filhos legitimos, o que não obstava, sendo a oblação feita pelo pai.

Entretanto esta legitimação não trazia ao filho as mesmas vantagens, que lhe terião provindo d'um nascimento legitimo; pois que só era reputado legitimo em relação a seu pai; não podia pretender successão de collateraes, quer paternos, quer maternos; e mesmo em quanto aos bens do pai, unicamente succedia nos que tinhão situação no territorio da Cidade, a cujo serviço elle se tinha dedicado.

É notavel, ainda que não censuravel, que o Sr. Paschoal, que em quanto ás especies de legitimação nos tem até agora apontado não só a Legislação Romana, mas a Canonica ou da Igreja, nos não advertisse aqui, que segundo o Direito Ecclesiastico ha disposições, que algum tanto recebêrão a legitimação pela oblação á Curia.

Os escriptores comparão á entrada na Curia, ou ao serviço municipal dos Romanos, a profissão religiosa n'um mosteiro, pois ainda que entre estas duas cousas não haja inteira similhança, com tudo alguns traços ha d'analogia; por quanto a profissão religiosa tambem legitima os filhos naturaes e illegitimos, que não podendo sem

...

dispensa Pontificia no impedimento, dito *ex defectu natalium*, receber as ordens maiores ou sacras como Clerigos seculares, como dispõe o Cap. 1. X. *de filiis presbyterorum*, ficão aptos e como legitimos para todas ellas pela profissão religiosa, ainda que não para as prelazias monasticas, isto segundo o mesmo Cap.: — *nisi monachi fiant, in congregatione canonica regulariter viventes; praelaturas vero nullatenus habeant.* Hoje, pela extincção das Ordens Regulares, já isto não tem lugar entre nós; nem as nossas leis jámais adoptárão, nem ao menos fallárão na especie de legitimação por oblação á Curia.

Illius vero, quae fit per nominationem filii in testamento, etc. As nossas leis adoptárão das Romanas a legitimação por meio da nomeação do filho em testamento ou escriptura, e não só para com o natural, mas em favor do filho espurio, Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12. *in princ.*, e liv. 1. tit. 3. §. 1. no verso — *e confirmações de perfilhamentos;* e tanto o pai e mãi perfilhante, como o perfilhado, podem obter a favor deste a Carta de perfilhação, *Dig. Port.* tom 2. art. 478. Esta Carta era concedida pelo Desembargo do Paço, Ord. liv. 1. tit. 3. §. cit.; pertenceo depois ao Conselho de Districto, o que foi revogado pela Lei de 29 de Outubro de 1840; actualmente a sua expedição é da Secretaria d'Estado dos Negocios do Reino, Portaria de 10 de Dezembro de 1840. É este um meio de legitimar, desde longo tempo substituido á legitimação *per rescriptum Principis*, de que anteriormente fallámos.

A perfilhação por escriptura ou testamento, depois de confirmada pelo Poder Soberano, é uma dispensa, para o filho ou filha perfilhada succeder, com preferencia aos collateraes, ao pai perfilhante intestado, e para poder receber em virtude do testamento o que este lhe quizer deixar, Resol. de 16 de Dezembro de 1798; por isso não dá ao perfilhado os direitos de filho legitimo, nem o sujeita ao patrio poder, não prejudica os legitimos e terceiros, nem auctoriza o perfilhado a querelar do testamento do perfilhante, que o não contemplou, Provisão de 18 de Janeiro de 1799, *Dig. Port. eod.* art. 487.

Reconhecido o filho em escriptura ou testamento, não tem lugar a confirmação, sem que a Auctoridade local, ou respectiva, informe, com audiencia dos interessados, a quem pertenceria a herança do perfilhante, se morresse intestado, os quaes apenas podem oppôr-se, negando a filiação, o que provado *in continenti*, póde obstar á concessão da graça, sem que os opponentes percão o direito d'impugnal-a depois por via ou processo ordinario, Peg. *ad Ord.* liv. 1. tit. 3. §. 1.

Como porém os referidos effeitos da legitimação, ou perfilhação por escriptura ou testamento do perfilhante só tem realidade, quando confirmada pelo Soberano, por isso mui exactamente o Sr. Paschoal fecha esta segunda parte do seu §. com as expressões — *sed nec ea quidem*, etc.

Esta terceira especie de legitimação foi igualmente introduzida, como já declarámos, pela Legislação Romana, que a Portugueza acceitou, sendo Justiniano o seu primeiro creador na Nov. 74. cap. 2., dispondo-se alli, que se um pai não tinha filhos legitimos, tendo alias bons motivos para não casar com a mãi de seus filhos naturaes, podia em testamento declarar seu desejo de legitimar estes filhos, e d'instituil-os herdeiros, os quaes depois da morte do pai, fazendo o seu testamento presente ao Imperador, obtem d'elle a confirmação, que os faz filhos legitimos, sendo a sua legitimação, como diz Justiniano, um beneficio do pai e tambem do Soberano, ou da natureza e da Lei: — *donum patris et principis, id est, naturae et legis.*

Justiniano, muito propenso e favoravel ás legitimações, ainda na Nov. 117. cap. 2. lançou outra sentença, que nos merece menção. Dispoz alli, que se um homem por acto *mortis causa*, ou *inter vivos*, ou judicial, ou com testemunhas assignadas, declara que é pai d'um filho, que nomeia, sem lhe dar expressamente a qualidade de natural; sendo a mãi deste filho mulher livre, não só o que elle honra como filho, mas todos os irmãos deste, nascidos da mesma mãi, se tornão filhos legitimos, e sua mãi é elevada á qualidade de casada: — *Ex hoc enim cum eorum matre monstratur legitimum habuisse matrimonium; ut neque ab ea pro nuptiarum fide alia probatio requiratur.*

Não se dava aqui uma legitimação propriamente dita, mas sim uma declaração, que formava prova d'um verdadeiro matrimonio, fazendo accreditar, que o pai tinha querido viver com a mãi como sua mulher, e não como concubina, pois que o matrimonio ou as nupcias entre os Romanos não exigião formalidades na contracção, só o consentimento as formava, e não differião do concubinato, senão pelo animo ou intenção dos individuos. *Concubinam ex sola animi destinatione aestimare oportet*, diz a L. 4. D. *de concubinis.*

É palpavel que entre nós o acto mais solemne do pai não póde só por si dar a legitimação ao filho, a qual só póde provir da Lei, ou do Soberano Poder, autorizado para dispensar nella: o que nos confirma na crença de que, segundo a nossa actual fórma de Governo, a confirmação neste assumpto, e pela natureza das cousas, deve pertencer ás Côrtes, e não ao Poder Executivo, sendo o contrario opposto á Carta Constitucional. É do mesmo modo palpavel, que tal modo de provar o matrimonio não póde ter lugar entre nós, onde elle é contrahido com tantas solemnidades legaes e impreteriveis.

Adrogationes et adoptiones, etc. Falla-nos o A. na ultima parte do seu §. da adopção e adrogação, como meios para obter o poder patrio, tornando o adoptado e adrogado filhos como legitimos dos que por estes modos adquirem, em quanto a elles, o poder, de que tractamos.

Adopção é a acção ou acto, pelo qual um escolhe outro, mas que tem differente filiação, para o fazer seu proprio filho. Teve esta uso já em tempos remotos entre as differentes nações, onde foi recebida com o fim de dar consolação aos que não tinhão gerado filhos.

Entre os Gregos e Romanos devia dar-se a intervenção da pública auctoridade, para ser válida a adopção; e como ella era uma imitação da natureza, os eunuchos, os escravos e os dementes não podião adoptar, requerendo-se no adoptante a condição da liberdade, e que excedesse pelo menos dezoito annos em idade ao adoptivo; e sendo o acto consummado, tinha o pai os mesmos direitos a respeito de tal filho, que teria, se fosse seu pai verdadeiro, e reciprocamente o filho para com elle,

não se annullando a adopção pelo nascimento d'outros filhos, quer naturaes, quer legitimos.

Em Athenas o pai, que tinha um filho adoptivo, não podia casar-se sem permissão dos Magistrados. Em Lacedemonia o acto da adopção devia ser confirmado em presença do Soberano. Em Roma davão-se duas especies: uma se fazia ante o Pretor; outra na assembléa do povo, e posteriormente, não existindo a Republica, por um rescripto do Imperador.

Pela primeira, que tinha por objecto um filho ainda sujeito ao poder patrio, o pai natural declarava ante o Pretor, que emancipava seu filho, renunciando todo o poder, que nelle tinha, e consentindo que elle passasse a outra familia. A outra era especialmente chamada *adrogação*, tendo por objecto uma pessoa livre, ou não sujeita ao poder patrio: os filhos adoptivos tomavão os nomes, prenomes e sobrenomes dos que os tinhão adoptado; podendo entre os Romanos um plebeo, pela adopção, fazer seu filho a um Patricio, faculdade, que este não tinha em quanto áquelle.

Entre os Germanos a adopção se fez pela tradição das armas: o mesmo se praticou entre os Ostrogodos; e Montesquieu nos refere, que Theodorico, para adoptar o Rei dos Herulos, lhe escreveo, dizendo, « que observando o costume das Nações, e porque elle era um homem, o adoptava por meio do escudo, espada e cavallos, que lhe mandava. » Entre os Musulmanos a adopção se faz por meio da cerimonia d'o pai apertar em seus braços o adoptivo em estado de nudez. Em França, segundo o testemunho do Abbade Trithemio em seus annaes, foi a adopção usada, governando os Reis da primeira raça; nos Capitulares não se encontra menção d'ella; mas uma Lei de 18 de Janeiro de 1792 a restabeleceo, sem que determinasse sua fórma e effeitos, silencio, que foi supprido pelo *Codigo Civil* liv. 1. tit. 8.

Apud nos in usu non sunt, etc. Fecha o Sr. Paschoal o seu §., advertindo-nos com Cabedo *loc. cit.*, que estes dous meios de adquirir o poder patrio estão entre nós em desuso; mas não tem sido elle tal, que o A. nos não refira na nota exemplos de se terem observado, até mesmo entre pessoas as mais illustres. Demais, nos dous

lugares citt. da Ord., e do livro 2. tit. 56. pr., e 3 do liv. 3. tit. 9. §. 2., a que se póde accrescentar a do mesmo liv. tit. 59. §. 11., expressamente se suppõe existente a adopção, sem se rejeitar na especie da adrogação: por conseguinte póde ella ser praticada, observando-se a seu respeito, e como subsidiario, o D. R.

Por tanto, como é imitação da natureza, não podem adoptar os impuberes, nem o mais novo ao mais velho, nem as mulheres, salvo quando tiverem perdido seus filhos, e por dispensa especial, nem regularmente os que tem filhos verdadeiros, Hein. tom. 1. §§. 164. 165. e 166. Aos Clerigos se não prohibe adoptar, Fab. *decis.* 52. n. 25. e 26.

Tem lugar a adopção em ambas as suas especies, mas a adrogação se faz por graça do Soberano, Hein. *eod.* §§. 167. 168. 169. 170. 174., Stryk. liv. 1. tit. 7. §§. 6. e 7., havendo o consentimento do adrogado, e, sendo menor, do seu curador, Hein. *eod.* §§. 169. 170. 171.

A adopção propriamente tal se faz perante o Magistrado ordinario, e sendo illegal, é confirmada pelo Soberano, Hein. *eod.* §. 173., Stryk. cit. §. 6. e 7.; basta o consentimento do pai do adoptado, Hein. §. 174., e póde-se adoptar um menor, ainda que seja infante, cit. §.

Por Direito novo, o simplesmente adoptado passa para o poder do adoptante, se este é seu ascendente, e o que é adoptado por estranho, permanece sob poder do natural, ou pai pela geração, Hein. *eod.* §. 176., Stryk. *de success. diss.* 1. cap. 2. §. 37.

Se o adrogado ou adoptado tem sob seu poder filhos-familias, passão estes simultaneamente para o poder do adrogante ou adoptante, Hein. *eod.* §. 172. O pai adoptivo tem o usufructo e administração dos bens do filho, Borges Carneiro liv. 1. tit. 23. §. 210. n. 3. Em quanto ao direito, que se dá no adoptivo para succeder ao adoptante, fica para lugar opportuno.

Por que modos se perde o poder patrio.

§. 21. Satisfeita e desempenhada a materia correspondente á promessa do §. 4. na 1.ª parte da inscripção geral deste Titulo, ou examinados os meios, por que entre

nós se adquire o poder patrio, passa elle agora a satisfazer ao que prometteo na 2.ª parte da mesma inscripção, ou a mostrar-nos, quaes os modos, por que, depois de adquirido, se perde este poder parental; referindo neste §. aquelles, que por Direito Romano produzião este effeito, para vermos quaes d'entre elles as nossas Leis acceitárão com a mesma efficacia. Cumpre pois, em quanto a este §., limitar-nos á simples relação dos sete meios, ou causas, que entre os Romanos extinguião o poder dos pais em quanto aos filhos, e são a morte, a deportação, a escravidão da pena, o captiveiro, a adopção, a dignidade, e em fim a emancipação.

A morte e o matrimonio terminão o poder patrio entre nós.

§. 22. *Naturalis certe modus solvendi patriam potestatem mors est*, etc. *Mors omnia solvit;* os direitos e obrigações pessoaes acabão com a vida natural das pessoas; e neste caso, como o fundamento do patrio poder assenta ou está na necessidade da educação do filho, e esta necessidade se não dá, logo que este perece, nada é mais evidente, *certe*, do que acabar o poder do pai, logo que acaba a existencia do filho. O já referido axioma — *Mors omnia solvit*, faz igual e evidentemente, *certe*, cessar no pai, por sua morte, todos quantos direitos e obrigações tinha em quanto ao filho, que, se então não basta para si, ficará a cargo da sociedade, que lhe deve protecção em quanto á pessoa e bens, porque a sociedade deve promover o bem geral, em que influe o bem de cada um dos seus membros ou individuos.

Nos paizes, em que as nupcias ou o matrimonio não emancipão, como acontecia entre os Romanos, logo que o pai, que estava sujeito ao poder patrio, perde a vida, seus filhos não podem mudar d'estado, ficão sob o poder de seu avô, como durante a existencia do pai. Em taes paizes se o avô morrer antes do filho, ficão os netos sujeitos ao poder do pai, que aquelle lhe transmittio: e se o avô deu emancipação ao filho, e reteve os netos debaixo do seu poder, estes se emancipão pela morte do avô, sem que recáião debaixo do poder de seu pai. Mas entre nós o matrimonio emancipa, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6. no

verso — *e é obrigado a entregar-lh'os, quando forem emancipados ou casarem;* assim como, e mais expressamente, no outro — *porque segundo o estylo de nosso Reino, sempre que o filho é casado, é havido por emancipado, e fóra do poder de seu pai;* logo o patrio poder não retrocede para o avô, e morto o pai, fica o filho *sui juris* ou pai de familias, ainda que nasça com incapacidade, ou fysica ou moral, para ter filhos, podendo ser em vida do pai filhofamilias, ainda que pela natureza seja pai, tendo filhos illegitimos.

Em quanto á nota, o A., coherente com a sua opinião de que entre nós não se dão servos da pena, nega que a morte civil acabe o patrio poder; e nós, ainda firmes na contraria, seguimos que a morte civil, ou se verifique no pai ou no filho, acaba o patrio poder como direito civil, pois que o direito do pai, e a sujeição civil do filho, são correlativos, que não podem subsistir um sem o outro; assim como que se o pai é rehabilitado, ou restabelecido pelo Soberano em seus direitos, recupera o poder patrio, mas é obrigado a ratificar tudo o que tiver sido feito pelo filho, tit. *Instit. Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, L. 13. C. *de sententiam passis.*

Em conclusão temos que o patrio poder acaba pela morte do pai, a qual entre os Romanos não influia no estado civil do filho, que continuava a estar debaixo do patrio poder do avô, sendo esta uma differença, entre nós e os Romanos, em quanto ao poder patrio, a qual o A. já apontou na nota ao §. ult. do tit. antecedente.

Emancipação.

§. 23. *Emancipatio jure Romano triplex est*, etc. *Emancipação* é o acto, pelo qual o filho sáe da sujeição ao poder patrio, e que o constitue *sui juris*, formando por isso um dos meios, pelos quaes tal poder acaba.

Já vimos que Romulo tinha concedido um poder illimitado aos pais, que podião matar, vender, ou alienar seus filhos, isto por uma lei comprehendida nas das 12 Taboas: *Pater endo liberis justis, jus vitae, necis, venundandique potestas ei esto.* Não durou por muito tempo

em vigor essa lei, porque Numa, como já vimos, sendo o successor de Romulo logo lhe estabeleceo a primeira restricção em quanto á venda, quando o filho contrahisse um matrimonio solemne convencionado por seu pai.

Ainda Romulo por outra lei, abraçada tambem nas 12 Taboas, ordenou que perdesse o poder aquelle, que vendesse a terceira vez seu filho: *Si pater filium ter venundedit, filius a patre liber esto.*

Esta lei foi sem dúvida a que deu origem á formalidade da emancipação, que longo tempo observada em Roma, tirou d'ella o seu nome, pois que *mancipare* significa o mesmo que vender, ou transferir a propriedade.

Assim, logo que o pai queria renunciar o seu poder, vendia o filho perante sete testemunhas, cidadãos Romanos, um dos quaes sustentava uma balança para pesar um preço imaginario. O comprador era chamado *pater fiduciarius*. Feita a primeira e segunda venda, empregava o pai esta fórmula: *Mancupo tibi hunc filium, qui meus est*, a que o pai fiduciario retribuia: *Hunc ego hominem jure Quiritium meum esse aio, is mihique emptus hoc aere aeneaque libra.* Apenas era a terceira venda concluida, o pai empregava outra fórmula dirigida ao comprador: *Ego vero hunc filium meum tibi mancupo ea conditione, ut mihi remancupet, ut inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem fraudet.* Então o comprador dava a manumissão ao filho, que se suppunha ser seu escravo, e a emancipação estava feita.

Ao diante reconheceo-se a inutilidade destas fórmulas, de que a execução das leis se revestia, para fazer d'ellas um mysterio ao povo, e tel-o assim dependente dos Patricios, que tinhão exclusivamente o direito de entender e explicar as Leis.

O Imperador Anastasio introduzio outra especie de emancipação mais simples, consistindo na insinuação juridica d'um rescripto, pelo qual o Imperador concedia a emancipação, ficando esta distincta pelos nomes *Anastasiana emancipatio*, chamada a anterior, ou que se tinha observado, *antiqua.*

Justinianea, etc. Justiniano facultou aos pais o emancipar os filhos perante o Magistrado, e por esta

occasião fazer-lhes liberalidades, bem como reter o usufructo d'ametade de seus bens adventicios. Desta emancipação Justinianea, differente da antiga e da Anastasiana, nos adverte o A. na terceira parte do seu §. Com tudo cumpre advertir, que a emancipação foi posteriormente ainda mais simplificada entre os Romanos; pois que o Imperador Leão na sua Nov. 25. ordenou que uma declaração do pai fosse bastante para dar ao filho a qualidade de *sui juris*; o que procede tambem dada a tolerancia do pai para o filho viver fóra da casa paterna com particular estabelecimento. Cumpre igualmente advertir que sempre entre os Romanos, apezar da variação nas quatro especies d'emancipação referidas, permaneceo a idêa de ser ella um beneficio puro, que o pai não podia ser constrangido a conceder ao filho, nem este obrigado a acceitar invito, dependendo sua validade sempre do indispensavel concurso da vontade d'um e d'outro.

Antiquam nunquam leges nostrae receperunt, etc. Os Romanos não só tinhão, segundo as expressões do A. na ultima parte, ou fim da nota a este §., sobre os filhos o dominio *Bonitario* ou ordinario, mas um dominio especial e só seu, o *Quiritario*. Entre nós nunca os pais, como já vimos, tiverão dominio algum sobre os filhos; e cessando em consequencia toda a idêa d'alienação e venda em quanto a elles, nunca teve nem podia ter, sem absurdo, lugar algum entre nós a emancipação antiga, pois que tinha implicita idêa de vender, ainda que imaginariamente, os filhos: mas na emancipação d'Anastasio, ou annuencia do pai ao rescripto do Soberano, dando ao filho a qualidade de *sui juris*, não se davão aquellas bases; e por isso nós a temos expressamente recebida na Ord. liv. 1. tit. 3. §. 7., como attribuição Real pelo expediente exclusivo do Desembargo do Paço.

Justinianeam servat usus. É terminante a disposição da Ord. ultimamente cit., attribuindo ao Desembargo do Paço exclusivamente o conceder Carta de emancipação; por isso a pratica, que o A. assevera na sua nota, de por si valer a emancipação Justinianêa, ainda que apoiada em boa razão, porque o pai póde ceder o seu direito,

tendo o filho a idade legitima, que o habilita para elle dirigir sua pessoa e administrar seus bens, donde não resulta mal algum ou inconveniente publico, parece ferir a expressa disposição da lei, sendo por isso viciosa; e talvez, como o Jurisconsulto Lobão nas *Notas* a este lugar adverte, o Sr. Paschoal confundisse o termo judicial declaratorio do consentimento paterno ante a Auctoridade territorial, e fundamento para a Carta do Desembargo do Paço, com a mesma Carta de emancipação, quando são cousas entre si muito diversas.

Hoje tem lugar a emancipação Justinianêa mixta d'Anastasiana. O pai, e na sua falta a mãi, sendo tutora, póde emancipar o filho por uma simples declaração, assignada perante o Juiz, e escripta pelo escrivão respectivo, *Nov. Ref. Jud.* art. 455.; mas para isto é indispensavel, que o filho varão complete 20 annos e a femea 18, art. 454. A mesma auctoridade tem o Conselho de familia na falta de pai, ou de mãi tutora, cit. art., caso, em que a emancipação resulta da deliberação do Conselho de familia, art. 456., deliberação, que deve ser reduzida a escripto na fórma do art. 399. *eod.*. Mas nem a declaração judicial do pai ou mãi tutora, nem a deliberação escripta do Conselho de familia tornão a emancipação perfeita, pois em nenhum caso ella val sem Alvará do Conselho de Districto, que nesta parte succedeo ao Desembargo do Paço, art. 457.; o que nos leva a considerar a emancipação entre nós actualmente mixta de Justinianêa e Anastasiana, com uma muito notavel differença, e é que entre os Romanos a emancipação procedia, qualquer que fosse a idade do filho, ficando o pai tutor fiduciario do impubere, como o Sr. Paschoal nos diz na nota, quando entre nós anteriormente se requeria no emancipado a idade completa de 25 annos, hoje commutada na de 20 para os varões, e 18 para as femeas.

Nesta idade porém, e antes dos 25 annos completos, o emancipado não fica com a plenitude dos direitos, em quanto ao uso e administração dos bens, pois que antes da maioridade perfeita não póde vender, dar e trocar immoveis, nem ainda arrendal-os por mais de tres annos, sem auctorização do pai, ou da mãi, quando tutora, ou

do Conselho de familia, art. 358.; assim como não póde antes de tal idade, e d'approvadas as contas pelo referido Conselho, passar recibo geral ao tutor por sua administração, art. 459., importando nullidade todo o acto contrario aos artt. referidos, e recaindo o emancipado de mais a mais na tutela, art. 460.

Differença entre a Carta d'emancipação e a de supplemento de idade.

§. 24. *Multum autem differt emancipatio ab aetatis venia*, etc. Segundo o Direito Romano acabava a tutela nos varões, tendo elles 14 annos completos, e nas femeas, tendo 12; mas não podião dispôr dos bens, senão quando se achavão maiores. Os puberes, isto é, os varões, que tinhão aquella idade, e as femeas, que tinhão esta, podião contractar por si ou sem dependencia d'alguem, com tanto que fizessem a sua condição melhor; mas não podião estar, ou figurar em Juizo por si sómente, ou sem a concorrencia do curador.

Se contractando, os puberes peoravão em condição, erão restituidos facilmente, facilidade, que se lhes tornava nociva, pois que ninguem, em razão d'ella, se expunha a ter contractos com elles. Os Imperadores por isso e ao diante lhes concedêrão dispensa na maioridade, tendo os varões 20 annos completos, — *cum vicesimi anni metas impleverint*, e as femeas 18 acabados igualmente, — *cum octo et decem egressae fuerint*, devendo de mais, tanto estas como aquelles, justificar perante o Magistrado, com testemunhas fidedignas, sua capacidade, boa vida e costumes, L. 2. C. *de his, qui veniam aetatis impetraverunt, in princ.* e §. 1.

O effeito da dispensa ou supplemento de idade, *veniam aetatis*, consiste em o menor, como *sui juris*, poder administrar seus bens, contractar e obrigar-se pessoalmente por virtude d'uma tal administração, e isto sem esperança de restituição alguma, L. 1. C. *eod.* Não póde todavia hypothecar ou alienar immoveis sem auctorização do Juiz, anivelado nesta parte ao menor, em que se não dá o supplemento ou dispensa da idade, L. 3. C. *eod.*

Desta sorte em quanto ao effeito á cerca dos bens, coincidem a Carta d'emancipação e a de supplemento de idade. Differião com tudo ainda entre nós, pois não obstante a Ord. liv. 1. tit. 3. §. 7., que o A. cita, não as distinguir claramente, posteriormente a Lei de 17 de Janeiro de 1750, supposto considere umas e outras privativas do Desembargo do Paço, taxando os emolumentos pelas assignaturas diversamente, em quanto a ellas claramente assim as distingue. Parece consistir a differença, segundo as expressões da Ord. liv. 3. tit. 42. §. *inic.*, em as Cartas de graça, que dispensão na maioridade, serem passadas a favor d'Orfão na idade de 20 annos, e d'Orfãa na de 18, como vimos dispõe a Lei 2. C. cit., cujas cautelas sobre prova de capacidade no supprido ou dispensado vemos igualmente adoptadas na mesma Ord., quando para a emancipação o pai presta consentimento, sendo esta propria do filhofamilias para o isentar do poder patrio, e aquella privativa do Orfão, e como tal *sui juris*, para o isentar da tutela, e por isso essencialmente differentes em quanto aos direitos pessoaes do aggraciado.

Hoje porém, que não só o pai, mas a mãi, sendo tutora, ou o Conselho de familia, tendo o Orfão tutor estranho, habilitão com seu consentimento o menor varão na idade de 20 annos, e a femea na de 18, para obter Alvará d'emancipação do Conselho de Districto, segundo os artt. 454. 455. 456. e 457. da *Noviss. Ref. Jud.* antecedentemente apontados, cessou toda a utilidade em quanto ás Cartas de supplemento de idade, segundo nossa opinião.

Se porém o pai existe, mas se acha privado dos direitos civis em virtude da morte civil, ou banido, ou preso sem termo, cessa o poder patrio, *Cod. da Pruss.* p. 2. tit. 2. artt. 255. e 270. Se a condemnação é temporaria, ou o pai se acha demente, furioso, ou ausente, suspende-se sómente o seu poder parental; casos todos estes, em que pertence ao Juiz em Conselho de familia o emancipar o menor, tendo capacidade e idade legal, ou alias dar-lhe tutor, cit. *Cod.* art. 263. O mesmo seguimos, se o pai se achar captivo sem meios para providenciar em quanto ao filho, mas sem o fundamento neste caso da suspensão do poder patrio.

Casos, em que o pai é obrigado á emancipar o filho.

§. 25. *Filios emancipare pater cogitur quibusdam in casibus*, etc. O patrio poder tanto entre os Romanos, como segundo as nossas Leis, confere ao pai não só obrigações, mas um complexo d'utilidades, vantagens e considerações respeitosas: assim não póde elle, em regra, ser obrigado a renunciar ou prescindir, pela emancipação do filho, do patrio poder, que dá o fundamento áquellas. Mas tambem as mesmas vantagens e utilidades tem fundamento no desempenho das obrigações, que em bem immediato do filho, e mais remoto da sociedade, o poder patrio, dirigido pelas leis, põe a seu cargo, cujo fundamento cessa todas as vezes que as contravêm, abusando do seu estado para com o filho: assim, se em vez da correcção tracta o filho cruelmente, *durius*, e na mesma razão se o abandona e despreza, a Lei ult. D. *si a parent. quis manumiss. sit*, com o fundamento de que o pai é pai, e não senhor, e de que por isso o filho não é escravo, nos mostra que o Imperador Trajano obrigou o pai a emancipar; sendo de notar que alem da privação do poder patrio, que é a pena natural neste caso, o procedimento do pai, maltratando o filho, deve ainda trazer-lhe obrigações criminaes, segundo as circumstancias.

Si legatum ea conditione relictum acceperit. Entre os Romanos o poder patrio era considerado antes como um proveito do pai, do que como um encargo imposto em beneficio do filho; por isso podia o pai emancipar o filho não só antes da maioridade, mas da puberdade, e tirar qualquer lucro desta emancipação. Por isso tambem a Lei cit. pelo o A. nesta especie, que é um fragmento d'Ulpiano, decide que se o pai tiver acceitado um legado com a condição d'emancipar seu filho, sem distincção de idade, é obrigado a emancipal-o. O espirito porém da nossa legislação é outro: por elle o patrio poder tende antes ao favor do filho, que do pai; o que nos leva a distinguir especies. Se o filho não tem 20 annos acabados, e a filha 18, o pai os não póde emancipar; e por isso a condição é impossivel, e a ella se não póde sujeitar: mas se tal idade se dá completa, tanto no filho, como na fi-

lha, póde acceitar o legado, acceitação, que o constitue na obrigação d'emancipar.

Si filiis, filiabusve peccandi necessitatem imposuerit, etc. Se o pai se torna indigno deste nome, obrigando o filho ou filha a actos torpes, immoraes e criminosos, perde igualmente, por indigno, o poder patrio, além das penas, que as nossas Leis lhe comminão, e que opportunamente notaremos; para o que não é indispensavel que elle constranja o filho ou filha ao delicto, basta que seja connivente, ou que lhe não obste, podendo. A Ord. liv. 3. tit. 9. §. 4. no verso transcripto pelo A. recebeo as disposições das Leis Romanas em quanto ao perdimento involuntario do poder patrio; o que se deve entender em harmonia com as nossas Leis, como no caso do legado deixado ao pai, formando condição d'emancipar o filho ou filha, antecedentemente notado.

Se por ventura o poder patrio termina pela renuncia tacita do pai.

§. 26. Temos visto que o poder patrio ou parental acaba pela morte do pai, pelo matrimonio do filho, assim como pelo consentimento expresso d'aquelle, ou por seu delicto e abuso em quanto á pessoa, podendo accrescentar, com a parte 1.ª do §. 4. da Ord. liv. 3. tit. 9., ou em quanto aos bens do filho ou filha. Agora tracta-se neste §. a materia controversa entre os Escriptores, se o poder patrio acaba pelo consentimento tacito do pai, deduzido da sua falta de reclamação, ou do seu silencio em quanto ao filho, que sáe da casa paterna, e vai estabelecer economia distincta. O Sr. Paschoal segue a affirmativa, fundando-se em Leis Romanas e usos das Nações, e apoiando-se principalmente, em quanto áquellas, na L. 1. C. *de patr. potest.*

Os Imperadores Vero e Antonino admittirão nesta Lei a emancipação tacita, pois que na espécie, a da mái, que nomeou em testamento tutores ao filho ás vistas e com sciencia do pai, que guardou silencio, e pretendeo ao depois que o filho, não obstante a tutela, tenha permanecido sob seu poder, os Imperadores resolvêrão, que tendo elle soffrido por muito tempo, *diu*, que os

tutores nomeados administrassem os bens do filho, este se achava tacitamente emancipado, *ut patrisfamilias res ejus agi per eos.* Observa Cujacio a esta Lei, que só aos filhos emancipados, ou não sujeitos ao poder patrio, é que os tutores são dados, pois que durante a sujeição a seus pais, os filhos não carecem de tutores.

Tomando a questão no ponto, em que o A. a toma, e prescindindo por isso da opinião d'aquelles, que só admittem que o patrio poder prescreva *per longum tempus*, o que viria a realizar-se na maioridade do filho: devemos notar que, segundo a melhor e mais fundada opinião, as expressões da Lei cit. — *cum diu passus sis, ut patrisfamilias*, etc., o silencio ou falta de reclamação do pai deve verificar-se durante o prazo de dez annos, como termo commum, que as Leis Romanas, adoptão, usando da palavra *diu*, para o que se dá um bello argumento na L. 23. D. *de poenis*, a qual decide que quando *sine praefinito tempore in metallum dato, decennii tempora praefinita videntur*, opinião, que o uso deu á L. 1. C. *de patr. potest.* entre os povos, que adoptárão o Direito escripto ou Romano. Assim não resta questão em quanto a decidir o Direito Romano que o consentimento tacito do pai dá ao filho a qualidade de *sui juris*, ou extingue o poder patrio, o que o Sr. Paschoal reforça com a parte, que transcreve, da Nov. do Imperador Leão, que já antecedentemente e no mesmo sentido apontámos, a que podemos accrescentar com a mesma disposição expressa a L. 25. D. *de adoptionibus et emancipationibus.*

O Sr. Paschoal allega na parte final da nota em apoio do seu pensar os usos das Nações, até mesmo para se realizar a exempção do poder patrio promptamente, e sem dependencia de muitos dias ou annos. Com tudo a Legislação de França não acceita este meio para emancipar, L. de 21 d'Agosto de 1792, *Cod. Civil* art. 344., auctorizando sómente o filho a deixar a casa paterna para seguir as armas, tendo 18 annos completos, afóra o que, o poder patrio só acaba pela maioridade do filho, art. 372. *eod.*, ou pelo casamento, art. 476, ou pela emancipação, a qual póde ser concedida ao filho logo que tenha 15 annos, isto por declaração do pai, em sua

falta

falta pela da mãi, declaração sempre expressa, recebida pelo Juiz de Paz, com assistencia do Escrivão, art. 477.; legislação, que achamos confórme á ordem domestica, favoravel á educação dos filhos, e como tal proveitosa á moral pública e ao bem geral.

Em quanto a nós, prescindindo da legislação anterior, e das razões d'ella deduzidas pelo Jurisconsulto Lobão nas *Notas* ao A., e fundamento da sua opinião contraria á deste, temos para a rejeitar igualmente a disposição da *Nov. Ref. Jud.* nos differentes artt. antecedentemente apontados, que pelo seu silencio rejeita, em harmonia com o *Cod. Civil* de França, a emancipação fundada no tacito consentimento dos pais.

Em resultado concluimos, que a habitação, estabelecimento e economia do filho á parte, ou em separado do pai, por si só não subtrahem aquelle ao poder patrio, e que tal effeito unicamente se verifica, em regra, tendo o filho a maioridade completa, ou a idade de 25 annos perfeita, pois que esta torna *ipso jure* o filho emancipado, *Nov. Ref. Jud.* art. 453. *in pr.*, o que constitue alteração no nosso Direito antigo, que em harmonia com o Romano não dava á maioridade do filho tal virtude, assim como este a não dava ao matrimonio, no que nunca foi recebido entre nós.

Quaes sejão os empregos ou dignidades, que segundo as nossas Leis extinguem o poder patrio.

§. 27. Fecha o Sr. Paschoal este Titulo com a emancipação *ipso jure* pela dignidade ou emprego público do filho; e tomando este objecto na sua origem para melhor o avaliarmos, abre este §. dizendo-nos: *Initio nulla dignitas Romae filium liberabat a potestate parentis.*

Além da auctoridade apontada pelo A., e do testemunho, que transcreve para nos convencer de que antigamente, entre os Romanos, a dignidade ou emprego público do filho não o isentava por si do poder patrio, temos prompto desengano na *Instituta* liv. 1. tit. 12. §. 4., onde o Imperador Justiniano assevera, que nem a qualidade militar, nem a purpura de Senador, nem a

auctoridade de Consul tinhão o effeito de acabar a sujeição do filho em relação a seu pai, pois não obstante ellas, o filho, segundo a expressão da Instituta, *manet in potestate patris.*

Com tudo tal asserção não é exacta, absolutamente fallando; por quanto ainda que o Consul e o Dictador ao entrar na casa paterna fossem filhosfamilias, e nesta qualidade sujeitos ao poder patrio, os Flamines de Jupiter, isto é, os Sacerdotes especialmente consagrados a este deos, e as Vestaes ou virgens consagradas a Vesta, por sua dedicação sagrada saião da sujeição ao pai, ficando unicamente debaixo da auctoridade divina, Ulpiano tit. 10. §. 5., Aulo Gellio *Noct. Att.* liv. 1. cap. 12. Mas acabárão estas maximas com o paganismo; e em relação á extincção deste é que devemos entender nesta parte a *Instituta.*

Justiniano foi quem primeiro por uma lei, que é a ultima C. *de Consulibus*, onde se diz que os Patricios são taes, por serem pais do Imperador, isentou do poder patrio os que fossem elevados á dignidade patricia, a mais distincta entre todas, e perpetua. O mesmo Imperador ao depois na Nov. 81., distinguindo entre dignidades civis e da Igreja, estendeo o mesmo effeito aos Consules, ao Prefeito do Pretorio, ao da Cidade e ao Patrono do Fisco, ficando o Episcopado unicamente na mesma razão, em quanto a empregos ecclesiasticos.

Esta legislação levou os Interpretes e Doutores a distinguir neste sentido entre empregos e dignidades maiores e menores; mas sendo a de Bispo a unica existente entre nós, das nomeadas nas Leis Romanas, não podem estas ser-nos subsidiarias. Prescindindo pois d'ellas, o A. segue, que todos os empregos publicos, quer Ecclesiasticos, quer Civis e Militares, acabão o poder patrio em quanto aos filhos, que os occupão.

Em França segundo o *Cod. Civ.* nem uma só dignidade ou emprego publico ha, que emancipe por si o filho, porque tambem não ha emprego algum tal, que por este Codigo possa ser conferido antes da idade, em que o poder patrio acaba *ipso jure.*

Entre nós, segundo a *Nov. Ref. Jud.* art. 453., o menor não só fica emancipado, completando a idade de

vinte e cinco annos, ou casando, mas tomando ordem sacra, recebendo o gráo de Bacharel com Formatura, o de Licenciado ou de Doutor, e pela patente d'Official do Exercito e Marinha, conferida a sugeito, que tenha completos vinte e um annos de idade. Entendemos esta Lei restricta ás suas disposições expressas, pois marchamos do principio da conveniencia pública na manutenção do poder patrio na generalidade legal.

TITULO VI.

Dos direitos dos filhos para com os pais, e dos parentes entre si.

Razão d'ordem.

§. 1. TEndo antecedentemente examinado não só os direitos, mas os officios ou obrigações, que o patrio poder, por virtude das Leis, traz ao pai para com os filhos, objecto deste poder, vem a pêlo o exame dos direitos dos filhos, que tem por objecto o pai, como pessoa, em quem se dão os officios ou obrigações correlativas e correspondentes aos direitos, de que agora tractamos.

Liberorum jura quae sint, facile ex parentum officiis intelligimus. Como a todo o direito corresponde obrigação em pessoa differente, assim como tambem toda a obrigação tem em outra pessoa o direito, que lhe é correspondente, alias nem direito, nem obrigação se darião; e não sendo o direito outra cousa mais, que a faculdade para exigir o desempenho da obrigação, que lhe é correlativa, parece dar-se redundancia ou superfluidade em tractarmos especialmente dos direitos dos filhosfamilias para com seu pai, pois que tendo anteriormente examinado as obrigações deste em relação aos filhos, por ellas facilmente, *facile*, como o Sr. Paschoal se explica na primeira linha, que do seu §. trans-

crevemos, podiamos inferir quaes são os direitos dos filhos.

Ea vero diversa sunt pro illorum qualitate, etc. Certamente tal superfluidade se daria, se os direitos fossem os mesmos e identicos nos filhos todos; mas estes formão um genero composto de muitas especies, e na razão da diversidade destas está a variante nos direitos filiaes. Assim é forçoso e indispensavel descer ao exame de taes direitos, para attribuirmos a cada uma das differentes especies de filhos os differentes direitos, que lhes são proprios.

Mas nem só os filhos e descendentes formão com o seu tronco commum a familia; ella abrange ainda todos aquelles, que por differentes gerações são ligados pelo mesmo sangue entre si, com mais ou menos distancia: e como as Leis Civis com o fundamento nos vinculos naturaes, que os unem, lhes dão direitos reciprocos entre si, por occasião dos direitos dos filhos tracta o A., na 2.ª parte deste Titulo, dos direitos dos parentes, inscrevendo-o por isso — *De jure liberorum et agnatorum.*

Liberi ergo vel legitimi sunt, vel illegitimi. Mostrada a boa ordem, ou a existencia de relação proxima entre a presente e antecedente materia, visto que a necessidade de examinar os direitos dos filhos provem da variedade, que, segundo as Leis, taes direitos experimentão na razão da diversidade da especie, a que pertencem as pessoas, de cujos direitos tractamos, pessoas contrapostas aos pais: o A. enuncia no resto do seu §. 1. *hoc tit.* estas especies de filhos, para em seguida tomar conta de cada uma d'ellas, attribuindo-lhes os direitos, que lhes são proprios.

Para nos não repetirmos, e tambem para sermos fieis á ordem, diremos aqui sómente, que os filhos, os que recebêrão d'outros a existencia, e assim os gerados, contrapostos aos geradores, formão dous generos de pessoas, cujos essenciaes charateristicos são n'um a geração passiva, e n'outro a activa: um distingue-se pelo nome de filhos, o outro pelo de pais.

O genero — filhos — parte-se em duas grandes classes; a dos legitimos e illegitimos: pertencem áquella todos os filhos, que são fructo de geração innocente; a esta

todos os que resultão de geração opposta áquella, ou criminosa. Ambas estas classes elementares do genero — filhos — se compõem de differentes especies, de cada uma das quaes singularmente tractaremos, para lhe attribuirmos os direitos, que lhe são especiaes e proprios.

Quaes são os filhos legitimos.

§. 2. *Legitimi sunt, qui ex conjunctione legitima*, etc. O matrimonio é e tem sido sempre considerado entre as Nações civilizadas como a unica fonte da legitimidade dos filhos; as qualidades de marido e mulher são absolutamente indispensaveis para a geração d'um filho legitimo: *Filium eum dicimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur*, L. 6. D. *de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Com este fundamento é que o *Cod. Civ.* de França liv. 1. tit. 7. cap. 1. emprega como expressões synonymas ás de filhos legitimos as de filhos nascidos no matrimonio, *nés dans le mariage.*

Com tudo não é todo o matrimonio a fonte da legitimidade dos filhos, mas sim o válido, o que fórma vinculo entre os conjuges, e que só a morte dissolve, porque em regra só este produz effeitos sustentados pelas leis, um dos mais importantes dos quaes é a legitimidade dos filhos. Por isso o Sr. Paschoal se serve das expressões — *ex conjunctione legitima*, correspondentes por sentido contrario ás de Justiniano na *Instituta* tit. *de nuptiis*, fallando da união illegitima dos sexos: *Itaque ii; qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, ... quales sunt ii, quos mater vulgo concepit.* Até aqui temos estabelecido o character geral da classe, ou as condições ordinarias, dadas as quaes, se dá a legitimidade dos filhos: mas como esta classe recebe filhos, ao tempo da geração dos quaes se não dá nos geradores a contracção do matrimonio, estes legitimamente gerados formão a especie mais ordinaria da classe, distincta das outras duas especies, que ella ainda abrange, e que são como excepções desta. É a primeira a de filhos gerados quando os pais não tinhão contrahido matrimonio, ou nem mesmo o podião contrahir, vindo a contrahil-o ao diante válido por virtude da dispensa,

como já vimos, e se dizem legitimados por subsequente matrimonio.

É a segunda excepção, e que fórma a terceira especie de filhos legitimos, a d'aquelles, que são gerados na existencia do matrimonio dos pais, mas matrimonio nullo, que contrahido em boa fé, por isso se diz matrimonio putativo, e dá aos filhos uma legitimidade putativa, igual nos effeitos á legitimidade verdadeira, *pro vero legitimo*, como o A. diz na nota, e nós igualmente já antes havíamos notado.

Deste respeito á boa fé dos conjuges para legitimar os filhos apparecem alguns vestigios em Direito Romano; mas ao Canonico é que elle principalmente deve o seu estabelecimento e força. *Filii eorum non debent exinde sustinere jacturam, cum parentes publice, sine contradictione Ecclesiae, inter se contraxisse noscantur*, decide o Cap. *Cum inter, X. qui fil. sint leg.*; bastando a boa fé d'um dos pais, ainda que o outro saiba que o impedimento existe. Por quanto ainda que alguns antigos Glossadores dividão nesta especie o estado dos filhos, fazendo-os legitimos em quanto a um dos pais, e illegitimos em quanto ao outro, sendo absurdo que um homem seja legitimo em parte, e em outra parte bastardo, pois que o estado é indivisivel; e sendo mais justo extender ao culpado o favor devido ao innocente, que extender ao innocente a pena, que só merece o criminoso, o Cap. *Ex tenore, eod.* decide na especie d'um bigamo, que a boa fé da segunda mulher legitima os filhos do seu presumido marido ainda para succederem ao pai, que em má fé tinha contrahido matrimonio.

Et legitimo tempore nascuntur. Examinada a primeira condição, que o nosso Direito requer para serem reputados legitimos os filhos, isto é, que elles resultassem de geração por pais válidamente casados ao tempo d'ella, ou que depois d'ella contrahírão matrimonio válido, ou em fim que proviessem de geração operada por pais durante a boa fé, por ignorarem a existencia do impedimento do matrimonio, que licita e effectivamente contrahírão: nota o Sr. Paschoal outra condição nas expressões transcriptas para os filhos serem legitimos, que deve dar-se simultanea e concorrente com a já examinada, e

consiste em elles nascerem, ou terem existencia fóra do ventre materno dentro do tempo legitimo, *legitimo tempore*.

Para observarmos exactidão neste ponto, é mister examinar o tempo legitimo do nascimento do filho, 1.° em relação ao nascido com proximidade ao tempo da contracção do matrimonio; 2.° em quanto ao concebido e nascido durante a existencia do matrimonio; 3.° em fim com respeito ao nascido depois da dissolução do vinculo conjugal.

Na primeira hypothese cabe a primeira das duas ultimas advertencias do A. no seu §. 2. *hoc tit.*, pelos termos — *septimo mense partus legitimus nascitur*. Fixado exacta e precisamente o dia do nascimento do filho, e bem assim o da contracção do matrimonio, se o tempo intermedio abrange seis para sete mezes, o filho é por Direito legitimo, pois que um filho póde viver, entrando no septimo mez da sua concepção. — *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse*, L. 12. D. *de stat. hom.*

Muitos, a cujo numero parece pertencer o A., segundo a frase, que adopta, entendem que esta Lei requer o septimo mez não iniciado, mas acabado ou pleno, isto porque o Jurisconsulto Paulo, a quem a mesma Lei deve origem, declara o septimo mez acabado, liv. 4. *sentent.* tit. 9. §. 5.: — *Septimo mense natus matri prodest . . . . . ut aut septimo mense pleno, aut decimo mense partus maturior videatur;* e tambem porque adoptando a Lei expressamente a opinião d'Hippocrates, — *propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis*, este exige sete mezes acabados, ou perfeitos.

Com tudo por uma parte a ambiguidade da Lei, que temos presente, acha clara explicação na 3.ª §. 12. D. *de suis et legit. heredib.*, Lei esta tirada dos escriptos d'Ulpiano, que fundado na opinião do mesmo Hippocrates, dá por legitimo tempo o septimo mez iniciado: — *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum.* Por outra parte as sentenças

de Paulo não tem um character tão authentico, que nos possão servir de base segura para ratificar o texto da Lei, em quanto ao qual versa a dúvida, pois ninguem ignora que Aniano, transmittindo estas sentenças, as mutilou a seu gosto, não hesitando por isso Noodt sobre o Digesto liv. 1. tit. 6., edição de 1716, pag. 40 e 41, em asseverar, que o lugar transcripto de Paulo deve ler-se — *aut septimo, aut pleno decimo mense;* não havendo cousa mais facil, do que alterarem até involuntariamente os Editores o lugar d'uma palavra visinha, assim como o d'uma virgula. Por fim accresce que Hippocrates no seu Tractado *de septimestri partu* se declara formalmente pelo septimo mez começado, sem se conhecer alguma outra obra, em que elle ensine o contrario. E supposto criticos modernos pensem que o livro *de septimestri partu* não pertence a Hippocrates, sem entrarmos nos fundamentos desta opinião, basta saber que tal escripto lhe foi geralmente attribuido no tempo do Imperador Antonino, e no em que Paulo e Ulpiano redigirão as obras, donde estas leis forão extrahidas. E tanto isto foi assim, que Galleno, o mais sabio Medico do Imperio, que gozou da confiança de Marco Aurelio e de Lucio Vero, successores d'Antonino, commentou como d'Hippocrates este escripto, e confirma a mesma decisão de ser legitimo o tempo, « *quod centesimo et octogesimo secundo post conceptum die et quindecim horis reperiatur, cum nulla citra hoc, omnes ultra parere reperiantur.* »

Este tempo legitimo estabelecido nas Leis Romanas tem por origem a opinião d'um Medico, Hippocrates; por isso entendemos que ellas tem tanta auctoridade, como a opinião, que adoptárão, a qual é fortemente combatida pelos homens da arte, e os mais habeis, auxiliados com observações, e com os progressos da Physiologia, sciencia, que apenas estava no berço no tempo do mesmo Hippocrates. Hoje não se reputa espantoso, que uma mulher tenha um parto vital no sexto mez depois da concepção. Pomeróle *Traité des erreurs vulgaires de la Médicine*, referindo-se a Valesio, que diz auctor digno de fé, conta ter existido vigorosa na idade de 12 annos, em que foi observada, uma rapariga nascida aos cinco mezes. Schenechio no seu livro *de observationibus medicis*

raris et novis refere cinco exemplos de partos vitaes do mesmo tempo. Accaranza, Fabrot, Claudio Giardino referem infinitos nascimentos neste periodo.

Bourlon, optimo parteiro Inglez, diz que os filhos de seis mezes entre a concepção e o parto raras vezes se conservão, mas que podem viver, applicando-lhes cuidado. O Doutor Petit n'uma consulta assignada por vinte e dous medicos diz o mesmo, sendo notaveis as seguintes exprssões, que n'ella se achão a pag. 15. §. 3. «Não ha uma unica funcção na economia animal, que se execute em todos os individuos em um espaço de tempo rigorosamente determinado; o que destroe todas as consequencias, que se tem querido tirar da pretendida conformidade nas leis fysicas da natureza.»

Em resultado pois as leis nesta parte regulão o tempo, attendendo ao mais commum, sem que estabeleção uma presumpção *juris et de jure* contra a legitimidade do parto anticipado. O contrario importaria o mesmo absurdo, que se daria, se ellas mandassem que os pais tivessem todos a mesma idade, a mesma força e saude, e as mãis o mesmo temperamento, vigor, indisposições, habitos e maneira de viver.

Passamos a examinar a materia da legitimidade na segunda relação, ou em quanto aos filhos gerados e nascidos durante, ou na constancia do matrimonio; aos quaes se applica com toda a sua força a regra — *Pater est, quem nuptiae demonstrant.* Esta regra porém ou maxima geral constitue uma grave presumpção, mas cuja prova não passa de verosimil, e nem sempre é verdadeira; isto é, tambem não fórma presumpção *juris et de jure*, que exclua toda a prova contraria á legitimidade de taes filhos.

Que ella é uma presumpção da lei, *juris*, não se póde duvidar, pois que a lei presume, e com razão, o que é mais ordinario; mas não é certo que a lei lhe dê o character de necessaria, infallivel e indubitavel. Todo o tit. *de agnoscendis liberis* no Digesto abunda em sentenças neste sentido; e os Jurisconsultos reconhecem, que apezar desta presumpção ser favoravel aos filhos, o pai é sempre recebido em Juizo para os desapprovar, podendo mostrar por provas certas, que são devedores

de existencia ao crime de sua mãi; e tanto, que ainda que o marido não negue a paternidade expressa e immediatamente, é sim obrigado a alimentar provisoriamente o filho, mas neste mesmo tempo elle póde contestar-lhe a qualidade de legitimo: *Si, uxore denuntiante se praegnantem, maritus non negaverit..... natum cogitur omnimodo alere, caeterum recusare poterit filium*, L. 1. §§. 14. e 15. D. cit. tit.

Mas que provas poderáõ aproveitar ao marido para tal fim? A presumpção capaz de destruir outra, que é formada pela lei, só póde ser formada igualmente pela lei, fundada sobre razão infallivel, reconhecida como tal expressamente em Direito, e que faça assim cessar a outra anteriormente formada, como prova ordinaria d'um facto, que neste caso é a paternidade; — *Pater est, quem nuptiae demonstrant.*

Cùm tamen omnis praesumptio cedat veritati, etc. Nesta parte média do seu §. o Sr. Paschoal nos aponta as excepções a esta regra, e são as duas unicas, que se achão nas Leis, ambas fundadas na impossibilidade absoluta e certa de admittir a presumpção affirmativa estabelecida na regra: e são a ausencia do marido, ou a sua impotencia, não obstante nesta especie a continuação da convivencia dos conjuges. Fóra d'uma ou d'outra destas duas excepções, o marido para tal fim não é recebido em Juizo, como tambem expressamente declara a L. 6. D. *de his, qui sui vel alieni juris sunt: — Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum.*

Com tudo nem toda a ausencia marital é bastante, mas necessita dos seguintes characteres: 1.° Deve ser longa, como a ultimamente cit. Lei estabelece, exemplificando a especie. 2.° Deve ser certa, pois em dúvida tem a mãi a seu favor a presumpção da innocencia, que tem de mais o ser proveitosa ao filho, como pensa Innocencio III. no Cap. *Ex tenore, qui fil. sint legit. — in favorem prolis potius inclinamus.* 3.° Deve finalmente a ausencia ser contínua, pois só assim torna impossivel a geração indicada pelas nupcias.

Dá-se nesta relação uma especie d'ausencia, que

não consiste na distancia dos lugares, mas na dos espiritos e vontades, a qual em Direito produz os mesmos effeitos, que a ausencia propriamente dita com os characteres notados; e é a separação judicial *quoad torum* nos conjuges, á qual se não seguio reconciliação, não se provando visita ou accesso entre elles.

Pelo que respeita á impotencia marital, para ella fazer cessar a presumpção *juris* em quanto á paternidade (diz Lebrun), é necessario que a doença seja tal, que produza uma impossibilidade fysica e moral; ao contrario presume-se pela honra da mulher, e que a natureza fez um esforço no marido sobre a sua enfermidade.

A impotencia deve ser provada juridicamente, e como isto não é possivel depois da morte do marido, os herdeiros não podem attacar com tal fundamento a legitimidade do filho. *Diccion.* de Brillon, palavra *Impuissant.* E como nada ha mais equivoco, do que os signaes da impotencia, é mais conveniente e justo decidir na dúvida a favor da honra da mãi e estado do filho; e por isso é que o *Cod. Civil* de França prohibe ao marido allegar impotencia natural para impugnar a legitimidade do filho, art. 313., ainda que admitte o fundamento da impotencia accidental, art. 312.

Et tales jure habentur, licet pater, materve filium suum esse neget. Notadas as duas excepções, a que cede a regra — *Pater est, quem nuptiae demonstrant,* vejamos se tambem a declaração, ou do pai ou da mãi, que o matrimonio os presume taes, sendo negativa da paternidade, tira ao filho a qualidade de legitimo.

Entre os Gregos a veneração, em que os sagrados nomes de pai e mãi erão tidos, e a ternura, que a natureza inspira aos pais para com os filhos, fizerão com que a mãi principalmente fosse á arbitra da sorte e estado destes, devendo o Juiz por sentença confirmar a sua declaração em quanto a elles. Os Legisladores Romanos, ou mais sabios ou mais instruidos pela experiencia dos seculos, estabelecêrão o contrario, pois que reputando o reconhecimento do pai um grande soccorro para tornar seguro o estado de seu filho, — *Grande praejudicium adfert pro filio confessio patris,* L. 1. §. 12. *in fin.* D. *de*

agnoscendis liberis, em outras Leis desprezárão a declaração da mãi contra a legitimidade do filho, rescrevendo os Imperadores, que não obstante tal declaração, a verdade conservava todos os seus direitos, — *veritati locum superfore*, L. 29. §. 1. D. *de probationibus;* o que mais positivamente se decide tanto em quanto á declaração d'um dos pais, como á d'ambos elles concordes, na L. 14. C. *eod.* — *Non nudis adseverationibus, nec cmentita professione* (licet utrique consentiant), *sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filii civili jure patri constituuntur*, onde se vê claramente adoptada a conservação da maxima geral — *Pater est, quem nuptiae demonstrant* para prova da filiação, desprezadas as declarações dos pais a tal respeito, apezar de serem nellas coincidentes, — *licet utrique consentiant.* Do que se afastou Alexandre III. no Cap. 3. *qui fil. sint legit.*, que o A. cita na nota, decidindo, que em tal caso se deve estar pela declaração d'ambos os conjuges, — *in tali casu standum est verbo viri et mulieris*, quando o contrario se não mostre por indicios certos e testemunhas, — *nisi certis indiciis et testibus constiterit.* No que, segundo o nosso entender, estabelece fonte de litigios; pois que, dando força aos indicios certos para vencerem a declaração contraria dos pais ambos, rejeita o mais certo possivel dos indicios neste caso, que é a permanencia e conservação do filho na casa dos pais, que o desapprovão, circumstancia expressa na especie do Cap., a qual era não só o mais certo dos indicios, mas dava ao filho a quasi posse da filiação, um dos fundamentos mais seguros da legitimidade da geração e nascimento.

Achamos por isso mais fundada a generalidade da Legislação Romana, desprezando a declaração negativa, tanto da mãi, como do pai, e ainda mesmo a d'ambos, apezar d'alguns Praxistas darem peso á ultima, e d'alguns até o darem á do pai exclusivamente, principalmente quando feita nas proximidades da morte, circumstancia, que é por outros desprezada. Bartolo e Menochio censurão a ignorancia de dous Principes da Italia, que renunciárão seus Estados, porque a mãi ao morrer declarou não serem filhos de seu marido.

Etiamsi mater sit adultera. Ainda a regra geral não

pedece no caso, em que a mãi é adultera. Supposto possa acontecer, que um filho concebido na constancia do matrimonio não deva a vida senão ao crime de sua mãi, todavia, como tambem é possivel, que elle a deva á união da mulher com seu marido, presume-se sempre pela legitimidade durante a cohabitação dos conjuges. Não basta pois provar a infidelidade da mulher, para se concluir que o filho é illegitimo: *Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat; cum possit et illa adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse*, L. 11. §. 9. D. *ad Legem Juliam de adulteriis*.

E na verdade quem ousaria n'um caso tal fixar a epocha da concepção, e asseverar que o marido não gozou das traidoras caricias da mulher ao mesmo tempo em que ella se não envergonhou de as repartir com um estranho? Não é possivel attribuir com certeza neste ponto a geração a um dos dous; dá-se aqui um segredo impenetravel, uma superioridade da natureza aos raciocinios dos homens, aos quaes só cabe ficar na dúvida; mas nesta, a equidade se inclina em favor da legitimidade do filho innocente, equidade, que a lei adopta: — *in favorem prolis potius inclinandum*.

Secus post decem menses mortis natus. Examinemos finalmente a materia da legitimidade, em relação aos filhos nascidos depois da dissolução do matrimonio pela morte do marido. É certo que para resolver neste caso é mister descobrir, se a concepção foi anterior, ou posterior á morte do pai, que as nupcias indicavão: mas que guia para isso, senão o tempo do nascimento? E quaes são os limites deste tempo?

Muitos, e talvez mais de cem, são os tractados Physiologicos sobre a possibilidade, existencia e causas dos nascimentos demorados ou tardios, que tem sahido á luz; mas é a todos preferido o publicado em 1766 por Mr. Petit, Decano da Faculdade de Medicina em Paris.

Eis como este A. estabelece a questão: « O termo do parto, na especie humana, póde estender-se ou prolongar-se ao undecimo ou duodecimo mez pleno, e mesmo a mais tempo? »

Ainda que, diz elle, os filhos nasção ordinariamente aos nove mezes depois da sua concepção, todavia sin-

guem duvida que o nascimento umas vezes se antecipa, e outras se retarda, pois ninguem ousa duvidar de factos, cuja realidade se lhe mostra aos olhos, ou lhe é attestada do modo mais convincente, sem que haja pessoa, que não esteja, se não em ambas, pelo menos em uma ou outra destas duas circumstancias, nem mulher que por si, ou pelas outras, com quem tracta, ignore que o termo de nove mezes, com que contão, as engana muitas vezes em seus calculos. Daqui nasce a opinião geral sobre a incerteza dos limites do tempo dos nascimentos, e o crédito, que em toda a parte se dá aos prematuros ou tardios.

Esta opinião geral, continúa o mesmo A., tem fundamento inabalavel nos escriptos dos Naturalistas e Physicos, a quem pertence investigar as causas de taes effeitos. Aqui refere elle em longa serie Escriptores em Medicina, e são Heister, Lamoth, Trucy, Thomas Bartholino, Lebas, e além d'outros mais Dulignac, referindo observações de nascimentos de 13, 14, 16 e mais mezes completos ou encetados, concluindo Dulignac: « Deve-se deixar aos Mestres da arte o cuidado d'explicar, se isto lhes é possivel, fenomenos tão variados; e se não podem explical-os, ninguem ouse negar os factos, que será isso extender o pyrrhonismo ao excesso mais ridiculo, pois que todas as conhecidas Faculdades de Medicina os confessão e reconhecem verdadeiros. » Donde M. Petit conclue, que o nascimento póde prolongar-se ao undecimo ou duodecimo mez pleno depois da concepção, e para mais adiante ainda.

Estará a Legislação porém em acordo, ou em contradicção com a marcha da natureza nesta parte?

A Lei das 12 Taboas declarava illegitimos todos os filhos nascidos passado o decimo mez depois da dissolução do matrimonio. — *Quoniam Decemviri in decimo mense gigni hominem, non in undecimo, scripsissent*, — Aulo Gellio *Noct. Atticar.* liv. 3. cap. 16. O mesmo decide a L. 3. §. 11. D. *de suis et legitimis heredib.*: — *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*

O Imperador Adriano fez baixar um Edicto, em que, conformando-se com os Medicos e Fysicos, declarou

possivel o nascimento no undecimo mez depois da concepção, e em consequencia legitimo o filho nascido neste mez depois da morte do marido. Não se encontra este Edicto na collecção de Justiniano; mas consta-nos por Aulo Gellio, que no lugar ultimamente citado assim se exprime: — *Quoniam Decemviri in decimo mense gigni hominem, non in undecimo scripsissent, sed divum Adrianum postea, causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse, idque ipsum hujus rei decretum nos legimus: in hoc decreto Adrianus se statuere dicit, sequisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.*

O Imperador Justiniano parece ter seguido esta decisão d'Adriano, porque na Nov. 39. cap. 2. não se determina n'uma especie particular contra a legitimidade do filho nascido depois da morte do marido, senão porque tal nascimento tinha acontecido, não no undecimo, mas sim no duodecimo mez depois da morte d'aquelle: *Nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto, peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus; neque enim in tantum conceptionis extensum est .....*; termos estes, que parecem fazer entender, que Justiniano tinha na mente, que era legitimo o filho nascido no undecimo mez imperfeito depois da morte do marido.

Deste modo a mesma Legislação Romana não é tão certa, como o Sr. Paschoal decide na ultima linha do seu §., pois abstrahindo mesmo do Edicto d'Adriano, por não andar colligido, temos a Nov. citada, que a torna vacillante. Demais esta questão depende inteiramente da natureza e das suas operações; é impossivel o regulal-a por leis, leis dos homens, das quaes a natureza escarnece, e leis romanas, estrangeiras para outros povos, com outros habitos, outras constituições fysicas, e que vivem n'outros climas; e todos sabem que os habitos, constituições e climas são os variados e mais geraes influentes na anticipação, ou tardança dos nascimentos. Se a natureza, a quem exclusivamente pertence o direito para estabelecer um termo aos nascimentos, não tem querido estabelecel-o, quer em relação ao mundo, quer em relação a cada povo, como podem as leis humanas

fixar ou estabelecer esse termo? Ou como podem os termos, ousada e temerariamente estabelecidos no *Codigo Civil* de França e no da Prussia, ser termos para o parto das mulheres Portuguezas? Por esta razão é que não mencionamos as disposições destes Codigos sobre a materia sujeita, como improprias para differentes climas, temperamentos e habitos.

Antes porém de concluirmos, devemos manifestar, que alguma largueza empregámos no exame da legitimidade dos filhos, considerados na primeira e terceira relação, como fica explicado; isto por obediencia á resolução do sabio Conselho da nossa Faculdade, que, esperançado na approvação do Poder Legislativo, nos acaba d'encarregar da applicação da sciencia Medico-Legal ás disposições civis e criminaes de nossas Leis, em que ella tem cabimento. Assim, harmonizando o que esta sciencia nos mostra, com as disposições legislativas, concluimos emittindo a nossa opinião do modo seguinte.

Dado o termo de dez mezes como o mais longo depois da morte do marido, para legitimar como postumo o filho, quando na mãi não occorrem extraordinarios accidentes, não se póde estabelecer nestas materias, que são todas conjecturaes, regra mais segura, do que declarar illegitimos todos os filhos nascidos durante o undecimo mez depois da morte do marido, menos que circumstancias particulares não formem presumpções violentas em favor da viuva, dando lugar a accreditar que sua gravidez foi mais longa que as ordinarias, entrando em taes circumstancias com muita especialidade a sua conducta recatada e honesta. Assim pensamos, convencidos de que só as circumstancias do facto podem nesta questão fixar nossa incerteza, que o sentir dos Physiologistas e Medicos muito nos faz augmentar. Não os seguimos em tudo, pois que gravissimos inconvenientes se darião em reconhecer por legitimos todos os filhos, nascidos no undecimo e duodecimo mez depois da morte do marido, sem que no facto ou acontecimento se dêem circumstancias especiaes, que nos determinem a suppôr bem da viuva.

Por força dos mesmos principios, se a viuva abraçar segundas nupcias, e o filho nascer dentro dos dez mezes immediatos

immediatos á morte do primeiro, o filho suppõe-se deste; alias é pai o segundo marido da mãi.

A maternidade dá tambem fundamento para disputar ao filho a qualidade de legitimo, impugnando-se com o principio de que não é elle o filho verdadeiro, que resultou do matrimonio, ou porque este morreo, ou porque lhe foi outro substituido. Examinaremos esta materia tractando do delicto, que se diz crime de *parto supposto*.

Matrimonium vero probatur, etc. Nada mais nos resta que ponderar em quanto ao §., em que estamos, e nota correspondente, senão o que esta mostra no lugar marcado pelas palavras transcriptas, onde o Sr. Paschoal repete o que em outra parte nos disse em quanto á prova do matrimonio.

Como o matrimonio é o fundamento da legitimidade do filho, ou elle seja verdadeiro ou putativo, mas anterior á concepção, ou seja subsequente a ella, mas verdadeiro, é certo que o filho sustenta a sua legitimidade, provando o matrimonio dos pais, cuja prova nós aqui não repetimos, notando sómente que a prova testemunhal só tem lugar subsidiariamente, e em razão de descaminho do livro dos matrimonios, donde se deve extrahir pelo Parocho a certidão, prova principal da contracção do sacramento, segundo o Concilio de Trento, recebido entre nós. Além disto o filho tambem para este effeito é soccorrido pela certidão do seu baptismo, onde os pais são referidos, assim como pela quasi posse da filiação, se tem como filho vivido na casa paterna, e merecido na mesma qualidade os cuidados parentaes.

Direitos dos filhos legitimos.

§. 5. *Legitimi . . . . . vel filiifamilias sunt, vel emancipati*, etc. Visto que a classe dos filhos legitimos se fórma das especies — legitimos propriamente ditos, — legitimados por subsequente matrimonio, — e provenientes das nupcias, em quanto persiste á cerca d'ellas a boa fé dos conjuges putativos, — temos neste §. esta classe composta das tres especies notadas, partida em duas classes menores, e vem a ser dos filhos legitimos nas tres espe-

cies, ainda sujeitos ao poder patrio, e a de filhos legitimos nas mesmas, já livres deste poder, isto é, *emancipati vel sui juris*, e como taes, pais de familias civilmente considerados, ainda que filhos nos limites proprios da natureza. A divisão dos filhos legitimos em emancipados, e sujeitos ao poder patrio, por evidente, repelle demonstração.

Legitimi vel filiifamilias, vel emancipati, pluribus juribus fruuntur, etc. Uns e outros, os emancipados ou *sui juris*, e os não emancipados ou *sub patria potestate*, tem muitos direitos, que lhes são communs como filhos; outros direitos porém são proprios d'uma, e por isso não abrangem as classes ambas dos legitimos. Falla o A. neste §. primeiramente dos direitos, que a ambas as classes são communs, tanto politicos, como civis, incluindo-se nestes os familiares, que supposto tenhão origem na natureza, são sustentados pela legislação positiva.

Em quanto aos politicos, uns e outros dos filhos, em que o nosso Direito requeria a idade de 25 annos, idade, que hoje, como vimos, por si mesma emancipa, são habeis para os empregos e cargos públicos, qualidade, que os não isenta da obrigação de casarem dentro d'um anno depois de providos, Ord. liv. 1. tit. 94. *pr.* e §. 1. Esta idade é exigida nesta relação pelo espirito da nossa legislação mais recente; pois, como temos visto, o menor de 25 annos ainda hoje não tem a plena administração de bens: logo a coherencia legislativa por força de maior razão exige esta idade completa para o provimento nos cargos públicos em regra. Em quanto á clausula do casamento *intra annum*, imposta pela Ord. cit. aos que tem emprego público, e talvez contradictoria com a independencia, fim da lei, não se tem observado, achando-se tal condição antiquada: todavia não nos parece ridicula, mas antes digna d'observancia em favor do matrimonio, por muitas razões vantajoso ao Estado. Outro direito, que antigamente participava de politico, pois que alguns cargos tinhão habilitação na nobreza, pertence aos filhos, quer emancipados, quer não, pois lhes é ella transmittida por seus pais, Ord. liv. 5. tit. 92. §. *inic.* no verso — *e dos que d'elles descendem.*

Et in eorum bona tam in testamento, quam ab in-

testato, etc. Como os pais dão existencia aos filhos, a equidade e a justiça lhes encarregão a conservação da mesma pelos meios de subsistencia: por isso os filhos legitimos, quer emancipados, quer não, succedem por testamento aos pais; e tanto, que se estes preterirem sem causa legitima e expressa o filho, dispondo *mortis causa*, seu testamento é nullo, Ord. liv. 4. tit. 82. §§. 1. e 2. Desta sorte são os filhos legitimos, abstrahindo da circumstancia de emancipados, herdeiros seus ou necessarios dos pais, cuja qualidade conservão, para lhes succederem na falta de testamento, com reciprocidade dos pais aos filhos, que morrem sem descendentes, Ord. do mesmo liv. tit. 91.

Competit querela contra testamentum inofficiosum, et inofficiosas donationes. Por Lei das 12 Taboas, como temos algumas vezes notado, o testamento do pai em todos os seus objectos obrigava como lei, *ita jus esto*: assim podia elle desprezar o filho, e dispôr em utilidade de estranhos. Ao diante foi a equidade attendida, enfreando-se indirectamente nesta parte o até ahi solto arbitrio paterno, sendo este reputado proveniente de desarranjo mental, no qual se fundava a querela ou queixa, concedida ao filho para arguir de inofficioso o testamento a seu respeito, e fazel-o assim cair, não por falta de poder no pai, mas por falta de capacidade moral para usar do poder, pois que tambem outra Lei das 12 Taboas requeria no testador a qualidade *sanae mentis*.

Entre nós talvez será nimia affectação romana, e escrupulo excessivo dar-se o nome de querela ao recurso do filho contra o testamento do pai; e até, segundo os nossos costumes, a arguição de demencia tem um tanto d'injurioso. Assim se o filho é preterido pelo pai ou mãi sem causa justa e expressa, tem a acção de nullidade; e se a causa é expressa, mas falsamente allegada, parece proceder a acção civil de falsidade, para em consequencia se tornar nulla a instituição, e valer o testamento unicamente em respeito aos legados dentro das forças da terça, de que o pai em todo o caso póde dispôr livremente, Nov. 115., Ord. cit. do liv. 4. tit. 82. §§. 1. e 2. Procede o mesmo direito nestes filhos em quanto ás doações excessivas da terça, ou que lhes enfraque-

cem as legitimas, Ord. do mesmo liv. tit. 97. §. 3., que fallando da doação feita a um dos filhos, que é lesiva aos outros, por força de razão mais forte comprehende a que é feita a estranhos. Uns e outros destes filhos tem acção para pedir ao pai alimentos, pois já vimos terem os pais obrigação de educar; assim como, delegada a paternidade, tem direito para o pai os approvar como nascidos do matrimonio, citadas Ordd.; e em regra tem os filhos acção, ou sejão emancipados, ou não, para exigirem dos pais o desempenho das obrigações, que segundo as leis onerão o poder patrio; mas antes da citação devem impetrar venia do Magistrado para ella, como differentes vezes temos notado, Ord. liv. 3. tit. 9. §§. 1. e 2.

Emancipandos. Vimos antecedentemente que segundo as nossas leis, em harmonia com as Romanas, se dão causas, em virtude das quaes o pai é obrigado a emancipar seu filho. Assim é evidente que a esta obrigação corresponde no filho direito a ser emancipado, e com acção para obter o cumprimento da paterna obrigação. É evidente tambem, que este direito é especial e proprio do filho *sub patria potestate*, ou ainda não emancipado; e que por isso, segundo a redacção pelo A. observada no §., se acha mal collocado a par de direitos communs a todos os filhos legitimos.

Emancipatus tamen, etc. Conclue o §. com os direitos proprios dos filhos emancipados. Tem elles a livre administração de seus bens, figurão em juizo e fóra d'elle, respondem por si, independentes dos pais, podem doar e testar, sem que os pais tenhão usufructo ou em todo, ou em parte do patrimonio de taes filhos, o que é tudo pelo contrario nos não emancipados, como já vimos, e é disposto nos lugares apontados da nossa Ord. Mas cumpre advertir que para serem estes os direitos do filho emancipado, é indispensavel que elle seja maior de vinte e cinco annos, alias os seus direitos tem as limitações da *Noviss. Ref. Jud.* art. 458. e seg., que nós já observámos.

Na nota a este §. adverte-nos o A., que a materia das successões dos filhos nos bens dos pais, e que requerem desenvolvimento mais profundo, ficão para o seguinte livro, cujo objecto é o direito das cousas; e que

neste lugar, depois da já desempenhada indicação dos direitos principaes dos filhos, nos occuparemos com o seu direito de succeder na nobreza gentilicia, e bem assim com as disposições legaes sobre alimentos. Mas antes o A. nos instrue sobre a classe de filhos distincta da antecedente, ou a dos filhos illegitimos, para igualmente vermos seus direitos sobre nobreza e alimentos em quanto aos pais, ficando tambem reservado o seu direito em quanto ás successões.

Quaes são os filhos, que se dizem bastardos.

§. 4. *Filii illegitimi bastardi vocantur*, etc. Em outro lugar dissemos a origem da palavra *filius*. Os filhos no primeiro periodo da existencia se dizem — infantes — com o mesmo vocabulo da lingua Latina, e que lhe cabe, porque no principio desta epocha o infante *non fatur*, isto é, não tem uso da palavra, não se explica, não falla. Os illegitimos, desde a meia idade, como o Sr. Paschoal nos adverte, forão genericamente chamados *bastardos*, nome, que se accredita formado da palavra *Bas*, inferior, e *Ard*, origem, designando assim o que é da origem inferior, isto é, o nascido d'uma união illicita. Por isso é applicavel a todos os illegitimos nas suas differentes especies, marcadas pelo Direito Positivo, pois segundo as Leis Naturaes a condição dos filhos illegitimos é a mesma e uma só, embora para os pais a geração seja, em quanto a uns, mais criminosa, que em quanto a outros. Com tudo este termo, tanto na linguagem commum, como na juridica ou usada pelas nossas Leis, como se vê das apontadas na nota, conserva a amplitude da sua origem, e não exclue especie alguma d'illegitimos; o mesmo é entre os Francezes, onde conserva um som quasi o mesmo, ou similhante, — *bâtard*, indicando igualmente classe nas especies de naturaes, adulterinos, incestuosos, sacrilegos e vulgares.

Dos bastardos dos Reis.

§. 5. Os filhos illegitimos dos nossos Reis tem gozado de nobreza igual á dos legitimos: ainda que não

succedem na Corôa, usão do tractamento de Dom, o que a nenhum outro bastardo é concedido, Ord. liv. 5. tit. 92. §. 7. Durante o Governo absoluto, uma vez reconhecidos pelo pai ou irmão no exercicio do Poder Soberano, não precisavão de Carta de legitimação, pois que tal reconhecimento importa o mesmo, que uma dispensa nas Leis; o que hoje não póde ter lugar, e se achão anivelados aos outros em respeito ás leis geraes das successões.

Dos filhos bastardos dos cidadãos.

§. 6. *Bastardi ex privatis hominibus progeniti*, etc. Depois dos bastardos, filhos dos nossos Reis, falla o Sr. Paschoal neste §. dos mesmos, mas gerados por particulares ou cidadãos.

A natureza olha todos os filhos sem differença, pois não condemna á humiliação, desprezo, indigencia e infamia aquelle, que nenhuma parte teve n'um acto, por mais abominavel que seja. Não toléra ella a idêa de se darem soffrimentos nos filhos em razão dos crimes exclusivos dos pais, nem admitte que a impureza da geração, em que só estes tiverão parte, lhes confira privilegio, ou dispensa nos deveres de educar, e segurar a subsistencia dos filhos segundo a sua condição, fóra do caso, em que estes lhes são ingratos. Com tudo a sociedade civil, confórme á natureza, e que esta approva, pede a repressão das paixões; pede por isso a pureza dos costumes, e em consequencia o favor e protecção dos matrimonios; e na conciliação do bem dos filhos com os bons costumes estão os votos da natureza, conciliação, que tem sido uma das difficuldades das Leis, e occasião de grandes erros para os Legisladores.

Segundo Tacito refere, a esmerada castidade dos Germanos, e a sua idolatria cega em favor do matrimonio produzio o excesso de negarem familia aos bastardos, tornando-os mais que estrangeiros dentro do seu proprio paiz. O seu apparecimento ante os pais continha para estes a exprobração d'um delicto, mas cujos effeitos recaião sómente nos filhos, que aquelles por um crime unicamente seu, a geração, tinhão precipitado na infamia. Na França ainda no tempo de S. Luiz, como se

deprehende do cap. 97. do liv. 1. dos seus *Estabelecimentos*, os bastardos tinhão condição servil, sendo os barões e senhores das terras, em que vivião, os herdeiros, que lhes succedião nos bens, que tinhão adquirido durante a vida, o que parece só foi algum tanto emendado por Carlos 6.° na Carta patente de 5 de Setembro de 1386, até que em fim as Leis de 4 de Junho de 1793 e 12 do *Brumario* do an. 2. igualárão perfeitamente os bastardos, reconhecidos pelos pais, aos filhos nascidos no matrimonio, passando assim ao outro extremo vicioso, que o *Cod. Civil* procurou emendar nos artt. 756. até 766. inclus.

Mas tractamos dos bastardos entre nós, ou dos filhos illegitimos dos cidadãos Portuguezes, em relação á successão na nobreza gentilicia e direitos aos alimentos, reservando-nos com o A. para em outro lugar os considerarmos em quanto ás successões nos bens dos pais, onde sómente podemos concluir sobre as conveniencias, ou inconveniencias da nossa legislação neste assumpto.

Quamvis spurii et nothi vix a legitimis differunt, etc. Em quanto á successão na nobreza, diz o A., que os bastardos muito pouco differem dos filhos legitimos dos cidadãos, *nam infames non sunt*. Sendo a nobreza, como vimos, *cognita virtus*, ou o juizo do Soberano sobre a dignidade para a boa e pública opinião; e sendo a infamia a privação da estimação em consequencia d'algum facto torpe ou criminoso; se a inferioridade da origem ou bastardia trouxesse a infamia ao em que tal qualidade se dá, é claro que o bastardo não succederia na nobreza, pois implica e repugna o ser infame com ser nobre. Mas segundo as nossas leis não são infames os bastardos; e seria a maior iniquidade, se nesta parte um delicto, que não é seu, tão barbaramente lhe trouxesse o perdimento do maior dos bens, a estima pública, com cuja privação até attentarião contra o bem público, pois que não sendo, infelizmente, a educação destes filhos a que dá aos pais mais cuidado, a infamia, não tendo elles que perder a estimação, os habilitaria para os delictos ou crimes.

A infamia ou é de feito, ou de Direito: provém a primeira de factos, costumes ou vicios, que na opinião

pública, ou entre as pessoas de probidade são reputados torpes: e taes são os fallidos de má fé, e os ebriosos por habito, Per. e Sous. not. 480.

A infamia de Direito provém da lei, ou immediatamente pelo facto, ou por precedente sentença condemnatoria. Estão no primeiro caso os que exercem o *lenocinio*, ainda que a mulher não seja a propria, nem filha, nem parenta, com tanto que ella seja mulher honesta, Hein. tom. 1. §. 401.; as meretrizes, Hein. *eod.* §. 403.; os que injurião os Professores de Direito, e pessoas, que se dedicão ao ensino da Jurisprudencia, *eod.* §. 404.; os Advogados, que fazem pacto de *quota litis*, *eod.* §. 404.

Tem lugar a infamia por sentença no caso de furto ou roubo, por falsidade, por dólo commettido na tutela, deposito, sociedade, mandato, como contractos, que costumão ter lugar entre amigos, Hein. *eod.* §§. 407., e outros actos, que requerem sentença antes de tudo. Os bastardos não entrão em algumas das tres classes d'infames.

Em conclusão, como a infamia ou de *feito*, ou *de Direito* em ambas as suas especies, assenta em facto ou omissão, que o conceito público, ou a lei reputa punivel e torpe, nem os pobres, que tem costumes honestos, Per. e Sous. *Crim.* not. 359., nem os filhos, além dos naturaes, ou nas especies d'espurios, incestuosos e sacrilegos, isto é, os illegitimos ou bastardos, são infames, Hein. *eod.* §. 412.

Neque eis aliqua macula haeret, etc. Segue-se ainda da doutrina estabelecida, e em harmonia com todos os principios de justiça, que regulão a imputação das acções, que os bastardos são aptos para os cargos públicos, e como taes comprehendidos na generalidade do §. 12. art. 145. da Carta; tornando-se insustentavel a opinião de Carvalho, Portugal e Reinoso, que o A. menciona na nota, que só não reputão infames os illegitimos naturaes, pois que a Ord. liv. 5. tit. 92. §. 4. cit. não distingue entre bastardos, para lhes permittir o uso d'armas gentilicias ou brasões, não obstante *a quebra da bastardia*, fazendo-os assim a todos igualmente successiveis na nobreza dos pais e progenitores, com *a quebra*, para chamar os nobres aos bons costumes, o que igualmente se

pratica em algumas outras Nações. E como a nobreza implica ou repugna com a infamia, segue-se, que esta Ord. no seu espirito repelle dos bastardos toda a mancha, dando-lhes direitos effectivamente depois de reconhecidos pelos pais, ainda que antes do mesmo reconhecimento as Leis e a pública opinião os não considerem infames.

Cumpre com tudo notar, que a bastardia obsta ao Clericato e Beneficios ecclesiasticos, formando para as Ordens a irregularidade, que se diz *ex defectu natalium*, isto principalmente por causa do receio, que tem a Igreja, de que os fructos da inconstancia sejão imitadores de seus pais; receio, que desapparece, como antecedentemente vimos, pela emissão dos votos n'uma Congregação approvada, ou por dispensa.

Tambem os bastardos succedem ás mãi na nobreza.

§. 7. Como na geração dos bastardos falta o matrimonio, principal indicação da paternidade, o que se não verifica em quanto á maternidade, que tem indicação no nascimento, vindo assim estes filhos a ter uma relação mais immediata com a mãi, do que com o pai, vejamos se nas duas relações de nobreza e alimentos elles tem direitos provenientes da mãi. Neste §. examina o A. a materia em relação á nobreza.

Quia vero jure nostro nobilitas in filios a matre quoque derivatur, etc. As expressões, que o A. transcreve no seu §., e que pertencem ás leis, que aponta, põem em toda a luz, que os filhos succedem á mãi na nobreza: por quanto primeiramente facultão aos filhos o tomar armas estremes de suas mãis; logo as mãis tem nobreza, que é transmissivel aos filhos: de mais as segundas expressões notadas repetem a mesma idêa, pois declarão fidalgos os filhos, que são taes, isto é, nobres, tanto por transmissão do pai, como da mãi.

Resta porém averiguar, se a geração do bastardo faz incorrer a mãi em infamia, pois sendo assim, perde a nobreza, que tinha, e não a tem para a transmittir. Se a mãi se prostitue por dinheiro, contrahe infamia de Direito, L. 3. §. 5. D. *de testib.*, Barb. *ad Ord.* liv. 3.

tit. 55. *pr.* cond. 7. n. 65., Hein. tom. 1. §. 403., o que lhe dá a qualidade de meretriz, — *quaestuaria*, e se não verifica, cessando o lucro meretricio, Febo *dec.* 55. n. 9.

Devemos exceptuar com tudo o caso, em que, como teúda e manteúda, chegou a soffrer a pena infamante, como dispõe a Ord. liv. 5. tit. 28. §. 1., e tit. 30. do mesmo liv.; nem obsta em nossa opinião contra isto a regra da L. 26. D. *de poen.*, com que o A. fecha a nota, pois que neste caso a infamia fez acabar na mãi a nobreza, em que o filho lhe podia succeder, alias tambem por esta Lei o filho deveria succeder na nobreza á mãi, não obstante o ter esta abraçado a vida meretricia, ou questuaria, contra a opinião do A., pois tambem este procedimento da mãi não é imputavel ao filho.

Dos infantes ou filhos expostos.

§. 8. *Infantes expositi legitimorum juribus fruuntur*, etc. A exposição do feto ou criança recem-nascida, feita pelo pai, mãi ou estranho, entre nós, assim como nas mais Nações cultas e polidas, é reputada um grave crime, que tem pena capital, quando as circumstancias a põe a par, ou na razão do *infanticidio*. Para se evitar este delicto, são estabelecidas as rodas, em que a sociedade recebe debaixo de seu favor e a cargo de suas despesas estes infelizes, nem sempre fructo de geração reprovada e criminosa, mas muitas vezes entregues á beneficencia pública pela miseria, ou indigencia extrema dos pais legitimos. As leis, como já vimos, regulão a sua educação em ambos os elementos, *nutritio* e *institutio*, não como bastardos, mas como orfãos ou filhos, que não tem pai, presumindo na dúvida a origem, que lhes é mais proveitosa. Passados os sete annos, ou completada a idade da infancia, perdem os privilegios, de que gozão nas casas de piedade ou nas das amas, e, como os demais orfãos, ficão a cargo dos Juizes competentes; mas nunca perdem direitos no que toca á sua ingenuidade e habilitação pessoal, como expressa e terminantemente dispõe o §. 7. do Alvará II. de 31 de Janeiro de 1775, citado pelo A.; e tendo vinte annos completos, são ha-

vidos por emancipados, derogada a Ord., cit. Alvará §. 8., sem que o pai depois da exposição se possa prevalecer para algum fim do poder patrio em quanto a elles; Cap. 1. X. *de infant. et lang. exposit.*, o que já se achava disposto por Justiniano, L. 2. e 3. *de inf. exp.*, e Nov. 153, aproveitando a exposição ao escravo infante para obter a liberdade.

Tambem as leis da Igreja os considerão como legitimos, e por isso aptos para as Ordens e Dignidades maiores, sem excepção do episcopado, isto além de todos os direitos politicos e civis, de que gozão no Estado. Não succedem porém a seus pais, pois que estes lhes são incognitos.

Dos legitimos, ou adoptivos.

§. 9. Como os filhos legitimos ou são taes pelo nascimento, ou se fazem por virtude da lei, depois dos direitos d'aquelles tracta dos direitos destes, que são filhos por meio do perfilhamento, segundo a frase da nossa Ord., no qual se comprehendem a adopção e adrogação dos Romanos, como se vê da Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12. *pr.*, onde se estabelece, para resolução, a dúvida, se nos bens da Corôa succede o perfilhado? E se diz ser tal o que em Direito Romano se denomina *adoptivo*, ou *arrogado*, não se podendo á vista deste lugar da Ord. duvidar de que o perfilhado entre nós é o que não sendo filho pela geração, vem como tal para o adoptante, se o filho se acha sujeito ao poder patrio do gerador, ou pela adrogação, se elle já se achava *sui juris*.

Sabido que a palavra *perfilhamento*, no sentido proprio e rigoroso da nossa Ord., comprehende restrictamente a adopção e adrogação dos Romanos, pois que no amplo, e até vulgar, abrange toda a declaração do pai affirmativa da sua paternidade verdadeira em bem ou a favor do filho illegitimo, tomando aqui a mesma palavra no primeiro sentido, o da Ord., ou como acto, pelo qual se chama para filho o que deve a geração a outro, não seremos largos sobre este assumpto, por isso que a pag. 292 até 294 deste escripto, por occasião d'o Sr. Paschoal se explicar pela primeira vez em quanto a ellas, tractámos da adopção e adrogação, como meios de se

adquirir o poder patrio, e notámos que as nossas Leis as admittem como em voga, sendo-nos por isso, em quanto a ellas, subsidiaria a legislação dos Romanos, que ahi referimos nas principaes disposições.

Mas tendo tambem ahi com Hein. e Stryk. observado, que o *perfilhamento* na especie da adopção era feito ante o Magistrado, e que na outra, ou na adrogação intervinha a graça do Soberano, cumpre aqui advertir com o A., que esta diversidade de confirmação, já do Magistrado, já do Principe, não foi admittida nas Leis Patrias, que tanto na adopção, como na adrogação, exigem a confirmação *Principis in Palatii Curia expedita*, Ord. liv. 1. tit. 3. §. 1. *verb.* — *Confirmações de perfilhamentos*, combinada com a Ord. liv. 3. tit. 35. §. 12. *verbis*: — *ou no perfilhado, que se chama em Direito adoptivo, ou arrogado.* Donde conclue o A. no principio da nota a este §.: *Adoptivis ea omnia adplicanda, quae naturalibus a Principe legitimatis conveniunt*, isto é, que os direitos mais ou menos extensos do perfilhado, dependem das clausulas expressas na Carta de perfilhação, então expedida pelo Desembargo do Paço. Com tudo, ordinaria e geralmente fallando, a successão na nobreza aos pais adoptantes pertencia aos perfilhados o que igualmente se observava entre os Romanos, sendo este o fundamento, por que, como advertimos a pag. 293 linha 19, um Patricio não podia adoptar um plebeo, quando este podia adoptar aquelle.

Sobre a restante parte deste §. do A. e sua nota já em outro lugar fallámos, observando com elle (que aqui algum tanto se repete), que estes meios de adquirir o poder patrio, e obter direitos filiaes, a adopção e adrogação, são mencionados nas nossas Leis não revogadas; achão-se recebidos nos Codigos das Nações cultas, como são a França e Prussia; e não tem inconveniencia alguma; nem nós lh'a achamos, uma vez que se evite a possibilidade do abuso, a fim d'até certo ponto se não perturbarem as ordens legitimas de successão. E isto entendemos tanto em quanto a varão, como a femea adoptante, parecendo-nos até absurdo, que concedendo as Leis a livre disposição testamentaria dos bens, ou *inter vivos* por doação, com reserva d'usufructo

até á morte, se tolha absolutamente ou o varão ou a femea d'adoptar ou adrogar; absurdo, que, como já vimos e repetimos, se não dá nas nossas Leis.

Dos legitimados.

§. 10. Tendo visto quaes são os filhos legitimos entre nós, referimos os principaes direitos, que lhes são communs, e tambem os proprios e especiaes dos emancipados. Examinámos a noção, tanto grammatica, como juridica, do nome — bastardos, — notando que entre nós, e n'outras Nações, comprehende as especies todas de filhos illegitimos, sendo por isso um nome, que distingue classe, e não especie. Em relação á successão na nobreza, ou estimação publica, fallámos dos bastardos, filhos dos nossos Soberanos, e em seguida dos que são filhos dos particulares ou cidadãos, isto não só em quanto á nobreza paterna, senão tambem á estreme materna. Fallámos ainda dos expostos; e tendo assim tractado de todos os filhos, que pela geração devem aos pais a existencia, terminámos tractando dos filhos, que não provém da geração natural e propria dos pais, que os acceitão como taes por confirmação superior, o que lhes faz a sua nobreza transmissivel. Agora termina o Sr. Paschoal esta primeira parte, que se póde considerar como uma secção do Titulo, com o exame dos direitos dos filhos, que ainda que devão naturalmente a existencia aos pais, pois effectivamente os gerárão, com tudo resultão d'uma geração prohibida, mas posteriormente *ex post factum*, ou depois de gerados e existentes no mundo, são habilitados por actos, que lhes dão ou todos, ou alguns dos direitos, que terião, se a sua geração fosse innocente, e que por isso se dizem filhos legitimados.

Legitimati quovis modo omnia fere *jura legitimorum nanciscuntur*, etc. Diz-nos aqui o A. que os legitimados por qualquer dos differentes modos legaes tem quasi os mesmos direitos, *omnia fere*, que os filhos legitimos ou provenientes de geração innocente. Com tudo talvez que esta redacção ou linguagem se não possa julgar exacta.

Ninguem duvida, *nullus dubitat*, diz em continuação o A., que os filhos gerados fóra do matrimonio por

pais, que posteriormente á sua geração se casárão, tem os direitos dos legitimos. Convimos, e tanto, que na censura de Direito os legitimados *per subsequens* são uma especie de legitimos, e só pelo nome ou grammaticalmente distinctos; logo estes não alcanção *omnia fere* os direitos dos legitimos, mas sim *omnia jura legitimorum*, e isto tanto em quanto á successão paterna na nobreza, e aptidão para os empregos publicos, como para outras successões e mais direitos restantes, até mesmo ecclesiasticos, Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12. vers. —*porque este legitimado é em tudo perfeitamente legitimo.*

De aliis satis constat ex verbis legitimationis rescripto inserere solitis, etc. Em quanto aos que são legitimados pelo rescripto do Principe, diz o A. que gozão *omnia fere jura legitimorum* em virtude da clausula, que transcreve, e que diz, com Carvalho, expressa nas Cartas de legitimação. Mas sendo ella tal em quanto á nobreza, privilegios, e aptidão para empregos ou cargos públicos no tempo do Governo absoluto, tal clausula era derogatoria das Leis prohibitivas; e em relação de nobreza, privilegios, e capacidade para cargos públicos, pelas suas terminantes expressões ficavão elles, e até segundo o estilo, igualados aos legitimos, não tendo aqui igualmente lugar o *omnia fere*, e devendo-se absolutamente enunciar— *paterna nobilitate gaudent, et possunt omnia in civitate munera obire;* o que hoje na ultima relação até se alcança sem dependencia de legitimação, pois que a qualidade de bastardo ou legitimo não se attende para os cargos públicos, mas sómente os talentos e virtudes, art. 145. §. 13. da Carta Constitucional.

E finalmente n'outras relações além da de nobreza, privilegios, e aptidão para os cargos públicos tambem em quanto aos legitimados pelo rescripto do Principe ainda não tem lugar o *omnia fere;* pois, como o Sr. Paschoal confessa na nota, taes legitimados ficão estranhos á familia, e então muito escasseados em direitos comparativamente aos legitimos, não se dando na nossa Legislação esse excesso de favor, opposto aos bons costumes e moral pública, que já notámos na Legislação de França no anno 2.° da Republica, e que o Codigo Civil emendou.

Maneat ergo, inter simpliciter naturales, etc. Como os nossos Soberanos não erão adstrictos a condições, como já notámos, para conceder Cartas de legitimação, e as fórmulas, em que erão redigidas, regularmente não variavão, os direitos de succeder na nobreza paterna com capacidade para os cargos públicos por taes principios se tornavão iguaes, como o Sr. Paschoal, ainda com alguma differença para menos, *ferme*, declara na sua nota, não só entre as differentes especies de bastardos legitimados, mas entre estes e os legitimos.

In iis vero, quae ad domum patris, et familiam spectant, etc. Nesta ultima parte da nota nos adverte o A. a grande e já notada differença entre os direitos dos legitimos e os legitimados (que o não são *per subsequens matrimonium)*, e reconhecidos pelos pais, em quanto aos direitos ou estado de familia, e por isso em quanto á successão dos bens dos pais e seus maiores segundo as nossas Leis. Por quanto não podião elles succeder como os legitimos nos bens da Corôa, Ord. cit. do liv. 2. tit. 35. §. 12.; não podem succeder em prazos familiares, Ord. liv. 4. tit. 36. §. 4.; nem em vinculos ou morgados, Ord. do mesmo liv. tit. 100. §. inic.; o que tudo procede do principio d'as nossas Leis os considerarem estranhos á familia dos pais. E em quanto aos bens allodiaes, quaesquer que sejão as clausulas e formulas d'expressão nas Cartas, não dão estas aos perfilhados os direitos de legitimos; não os sujeitão ao poder patrio, nem lhes dão as vantagens delle provenientes; são verdadeiramente apenas dispensados nos estorvos para poderem succeder por testamento, em que podem ser preteridos sem nullidade, para succederem *ab intestato*, para pedirem alimentos segundo a sua especie em conformidade das Leis e sem que se possão presumir com direito a prejudicar não só os filhos legitimos, mas terceiros, como já anteriormente observámos, e declara a Prov. de 18 de Janeiro de 1799.

Direito dos filhos aos alimentos.

§. 11. Com este §. abre o A. a 2.ª parte deste Titulo, que composta de differentes §§., se póde considerar

como uma secção distincta, dedicada ao direito e obrigação, que lhe é correlativa em quanto aos alimentos, materia, que o Sr. Paschoal tracta aqui conjuntamente, aproveitando o ensejo, que lhe offerece o direito dos filhos a tal respeito, que dá cabimento a examinal-o em continuação á cerca das outras pessoas, a quem o mesmo direito compete.

Alimentos, em latim *alimenta*, termo oriundo de *alere*, sustentar, nutrir, exprime a idéa de cousas necessarias á conservação da existencia, e nesta á da especie humana; por isso não só o sustento, mas a habitação e vestido, estendendo-se ainda a comprehender o dinheiro destinado a comprar os objectos, que se applicão aos fins já referidos.

O homem, membro e elemento do Estado, que lhe conserva a vida civil, *status*, *caput civile*, não gozaria esta vida, se não conservasse a natural, ou a existencia, que se dá em quanto a alma se conserva unida ao corpo. A vida natural é um dom da natureza pelo meio da geração; a civil é um dom da sociedade em retribuição de serviços. Necessita pois o homem de meios para estas duas vidas, donde resulta a necessidade de alimentos naturaes e civis, e a differença entre uns e outros, aquelles para não perecer, estes para se desenvolver moralmente, a fim de poder servir á sociedade, onde vive civilmente. A divisão e differença dos alimentos em naturaes e civis vem no fim da nota do A. ao §.

Ponderado que os alimentos se dividem em *naturaes*, *scilicet*, os necessarios para naturalmente viver, como são casa, sustento e vestido, e *civis*, os destinados a adquirir as considerações sociaes, como despesa da educação, *institutio*, instrucção, e um tractamento correspondente aos bens e qualidade do que tem obrigação de prestal-os, estão os primeiros em quanto aos infantes comprehendidos na *criação*, de que falla a Ord. liv. 1. tit. 88. §§. 10. e 16., e liv. 4. tit. 99. pr., e uns e outros no *mantimento*, de que falla a do liv. 3. tit. 9. §. 4. *in fin.*, Ordd. estas, que o Sr. Paschoal no fim da nota nos aponta.

Cumpre notar, que os alimentos soffrem uma subdivisão em alimentos, que se devem *jure sanguinis*, isto é, em virtude de parentesco, e como taes provenientes

da

da immediata disposição da Lei, e se dizem *legitimos*; e os que tem lugar entre estranhos, por virtude de contracto ou testamento, sendo evidente que com relação a materia, que nos occupa, aqui tractamos unicamente dos legitimos ou devidos *jure sanguinis*.

Assim como ainda cumpre advertir, que vogando no foro Portuguez opiniões, que davão excessiva extensão á obrigação de prestar os alimentos legitimos; o Assento de 9 d'Abril de 1772, confirmado pelo Alv. de 29 d'Agosto de 1776, veio cohibir tal extensão, e regular nesta parte os direitos e obrigações correlativas, partindo da maxima ou regra geral de Direito Natural e Civil, de que cada um se deve alimentar a si mesmo, cit. Ass. *in princ.*

Parentes autem filios cujuscumque ordinis et conditionis alere tenantur. Eis a primeira excepção á regra geral estabelecida, e consiste na obrigação, que tem os pais, de dar alimentos aos filhos, sanccionada pelas Ordd. apontadas pelo A. no seu §. e nota, e reconhecida no cit. Ass. *in princip.*, comprehensiva de toda a linha dos descendentes, *ibi:* « porque como pais lhes derão o ser e a vida, dicta a razão natural, que sejão obrigados a conservar-lh'a, contribuindo-lhes, primeiro que todos, com os alimentos necessarios para este fim. » Se a natureza tal obrigação não impozesse, a geração seria para ella um erro, ella seria cumplice no *infanticidio*, e a especie humana pereceria pela morte no principio da existencia; mas pelo contrario a natureza brada, promulgando este dever não só dentro do coração dos pais, mas apontando-lhes o exemplo das lidas para alimentar os filhos nos muitos generos, variadas classes e infinitas especies d'animaes, que povôão o universo, nos quaes se não observa o menor descuido ou laxidão no desempenho desta lei, que lhes é commum com os homens, alem d'aquella, que os faz provir da geração pelos dous sexos, e da outra, que igual e inevitavelmente os subtrahe á morte.

Em quem se dá a obrigação dos alimentos dos filhos na constancia do matrimonio.

§. 12. *Legitimi, constante matrimonio, de communibus bonis alendi sunt.* Nada mais conforme ao Direito Natural, do que dar-se em ambos os conjuges, pois que ambos são geradores, a obrigação d'alimentar os gerados. E como poderia a mãi sofismar este dever, quando a natureza com a maior diligencia lhe ministra, e generosamente lhe dá os meios primeiros, que desviados do seu destino a fazem soffrer enfermidades e incommodos? Com a natureza vai conforme a Ord. citada do liv. 4. tit. 99. *in princ.*, cujas geraes e terminantes expressões sujeitão ambos os conjuges *por suas proprias despesas* a alimentar os filhos nesta hypothese, isto é, durante a constancia do matrimonio. Por consequencia os rendimentos do dote, quando o matrimonio foi com elle contrahido, estão sujeitos a este encargo; nem consideramos bens alguns na mulher com privilegio, que absolutamente os exclua da satisfação deste dever, vista a igualdade, com que a Lei o impõe a ambos os progenitores.

É evidente que a obrigação, ou dever d'alimentar existe nos pais logo no primeiro momento do nascimento do filho, e se extende até mesmo ao embrião, pois que apenas formado, ha na mãi um novo titulo, que a ella obriga a alimentar-se, e ao pai a alimental-a; o que procede, ainda que o filho seja illegitimo, e do coito o mais damnado, se ha possibilidade em quanto aos meios. É pois da maior, ou de toda a evidencia a doutrina, com que o A. abrio o §. antecedente: — *Parentes autem filios* cujuscumque ordinis et conditionis *alere tenentur*, — auctorizando-se com Grocio, que no lugar citado diz o que não soffre disputa: *Qui causa est, ut homo exsistat, is*, quantum in se est, et quantum necesse est, *prospicere ei debet de his, quae ad vitam humanam, id est, naturalem ac socialem* (nam ad eam natus est homo), *sunt necessaria.*

Quem é obrigado aos alimentos, depois de dissolvido o matrimonio.

§. 13. *Matrimonio patris morte soluto, filius suis tantum expensis*, etc. Na constancia do matrimonio, a obrigação dos alimentos é, como vimos, commum a ambos os pais; dissolvidas pela morte da mãi as nupcias, fica a obrigação no pai, em quem fica, como vimos, o usufructo no peculio adventicio e patrimonio do filho, usufructo, que pela morte do pai se consolida no filho. Desta sorte na nossa presente hypothese, a da dissolução do vinculo matrimonial pela morte do marido, existem no filho meios, com que póde alimentar-se; logo sáe da excepção, em que estava, e entra na regra ou maxima geral, abraçada no Assento, que regula os alimentos, e é que cada um se deve alimentar, ou sustentar-se a si mesmo segundo ordena o Direito Natural e Positivo, tanto Divino, como Humano. Cita o Sr. Paschoal, para fundamentar esta doutrina, a Ord. liv. 4. tit. 99. §. 2., onde se dispõe, que ainda vivendo o pai, mas não tendo meios, o filho, se os tiver, deve por elles alimentar-se, sem que na mãi recáia a obrigação do marido: e como a razão da Lei está na existencia dos meios ou patrimonio do filho, a qual se dá depois da morte do pai, resulta a mesma disposição para o filho se alimentar a si mesmo, sem que em quanto á mãi tenha direito, *suis tantum expensis*. Dá tambem argumento a outra Ord. cit. do liv. 1. tit. 88. §. 10., que na especie da viuvez da mãi sómente a obriga a amammentar o filho, ficando as mais despesas da criação a cargo dos bens do mesmo, como diz o verso da Ord. transcripto pelo A.

Separados os conjuges quoad torum et mensam, *quem é obrigado a alimentar o filho.*

§. 14. *Si per divortium matrimonium sit solutum*, etc. Nesta especie, em que cessa a cohabitação em virtude da sentença, ou pelo adulterio da mãi, ou pelas sevicias do marido, segue o Sr. Paschoal com Valasco, que dando-se meios no pai, a este toca solidariamente o dever de alimentar o filho, e não á mãi, ainda que esta seja rica,

e que até mesmo désse causa á separação conjugal. O contrario nas ultimas circumstancias era por Direito Romano, no cap. 7. da Nov. 117., apontado na nota a este §. A generalidade da disposição, que se lê no §. *inic.* da Ord. liv. 4. tit. 99., que no caso do apartamento dos casados só obriga a mãi a dar o peito ao filho, pondo todas as despesas pecuniarias a cargo ou obrigação do pai, sem distinguir apartamento motivado pelo pai ou pela mãi, sustenta esta opinião, pois que temos Lei expressa. Além disto a obrigação d'alimentar não entra no systema e catalogo das penas; e se entrasse, dependia de Lei, que a impozesse á mãi, que deu causa ao apartamento. Entra de mais ainda a razão, que já em outro lugar produzimos, e é que neste estado dos conjuges a mulher não participa do usufructo, que o marido conserva no peculio adventicio do filho; e é iniquo onerar quem não tem commodos, para alliviar a quem os tem. Se porém o pai não tem meios, nem o filho tambem os tem, dá-se na mãi a obrigação dos alimentos, como passamos a ver no §. seguinte.

A mãi é subsidiariamente obrigada aos alimentos.

§. 15. *Mater non nisi in subsidium*, etc. As disposições das nossas Leis, anteriormente averiguadas, não dispensão a mãi de dar alimentos ao filho, ainda os que se comprão; isto porém quando já não existe o pai, ou, se existe, quando elle é pobre, sendo necessario que n'um e n'outro destes casos o filho careça de bens, donde possa alimentar-se. É pois a obrigação da mãi subsidiaria; sendo na ordem o pai o primeiro obrigado, em segundo lugar os bens do filho, e por ultimo a mãi. Devemos com tudo aqui advertir que esta graduação ou ordem é a estabelecida na letra das nossas Ordd.: adiante notaremos a alteração que soffreo; mas devemos ficar firmes em que a obrigação da mãi é sómente subsidiaria.

O Sr. Paschoal na nota a este §., e em harmonia com a doutrina, que deixou no texto, — *vel ullus adscendentium ex paterna linea, qui alimenta praestet*, segue que por morte ou impossibilidade do pai a obrigação dos alimentos para os filhos sobe para os ascendentes

paternos segundo a proximidade do gráo; e que só na falta destes a obrigação se dá na mãi, opinião esta, com que não podemos conformar-nos.

Por quanto, ainda que por Direito Romano seja adoptada para a obrigação dos alimentos a ordem, que a opinião do A. abraça, isto é, ser o pai, como causa principal da existencia do filho, e o cabeça de familia, o que em primeiro lugar é obrigado á prestação alimenticia, em sua falta (por não existir, ou não poder) o avô e mais ascendentes paternos, na falta destes a mãi, e na desta os ascendentes maternos, Hein. tom. 4. §§. 262. e 263; com tudo a expressa letra da nossa Ord., que já temos examinado, subordina a obrigação da mãi immediatamente á do pai, dando-se falta de meios no filho: e segundo o §. 1. do Ass. já cit. nos avós sómente se dá obrigação, quando os *pais* faltão, e esta expressão comprehende a mãi depois do pai. É porém para notar, que dando-se a falta da mãi, precedem os ascendentes paternos aos maternos, pois que nem a Ord., nem o Ass. repellírão, ou revogárão nesta parte as Leis Romanas, que só chamão os maternos subsidiariamente, ou na falta dos paternos, para alimentar o descendente; assim como é para notar, que as nossas Leis chamão a esta obrigação a mãi com preferencia aos ascendentes paternos, porque pela morte do pai os filhos não cáem no patrio poder do avô.

Deve a mãi amammentar o filho nos tres primeiros annos.

§. 16. Já vimos, fallando sobre o §. 10. do Titulo 4. do A., que ainda findo ou dissolvido o matrimonio, ou separados os conjuges, é a mãi obrigada aos alimentos naturaes de seu filho, que consistem em criação de leite durante os tres primeiros annos; no que se comprehende a prestação dos mais officios maternos tendentes á educação, mas em que não entrão as despesas de dinheiro, Stryk. liv. 48. tit. 5. §. 23. Vimos tambem as causas, que dispensão a mãi desta obrigação ou dever.

Procede nos pais pela mesma ordem a obrigação dos alimentos em quanto aos filhos illegitimos.

§. 17. *Quae de legitimis diximus, ad illegitimos quoque trahenda sunt*, etc. Como a obrigação d'alimentar faz parte da obrigação de educar, e esta tem por base ou unico fundamento a geração, a qual se dá tanto nos filhos legitimos, como nos illegitimos ou bastardos, em todas as especies de filhos, que formão esta classe, sem excepção de uma unica; a coherencia das Leis impõe pela mesma ordem aos pais a obrigação d'alimental-os. Mas como entre estes pais ou geradores se não dão os bens communs, o pai é tão sómente, *tantum*, obrigado aos alimentos do filho, dando-se na mãi a obrigação em quanto aos annos de leite, e só aos demais alimentos em subsidio do pai, o que tudo procede tanto a respeito dos filhos, que entre nós se dizem naturaes, como em quanto aos espurios, incestuosos e sacrilegos, como se prova das citadas Ordd. e §. 1. e 3. do já referido Ass.

O Direito Romano porém nega os alimentos aos filhos provenientes d'incesto, sacrilegio e adulterio, Hein. tom. 4. §. 262., tom. 1. §. 154., e 6. §. 82., Nov. 89. cap. ult.; disposição barbara, detestavel, e que horroriza a natureza . . . .

Barbara, dissemos, é neste assumpto a Legislação Romana, abraçando um excesso atroz em odio da geração illegitima; e barbara a intitulou antes de nós, na ultima linha da nota a este §., a philanthropia do A.: *Barbara igitur est, et naturali civilique rationi contraria.* E se a denegação do alimento, ou a omissão do auxilio possivel e necessario para a conservação da existencia dá o mesmo resultado, que a suffocação, o veneno, ou a exposição do infante no ermo, a Legislação Romana, guerreando os mais sagrados preceitos da razão e da natureza, persuadio aos pais, mais illegitimos do que os filhos, o cruel *infanticidio. Neque alendus est a parentibus*, fallando do filho proveniente de geração reprovada, diz o cap. ult. da Nov. 89. !!!

Sollicitudinis . . . . . ut uterque *liberis suis, secundum quod eis suppetunt facultates, necessaria subministret.* Opposta e inteiramente contraria á Legislação Romana,

mas perfeitamente confórme com a razão e natureza, é a da Igreja na sentença proximamente transcripta do Cap. 5. *de eo*, *qui duxit in matrimonium*, *quam polluit per adult.*, attribuido na 5.ª Comp. a Clemente III., mas que sendo na 2.ª o Cap. 2. *hoc tit.*, é ahi attribuido a Celestino III.

Tractava-se de saber, se era válido o matrimonio d'um adultero, que depois da morte da mulher, em desempenho de promessa, o tinha contrahido com a concubina, de cuja cohabitação diuturna tinhão resultado dez filhos. Decide-se nullo o matrimonio, condemnão-se a separação perpetua os contrahentes, impõe-se-lhes penitencia; mas não obstante uma geração tão damnada, os filhos devem receber dos pais os alimentos, não por esmola ou obrigação imperfeita, mas por dever rigoroso. Disciplina propria do espirito da Igreja, e que procede, ainda que o pai seja Clerigo, não só para alimentar o filho pelos bens patrimoniaes, mas pelos fructos do Beneficio. Barbosa e os DD. *ibi ad Ord.* liv. 4. tit. 99. §. 1. n. 9., Benedicto XIV. *de synod. dioeces.* XIII. cap. 24. n. 21.

Civilique rationi contraria. É incontestavel que a educação, que, como em outro lugar dissemos, fórma uma segunda natureza, ou pelo menos aperfeiçôa a primeira, não só é util aos individuos, mas ao publico, pois que torna os cidadãos bons, exactos observadores das leis, e aptos para promoverem o seu interesse em harmonia com os do Estado: o que parece fundamentar nos pais illegitimos obrigação de prestarem aos filhos tanto uns como outros alimentos, isto é, os naturaes e civis. Com tudo, por outro lado considerados, não devem os filhos illegitimos ser equiparados aos legitimos, o que iria dar n'um excesso opposto, prejudicial aos bons costumes, tirando aos cidadãos um dos mais fortes motivos para contrahirem o matrimonio, e consiste no maior favor das leis para com a posteridade e descendencia legitima. Deve por tanto abraçar-se um meio termo, regulando-se o arbitrio do Juiz neste objecto segundo a condição e circumstancias domesticas e familiares dos pais, no que o Sr. Paschoal convém na nota, e é seguido pelos bons Jurisconsultos.

Do reembolso da mãi em quanto ás despesas, que fez com os alimentos do filho.

§. 18. *Mater, cum in subsidium tantum*, etc. Já vimos que a obrigação dos alimentos procede na mãi subsidiariamente; e dá-se tal obrigação, segundo a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 13., até aos sete annos do filho, termo, em que a Lei o suppõe apto para obter por si subsistencia. Daqui resulta, que, se o pai póde e existe, ou alias se o filho tem bens, não se dá a obrigação na mãi; e que se ella fez despesas com o filho, tem direito ao reembolso daquelle dos dous, em que se dá obrigação. Na razão da mãi está outro qualquer parente, se fez as mesmas despesas.

Entra porém muitas vezes em dúvida nesta especie, se a mãi tem direito a recobrar estas despesas daquelle, em quem se dá a obrigação, por se presumir que as faria movida do amor materno, com animo de doar, e por isso sem direito ao reembolso. Mas temos para taes casos as seguintes regras, que nos dá a Ord. do liv. 4. tit. 99. §§. 3. 4. 5., citados pelo A., a que se deve accrescentar o 1. e 6. do mesmo Titulo.

Se durante os tres annos da lactação, quer o filho seja legitimo, quer não, a mãi fez despesas, que estavão a cargo do pai, tem direito a havel-as d'elle, cit. Ord. §. 2.; e na mesma razão se achão as que fizer em qualquer tempo, em que no pai se dá a obrigação, cit. §. vers. ult. — *pois que ella a fez em tempo, que elle tinha essa obrigação;* o que procede mesmo na despesa feita pela mãi com a lactação nos casos, em que não só a Lei, mas a mesma natureza a dispensa de dar o peito ao filho, cit. Ord. §. inic. *in fin.*

Procede este direito na mãi, se não constar que ella fez as despesas com animo de doar, Hein. tom. 4. §. 262., excepção justa, fundada em Direito Romano, e confórme aos principios geraes; em cujo caso só e unicamente póde sustentar-se o julgado referido por Barbosa á Ord. cit., e que o A. refere no fim da nota: fóra delle não só é injusto, mas nullo, como contrario á disposição de lei expressa.

Findo o matrimonio pela morte do marido, e na

mesma razão não existindo o pai do filho illegitimo, se então a mãi fez despesas, tem direito a recobral-as pelos bens do filho, isto se é sua tutora, presumindo a lei neste caso, que o animo, que n'ella se deu ao fazel-as, foi o de ser reembolsada, Ord. cit. §§. 3. e 4.

Se a mãi finalmente não é tutora, póde haver as despesas, que fez á cerca dos bens do filho, mas não as que fez com a pessoa do mesmo, pois que em quanto a estas presume tambem a Lei, que a mãi tivera animo de doar por effeito do amor materno, excepto se ella é pobre, e o filho muito rico, ou se ao fazel-as fez protesto para haver o pagamento, Ord. *eod.* §§. 5. e 6.

Circumstancias, em que cessa nos pais a obrigação de darem alimentos aos filhos.

§. 19. *Non tenentur autem parentes*, etc. Examinemos a obrigação, que se dá nos pais, e subsidiariamente nas mãis, a que é correlativo nos filhos o direito aos alimentos; neste e no seguinte §. refere o A. as circumstancias, em que se não dão, ou cessão tal obrigação e direito.

Não se dão, quando os filhos tem riqueza, *locupletes*, ou quando em razão da capacidade de trabalho por effeito da idade, *vel majores*, podem adquirir meios de subsistencia, pois neste caso elles chegão para si sem os auxilios paternos, *suis operibus sibi sufficere*, e naquelle o seu patrimonio lhes basta, *de propriis bonis se alere possunt.*

Pelo que respeita á idade, a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 10. *in fin.* determina-a, em quanto á obrigação da mãi, pela capacidade d'o filho já poder ganhar soldada; no §. 13. fixa esta capacidade nos sete annos do orfão; e na do liv. 4. tit. 31. §. 8. se confirma, que aos criados e criadas, que tem de idade sete annos, já se deve dar soldada; logo é esta a idade para os filhos de condição assoldadavel não terem direito aos alimentos, nem os pais obrigação de prestar-lh'os.

Filius tamen ejus conditionis, etc. Nesta ultima parte do §. apresenta o A. uma excepção á regra estabelecida, e é que ao filho de tal idade, mas que não é de con-

dição assoldadavel, devem os pais alimentos, em quanto não tem um estabelecimento, de que possa subsistir, excepção, que achamos não só fundada em razão, mas em lei, e é a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 15. *pr.*, onde o Orfão, que tem os sete annos de idade, mas que não tem tal condição de nascimento, não é posto a servir. Não obsta pois a idade ao filho, que não tem bens, para exigir os alimentos dos pais, se é de condição, que lhe não permitte assoldadar-se.

Em quanto ao filho, que tem bens, notamos que a Ord. liv. 4. tit. 99. §. 2. só obrigava os bens do filho, com preferencia á obrigação da mãi, e em quanto á do pai unicamente no caso, em que este não tinha bens. Com tudo o Assento de 9 d'Abril de 1772, tanto na regra geral, que obriga cada um a alimentar-se a si mesmo, como no §. 2., nega ao filho, que tem bens sufficientes, o direito de haver dos pais os alimentos, derogando assim a Ord. cit., de cuja derogação se não póde duvidar depois do Alv. de 29 d'Agosto de 1776, que confirmou o dito Ass. É evidente que os pais, que apenas tem o indispensavel á propria subsistencia, não tem obrigação d'alimentar, pois lh'a tira a collisão dos officios; com tudo o §. 2. do cit. Ass. desta sorte o declara, e *quod abundat, non nocet.*

Casos, em que cessa a obrigação dos pais pelo máo procedimento dos filhos.

§. 20. *Filiis ingratis*, etc. É a ingratidão dos filhos, com as qualificações designadas pelas leis, causa para os pais desherdarem os filhos expressamente. Na mesma razão se acha a obrigação d'alimental-os; o que não póde soffrer questão depois da expressa declaração feita no cit. Ass. §. 2. É porém questão, se a ingratidão do filho acaba a obrigação dos pais nas especies ambas d'alimentos. O A. segue, que subsiste nos pais obrigação em quanto aos naturaes, cessando unicamente em quanto aos alimentos civís, opinião, que nos parece fundada, porque os naturaes são devidos em razão da obrigação natural, imperiosamente estabelecida pela ordem e conservação da especie humana, que as Leis civís nunca podem postergar.

A parte final da nota, *confiscatio autem bonorum*, contém doutrina inutil, pois hoje não se dá crime, que faça incorrer o pai em pena de confiscação de bens, Cart. Const. art. 145. §. 19.; por tanto não tem lugar o exame dos effeitos de tal pena em quanto aos alimentos dos filhos. Com tudo tem lugar advertir, que os bens destinados aos alimentos dos filhos não estão sujeitos a penhora, em quanto houver outros bens, Per. e Sous. tom. 3. not. 806., o que se entende dos alimentos futuros, o mesmo A. *eod.*; assim como que não se admitte compensação d'outra divida pelos alimentos, Ord. liv. 4. tit. 78. §. 43.

Não são porém unicamente os casos referidos aquelles, em que nos pais se não dá obrigação á cerca dos alimentos do filho, pois que neste ainda acaba o direito, que a elles tinha, saindo da casa e companhia paterna, ou não prestando ao pai os officios de respeito e obsequio, que, como diz o cit. Ass. §. 2. n. 4., *constituem uma pensão necessaria e impreterivel, que deve ser paga pelos que recebem alimentos:* donde provém a coherencia da mesma legislação e Ass., privando dos alimentos os filhos, que casão sem consentimento dos pais, isto em toda a idade do filho varão legitimo, na femea sendo menor de 25 annos, e nos illegitimos d'ambos os sexos em toda a idade, pela razão expressa no cit. Ass. §. 3. *in fin.* — *Porque quanto mais favorecidos são os illegitimos pelos pais em os reconhecerem e tractarem como filhos, tanto mais devem honral-os em tudo, e por tudo; e faltando á obrigação deste preceito* (o de não casarem sem consentimento dos pais ou ascendentes), *devem incorrer em penas mais graves, do que os filhos legitimos, que a elle faltão.*

A mesma disposição procede, quando o irmão illegitimo casa sem consentimento do irmão, de quem pretende alimentos, cit. Ass. §. .7

Reconhecimento da filiação.

§. 21. *Haec itaque vera omnino sunt, si pater filium a se genitum fateatur*, etc. A prestação dos alimentos é um onus imposto á paternidade pela natureza, e pelas

leis civis em reforço desta; logo tal obrigação só procede, dada n'uma das partes a paternidade, e em outra a filiação contraposta áquella, qualidade, que é consequencia da geração, que, como facto, requer provas. Se o pai confessa a sua qualidade, é inutil, por desnecessaria, a acção da filiação; alias esta tem lugar, e póde o filho fazer citar o pai ou seus herdeiros, para que como tal o reconheção, a fim d'o Juiz assim o decidir por sentença, L. 5. D. *de agnosc. et alend. liber.* Esta acção raras vezes se intenta só, ou de per si, mas commummente se accumula á d'alimentos, como o Sr. Paschoal nos adverte, — *ad partum agnoscendum, et ad eum alendum.* Accumula-se tambem á petição d'herança, e a outras. Os filhos de matrimonio não carecem desta acção, pois se presumem gerados pelo marido, em quanto se não provão algumas das excepções em outro lugar notadas, e são a longa ausencia, ou a impotencia. Tem pois esta acção uso no caso de bastardia.

A mãi, querendo o reembolso das despesas, que fez com a criação ou alimentos do filho, tem esta acção contra aquelle, que diz pai, ou seus herdeiros. Tambem o pai illegitimo, pretendendo que o filho o reconheça, para lhe dar os alimentos, como adiante veremos, usa da mesma acção contra elle; e como esta acção versa sobre o estado de pessoas, é prejudicial, segundo os principios, que n'outra parte emittimos; e quando se accumula á d'alimentos, em razão da natureza especial, que se dá nestes, da qualidade da prova, que requer, e de que logo tractaremos, é summariamente processada, Solano *Cog.* 10.

Senatusconsultum Plancianum de liberis agnoscendis, etc. Na 1.ª parte da nota a este §. menciona o A. a disposição do Senatusconsulto Planciano, a qual, com o fundamento d'o pai ser obrigado a reconhecer e alimentar o filho, permittia á mulher repudiada denunciar o estado do ventre ao marido dentro de 30 dias subsequentes ao repudio, alias não era ao depois obrigado a ter o filho por seu. Depois desta declaração o marido ou devia protestar contra a legitimidade da concepção, ou mandar fazer exame no ventre, alias ao depois não podia impugnar a sua paternidade, o que,

como o Sr. Paschoal adverte, não é admissivel entre nós, que não reconhecemos repudios; e no caso da separação dos conjuges *quoad torum*, estes exames e denuncias, em que não intervem a auctoridade do Juiz, nenhum effeito produzem.

Idem dicendum est de alio Senatusconsulto, etc. Na parte final da nota pensa do mesmo modo o A. á cerca do outro Senatusconsulto, que no tempo do Imperador Adriano applicou o Planciano ao reconhecimento do ventre durante a constancia do matrimonio. Mas ainda que o matrimonio seja argumento forte para prova da legitimidade do ventre, é possivel dar-se caso, em que esta providencia tenha lugar entre nós, intervindo com tudo auctoridade judicial, como na especie, em que a mulher, que sente o ventre occupado, tem vehementes presumpções de que o marido se dispõe para abandonal-a. Além disto o exame do ventre tem lugar, não tanto na constancia do matrimonio, mas depois de dissolvido, contra os herdeiros do marido, para a mãi reter a posse dos bens, a que o filho, nascendo vital, tem direito.

Fallámos do ventre, e não do filho já nascido, na idéa, que a rapidez, com que escrevemos, nos não deixa profundar, e é que o Senatusconsulto do tempo do Imperador Adriano applica á mulher, na constancia do matrimonio, o que o Planciano dispunha em quanto á mulher repudiada, como se collige da L. 3. §. 1. D. *de agnosc. et alend. lib.* Se porém elle dispunha em quanto ao filho já nascido na constancia do matrimonio, muito menos lugar póde ter entre nós tal providencia.

Mas cumpre advertir, que não é por ligeireza, ou sem força de razão, que entendemos em quanto ao ventre, e não em quanto ao filho já nascido, a disposição do Senatusconsulto publicado governando Adriano. Por quanto vê-se da L. 3. §. 1. D. *de agnosc. et alend. lib.*, que o A. cita, applicar-se na constancia do matrimonio o que o Senatusconsulto Planciano dispunha no estado da dissolução pelo repudio; e versando este sobre o exame e vigilancia do ventre, parece que outro tanto, ou o mesmo, se deve dizer d'aquelle. Nem nos desvião deste pensamento as palavras da mesma lei, *partus sit*

editus; pois que *editus* não exprime necessariamente a manifestação depois do nascimento, e abrange a que se dá pelos sinaes da gravidez; e *partus* comprehende igualmente o fructo da geração ainda dentro do utero. Assim diz Plinio liv. 8. cap. 32. *ferre partum* por *estar gravida*.

Que provas bastão para proceder a filiação.

§. 22. *Filios autem parentes agnoscere tenentur*, etc. Se a mãi intenta o processo da filiação para haver do pai o reembolso das despesas; se o pai o intenta para haver os alimentos do filho, ou este para os haver d'aquelle, são as provas as mesmas, bastando que ellas produzão presumpção algum tanto mais attendivel, do que a contraria em quanto á paternidade, ainda que não nos constituão em certeza. A filiação materna indicada pelo nascimento, que admitte, se não publicidade absoluta, ao menos a relativa a duas, ou mais alguma testemunha, não é coberta com um véo impenetravel; mas não está nesta linha a paternidade, que não só provém ou depende dos meios naturaes para a geração, mas da disposição do utero para a acceitação dos estimulos e exercicio das funcções, que entrão na fecundação, desenvolvimento e marcha progressiva do feto, o que tudo acontece debaixo do mais occulto mysterio, sendo assim quasi impossivel provar perfeitamente a filiação paterna, ou a paternidade. Por isso, e em virtude da necessidade, que se dá, de indicar pai ao filho, é que os DD. neste ponto se dão por satisfeitos com uma prova imperfeita, assente em conjecturas, presumpções, probabilidades e indicios; e taes são entre outros os que o Sr. Paschoal refere exemplificativamente. Assim a convivencia, ou pelo menos o tracto e accesso frequente entre o homem e a mulher, a interrupção deste accesso, *absentia adfectata*, para evitar as suspeitas, que já grassão, e lhe imputão illicitas relações, as censuras e reparos dos visinhos, o cuidado pela criança, e mais que tudo algum acto explicito e affirmativo da paternidade, são os meios, que podem e devem determinar o arbitrio do Juiz no julgamento da filiação, pois ainda que cada um destes

actos não tenha força por si, reunidos em maior ou menor numero tem alguma; e tanto basta, quando outros indicios e presumpções não apparecem em contrario, e que tirem essa força affirmativa da filiação, que existe e se dá n'aquelles. E neste procedimento mais propenso para a filiação vai o Juiz confórme com o sentir das leis, quando se tem por objecto os alimentos, cuja divida é declarada favoravel por Direito, ainda que provenha de contracto ou testamento, e por isso muito mais, quando se tracta dos legitimos, de cuja denegação resulta mui grave damno ao alimentado, Ord. liv. 4. tit. 78. §. 3. O que já não tem lugar, quando a acção de filiação é prejudicial para a petição d'herança, caso, em que requer mais profunda indagação, provas indubitaveis, e tem processo ordinario, Solano *Cog.* anteriormente cit.

Acção d'alimentos.

§. 23. Já vimos que a acção de filiação accumulada á dos alimentos, tanto por virtude das provas, como pelo seu objecto, é summaria, isto é, observão-se no seu processo os actos substanciaes e indispensaveis ao conhecimento da verdade: e tambem já vimos que o filho legitimo não tinha necessidade desta acção, assim como tambem a não tem o filho, que, apezar de illegitimo, se acha reconhecido por seu pai.

A um e outro compete a acção para pedir alimentos, da qual o A. tracta neste §.

Alimenta jure sanguinis, officio judicis petuntur, etc. Estes alimentos tem fundamento na obrigação natural sanccionada pelas leis civis, cuja execução está a cargo, officio ou obrigação do Juiz. D'aqui vem que se concorrem crédores aos bens do pai, ainda que já se achem penhorados, o Juiz com preferencia a quaesquer consignações assigna alimentos provisionaes ao filho, Decreto de 3 de Julho de 1758. Esta acção pelo seu objecto, que não admitte demóra, é summaria, Ord. ultimamente cit., e por isso corre em ferias, Ord. liv. 3. tit. 18. §. 6., o que alguns Jurisconsultos limitão aos alimentos presentes e futuros. A appellação da sentença é méramente devolutiva, sem suspensão, mas não em

quanto aos alimentos preteritos, Per. e Sous. tom. 2. not. 633.; e corre no Juizo Secular, pois não contém espiritualidade.

Pela *Nov. Ref. Jud.* art. 281. o julgamento dos alimentos provisionaes é summario, *scilicet*, sem réplica nem tréplica. Mas observamos aqui uma notavel omissão em quanto aos alimentos futuros ou ordinarios, a qual tambem se observa no art. 210. §. un. n. 13. *eod.*, dispondo não ter lugar a conciliação na causa á cerca dos provisionaes. Falla-se com tudo dos alimentos futuros ou ordinarios no art. 681. §. 8., onde se determina que as sentenças, que julgarem a prestação de taes alimentos, não tendo sido arbitrados os provisionaes, tem execução, não obstante a appellação, mas sómente na metade da quántia, que foi julgada. Confessamos que no meio destas disposições novissimas nós achamos em confusão e sem rumo, ignorando por ora aquelle, que o uso forense lhe terá dado. Talvez que a nossa incérteza nasça de nós, e não da lei.

Em quanto á nota do A. a este §., cumpre ponderar, que a acção para haver os alimentos futuros era entre nós summaria. Em quanto aos vencidos de preterito, cessando a razão da lei, que é o perigo da existencia do alimentado, cessava a sua disposição, sendo então ordinaria esta acção, como o seria no petitorio judicial d'outra divida qualquer. Mas quando os alimentos não erão legitimos ou devidos *jure sanguinis*, por terem fundamento no contracto ou testamento, a acção é fundada nestes titulos; mas apezar de n'ella intervir sempre favor, parece que o processo era em ambas estas especies ordinario, contra a opinião do A. na nota x — *quocumque autem modo . . . causa summaria est.* Por quanto a Ord. liv. 3. tit. 18. §. 6. sómente manda correr nas ferias os feitos, que tem por objecto os alimentos, que são devidos por Direito, exemplificando-os com os devidos pelo tutor ao orfão, ou pelo pai ao filho. Logo por tal disposição os alimentos não legitimos, devidos não *jure sanguinis*, mas por testamento ou contracto, ficárão na regra geral do processo ordinario. Hoje porém estamos até em dúvida sobre ser summario ou ordinario o processo para os alimentos legitimos; não assim em quanto aos provisionaes.

Em

Pelo que respeita á qualidade da acção de filiação, intentada só ou principalmente por si, ella era ordinaria, e temos que ainda o é. O mesmo, se accumulada com a de petição d'herança; não assim, quando accumulada com a d'alimentos, onde bastava, como o A. reconhece no fim da nota, uma testemunha, ou fama dos visinhos, para prova da filiação. Segue o mesmo o Sr. Corrêa Telles *Doutrina das acções* nota *in fin.* ao §. 38., adoptando igualmente a opinião de Solano, que nos parece fundada na natureza das cousas, isto não obstante a contraria opinião do nosso A.

Alimentos in litem.

§. 24. *Alimenta, quae* in litem *vocamus.* Dizem-se taes os alimentos, que consistem n'uma quantia de dinheiro, que o alimentario pede ao Juiz lhe taxe para os gastos da demanda, em quanto dura. O uso do foro os tem recebido entre nós, assim como entre as Nações Europêas; e tem fundamento na boa razão, a qual pede que a pobreza do alimentado lhe não obste para sustentar o seu direito em Juizo. Estes alimentos são taxados pelo arbitrio do Juiz da causa principal, segundo os bens do obrigado, numero de filhos e qualidade das pessoas. Mendes p. 2. liv. 1. cap. 4. n. 2.

São assignados, logo que ha uma presumpção attendivel a favor da filiação, e ainda mais facilmente, se sobre esta já ha sentença favoravel, ainda que fosse appellada. Mendes cit. cap. 4. n. 3. Podem pedir-se em qualquer estado da causa, e mesmo pendendo já a appellação, Mendes cit. *eod.* n. 5. Não se requer caução da parte do auctor, e ainda que não consiga triunfo na instancia superior, não é condemnado na reposição dos que tiver recebido, o que procede, por isso que a assignação dos alimentos *in litem* tambem assenta na pobreza do autor. Valasco, Febo, Cabedo e Covarruvias, nos lugares, que no fim da nota vem pelo Sr. Paschoal apontados.

Da obrigação d'alimentar os ascendentes e collateraes.

§. 25. *Debentur etiam a filiis alimenta parentibus, cum eos non alere nefarium sit.* Como o Sr. Paschoal desde o Titulo 4.º das suas *Instituições*, na 1.ª Parte relativa ao direito das Pessoas, as considera com a qualidade consistente em pertencerem á familia, e assim tractou dos direitos dos pais em quanto aos filhosfamilias, depois dos direitos destes em quanto áquelles, sendo um o de lhes succederem na nobreza, e outro o de serem por elles alimentados: continúa aqui com a materia dos alimentos, ainda em relação a pessoas, que tem qualidade ou estado na familia, e que formão a 2.ª excepção á regra e maxima geral de Direito, que obriga a cada um a sustentar-se a si mesmo. Então nesta excepção os filhos, que reciprocamente devem prestar alimentos aos pais, na serie dos ascendentes, pois que tendo recebido mediata ou immediatamente d'elles o inestimavel bem da existencia, seria procedimento abominavel *(non alere nefarium sit)* não lhes dar sustento, retribuindo-lhes com lhes não conservar a sua vida, quando reduzidos á extremidade de não chegarem para si mesmos por falta de meios, cit. Assento de 9 d'Abril de 1772. §. 4.

Desta sorte, vista a 1.ª excepção em favor dos filhos a cargo ou com obrigação nos pais, e esta 2.ª a cargo dos filhos para com ou a favor d'aquelles, temos direitos e obrigações correlativas ou reciprocas entre os filhos e os pais de familias; procedem por isso nesta obrigação as mesmas ampliações e limitações, que vimos se dão naquella, sendo assim tambem esta extensiva aos filhos para com os pais illegitimos de toda a especie, limitada aos pais sem meios de subsistencia, e com excepção nos ingratos e indignos, cit. Ass. *eod.* É porém muito para notar que por Direito Romano, para o pai ser indigno dos alimentos do filho, era preciso ter, a respeito deste, um procedimento muito reprehensivel e extraordinariamente odiado *(summum scelus)*, Hein. tom. 4. §. 267., quando outro menos grave, absolutamente fallando, era bastante para extinguir no pai a obrigação dos alimentos: no que se prova que nesta parte as Leis Romanas bem calculárão sobre a moralidade das ac-

ções; pois o delicto do filho contra o pai offende somma maior de deveres, por isso mais motivos, que lhe obstavão, contém por isso maior esforço de vontade, mais liberdade, e deste modo muito maior perversidade, ainda que o damno ou mal material seja igual, e até consideravelmente menor como effeito, do que aquelle, que por dólo ou culpa do pai teve realidade no filho.

Frater quoque fratri, etc. Nesta 2.ª parte do §. refere o A. outras pessoas da familia, entre as quaes se dá igualmente o direito e obrigação correlativa ou reciproca, em quanto aos alimentos, e são os irmãos, uns em quanto a outros, sem differença entre *germanos*, ou filhos dos mesmos pais, *consanguineos*, ou filhos do mesmo pai e mãi differente, e *uterinos*, ou filhos da mesma mãi e pai differente.

No seu §. 6. reconhece o cit. Ass., que nos irmãos cessa o fundamento de Direito Natural, que se dá para a obrigação reciproca d'alimentar entre descendentes e ascendentes, pois que os irmãos, primeiros entre os collateraes, não se dão e recebem entre si a geração ou existencia, não entrão nos anneis da cadêa, exclusivamente formada pelos geradores e gerados, ainda que fiquem ao lado destes anneis, o que apenas os constitue na obrigação de se amarem. Seja assim, ainda que o estimulo pronunciado e immediato, que determina os mutuos soccorros entre ascendentes e descendentes, consiste igualmente no amor, embora em these seja mais forte; e concedamos tambem a doutrina restante no mesmo §. do Ass., que as Leis Civís dos Romanos só em casos especiaes estabelecêrão a necessidade ou obrigação d'alimentar o irmão, obrigação, que a glosa converteo em regra commum ou geral disposição. É com tudo indisputavel que essa acceitação, que o §. do Ass. confessa que a glosa nesta parte teve geralmente entre nós, e entre as outras Nações cultas e polidas, não ministra pequena prova de que a voz da natureza é, que na falta dos ascendentes e dos descendentes devem alimentar-se reciprocamente os irmãos: nem vemos que outros fossem os fundamentos das Leis Civís para graduar a serie ou ordem para as successões legitimas, sendo estas as que

regulão, e devem regular em geral a ordem da obrigação d'alimentar.

Mas assim mesmo conclue o cit. §. do Ass., que os irmãos são reciprocamente obrigados a alimentar-se pelo direito do sangue por todos e quaesquer bens, sem distincção do titulo da adquisição, ou particularidade na especie; isto com a mesma ampliação em quanto aos illegitimos, restricção á necessidade e deficiencia de meios, e excepção nos ingratos ou indignos, cit. Ass. §. 7.

Transversales inferioris gradus alios alere non tenentur jure sanguinis. Não obstante a obrigação de prestar os alimentos devidos *jure sanguinis*, ou por immediata disposição da Lei, e sem dependencia de facto pessoal entre o alimentado, e o em que se dá a obrigação, ter unicamente lugar nos pais para com a serie dos descendentes, nestes para com os pais e serie dos ascendentes, e na falta d'uns e outros entre os irmãos: com tudo por outro fundamento, que não o do sangue, póde entre collateraes em grão inferior ao dos irmãos, ou em mais distancia entre si, dar-se o direito e obrigação relativa aos alimentos, mas nestes casos tem uma origem differente. Assim, por exemplo, um administrador d'um morgado deixa por sua morte dous filhos; succede no vinculo o primogenito, e o segundo torna-se digno e com direito de ser alimentado pelo irmão, e effectivamente o é; morre o irmão alimentante, passa o vinculo a seu filho primogenito, sobrinho do alimentado; dá-se neste em quanto ao thio a obrigação d'alimental-o, não *jure sui sanguinis*, porque essa obrigação acabou com a morte do pai do antecedente administrador, irmão do alimentado, mas pelo fundamento de ter succedido no vinculo, representando assim o pai com os seus direitos e obrigações, uma das quaes era e foi a d'alimentar o irmão, actualmente thio do administrador do morgado.

Debentur etiam parentibus et fratribus alimenta in litem, *officio judicis similiter adsignanda.* Admittidos entre nós, como já vimos, e por boa razão, os alimentos *in litem* ou provisionaes, como auxilio para pelos meios judiciaes e proprios se obterem os alimentos futuros

ou ordinarios, determinados nas Leis ou pelo direito do sangue, visto que é este o direito, que os confere aos pais pelos filhos, e aos irmãos pelos irmãos, dá-se a mesma boa razão, o mesmo justo fundamento para o Juiz officiosamente, e apenas requerido, certo do parentesco no gráo proprio, os julgar tanto a uns, como aos outros, isto é, tanto áos pais, como aos irmãos.

Cumpre notar aqui, ao fechar esta materia, que a maioridade não extingue o direito aos alimentos naquelle, que o tem pelo sangue, quando por defeito da natureza é inhabil para alimentar-se a si proprio, cit. Ass.; assim como que nem a maioridade, nem a saude e riqueza do constituido em direito apagão a obrigação do que os deve puramente por contracto, testamento, ou outro titulo, que não seja a obrigação natural sancionada civilmente.

Direitos dos parentes entre si.

§. 26. Termina aqui o Sr. Paschoal este Titulo com a materia, que para 2.ª parte d'elle nos prometteo na tambem 2.ª parte da inscripção geral do mesmo titulo, isto é, com os direitos dos parentes entre si, os quaes designa pelos termos — *agnati cognative.*

Entre os Romanos o nome *agnados* distinguio os parentes varões, descendentes do mesmo tronco masculino: assim os filhos de mãis differentes, mas d'um só e mesmo pai, erão agnados, e agnação a consanguinidade ou parentesco, que os unia. A Lei Voconia, contraria á das 12 Taboas, não chamava á successão senão os agnados, no intuito de conservar os bens nas familias: foi esta modificada pela Lei Papia, e depois pelos Imperadores Claudio e Adriano, e finalmente abrogada por Justiniano, que chamou á successão indistinctamente os agnados e cognados.

Ainda se observa a L. Voconia na successão da Corôa em França, e tambem na Italia, Allemanha, Alsacia e mais paizes, em que voga o Direito feudal.

Forão chamados *cognados* todos os parentes, mas algumas vezes com especialidade os que unicamente são parentes pelo lado da mãi ou feminino, taes como os ir-

mãos uterinos, dizendo-se cognação o vinculo de parentesco, que liga todos os descendentes, que provém do mesmo tronco com tal sexo. Assim se dizia commummente, que todos os cognados são agnados, mas que nem todos os agnados são cognados; porque a cognação comprehendia como genero a agnação, a qual sómente era a differença. Já vimos que o Imperador Justiniano acabou com todas as distincções neste caso, chamando indistinctamente á successão *ab intestato* e á tutela legitima os parentes d'ambos os lados, segundo a proximidade do seu gráo de parentesco. São estas as disposições da Nov. 118., que forão adoptadas entre nós.

Quia sub generali familiae nomine veniunt, etc. Os parentes, comprehendidos tanto os cognados, como os agnados, pertencem, como vimos fallando sobre o §. 3. do Tit. 4. destas *Instituições* de Direito Civil do A., á familia, tomada n'um sentido geral e improprio, isto é, formando o todo composto dos que provém por geração do mesmo tronco commum, ainda que nascidos de pais differentes, vivendo debaixo de tectos tambem differentes, com economias e patrimonios separados e distinctos, mas que participando do mesmo sangue, formão a mesma familia, qualidade, que provinda da natureza, é attendida pelas Leis, e fórma assim estado, que faz gozar os parentes de differentes, communs e reciprocos direitos. E taes são os que o Sr. Paschoal neste §. exemplificativamente nos refere, pois outros muitos direitos tem elles, de que progressiva e opportunamente tractaremos.

Ad consanguineos, etc. Refere em primeiro exemplo o A. a disposição da Ord. liv. 5. tit. 124. §. 9., que no caso d'*homicidio* manda que o réo, quer se livre seguro, quer preso, faça citar para livramento os parentes do morto, que estiverem no reino, e permitte aos até ao quarto gráo *inclusive*, contado segundo o Direito Canonico, e aos ausentes, que não chegárão a ser citados, o accusar depois o réo, não obstante o achar-se livre por sentença, direito este d'accusar, que não tem outro algum fundamento, que não seja o parentesco. O mesmo dá fundamento á disposição da Ord. liv. 4. tit. 102. para chamar como tutor do orfão o seu parente mais chega-

do; e finalmente serve a mesma razão nos titulos 90. e 94. do mesmo liv., dando-se n'aquelle direito ao irmão para querelar do testamento d'outro irmão, que o preterio por pessoa infame, ou de feito ou de Direito, e sendo chamados neste os parentes até ao decimo gráo, segundo o Direito Civil, á successão do consanguineo, que morreo sem testamento; direitos estes, que mais detidamente examinaremos nos competentes lugares.

Cumpre porém notar aqui em remate a este Titulo um direito, que se dá nos consanguineos, a que de certo outra vez não voltaremos, o qual lhes é commum como individuos ou pessoas da mesma gente ou familia; e consiste no direito d'intentar acção contra a pessoa d'outra familia, que usurpou os appellidos, insignias, padrões e armas da sua, Peg. *For.* liv. 5. cap. 116. *per totum*.

TITULO VII.

Do poder marital.

Razão d'ordem, e se no marido se dá poder em relação á mulher.

§. 1. CConsiderando o A. os Cidadãos Portuguezes em relação á familia, distinguio as differentes qualidades, que n'ella occupão, e que segundo as leis, tanto domesticas, como subsidiarias, lhes repartem direitos e obrigações respectivas. D'aqui veio a divisão entre pais e filhosfamilias, e por isso a distincção dos direitos d'uns e d'outros, compondo alguns nos pais o poder, que tambem por isso se diz patrio; poder este, que além d'outros meios natural e principalmente se adquire pelo matrimonio, ainda quando este é posterior ou subsequente á geração, dando-se por virtude d'ella, e antes d'elle, obrigações e direitos entre os geradores e gerados, isto mesmo pelas disposições das leis civis, não obstante a illegitimidade d'uns e d'outros.

Por outra parte é o fim de toda a sociedade o fóco e principio, que nos fornece as demonstrações, não só em quanto á sua especial natureza, mas em quanto á qualidade e extensão dos direitos e obrigações dos socios, que a formão ou compõem: e como o principal fim do matrimonio consiste na geração e educação dos filhos, convinha o exame dos direitos e obrigações, que resultão, segundo as leis, destas fontes, como base, que nos póde levar ao conhecimento dos direitos e obrigações correlativas entre os conjuges, que como taes se propõem á mesma geração e educação; isto pelo principio posto, de que o conhecimento do fim dá todo o auxilio na designação e distribuição dos meios, que para o conseguirem estão a cargo dos socios. Desta sorte, ainda mesmo que o matrimonio precedesse sempre a geração na ordem da natureza e dos factos, pelos direitos e obrigações, que resultão da geração, é que nós deveriamos sempre inferir os direitos e obrigações reciprocas dos conjuges, que a tal geração se destinão; pois que as obrigações parentaes determinão as conjugaes, e não as conjugaes as parentaes, variando aquellas na razão destas, e nunca *vice versa*. Assim as obrigações e direitos dos conjuges entre si differem no tempo da lactação das do tempo da puberdade, e estas das que n'elles se dão sendo o matrimonio infecundo, etc.

Por estes principios não tanto o desculpamos, como estamos perfeitamente convencidos de que o Sr. Paschoal observou o melhor methodo, tractando até aqui ou precedentemente dos direitos e obrigações correlativas entre os pais e filhosfamilias, passando agora aos dos conjuges entre si.

Marito potestas competit in uxoris personam, etc. Neste §. decide-se o A. pelo poder do marido em relação á mulher. Versa grave questão sobre ser ou não ser o matrimonio, segundo a voz da natureza, sociedade igual ou desigual; mas ella não nos pertence, e por isso nos limitaremos á simples emissão de nosso pensar a tal respeito. Ambos os conjuges concorrem para a geração, ambos mutuamente se auxilião, é o amor a alma desta união; ó que tudo estabelece igualdade entre a mulher e o marido. Se este é mais forte, a força não dá direito;

nem o marido é mais discreto, absolutamente fallando, pois nos negocios domesticos a mulher tem muito acerto, e uma efficacia superior, filha d'esse *quantum* d'ambição e avareza, que em outro lugar lhe notámos. O sexo porém e a maior experiencia habilitão o marido para os negocios exteriores: assim parece que a natureza não dá imperio marital, mas que põe dous chefes na familia com administrações em si distinctas. Ha porém negocios mistos, onde a divergencia d'opiniões perturbaria a paz domestica; parece por tanto ter lugar em quanto a elles a superioridade do marido, nunca consistente em força, mas em persuasão e respeito.

Com tudo é um principio geralmente reconhecido nas Leis Civis das Nações, que o casamento sujeita a pessoa e bens da mulher ao poder de seu marido; e desde que as Leis assim dispõem, a mulher, pois que voluntariamente abraça a vida conjugal, sujeita a esse poder tanto a pessoa, como os bens, sendo legitimo o mesmo poder, quando as Leis Civis se conformão com a equidade, a qual não concede a escravidão e submissão da mulher ao direito de vida e morte, que a historia mostra terem tido lugar a seu respeito entre alguns povos. Em quanto a nós, a Ord. cit. do liv. 4. tit. 66. *pr.* nas palavras transcriptas pelo A. — *sob seu poder*, dá alguma superioridade ao marido durante a cohabitação, mas que acaba pela separação *quoad torum.*

Natureza e limites deste poder marital.

§. 2. *Maritalis autem haec potestas multum ab imperio et potestate herili distat*, etc. « As pessoas, que se casão, diz Pothier no seu *Traité du contract de mariage*, contrahem pelo matrimonio, uma para com a outra, obrigação de viverem ambas n'uma união inviolavel e perpetua, em quanto dura o casamento, o qual nunca póde terminar, senão pela morte d'uma d'ellas. Devem pois em razão e em consequencia da natureza dos seus vinculos considerar-se reciprocamente como formando em certo modo uma unica pessoa. *Erunt duo in carne una.* »

O marido, dizemos, a quem a natureza deu mais

força e coragem, deve por isso mesmo ser o apoio, amparo e companheiro da mulher. O marido, diz o *Codigo Civil* de França art. 213., deve a sua mulher protecção. Se é rico, deve com ella repartir suas riquezas, e ter attenção generosa por suas necessidades. Se é pobre, deve trabalhar para ella e para si, e repartir com os filhos os fructos de seus trabalhos. Nunca o homem é maior, mais distincto e elevado dentro em sua habitação, do que quando por seus talentos e trabalhos faz com que a abundancia n'ella exista, e que alli reine a virtude. É-lhe permittido o exigir da mulher, que concorra para os encargos communs, que assim se tornão mais suaves; mas deve tambem attender a que a mulher é mulher, ás suas enfermidades, a seus deveres de mãi. Deve o marido olhar para a mulher e para os filhos como para um deposito sagrado, que a natureza lhe confia, e a sociedade lhe protege sob sua responsabilidade terrivel, pois que o procedimento irregular da mulher, os vicios e crimes dos filhos fazem-lhe causa muitas vezes, e sempre a malignidade lança sobre elle o opprobrio e vergonha. É-lhe permittido empregar severidade, quando pelo exemplo, pelas exhortações e pelas lagrimas não consegue restituir á decencia os entes, com quem convive, aquelles, que mais adora; mas esta severidade a respeito da mulher deve ser modificada pelas considerações com o sexo fragil, e com seus titulos de companheira e mãi, titulos, que, quando virtuosa, a collocão na mesma linha do marido, e que não soffrem que desça á qualidade d'escrava, quando deixa de ser honesta. Com uma superioridade assim descripta é que o marido pai faz o bem da sua gente, que o bem d'uma familia chega a fazer o bem d'uma aldêa, e o d'algumas familias o bem d'uma Cidade populosa.

Por tanto concluimos como principiámos, abrindo este §. com as expressões ahi transcriptas do §. do A. Já em outro lugar dissemos, que em alguns dos nossos foraes antigos se não punia o pai, que chegava a fazer sangue no filho, e o marido na mulher, para o fim da correcção. O contrario se estabelece expressamente na Ord. cit. na ultima linha do §., tendo a mulher ferida recurso contra o marido.

Alguns effeitos, que resultão da auctoridade marital sobre a pessoa da mulher.

§. 3. Observado no §. 1. deste titulo, que segundo a expressão de nossas Leis se dá no marido algum poder em quanto á pessoa e bens da sua metade ou mulher; observada no §. 2. a natureza simplesmente correccional deste poder; agora no §. 3. refere o Sr. Paschoal disposições legaes reguladoras do exercicio da mesma auctoridade marital, as quaes não existirião, se ella se não désse, e que por isso são seus effeitos, como as diz a inscripção do §. do A. — *Ejusdem effectus non nulli*, referindo-se aqui os relativos á pessoa, e no §. seguinte os que respeitão aos bens.

Castigare. Em relação á pessoa da mulher, o poder de seu marido estende-se a castigal-a, não acintemente, como diz a cit. Ord., não com animo de ferir, mas sem uso d'armas, isto é, com animo de corrigir, ou emendar, do mesmo modo que um pai faz a seu filho, que nesta relação esta lei põe em parallelo, ou na mesma linha da mulher, o que devemos notar.

Etiam privato carcere includere. O poder correccional do marido comprehende a faculdade d'elle encerrar, ou de ter privada da liberdade a mulher n'um lugar, que lhe designe, sem que por isso commetta o delicto, que se diz crime de *carcere privado.* Que o marido para correcção póde privar da liberdade a mulher, não só por vinte e quatro, mas por mais horas e dias, segundo o exigir a emenda, prova-se pela Ord. liv. 5. tit. 95. §. 4., combinada com a do mesmo liv. tit. 36. §. 1. Por quanto aqui, em quanto á correcção, abraça-se a parallelo entre o filho e a mulher; alli faculta-se ao pai o poder prender o filho: mas como o filho para o pai, em quanto á correcção, é n'uma destas duas leis equiparado á mulher para o marido, a força do parallelo deixa prender a mulher, pois deixa prender o filho.

De adulterio adcusare. Em outro lugar ficou dito, que tanto a Ord., como a extravagante citada, só consentem a accusação do adulterio ao marido offendido, e em caso nenhum á mulher; assim como fica tambem dito, quanto este delicto é contrario ao matrimonio. Aqui

resta só accrescentar que a extravagante cit., em harmonia com a sua disposição, prohibe tomar o depoimento ás testemunhas nas devassas, quando mencionão adulterio, ou referem pessoas complicadas neste crime, ficando assim o conhecimento judicial restricto á accusação do marido, no que se dão excepções, que em Direito Criminal exporemos.

In adulterio deprehensam occidere. Tambem em outro lugar notámos, que as Leis 20. 21. 22. §§. 2. e 4., e a 24. *pr.* §. 1. D. *ad Legem Jul. de adulter.*, permittião ao pai matar a filha adultera juntamente com o adultero, mas surprehendidos no delicto, e logo, o que parece proceder em contemplação do poder patrio, que o matrimonio não tirava ao pai sobre a filha, o qual cessando entre nós, fez que este triste direito de matar fosse reservado ao marido, excepto no caso, em que o réo fosse fidalgo; sendo a regra na sua permissão tão barbara, como injusta a excepção, Ord. liv. 5. tit. 38. *in princ.* Com razão ha longo tempo está caída em desuso a cit. Ord.; e hoje pelos bons principios de Direito Criminal o adulterio provado deve olhar-se como circumstancia attenuante do homicidio, principalmente praticado pelo marido, e ainda pelo pai e irmão da adultera; isto porém nas circumstancias da Ord., quando forão surprehendidos os adulteros, etc.

Sed de propriis etiam mariti bonis sustentari decenter debet. Aqui refere o Sr. Paschoal, como effeito da auctoridade marital, o direito de ser sustentada pelos bens proprios do marido, o que em verdade se prova pela Ord. apontada no §. Este direito porém, que assiste á mulher, e a que corresponde obrigação no marido, parece dever antes considerar-se como um effeito do matrimonio, do que como effeito de poder; e que em relação a este, é mais uma limitação ao poder, do que um effeito d'elle.

Et quod denique, etc. Remata-se o §. com a necessidade, que se dá na mulher, de procuração do marido para ser recebida em Juizo, obrigação, que em parte cabe neste §., segundo o methodo do A., se a limitarmos ao comparecimento pessoal, pois que neste §. elle se occupa dos effeitos do poder marital em quanto á pessoa, e não em quanto aos bens, o que dá assumpto

ao §. seguinte. E certo que a mulher faltaria ao decoro do marido, indo pessoalmente a Juizo; mas nem por procurador ella póde demandar, ainda mesmo sobre bens seus, sem que o marido a auctorize, no que se dá uma extensão do poder e superioridade marital aos bens, além da pessoa da mulher, como adiante veremos. Tambem as excepções, referidas na nota, á necessidade, que a mulher tem, de procuração ou outorga do marido, tem mais relação com os bens, do que com a pessoa; e por isso as notaremos no §. seguinte.

Ha porém outros effeitos mui importantes em quanto á pessoa da mulher, que resultão deste poder do marido; e tal é o que reputamos primeiro e principal entre todos, tanto em relação á sociedade conjugal, como á parental, ou familia; e consiste em a mulher ser obrigada á convivencia, isto é, a viver na mesma habitação do marido, o que não é só um direito na mulher para que seu marido a acceite para sua companhia, mas é igualmente obrigação, a que corresponde o direito no marido para a constranger á commum habitação, o que resulta da natureza e dos fins todos do matrimonio. E é tão forte o direito do marido nesta parte, que entre os Romanos as Leis não permittião ao mesmo pai reter em sua casa a filha, em quem elle tinha o poder patrio, se nisto não conviesse o marido, com quem ella tinha legitimamente contrahido matrimonio, o que se prova pela L. 2. D. *de liberis exhibendis* : — *imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.*

Como effeito muito importante do poder marital em quanto á pessoa da mulher, merece ser neste lugar referido o não poder ella, em regra, contractar sem consentimento do marido, quando este regularmente o póde fazer, sem que ella lh'o consinta, como em outra parte mostraremos.

Effeitos do poder marital em quanto aos bens da mulher.

§. 4. Notados os principaes effeitos do poder do marido na pessoa da mulher, tracta aqui o Sr. Paschoal deste poder em quanto aos bens ou patrimonio da

mesma. Administrar, alienar, accionar e defender em Juizo, são as operações, a que os bens da mulher casada podem frequentemente dar occasião: examinemos pois o que o marido póde, ou não, em cada uma destas differentes relações. É o marido o protector natural e legitimo da mulher, cujo officio não se limita á pessoa, mas se estende aos seus bens ou patrimonio. Daqui lhe vem o direito proveitoso, como em outra parte veremos, de administrar os bens communs, o que se dá tambem nos dotaes, ainda que não nos parafernaes.

Os bens dotaes são inalienaveis, em quanto o matrimonio subsiste: nos parafernaes, em regra, nenhum direito cabe ao marido, o qual tambem não póde alienar os bens communs immoveis, sem consentimento da mulher, consentimento, cuja necessidade cessa na razão da Lei em quanto aos moveis não preciosos, Ord. liv. 4. titt. 48. e 64. A coherencia legislativa com a prohibição d'alienar impõe ao marido a d'hypothecar, e de ser fiador, sem a mulher consentir, Ord. *cod.* tit. 60., assim como a d'accionar e defender os bens immoveis sem outorga ou procuração da mulher, que igualmente não póde fazel-o sem procuração do marido; e nem ainda sem licença do marido póde litigar em quanto aos bens parafernaes, isto é, bens, que deixou fóra do dote, e em que tem a administração; assim como tambem não póde alhear bens moveis, sem que o mesmo expressamente lh'o consinta, Ord. liv. 3. tit. 47., e liv. 4. tit. 48.

Com tudo esta prohibição não existe na mulher, ainda mesmo na constancia do matrimonio, nas duas especies, que o A. nos referio na nota ao §. antecedente, e são quando intenta a revogação da alienação d'immoveis, feita sem o seu consentimento, Ord. liv. 4. tit. 48. §. 2., ou quando intenta a mesma acção para haver o que o marido deu á concubina, Ord. *eod.* tit. 66.

Se pois o poder do marido tem tantas limitações, como lhe havemos notado, assim a respeito da pessoa, como dos bens da mulher, é inquestionavel, que a mulher não está sujeita nem ao dominio, nem á tutela do marido. — *Uxor non in dominio et tutela mariti, sed in potestate est*, como o Sr. Paschoal se explica no principio da nota.

Do marido da Rainha.

§. 5. A palavra Rainha é tomada da latina *Regina*, e em sentido estricto ou proprio compete unicamente á mulher, que governa um reino, ou exerce o soberano Poder. Neste sentido não ha Rainha nos Estados, em que as mulheres são excluidas de succederem na Corôa, sendo notavel que na Inglaterra, onde as mulheres reinão, não ha palavra, que corresponda ao titulo de Rainha, pois não só a mulher casada com o Rei é chamada *the queen*, a companheira, mas tem ainda o mesmo nome a que succede no throno, ou a reinante por proprio direito, e que não tem marido nem companheiro. Parece que um delicto gravissimo, praticado pela mulher d'um dos seus Reis, determinou os Saxonios a banirem para sempre da sua lingua a palavra Rainha, e que tendo-se elles estabelecido na Grãa-Bretanha por tres seculos, deixárão este estilo aos Inglezes. Ao contrario na França, onde as mulheres nunca succedêrão na Corôa, a casada com o Rei se diz Rainha, *Reine*, tomada esta palavra n'um sentido improprio ou amplo. Entre nós tem este nome ambas as accepções.

Notado isto, diz-nos neste §. o Sr. Paschoal, que entre nós a Rainha, tomado este nome na primeira das accepções, não obstante ter a soberania, e como tal não estar sujeita ás Leis, como mulher casada está sujeita ao Principe seu marido, o qual toma o titulo de Rei depois que a mulher lhe dá um filho, não obstante este Principe ou Rei, salva a sua elevação e prerogativa, estar sujeito ás Leis geraes: materia esta, que particularmente depende das Leis fundamentaes, e condições dos pactos antenupciaes. Pela mesma razão (e aqui incluimos a materia do §. 7. e ultimo deste Tit.) a Rainha, na segunda accepção do nome ou titulo, isto é, a mulher casada com o Rei reinante, não goza do imperio, está sujeita ás Leis, não obstante as condecorações e honras, que lhe competem como metade e parte do Rei.

Um fragmento d'Ulpiano, a que Triboniano den um lugar nas Pandectas, em poucas palavras nos dá idéa exacta das prerogativas e direitos da mulher d'um Soberano. « O Imperador (diz o fragmento) não está su-

jeito ás Leis: não é assim a Imperatriz; mas ella goza dos mesmos privilegios que elle.

Dos direitos da mulher, aos quaes correspondem obrigações no marido.

§. 6. *Uxor quoque in mariti corpus jus habet, non potestatem.* Não póde a mulher castigar seu marido; mas pela essencia do matrimonio, cujo principal fim consiste na geração e educação dos filhos, filhos proprios d'um e d'outro, e para os quaes a natureza dá leite á mãi, que só para com os seus é obrigada juntamente com o marido aos alimentos, tem um direito exclusivo no tóro e corpo do marido, direito proprio e igual ao que o marido tem a seu respeito, pois é reciproco, e tanto, que nenhum d'elles póde dedicar-se á continencia, senão com consentimento do outro. Cavallar. cap. 27. §. 25. Com este consentimento porém póde um ou ambos, por acordo commum, professar, e hoje o marido ordenar-se, caso, em que ficão perpetuamente separados *quoad torum et habitationem*, permanecendo com tudo o vinculo do matrimonio, Riegger tom. 4. §. 220. O direito, que na mulher se dá, á fidelidade do marido é sanccionado nas Leis, Ord. liv. 5. tit. 28. *per totum.* Na observancia da qual fidelidade não só o marido desempenha um dever proprio, mas dá um titulo de mais á mulher para que seja fiel a seu respeito, quando d'outra sorte attenúa a gravidade do adulterio da mulher. Entra aqui em attenção o exemplo dos bons costumes, que o pai de familias deve dar a seus filhos e familia, como a sociedade e a Religião lhe recommendão.

Nam ut bene ait Lactantius, etc. Com este pensamento de Lactancio, que o Sr. Paschoal aqui transcreve para persuadir a obrigação, que tem o marido, de guardar com pontualidade e escrupulo a fidelidade conjugal, — *Exemplo continentiae docenda est uxor, ut se caste gerat; iniquum est enim, ut id exigas, quod praestare ipse non possis*, — são concordantes S. Agostinho em Graciano Caus. 32. quest. 9. can. 2. — *Intactam quaeris? Intactus esto. Puram quaeris? Noli esse impurus*, — e a Lei 13. §. 5. D. *ad Leg. Juliam de adult.* — *Judex adulterii ante oculos*

oculos habere debet, et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat. Com tudo o adulterio da mulher em relação ao marido é muito mais grave delicto, que o deste em quanto a ella, pois, como em outra parte já mostrámos, é um crime mui complexo, composto de muitos delictos, e então maior peccado; sendo-lhe por isso, na concorrencia d'um e outro, inapplicavel a regra fundamental, de que se servio Innocencio III. no Cap. 6. *de adulter.* — *Paria delicta mutua compensatione tolluntur*, ainda quando fosse verdadeira, o que já em outro lugar negámos.

Ab eodem uxor recte alimenta petit. Já no §. 3. deste Titulo mostrámos, que a prestação dos alimentos á mulher é no marido antes uma obrigação, do que um direito, obrigação, a que é correlativo o direito, que o Sr. Paschoal com a Ord. liv. 4. tit. 103. §. 1. aqui attribue e reconhece na mulher; obrigação do marido, que lhe resulta da natureza do matrimonio ou sociedade conjugal; assim como obrigação da mulher para o marido, se é rica e elle pobre, pois que os mutuos auxilios, a que se obrigão, consistem muito principalmente em alimentar-se, e para gerar e educar filhos é indispensavel o viver, para o que são os alimentos o meio igualmente indispensavel, e que fórma cargo ao marido. Do mesmo principio lhe resulta a obrigação de defender a mulher, para o que a natureza lhe deu força. Accresce que a mulher é ametade e porção sua: alimentando-a, conserva-a; e conservando-a, a si mesmo se conserva; o que faz que a obrigação alimenticia no marido, em respeito á mulher, corra para elle a par da mesma obrigação para com os filhos, e apague a dos ascendentes para com ella.

De illius dignitate participat, etc. As nossas leis e costumes dão ás mulheres nobreza, distincções, fôro e privilegios dos maridos, isto ainda que ellas os não tenhão de nascimento; e na nobreza succedem, como já vimos, os filhos, não obstante não se dar ella por nascimento na mãi, caso, em que se dizem filhos de matrimonio desigual, expressão indigna de proferir-se, e que

se devia banir, por quanto, como já dissemos, e agora repetimos, a nobreza dos christãos é a mesma em todos elles, pois que o baptismo, que os gera, é um e o mesmo para todos, e o matrimonio igualmente para todos tem a mesma santidade, sendo todo elle em Portugal de mão direita, e não *de la main gauche* ou *ad morganaticam*. Assim vemos que a Ord. liv. 1. tit. 91. §. 7. manda, que os Contadores dos feitos contem ás mulheres, que seguem seus litigios, quer casadas, quer viuvas, mas honestas, as mesmas custas, que contarião aos maridos segundo sua qualidade: que a do liv. 2. tit. 59. §. 15. dá ás mulheres dos Desembargadores, tanto em vida dos maridos, como por sua morte, mas vivendo ellas honestamente, os privilegios a elles concedidos pelas leis: e finalmente que a do livro 3. tit. 42. §. 4. prohibe a penhora nos vestidos e camas d'uso ás mulheres dos Fidalgos, Cavalleiros e Desembargadores, do mesmo modo que dispõe em favor de seus maridos.

Beneficio restitutionis gaudet ex persona mariti. Como os conjuges são ligados pelo vinculo sacramental indissoluvel, e como seus corações se prendem, formão elles um só corpo ou pessoa. Por esta razão as leis, concedendo em circumstancias especiaes ao marido beneficios ou favores, estendem sua participação á mulher: outro tanto se verifica nas circumstancias da mulher, favorecidas por Direito, pois que n'ellas o marido do mesmo modo participa, ensinando assim com o seu exemplo as leis aos consortes a praticarem entre si mutuos soccorros e favores. Dá argumento neste sentido a Ord. do liv. 3. tit. 42. §. 4., dispondo, que a mulher de 20 annos, que em tal idade perde pelo matrimonio o direito á restituição, sendo lesada, participe na restituição, que foi julgada a seu marido menor, assim como na mesma Ord. se ordena, que o marido maior tenha parte na restituição *in integrum*, feita á mulher quando menor.

Perfectum cum marito convictum habet, et societatem communionemque bonorum. Os constantes e mutuos auxilios, que os consortes se devem; o fim da geração e educação da prole, que se propõem conseguir; e o amor, que os une, fazem com que entre elles tudo natu-

ralmente se communique. Assim a casa ou habitação conjugal é-lhes commum, commum o leito, communs os corpos, communs os filhos; e para com estes se dão n'elles direitos parentaes, cuidados, officios e obrigações tambem communs. Como porém os meios para fins communs devão ser do mesmo modo communs, e ao prompto alcance dos socios; segue-se que é conforme e natural ao matrimonio a communhão de bens entre os conjuges. Por isso é que na falta de contracto, que estabeleça o contrario expressamente, a lei presume esta communhão entre marido e mulher, pois que é ordinario o que é mais natural, e deve antes presumir-se o que acontece as mais das vezes, Ord. liv. 4. tit. 46.

Quorum possessionem retinet, eo mortuo. Como a mulher é meeira nos bens communicaveis do casal, e por morte do marido a partilha da meação entre os herdeiros do defunto não é obra d'um instante, é ainda natural, que a mulher, já neste tempo possuidora, continue a possuir: e pois que é morto o cabeça e principal chefe da familia, fique a viuva á testa de todos os bens ou cabeça do casal, para que em vez de receber ella a meação de quem ainda então não possue, recebão da sua mão os herdeiros e legatarios do marido, dando-se igual razão e fundamentos para que por morte da mulher outro tanto tenha lugar no viuvo a respeito dos herdeiros e legatarios da defuncta, Ord. *eod.* tit. 95.

Et tandem ad instar illius cognati habetur, eique bene potest ab intestato succedere. Fallando em generalidade, a geração da mulher não resulta da mesma origem ou tronco, donde provém o marido, ou não se dá consanguinidade entre um e outro dos conjuges. Por isso, se pela morte do homem não pôde realizar-se a fundação d'uma familia nova e especial, a lei, que na falta de filhos em serie dos descendentes, e na dos pais em ordem dos ascendentes, lhe facultava a liberdade para instituir sua mulher herdeira, até mesmo universal, e em todo o caso, isto é, existissem ou não existissem descendentes ou ascendentes, lhe permittia a disposição de sua terça em quanto á mesma: visto que o defuncto não quiz fazer testamento, como lhe era permittido, presume por este procedimento que quiz elle excluir a mulher, e chamar

á successão de seus bens os collateraes, que a proximidade do sangue lhe fazia mais amados. Fixa porém esta linha de successão até ao decimo gráo de parentesco, contado segundo o Direito Civil; e se n'ella não ha parentes do defunto, presume a lei neste caso, que, morrendo o marido em amizade e harmonia com a mulher, esta lhe fôra a pessoa mais acceita, e lhe quiz deixar os bens, nos quaes succede ella, como se em realidade tivesse sangue do seu marido, *ad instar illius cognati.* O mesmo reciprocamente, e nas mesmas circumstancias se dispõe a respeito do marido para succeder á mulher, que morreo sem testamento, ou, o que é o mesmo, se testou, mas nullamente, Ord. *cod.* tit. 94.

TITULO VIII.

Da communhão de bens entre os conjuges.

Razão d'ordem, e conveniencia da communhão em quanto aos bens entre marido e mulher.

§. 1. DEpois d'o Sr. Paschoal ter tractado do matrimonio, como o meio mais natural e ordinario d'acquirir o poder patrio, *scilicet*, o poder, que pelas Leis se dá no pai sobre a pessoa e bens do filho, examinou os direitos, que da mesma fonte provém ao marido em quanto á pessoa e bens da mulher, sua ametade e consorte, isto é, occupou-se com o exame das faculdades, que formão o todo, que se diz poder *varonil*, e mais propria e ordinariamente *marital;* poder acompanhado d'encargos com relação immediata á mulher, e mediata ou mais remota aos filhos, e que tambem na relação primeira tem direitos correlativos na mulher, dos quaes tracton.

Estes direitos e obrigações correlativas entre mulher e marido ou são essenciaes á qualidade conjugal, e por isso inalteraveis, ou lhes são unicamente naturaes, e por

isso dependentes das convenções, que referindo-se ao matrimonio, se chamão *convenções matrimoniaes;* e porque o precedem, tomão o nome tambem de *convenções ante-nupciaes.* Uma e a mais importante destas é a que versa sobre a communhão de bens entre os casados: justa é pois a collocação desta materia neste Titulo.

Dubitare potest nemo communionem bonorum inter conjuges ex natura et indole societatis conjugalis derivari, vel saltem eidem multum consentaneam esse. Não implica que os conjuges não se communiquem nos bens, pois que não obstante demarcarem os dominios respectivos, podem contribuir para os encargos communs: com tudo esta scissão de propriedade e dominio deve enfraquecer pelo menos as diligencias d'um e d'outro para a prosperidade e bem commum da familia, e obrigar a rateios, que mal se casão com o amor e amizade. É por tanto a communhão de bens entre os consortes um resultado natural do matrimonio, *ex natura et indole societatis conjugalis derivari*, ou pelo menos é mais conforme e appropriada a seus fins, do que patrimonios demarcados entre os socios, só dous nesta união, que é, em si considerada, a mais simples de todas, a qual póde perecer, como effectivamente perece, mas não admitte consocios, pois que o matrimonio existente, *ligamen*, é impedimento dirimente, que se oppõe com nullidade, e com responsabilidade penal, *bigamia*, á aggregação d'outros socios. Por isso é que, quando os conjuges d'outra sorte não pactuão expressamente, presume o nosso Direito, que tacitamente pactuárão communhão nos bens; mas esta presumpção cede, como todas, á verdade, pois a alteração nesta parte não offende a essencia da qualidade conjugal, ainda que, como diz o A. na ultima linha da nota a este §. 1., — *eam maxime desiderat arctissima inter conjuges vitae consuetudo.*

Se a Legislação Romana adoptou a communhão de bens entre os conjuges.

§. 2. Antes d'examinarmos qual foi para as nossas Leis a primeira origem da existencia da communhão

dos bens entre os conjuges, cumpre conhecer-lhe sua especial natureza e qualidades characteristicas. É ella uma especie de sociedade de bens, que o homem e a mulher contractão, quando se casão; esta porém exorbita das sociedades ordinarias, nas quaes em cada um dos socios se dá direito igual, ou um direito o mesmo em todos; quando na communhão entre os conjuges sobre os bens o marido por sua superioridade administra e dispõe, e pelo contrario a mulher de nada só por si póde dispôr. O que faz que o marido em certo modo durante tal communhão, ou na constancia do matrimonio, seja considerado o senhor unico da casa, e com poder em quanto aos bens da communhão, vindo d'aqui o olhar-se o direito da mulher como uma aptidão unicamente para com dia, ou quando o matrimonio se dissolver pela morte do marido, ou pela separação em perpetuo, ella partir nos bens, que se acharem existentes. O què fez dizer a Dumoulin, que esta communhão para a mulher consiste antes *in habitu*, *quam actu*, e que ella durante o matrimonio *non est proprie socia*, *sed speratur fore*, isto em relação á partilha depois da morte do marido.

Esta communhão é pactuada antes da contracção do matrimonio, dependendo assim tacitamente da condição, *si nuptiae sequantur*, sendo seus encargos naturaes os alimentos dos conjuges e filhos, em quem se não derem bens, de que possão subsistir, tendo ella em consequencia unicamente lugar entre pessoas capazes da sociedade conjugal, tanto absolutamente, como em relação d'uma para com outra.

A communhão de bens póde ser pactuada expressa ou tacitamente, e se verifica deste modo, quando, sem declaração em contrario, os esposos contrahem o matrimonio em lugar, onde a lei ou o costume tem adoptado como ordinaria a communhão. Diz-se na primeira especie communhão convencional, e na segunda legal, admittindo a primeira clausulas differentes e variadas, que não se opponhão ás Leis, nem repugnem com a natureza da união conjugal; donde vém, que póde ella ser igualmente contractada tanto por esposos, que tenhão riquezas iguaes, como desiguaes, e até mesmo sendo um rico, e pobre o outro, caso, em que o rico faz

doação d'ametade dos seus bens ao esposo, que nada tem, ou da parte, que lhe falta para se igualarem em capitaes. Com tudo esta differença de riquezas não requer, como absolutamente necessaria para se verificar igualdade na communhão, a expressa declaração dos pactuantes, pois ainda se subentende tacitamente estabelecida a communhão, o que em outras clausulas se não dá, sem que se não expressadas, como é para que a communhão tenha lugar, se por morte d'um dos conjuges não existirem filhos alguns do matrimonio.

Descripta, como a deixamos, a natureza da communhão dos bens entre os conjuges, vejamos se ella deve origem ás Leis Romanas.

A Legislação de Romulo, que segundo as auctoridades, que o Sr. Paschoal transcreve e aponta, parece ter concedido á mulher participação no patrimonio ou bens do marido, teve pouca duração, como o A. adverte, — *haec tamen non diu stetit.* Por quanto seguirão-se tres especies de casamentos, os quaes, supposto na nossa opinião nem todos entregassem a mulher ao dominio do marido, — *in manum viri conveniret*, no que o Sr. Paschoal não concorda, com tudo a não fazião participante de bens em communhão com o marido. Forão elles o matrimonio *per confarreationem*, *per coëmptionem*, e *per usum.*

Per confarreationem. Era o matrimonio dos pontifices, celebrado com o sacrificio, e solemnidades da farinha e pão d'ella, que o tit. 9. d'Ulp. *in Fragm.*, citado pelo A., nos diz trazia a mulher *in manum*, ou a sujeitava ao dominio, e por isso a não fazia participante em bens alguns.

Per coëmptionem. Por este modo ou meio o marido comprava a mulher; ella saía do poder do pai para o do marido, tudo adquiria para este, do qual era como filha, e como tal lhe succedia; assim não tinha communhão com o marido. Esta especie de casamento tinha caído inteiramente em desuso no tempo de Justiniano.

Per usum. Este dava-se, quando o homem e mulher vivião juntamente como casados, o que não sujeitava a mulher ao poder de seu marido, pois ficava sem mudança no estado, em que se achava antes do casamento,

sujeita ao patrio poder. Era chamada matrona *a matrimonio*; mas a propriedade de seus bens ficava n'ella, sem que o marido gozasse d'outros além d'aquelles, que com sigo ella lhe trouxe para casa: donde nasceo ao depois dizer-se dote o que a mulher trazia ao marido para sustentar os encargos do matrimonio. Daqui vem o distinguir Cicero a mãi de familias daquella, que era unicamente *uxor*, sendo aquella sujeita ao poder marital, e não esta. — *Genus est uxor; ejus duae formae: una matrumfamilias earum, quae in manum conveniunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur.* Assim umas não communicavão nos bens, pois adquirião para o marido; outras só fazião o marido participante dos bens, que lhe trazião para os encargos do matrimonio. Por isso reflectindo na natureza e qualidades, que existem na communhão de bens, e acabamos de explicar, vemos que não foi a Legislação Romana que a fez passar á nossa.

Bonorum haec communio nec etiam jure canonico locum habet, etc. Como as Leis Patrias bebêrão principalmente disposições nas Romanas e Canonicas, depois de vermos que não forão aquellas que originárão entre nós a communhão dos bens, de que tractamos, occupa-se na nota o A. com ver se estas, ou as Canonicas são a fonte de nossas Leis. É indubitavel que Urbano III. Cap. 2. *de donat. inter. vir. et uxor.*, rescrevendo no anno de 1185 ao Deão, Chantre, Conegos Cabido da Igreja Lexoviense na Gallia, na especie do marido divorciado, recusando illicitamente entregar á mulher não só o dote, mas tambem a porção, que lhe cabia nos bens adquiridos durante a convivencia, decide em favor da mulher, para que receba uma e outra cousa. Aqui vê-se communhão em quanto aos bens adquiridos: mas primeiramente a nossa communhão é mais ampla; de mais não se estabelece aqui direito commum ou geral, referindo-se a uma Igreja da Gallia, onde, como adverte Boehmero, as Leis desde tempo antigo, em conformidade com as da Germania, tinhão adoptado esta communhão entre os conjuges.

Não se póde duvidar de que em França, nos paizes, que não seguião o Direito escripto ou Romano, mas

sim os proprios costumes em tempos muito antigos, algum tanto da communhão de bens se observou entre os conjuges. Cesar, fallando dos costumes dos Gallos em seus *Commentarios*, attesta que quando casavão, o marido era obrigado a unir aos bens, que recebia da mulher, outros tantos seus, formando-se assim um todo ou massa, na qual por morte d'um dos conjuges succedia o outro totalmente.

Outros escriptores asseverão que os primeiros costumes dos Gallos forão observados pelos povos mais visinhos d'Allemanha, onde as Leis, recebendo os costumes dos antigos Germanos, dispunhão umas vezes que a mulher recebesse ametade, outras a terça parte dos bens adquiridos durante o matrimonio, isto conforme o titulo 29. da Lei dos Ripuarios, e 8. da dos Saxonios. Assim nem o Direito Romano, nem o Canonico a creárão, nem os costumes e leis de differentes povos coincidem com a nossa communhão de bens entre os conjuges.

Que especie de Direito deo origem á communhão de bens dos conjuges entre nós.

§. 3. Ponderado que nem o Direito Romano, nem o Canonico creárão a communhão de bens entre os conjuges, variando muito, e nunca ajustando-se com a nossa, segundo a descrevemos, a que foi recebida pelas leis e usos antigos d'alguns povos, vejamos aqui como o A., como ella chegou a ser recebida em nossos Codigos.

A communhão de bens, como vimos, é conforme á natureza do matrimonio, mas não é da sua essencia, pois que esta consiste em ser a sociedade conjugal em si mesma uma sociedade de corações, uma união de pessoas e de sexos, e não amontoamento de cousas.

Assim parece-nos que a communhão, tal como se dá em nossas Leis, não se deve a um improviso. Era natural que primeiramente fosse ella restricta aos bens adquiridos na constancia do matrimonio, e isto com o fundamento na mutua collaboração dos conjuges: — *Rerum enim domesticarum cura ad utrosque pertinet — Quod maritus foris facit, uxor intus operatur*, o que dava occasião a lembrar alguma retribuição á mulher,

até ainda pelo receio d'ella, quando pobre, ficar sem meios de subsistencia, sobrevivendo ao marido, e que assim os costumes introduzissem a participação nos adquiridos, passando esta ao depois a ser geral, ou comprehensiva dos bens, que n'um e n'outro já se davão ao tempo do matrimonio.

Jure autem nostro bona communicantur inter conjuges. Tal é a expressa disposição da Ord. liv. 4. tit. 46. *pr.*, onde se estabelece a regra geral, que todos os matrimonios entre nós se entendem contrahidos por carta d'ametade, ametade, que procede, ainda que não seja expressa na carta, pois que se subentende sempre, uma vez que se não prove que os contrahentes pactuárão d'outro modo, sendo o matrimonio na falta de convenção, que outra cousa disponha, a causa legal productiva da communhão ou do direito, que se dá em cada um dos contrahentes á ametade dos bens communs, Ord. §. 1. *eod.* Coincide a do mesmo liv. tit. 95., que por morte do marido faz a mulher cabeça de casal, como meeira por virtude do matrimonio. Logo á vista de sentenças tão expressas é incontroverso ser regra geral a communhão entre os conjuges, com a excepção referida, isto é, dando-se e provando-se uma contraria convenção dos contrahentes.

Sabido que as observadas Ordd. liv. 4. tit. 46. *in princ.*, e 95. *eod.*, na falta de convenção expressa em contrario, dão ao matrimonio geralmente o effeito da partilha por meação ao conjuge sobrevivo, direito, que lhe resulta do pacto tacito, que a lei aqui presume entre os conjuges, pois que d'elles dependia a não existencia da communhão, manifestando por expressa convenção a sua vontade em contrario: vejamos, á face dos monumentos, como a nossa legislação chegou a receber a sentença referida; assumpto, que o A. tomou para objecto da nota a este seu §. 3.

Quae quidem .... in aliquibus tantum oppidis, etc. Na Ord. liv. 4. tit. 47. §. *inic.* se declara como costume do Reino serem os conjuges meeiros: na do mesmo liv. tit. 60. *in fin.* se contrapõe o contracto ou convenção dotal ao que é conformé com o costume do Reino, isto é, ao matrimonio com communhão de bens, ou

celebrado com a natureza de carta d'ametade: no tit. 65. §. *inic.* se attribue por costume do Reino ao matrimonio a communhão de bens entre os conjuges: e finalmente no tit. 48. *princ.* se enuncia o matrimonio conforme ao costume do Reino, distincto e diverso do contrahido por dote e arrhas. É por tanto indisputavel, em razão de taes e tantas expressões, que a Ord. vigente não só reconhece, mas acceita o costume do Reino, pelo qual o casamento communica os bens entre os casados, e que assim o manda presumir na falta de convenção expressa em contrario.

Na Ord. de D. Manoel, no mesmo liv. tit. 7. §. *inic.*, se observa a clara, terminante e geral disposição, que manda em todo o Reino, e em regra, interpretar o matrimonio como contrahido com communhão de bens ou por carta d'ametade, excepto igualmente o caso, em que apparece convenção dos contrahentes em contrario; mas na Ord. de D. Affonso no mesmo liv. tit. 12. §. 5. se nota, que em algumas terras do Reino era o costume contrahir-se o matrimonio com a communhão de bens, ou por carta d'ametade, e que n'outras se observava a convenção dotal nos casamentos, dispondo que nas terras, em que o costume era o primeiro, havendo dúvida, o matrimonio se entendesse por communhão, e nas outras se reputasse dotal.

Desta sorte era ao tempo da promulgação da Affonsina o matrimonio com communhão de bens para os conjuges adoptado por costume não em todas, mas sim em algumas terras do Reino; e ou este costume estava generalizado ao tempo da Manuelina, ou os seus collaboradores assentárão de o converter em pratica ou observancia geral; disposição esta, que a Ord. Filippina acceitou, confessando a sua conformidade com o costume do Reino. Mas este costume, segundo a Affonsina, não foi geral antes d'ella, embora se generalizasse ao diante; sendo certo, que tal costume veio a arreigar-se em Portugal, pois que seguindo os Wisigodos a communhão restricta aos bens adquiridos, como se vê do *Codigo Wisigothico* liv. 4. tit. 2. lei 16., depois da Europa livre dos Barbaros, os Portuguezes continuárão a a communicar todos os bens por meio do matrimonio, ao menos em certas terras.

Politici non nulli contrariam esse existimant commercii utilitati. O A. remata lembrando que esta communhão de bens entre os conjuges é combatida por alguns dos Economistas como contraria á prosperidade do Commercio; e não acceita a questão. Seguimos o seu exemplo, pois que nosso dever acabou, mostrando em quanto a ella as disposições de nossas Leis. Com tudo diremos concisamente a opinião, que neste momento formamos. Dissolvido o matrimonio, um grande capital se divide, o qual caindo todo a um lado animaria melhor uma empresa. Mas se não se désse a communhão; prosperarião tanto os patrimonios das familias? Serião os conjuges concordes em não se darem ao luxo? As virtudes da parcimonia, da sobriedade e diligencia serião observadas por ambos os pais, e com o seu exemplo persuadidas aos filhos? Pensamos que não; e por isso não acceitamos a opinião dos Economistas, que discorrem d'outro modo. Demais, se a communhão de bens é conforme e natural ao matrimonio, sigamol-a, pois que o bem das familias é o fóco verdadeiro, o manancial fecundo da virtude, da paz, e de toda a ventura do Estado. Se esta opinião, que se oppõe á communhão dos bens, é fundada e verdadeira, nós vamos demonstrar com ella, que só um dos filhos deve ser herdeiro solidario do pai, e que dous, quatro, seis e mais, que ainda restem, devem ficar sem legitima. Assim pensamos, não obstante sabermos as disposições do *Codigo Civil* de França art. 1401. e seg., que adoptão uma communhão de bens menos ampla.

Que qualidades se devem dar no matrimonio, para que opére a communhão de bens entre os conjuges.

§. 4. *Quando verum et legitimum matrimonium fuit contractum.* Se o A., empregando além do nome de qualidade *verum* o outro igual *legitimum*, quiz excluir o matrimonio illicito, não obstante a sua permanencia pela validade, não seguimos a sua opinião; por quanto no matrimonio valido, apezar d'illicito, vemos verificadas as condições e requisitos da lei para proceder a communhão, tanto na intenção dos contrahentes, que, casan-

do, quizerão communicar os bens, como na retribuição reciproca dos mutuos auxilios, e habilitação para a subsistencia do conjuge, que ao outro sobrevive. Na verdade tal matrimonio permanece, e só pela morte se dissolve; nem em nossas Ordd. vemos um só indicio, que condemne o matrimonio valido, mas illicito, com o não produzir a communhão de bens entre os conjuges. O mesmo não dizemos em quanto ao matrimonio clandestino; pois que elle nenhum effeito produz, quer ecclesiastico, quer civil, alem das penas impostas pelas Leis aos réos, achando-se a sua especie fóra dos termos da Ord. liv. 4. tit. 46. §. 1. — *E quando o marido e mulher forem casados por palavras de presente á porta da Igreja, ou por licença do Prelado fóra d'ella.*

Illudque consummatum copula conjugali. É a communhão dos conjuges nos bens um effeito do matrimonio, quando os contrahentes não pactúão o contrario; mas naturalmente entendidas as palavras da Ord. liv. 4. tit. 46. §. 1. — *havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens*, para ter lugar este effeito, requer-se que o matrimonio seja consummado pelo uso do tóro conjugal, sem que o matrimonio rato o produza, devendo-se assim reunir as condições da consummação e validade, para que os bens se communiquem.

O Jurisconsulto Lobão nas suas *Notas* a este lugar do A. consente na razão de decidir, que Barbosa attribue á Ord. ultimamente cit., sendo ella, que o matrimonio rato não é perfeito sacramento, qualidade, que unicamente se dá no consummado; apoiando esta asserção no Can. 17. caus. 27. q. 2. e no Cap. 6. *de bigamis non ordinandis.* Julgamos não dever consentir em tal doutrina; mas unicamente exporemos os fundamentos, que temos.

O Canon cit., que apparentemente fundamenta a opinião de Barbosa, é do Papa Leão no anno 443, e Graciano não apurou sua lição verdadeira, fixando-o com as palavras *nuptiale ministerium*, correspondendo esta a *commercium*, ou uso do tóro. Nos codices impressos e manuscriptos das Epistolas deste Papa dá-se lição inteiramente differente, a qual é ainda conservada por Burchardo e Santo Ivo. — *Cum societas nuptiarum ita ab initio consti-*

tuta sit, ut praeter sexuum conjunctionem haberet in se Christi et ecclesiae sacramentum, dubium non est, eam mulierem non pertinere ad matrimonium, in qua non docetur nuptiale fuisse mysterium. É evidente que o Canon, assim restituido, nega a qualidade de sacramento ao commercio carnal dos sexos sómente em si considerado, mas não a nega ao matrimonio; e que o Canon não distingue entre matrimonio rato e consummado, mas distingue do concubinato o matrimonio.

O Cap. 6. *de bigamis non ordinandis* nem apparentemente ao menos póde causar illusão a quem sabe que a bigamia é o crime do que casa em vida do conjuge pelo matrimonio anterior, pois decide que o presbytero, que simultanea ou successivamente tem muitas, ou mais do que uma concubina, não é irregular para o exercicio das ordens, e que por isso póde o Bispo dispensal-o como um simples incontinente. Aqui o fundamento, que Innocencio III. tomou, foi o mesmo, que no Canon levou o Papa Leão a decidir, que o concubinato não é matrimonio ou sacramento; e se o fosse, o presbytero na especie do Cap. por certo seria bigamo, pois que a bigamia é repetição do matrimonio com o impedimento do *ligamen*. Produz o matrimonio consummado alguns effeitos mais do que o rato; mas todo quanto é o sacramento, está igualmente neste.

Parece pois que a razão da Ord. consiste em a consummação, ou uso do tóro conjugal ser naturalmente uma condição, que ainda que não expressada pelos conjuges, é por elles mutuamente contemplada como razão para communicarem seus bens, operando-se assim tal communhão simultaneamente com a dos corpos. Com tudo pelo *Codigo Civil* de França art. 1399 a communhão de bens opera-se e começa com a celebração do matrimonio.

Non sufficere coitum illicitum ante matrimonium, etc. Posta a sentença da lei, que requer para o effeito, de que tractamos, a consummação do matrimonio, tira o A. na sua nota ao §. corollarios ou resultados, sendo o primeiro, que a união illicita dos sexos anterior ao matrimonio não basta para dar, ou para produzir a communhão.

Gama na decisão 124. informa, que a praxe é contraria a esta opinião do A., e que segundo aquella o ajuntamento carnal anterior ao matrimonio dá o effeito da communhão. Argumenta com o silencio da lei em quanto ao tempo do cóito, e conclue dando-lhe uma disposição geral, por isso que ella não distingue. Lobão, em reforço a Gama, argumenta por paridade da legitimação dos filhos por matrimonio subsequente, o qual produz para elles todos os effeitos civis, devendo o mesmo acontecer em quanto á communhão dos bens dos conjuges.

A' opinião de Gama oppomos que naturalmente a lei teve em vista o matrimonio consummado, e que este só é tal em virtude da união licita dos conjuges, e por isso verificada, quando já contrahido o matrimonio: nem um acto torpe póde considerar-se, sem absurdo, em favor do que o pratica, para dar perfeição ou complemento ao matrimonio; e torpeza se dá na união illicita dos sexos. Parece tambem que a paridade da legitimação para a communhão de bens pelo subsequente matrimonio não procede; pois nesta toda a utilidade é dos conjuges, a quem não deve aproveitar o crime, que um e outro praticárão, quando naquella se procura o proveito e bem dos filhos, a quem sua geração não póde ser imputavel.

Idem dicendum de matrimonio cum infirma contracto, etc. Da sentença dada á cit. Ord. resulta da mesma sorte, que o matrimonio contrahido *in extremis*, quando a elle se seguio a morte do conjuge, sem que se désse intervallo com restabelecimento ou melhora na saude, não póde fazer communs os bens dos contrahentes, pois não póde dar-se entre elles o uso do tóro conjugal, condição, que para a communicação de bens a lei requer.

Etiamsi uxor in domum mariti deducta sit. Esta doutrina não nos parece adoptavel, pois a demóra, ainda não diuturna, da mulher em casa de seu marido fundamenta uma forte e violenta presumpção a favor do commercio conjugal, a qual sómente póde ceder a provas muito evidentes.

Se o matrimonio putativo faz os bens communs entre os conjuges.

§. 5. *Communionem non resultare ex matrimonio putativo*, etc. Na França, onde os bens immoveis, anteriores ao matrimonio, se não communicão, mas sim os moveis, e uns e outros adquiridos na existencia e duração do matrimonio, é bastante o putativo, com o fundamento na boa fé dos contrahentes, e tambem na collaboração ou concorrencia dos esforços d'um e outro, entendendo-se que os immoveis existentes ao tempo do matrimonio, na falta de descendentes, devem seguir as familias, a que pertencião os conjuges, isto ainda mesmo no matrimonio verdadeiro.

Entre nós é materia controversa e disputavel. Lobão insta com a paridade, que se dá em o matrimonio putativo legitimar os filhos por toda a duração da boa fé parental: mas dá-se aqui o mesmo vicio, que antecedentemente notámos; pois ainda que os pais, por falta de dólo e culpa, neste caso nenhum delicto pratiquem, é certo que o effeito da legitimação é sanccionado por consideração com os filhos.

As nossas Leis, fallando do matrimonio na relação, ou sobre o objecto, em que estamos, suppõem o matrimonio válido; e tambem só um matrimonio tal e permanente póde determinar os contrahentes a communicarem os bens: por isso, descuberto o impedimento, se não admitte dispensa para validamente se casarem, o erro involuntario não póde prejudicar ao conjuge, que entrou com maior valor ou capital na sociedade dos bens. Em quanto porém aos rendimentos e fortunas adquiridas na duração da boa fé, parece que esta é um titulo respeitavel para os fazer communicaveis, mas como a má fé a ninguem deve aproveitar, o conjuge assim vicioso deve perder n'elles a meação, além da indemnização, a que o bigamo é obrigado para com o innocente, como em outro lugar notámos.

Que

Que bens se communicão, e entre que pessoas tem lugar esta communhão.

§. 6. *Communio omnium bonorum resultat etiam postea adquirendorum*, etc. Na linha 5.ª deste §., e com as expressões transcriptas enuncía o Sr. Paschoal a regra geral, deduzida da Ord. liv. 4. tit. 46. §. 1. no verso — *em seus bens e fazenda*, que declara os bens, em que se dá nos conjuges a communhão; e é, que tanto os de que os contrahentes são senhores ao tempo das nupcias, incluidos os direitos, que neste tempo n'elles se dão sobre bens, embora os não possuão, como os bens e direitos adquiridos, durante a existencia do matrimonio, se communicão, formando um corpo ou massa, para o effeito de n'ella serem meeiros os conjuges, quer a propriedade lhes resulte de titulo lucrativo, como a doação, quer oneroso, como a compra. A verdade desta regra procede na generalidade da lei, que no lugar citado é a mais ampla regra, que, como todas as outras, tem excepções, que adiante notaremos, as quaes em geral versão ou sobre bens, em que se não dá propriedade, ou em que esta se dá, mas que são indivisiveis.

Pauperes, an divites, nobiles an ignobiles, etc. A communhão de bens, segundo já a descrevemos, tem antes implicita a doação mutua, do que a permutação, ou troca, pois que os bens ficão communs, indistinctos, ou em massa, como propriedade dos conjuges, ainda que um d'elles por pobre, ou ainda ambos ao tempo do matrimonio não contribuão para o monte, objecto da communhão, á qual correspondem neste caso os bens futuros, ou adquiridos, na constancia do matrimonio. Desta sorte nem a pobreza d'um ou d'ambos os conjuges, nem a nobreza e nascimento desigual por inferior se oppõe á communhão, uma vez que os contrahentes sejão capazes do matrimonio, tanto, absolutamente fallando, como em respeito d'um a outro.

Majores sint viginti quinque annis, vel minores. É questão, se a menoridade obsta ao orfão, para, sem consentimento do Juiz para o matrimonio, dar communhão ao seu conjuge, que lhe é em fortuna desigual. O A., talvez fundado na generalidade da Ord. ultimamente

vil., segue a opinião affirmativa, *majores sint, vel minores.* Segue a contraria o Jurisconsulto Lobão, com o qual nos conformamos, pelas disposições de Direito, em outro lugar expostas, em relação aos effeitos do matrimonio illicito do menor, e pelas outras, que regulão nesta idade a faculdade de dispôr. Com tudo, se contrahido o matrimonio por carta d'ametade, ou communhão de bens, chegada a maioridade, falta o protesto ou reclamação da parte do que na menoridade contrahio o matrimonio, temos que a communhão de bens é procedente, dando-se direito no lesado, que figura nesta especie, para se aproveitar da restituição até aos 29 annos de idade; morrendo dentro dos quaes, passa aos herdeiros o direito na opinião quasi geral dos Praxistas.

Continúa a communhão ainda depois dos conjuges separados.

§. 7. No principio deste §. estabelece o A., que não obstante a cessação da convivencia, ou a separação dos casados, se conserva entre elles a communhão, ainda mesmo nequelles bens, que um ou outro adquire durante o apartamento.

Jus enim nostrum communionem... generaliter statuit, etc. Expõem-se aqui os fundamentos da opinião referida, e consistem em a communhão, por virtude de lei expressa, resultar, como effeito necessario, em falta de convenção da validade e consummação do matrimonio, condições, que se dão nesta especie; e como a lei mais não exige, a variante na cohabitação entre os conjuges não tem influencia naquella, ordenada geralmente; e isto, como o Sr. Paschoal nos diz na nota, tanto em razão do vinculo do matrimonio, que neste caso se conserva, como porque, logo que a causa cesse, são os conjuges obrigados a continuar na communhão, que por isso deve permanecer inalteravel, *vel quia illius vinculum non est solutum, et durat adhuc, et perseverat, vel quia, illius causa cessante, conjuges ad eamdem communionem redire tenentur.*

Tomão ainda força, em nossa opinião, estas razões,

ponderando que a sentença de divorcio ou separação, quando não assenta em nullidade do matrimonio, nunca passa em julgado, podendo por isso os conjuges conciliar-se em qualquer tempo; no que o público interessa: donde resulta que não devendo dar-se facilidade em conceder-lhes a separação *quoad torum*, se lhes não deve deixar quebrar a communhão, que cessando, cortaria totalmente as relações conjugaes, obstando deste modo á conciliação, que se deve promover.

Covarruvias, cuja opinião o A. transcreve na introducção á sua nota, segue, como regra, que devemos tomar as leis em sentido favoravel á communhão unicamente desde que principia, até que acaba a convivencia entre marido e mulher: ao que oppomos, que as leis, cuja disposição é geral, não admittem restricções a casos especiaes; e seria restricção encurtar a communhão pela convivencia dos conjuges, parecendo antes ser o espirito da lei, na generalidade com que dispõe, que a sociedade em todos os bens se conserve como meio para que a união se não dissolva inteiramente, na esperança de que aquelles se conciliem.

Lobão, *Notas* a este lugar, argumenta contra a opinião do A. com o pacto tacito dos conjuges, que dá á lei fundamento, para que presuma em favor da communhão, pacto, que não podemos suppôr se conserve, quando separados os conjuges, findando então por isso a sociedade nos bens. Mas oppômos, que a lei, adoptando a presumpção a favor da communhão pela sua generalidade, não adoptou a contraria, quando a separação se verifica; e se a não adoptou, não a podemos nós formar, devendo antes esperar, com a mesma lei, que os conjuges se conciliem, conservada para isso a communhão, até mesmo naquelles bens, que fóra da cohabitação adquirem.

Eo etiam durante, etc. Nesta ultima parte do §. faz extensiva o A., para não ser privado da communhão, permanecendo o vinculo do matrimonio, ao conjuge para não ser privado da communhão, permanecendo o vinculo do matrimonio, ao conjuge, que causou o apartamento, ou elle seja o marido pelas sevicias, ou a mulher em razão do adulterio. Para esta ampliação do

seu pensar tem o Sr. Paschoal ainda fundamento na disposição geral da lei, que attribue ao matrimonio valido e consummado a communhão dos conjuges nos bens, sem que distinga a separação da convivencia; disposição, que não deve alterar-se, excluindo da communhão aquelle conjuge, que causou o apartamento, ou a separação *quoad torum*.

Hac enim poena non adficitur conjux, qui divortio causam dedit. Nesta ultima linha do §. dá-se outro argumento para proceder a communhão em favor do conjuge culpado, no caso de separação do innocente, argumento, que faz corpo com a parte final da nota. É elle que as leis não punem o conjuge, que assim procede, com a privação da communhão; por quanto ainda que a mulher adultera pela Ord. liv. 5. tit. 25. §. 6., e tit. 38. §. 2., perde com a pena capital, não tendo filhos, o dote e todos os mais bens em proveito do marido, é esta pena um consectario do crime ordinariamente punido, que não procede, quando delle unicamente resulta a separação *quoad torum*.

Cumpre porém advertir, que ainda que sejão sólidos os fundamentos do A., é opinião mais seguida, que os bens adquiridos, durante a separação, pelo conjuge, que lhe deu causa, se communicão, e não assim os que adquire o innocente, dos quaes o outro não participa; e isto por parecer duro, que não goze da communhão naquelles bens, e soffra assim em realidade uma pena o conjuge, que não tem culpa. Valasc. *Part.* cap. 6. nn. 49., 52., 53. e 59., Covarruv., Gam. *ibi*, Barb. *á Ord.* liv. 4. tit. 46. §. 1. n. 15.

Procede a communhão, quando se não dá pacto em contrario.

§. 8. *Locum non habet, si conjuges contrarium inter se paciscantur*, etc. Como a communhão legal entre os conjuges tem na lei o fundamento, mediante a presumpção, originada pelo silencio dos contrahentes, de que elles no matrimonio se quizerão conformar com o costume do reino; e como tambem a presumpção cede sempre em presença da verdade: cessa a idéa da

communhão, todas as vezes que apparece contra ella a vontade manifestada em expressa convenção. Ord. liv. 4. tit. 46. *in princ.*, nas palavras transcriptas pelo A. no §.: *salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada; porque então se guardará o que entre elles for contractado.*

Desta sorte, se elles excluem expressamente da communhão os anteriores, ou os bens de cada um ao tempo da convenção, nos adquiridos depois é que sómente communicão; e se excluem tambem estes, accumula cada um d'elles aos proprios os que vai adquirindo, caso em que se não dá sociedade de bens, ou communhão, mas o contrario, ou a separação convencional.

A mesma communhão não tem lugar no matrimonio contrahido por dote e arrhas.

§. 9. *Neque .... quando matrimonium fuit contractum per dotem et arrhas*, etc. Vimos no §. antecedente não se dar a communhão, quando as partes assim pactuão, convenção, que póde dar-se expressa ou tacitamente: fallámos da convenção, quando expressa; trata agora o A. da tacita, convenção que tem esta qualidade, todas as vezes que sem se mencionar ou exprimir, a incommunicação de bens, esta se infere, ou deduz, das clausulas, que os contrahentes usárão.

É a convenção tacita a tal respeito, segundo nossos costumes e linguagem das leis, quando os conjuges se obrigárão a casar por *dote e arrhas*, Ord. liv. 4. tit. 47. *in princ.*, tit. 48. §. *inic.*, e liv. 5. tit. 6. §. 10., nas quaes o matrimonio desta sorte contrahido se contrapõe ao que é confórme com o costume do reino, ou por carta d'ametade, em que se dá a communhão, ou são meeiros os conjuges. E não basta a palavra *dote* sómente, *Dig. Portug.* tom. 2. art. 265., nem por consequencia basta convencionar-se o matrimonio segundo o Direito Commum, por que estas expressões mostrão sim o matrimonio com dote, mas no qual mesmo a communicação se presume, se o contrario expressamente não consta; o que nunca tem lugar, empregados ao mesmo tempo os termos ambos, *dote e arrhas*, como se vê das Ordd. ultimamente citadas.

Se, contrahido o matrimonio por dote e arrhas, ficão incommunicaveis os bens adquiridos pelos conjuges.

§. 10. Cabe-nos neste §. examinar, se a convenção do matrimonio por dote e arrhas, que opera a incommunicação nos anteriores, a estende da mesma sorte aos bens adquiridos pelos conjuges, sem que haja pacto expresso; ou, o que é o mesmo, se a incommunicação dos bens, adquiridos na constancia do matrimonio, é tacitamente pactuada por virtude desta formula.

O Sr. Paschoal neste §. segue a opinião affirmativa, pois que em relação ao matrimonio, convencionado por dote e arrhas, diz que os contrahentes *ab eadem communione tacite recedere videntur..... non solum in bonis, quae ipsorum erant tempore matrimonii, verum etiam in adquisitis postea, eo constante.*

Ex citata Ordinatione. Por estas expressões argumenta o A. com a Ord. liv. 4. tit. 47. *in princ.*, que citou ultimamente, Ordenação, além d'outras, em que se contrapõe o matrimonio por dote e arrhas ao contrahido pelo costume do reino, que faz os conjuges meeiros, effeito, que se dá neste, tanto para com os bens anteriores ao matrimonio, quanto a respeito dos adquiridos depois. Logo, se o matrimonio por dote e arrhas lhe é opposto, se seus effeitos lhe são contrarios, segue-se tolher este, que tanto uns, como outros bens se fação communs entre os conjuges, porque tanto uns, como outros bens se communicão por aquelle.

Ea vero cum nihil ad bonorum communionem pertineat, etc. Com estes termos principia na nota o A. a empregar outras razões pela sua opinião. É a primeira, que a essencia e natureza da sociedade conjugal, como união de sexos e pessoas, não exige communhão de bens alguns, embora esta lhe seja conveniente: por conseguinte, uma vez que os pactuantes a não adoptão expressamente em quanto aos bens adquiridos, deve-se presumir que não querendo elles, pela fórmula *dote e arrhas*, communicar os anteriores, coherentes comsigo mesmo, não quizerão igualmente conceder-se a participação reciproca nos bens, que durante o matrimonio adquirissem.

É a segunda razão, que nas Leis 8. e 11. C. *de pact. convent.* os Imperadores Leão, Anthemio e Justiniano nenhuma participação dão ao marido nos bens extradotaes da mulher. Logo pactuando por dote e arrhas o matrimonio, é manifesto, que, conformando-se com o Direito Commum, excluirão de participação indistinctamente os outros bens, além do dote, entrando por isso nesta exclusão os adquiridos na constancia do matrimonio.

Discordão porém deste sentir Valasc. e Gam., referidos no principio da nota, aos quaes podemos accrescentar Pereir. e Sous. tom. 3. not. 772., Peg. 3. *For.* cap. 36. nn. 12. e 14., e Lobão *Notas* a este lugar, parecendo-nos na verdade indestructiveis os fundamentos de Valasco, exigindo pacto expresso para os bens adquiridos ficarem fóra da communhão conjugal.

São elles, que na falta de pacto expresso, para se não communicarem os bens adquiridos pelos conjuges, deve prevalecer a generalidade da Ord. liv. 4. tit. 46., que manda observar os usos ou costumes do reino, pelos quaes tem os conjuges communhão, e são meeiros; pois que tendo nós lei expressa, achamo-nos prohibidos de receber a contraria dos Romanos, entre os quaes a mulher não participava nos bens, o que é pelo contrario entre nós, onde o matrimonio os faz, em regra, communs.

Demais, que os Reinicolas attestão ser nossa praxe, communicarem-se os bens adquiridos, sempre que não existe expressa convenção em contrario; e a praxe ou uso do fôro, como em outro lugar mostrámos, é o mais seguro e o melhor interprete das leis. Accresce que na Hespanha muitas leis, entre outras as 14. e 15. *Ordinam.*, e a 6o. de *Touro*, fazem ceder a communhão dos *acquestos*, unicamente quando existe pacto expresso, que lhe obste; e podemos dizer ainda que o mesmo em França se pratica, pois que procedendo a communhão legal segundo o *Cod. Civ.* art. 1401., nos moveis anteriores ao matrimonio, é nos immoveis adquiridos, assim como nos rendimentos de todos os bens dos conjuges, para que isto se altere é indispensavel convenção, ou pacto expresso, art. 1393.

Finalmente, diz Valasco, o não se communicarem os bens adquiridos, dá constante occasião a desconfianças mutuas, e suspeitas d'infidelidade nos conjuges, as quaes, fonte perenne de desgostos e dissensões destroem a harmonia, paz e tranquillidade domestica; o que nos deve dar argumento para presumir que os pactuantes ou esposos, como amigos de si mesmo, e zeladores do seu bem, quizerão, pois que o contrario se não mostra expressamente, communicar entre si os bens adquiridos na constancia do matrimonio, não obstante não quererem communicar os anteriores, casando por dote e arrhas.

Modernamente no *Dig. Portug.* tom. 2. art. 172. é preferida a opinião do A. com o fundamento de serem as arrhas indemnização, com que se contenta a mulher, que se não quiz sujeitar á perda ou lucro na sociedade dos bens. Se vissemos que tal natureza era dada por lei, ou ao menos por costume ás arrhas, seguiriamos tambem, que no casamento por dote e arrhas a incommunicação comprehende os bens adquiridos pelos conjuges; mas como nos falta lei, e o costume é antes pelo contrario, como antecedentemente se disse, adoptamos a opinião de Valasco, que é tambem conforme ás disposições expressas das leis d'Hespanha, onde as arrhas, iguaes ás nossas, se praticão no matrimonio. Coherentes com os mesmos principios e idéas, entendemos que quando os conjuges pactuão com clausula de reversão, isto é, que dissolvido o matrimonio pela morte, não ficando filhos d'elle, os bens, que cada um levou para o casal, revertão aos herdeiros, ou familias respectivas, esta clausula, ainda que os filhos faltem, não estorva que os bens adquiridos se communiquem. Voet liv. 23. tit. 4. n. 71.

Lucra tamen et fructus ex eisdem provenientes communicantur. Sendo o matrimonio pactuado por dote e arrhas, ou por convenções expressas, que se oppõem a que os bens se communiquem, os fructos e rendimentos se communicão como meios essencialmente sujeitos aos encargos communs dos conjuges, pertencendo ao marido em virtude da sua legitima superioridade a guarda e administração dos mesmos, com o encargo de sustentar os que querão o matrimonio. Valasc. *de partit.* cap. 6. n. 37., *Cod. Civ.* de França art. 1530. e o da Prass. 2. p. t. 1. art. 205.

Procede a communhão de bens no matrimonio repetido.

§. 11. *In secundis quoque nuptiis bona communicantur inter conjuges, filiis etiam exstantibus prioris matrimonii*, etc. Como as segundas nupcias, dissolvidas pela morte as primeiras, são permittidas, a generalidade da lei, que communica os bens entre os conjuges, estabelece a communhão entre o binubo e seu segundo consorte. Mas como na communhão dos conjuges entrão sómente os bens, em que já tem propriedade ou que posteriormente adquirem, é evidente, que na existencia de filhos ou descendentes do primeiro matrimonio, a meação, que lhes coube pela morte do ascendente predefuncto, que elles recebem quando casão, ou se emancipão, e fica na administração de seu pai, ou curador, quando menores. Ord. liv. 1. tit. 88. §.6., por isso que alheia para o gerador, ou ascendente sobrevivo, não entra na communhão estabelecida por este ao contrahir segundas nupcias pelo costume do reino ou por carta d'ametade. Assim, como é evidente, ficar d'ella excluida a propriedade da herança, que houve d'ascendentes, o filho ou filha do primeiro matrimonio, em que o pai ou a mãi, quando viuva, ou já binuba lhe succede *ab intestato*, pois pelo segundo matrimonio tanto esta, como aquelle, tem unicamente nella o usofructo vitalicio, sendo a propriedade exclusiva dos irmãos do predefuncto, que ficárão, e existem do primeiro matrimonio; em favor dos quaes legisla do modo, que fica dito, a Ord. liv. 4. tit. 91. §§. 2., 3. e 4., restando-lhes ainda o direito para succederem igualmente com os filhos do segundo matrimonio na meação, que deixar por sua morte o binubo gerador commum d'uns e outros.

Haec autem exceptio, etc. Além da disposição geral legislativa, que faz a communhão procedente no matrimonio repetido, ainda que haja filhos do primeiro, nesta parte final da nota o A., depois de nos ter notado os bens, que ficão fóra da communhão entre o binubo e seu segundo consorte, ou que d'ella se exceptuão pela lei, nos adverte que esta mesma excepção confirma a regra geral em contrario, que faz a communhão procedente nos outros bens por effeito do segundo matrimonio contrahido, e conforme o costume do reino ou por carta d'ametade; ao

que não obsta o ter sido revogada a disposição da Ord. liv. 4. tit. 91. pela Lei de 9 de Setembro de 1769, que nos §§. 27. 28. e 29. prohibio a communhão de bens, havendo filhos do primeiro matrimonio, pois que a mesma Ord. foi restabelecida e novamente excitada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

Que bens se communicão pelo segundo matrimonio da mulher quinquagenaria.

§. 12. *Idem fere dicimus de muliere quinquagenaria, quae secundo nupsit*, etc. Pela disposição das nossas leis, a communhão geral nos bens e da mesma sorte effeito de segundo matrimonio contrahido pela viuva, que excede ou tem completos 50 annos de idade, uma vez que do primeiro marido lhe não restem filhos ou descendentes: existindo porém estes, segue o Sr. Paschoal, que o segundo matrimonio da viuva em tal idade communica tão sómente os bens depois adquiridos, com tanto que ella os não houvesse d'ascendentes ou descendentes, *iis exstantibus, in bonis tantum adventitiis post secundas nuptias adquisitis.*

Assim exclue da communhão, neste caso, o nosso A. tanto a terça parte dos bens anteriores, ou que a viuva tinha ao tempo e antes da contracção do segundo casamento, como a daquelles, que depois por algum titulo ella houve d'ascendentes, ou descendentes, terças estas em que a Ord. liv. 4. tit. 105. lhe conserva a livre disposição, *ibi: e sómente poderá dispôr da terça parte dos ditos bens á sua vontade . . . . e da terça poderá testar á sua vontade.*

De ipsa quoque tertia, de qua quidem uxor libere disponere potest: quam nimirum facultatem non haberet, si cum marito communis foret. Neste lugar da nota expõe o A. o argumento, com que exclue da communhão, na nossa presente especie, as terças, que referimos; e consiste em n'ellas á viuva, ser mantida pela lei a livre disposição, e como tal faculdade de livremente dispôr se não dá nos bens communicados, prohibe a lei que a viuva as communique com o segundo marido. Este modo de racicionar, que o A. acceitou d'outros, em nossa opinião, não é mais do que

uma pura subtileza para dar aos filhos do primeiro matrimonio um favor, que a lei lhe não concede, e que attaca directamente o direito de propriedade pela mesma lei garantido. A Ord. liv. 4. tit. 105. deixa á binuba de 50 annos com filhos do primeiro matrimonio a livre disposição quer entre vivos, quer por ultima vontade em quanto ás terças, que nos occupão; e desta livre disposição usa ella, communicando-as expressa, ou tacitamente, contrahindo, sem convenção sobre os bens, o segundo motrimonio, pois que o direito de communicar entra, ou comprehende-se no direito de dispôr, que a lei lhe não regula, entregando-o inteiramente á vontade da mulher. E se ella não póde communicar taes terças, para d'ellas poder dispôr, temos o absurdo de não poder dispôr d'ellas, pois que tambem não póde dal-as, permutal-as, nem vendel-as, meios, por que o dominio se cede, e que inhabilitão para dispôr das cousas, que forão nossas. Não póde por tanto duvidar-se de que as terças ou bens, que o A. exclue aqui de communhão, são n'ella incluidos pela lei, o que é confirmado pela praxe attestada no *Dig. Portug.* nota ao art. 272. tom. 2.

Quae in casu, quo communioni locus non est, intelligendae quoque sunt de bonis mariti, etc. Adoptado, com o A. e outros, que a mulher quinquagenaria com filhos do primeiro matrimonio não communica ao segundo marido bens alguns dos anteriores, ou que tem quando deixa a viuvez, as leis, se assim o dispozessem, devião interpretar-se, como o A. por coherencia discorre, excluindo tal mulher de toda a participação nos bens, que traz o seu segundo marido, isto por virtude da reciprocidade dos direitos; mas seguindo nós que a mulher faz o marido participante em bens, que tem anteriores, por necessidade de principios entendemos que o marido a faz participante e meeira nos que tem ao tempo do matrimonio.

Quia vero praefata Ordinatio de femina quinquagenaria, etc. Completa o Sr. Paschoal a nota com advertencias relativas á procedencia, da sentença juridica que temos examinado a respeito da viuva quinquagenaria, que repete matrimonio, tendo filhos ou descendentes do marido predefuncto. 1.ª Que tal disposição não tem lugar no viuvo com 50 annos de idade, que tendo filhos do pri-

meiro, contrahe segundo matrimonio. 2.ª Nem na viuva quinquagenaria, que não tem filhos, ainda que tenha pais, por que a Ord. examinada legisla em favor dos descendentes tão sómente, e como restrictiva da liberdade, não soffre ampliação em favor dos ascendentes. 3.ª Que a incommunicação dos bens da mulher em tal idade e com filhos não toca de nenhum modo com os que adquire na constancia do segundo matrimonio, uma vez que lhe não venhão de ascendentes ou descendentes, pois que são communicaveis na sua totalidade.

A simples lição da lei, ou Ord. liv. 4. tit. 105., convence da verdade e exactidão de todas e cada uma das proposições expostas, e que a nota do A. refere; mas cabe ainda accrescentar, que, segundo a razão da mesma lei, a viuva quinquagenaria com filhos não perde as duas partes dos anteriores, nem dos que adquire na constancia do segundo matrimonio, havidos de ascendentes ou descendentes, se este foi contrahido com pacto expresso de separação em quanto a uns e outros bens; assim como que, se o segundo matrimonio foi contrahido por dote e arrhas, ella não perde a propriedade das duas partes nos que tem, mas sómente as dos bens adquiridos, que houve de ascendentes ou descendentes, sendo evidente que casando como, ou confórme ao costume do reino, ella communica com o segundo consorte o usofructo nas duas partes, em que perdeo a propriedade, pois que nellas a mesma Ord. lhe conserva o usofructo em quanto viva.

Resta ainda mencionar a ultima advertencia da nota, e é qûe a especialidade das providencias de nossas leis, a respeito do segundo matrimonio da viuva quinquagenaria com filhos, prova tambem, que as segundas nupcias de todas as mais pessoas estão comprehendidas na generalidade do direito, que faz proceder do matrimonio a communhão geral de bens entre os conjuges. Mas entendemos comprehendida na excepção, para perder as duas partes dos bens, a mulher de 50 annos solteira, que contrahe o matrimonio com homem, que não é o pai de seus filhos naturaes successiveis, pela Ord. liv. 4. tit. 92. §. *inic.*; e fóra da excepção, se casa com o pai dos mesmos.

Bens, que não se communicão.

§. 13. *Quaedam tamen bona sunt, quae communicari prohibentur*, etc. A communhão geral de bens entre os conjuges não perde esta qualidade, quando não comprehende alguns bens, pois que lhe resulta de tão sómente abranger os que são communicaveis, dizendo-se os outros *proprios*, por isso que, contrahido o matrimonio, se conservão na propriedade exclusiva d'um dos conjuges, sem que n'ella o outro participe.

Veluti majoratus. Entre os bens incommunicaveis ou proprios refere aqui o A. os que são taes por causa da natureza especial, que as leis lhe dão, o que acontece nos vinculados em morgado ou capella, pois não soffrem divisão, passando integralmente ao successor immediato, logo depois que morre o conjuge seu ultimo administrador, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. Não estão porém nesta classe os bens sujeitos a censo, nem os gravados com missas e encargos similhantes, não se dando n'elles vinculo, pois que sua estimação se divide, sendo assim communicaveis. Valasc. *de jure emph. quaest.* 32. n. 27.

Emphyteutica. Os bens de prazo, que em regra se não podem dividir, ficão por isso em regra fóra da communhão conjugal, cit. Ord., o que se não verifica, quando o prazo, ou antes ou depois do matrimonio, foi concedido ao conjuge perpetuamente, *para elle, seus successores e herdeiros*, pois que a natureza hereditaria o faz divisivel por estimação, e assim communicavel, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 24. Tambem o prazo de *vidas* comprado por um dos conjuges, depois de consummado o matrimonio, se communica por estimação, para que o outro haja a metade, que tem no preço, porque todo o custo já estava na communhão quando a compra foi feita; Ord. liv. 4. tit. 97. §. 24.

Et Regiae Coronae. Os chamados bens da Corôa antes do Decreto de 13 d'Agosto de 1832, que os tornou allodiaes, estavão fóra da communhão, pois não podião dividir-se, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1.

Outras especies ha de bens, que o A. nos não refere, e que se não communicão, não por virtude de nature-

za particular, que a lei lhes dê, mas por outros fundamentos. Assim por força da *condição* não se communicão como proprios os bens deixados a um dos conjuges, sob clausula de os não communicar; nem os doados com reversão ao doador e seus herdeiros, faltando filhos legitimos, se os houve, mas morrêrão antes dos pais, ou estes forão infecundos. Obsta a *necessidade* a que os vestidos do uso se communiquem, e a *renuncia tacita* faz proprios da mulher os anneis, joias e vestidos, que o marido como esposo lhe deu, o que já não acontece com os que lhe dá como marido, ou depois do matrimonio, Voet liv. 23. tit. 2. n. 87.

Meliorationes autem et expensae extraordinariae his in bonis factae, etc. As bemfeitorias porém, ou as despesas consideraveis empregadas em utilidade, ou que dão maior valor aos bens proprios, e incommunicaveis d'um dos conjuges, pertencem á communhão, não obstante fazerem corpo com bens estranhos á mesma, pois saírão de valores, que estavão communicados, pertencendo assim por ametade ao outro conjuge. Se porém estas despezas são modicas, tomão a natureza dos proprios, entendendo-se compensadas por meio da participação nos fructos e rendimentos dos bens, em que as mesmas forão feitas, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. no verso *salvo*, tit. 97. §. 24. *eod.*, e Valasc. lugares apontados pelo A. na ultima linha do §.

Communhão em quanto ás dividas.

§. 14. Como as dividas passivas de cada um dos consortes, contrahidas e não pagas antes do matrimonio, onerão os bens respectivos, parece que entrando estes depois na communhão conjugal, aquellas ao mesmo tempo se communicão, tornando-se desde então encargo d'ambos os conjuges pelas forças do casal. Com tudo não é este o resultado da communhão de bens entre os conjuges, em quanto ás dividas de cada um, que precedem o matrimonio, e não forão contrahidas para proveito do mesmo.

Ainda que para outros effeitos, todos os bens partiveis se communiquem, isto não se verifica para

o pagamento das dividas, de que tractamos, que em quanto a ellas ficão fóra da communhão, tantos quantos são os bens do conjuge devedor que se precisão para existir um valor correspondente á importancia das mesmas, segundo a regra que reputa tão sómente propriedade disponivel o liquido, ou os bens depois que delles se deduz o exactamente necessario para satisfacção dos crédores, como nos diz o A. nas expressões do §., *Cum bona non intelligantur nisi aere alieno deducto*, e se vê na Lei 39. D. *de verb. sign.* — *Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt*, do mesmo modo que reconhecemos os interesses ou lucros, tão sómente depois da deducção e desconto de todos os prejuizos ou damnos. — *Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto*, Lei 3. D. *pro socio.*

Desta sorte não sendo da communhão os bens anteriormente onerados, e necessarios para o pagamento das dividas, cessa todo o fundamento para que estas, se communiquem, e permanece em quanto a ellas solidaria a obrigação no devedor, sem que n'ella participe o outro conjuge, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 4. Por tanto se durante o matrimonio, o devedor pagou a divida propria pelos bens ou rendimentos communs, recebe na partilha o outro conjuge a metade da despeza, *Res. Cons. Des.* de 31 de Janeiro de 1684; e no caso d'execução não póde ella estender-se além dos bens do devedor, quando casou, e a metade dos depois adquiridos, cit. Ord., formando os bens, que lhe restão, com os do não devedor o objecto da communhão, e ficando sempre salvos deste modo, em quanto existe o matrimonio, os bens, que o mesmo trouxe, quando casou com a metade, que lhe cabe nos que tem adquirido, cit. Ord.

Se porém o matrimonio se dissolve antes de satisfeitas taes dividas, podem ser executados tanto os bens, que trouxe o devedor, como os que houve do casal por meação, *Mor. de exec.* liv. 6. cap. 8. n. 49.; para o que é accionado, ou seus herdeiros, sendo elle o predefuncto, pois que acabada pela morte a communhão, fica-lhe propria a meação, accrescendo aos bens, que trouxe, que se não communicárão, como dissemos, em razão das mesmas dividas; caso em que tambem se não dá

execução nos bens do não devedor, pois ainda que sendo este mais rico, vão bens seus para a meação executada; quando são executados já não são d'elle, nem dos herdeiros, se é que foi por sua morte dissolvido o matrimonio.

Mas se o devedor trouxe mais bens, que o outro conjuge, e a partilha foi feita sem attenção com as dividas, póde este ser obrigado ao pagamento na razão da vantagem indevida, que teve na meação; por quanto, como por vezes advertimos, são communicaveis tão sómente os bens, que restão, separados os necessarios para pagamento das dividas: e a falta desta separação é que produzio o augmento em toda a massa partivel, o que obriga á reposição da parte do não devedor. É evidente que se o devedor deixou bens ao outro conjuge, fica este responsavel pelas dividas em porporção com aquelles.

Resta advertir finalmente, em quanto ás dividas precedentes, ou anteriores ao matrimonio, que são taes não só aquellas que tiverão realidade effectiva antes d'elle, mas as que então sómente tiverão causa, por exemplo, a satisfacção dos alimentos ou dote aos filhos do primeiro matrimonio, exigidos na constancia do segundo; ao contrario as realisadas antes do matrimonio, mas para sua utilidade, e que n'elle tiverão causa se considérão como feitas durante, ou na constancia do mesmo, por exemplo, as contrahidas para pagamento das dispenças necessarias para sua validade.

Communicatur autem aes alienum novum factum post matrimonium, etc. Visto que se não communicão as dividas anteriores, falla agora ô A. das contrahidas na constancia do matrimonio, as quaes, diz, se communicão.

A cit. Ord. liv. 4. tit. 95. §. 4. faz incommunicaveis tão sómente as dividas anteriores; logo comprehende na communhão as contrahidas no tempo do matrimonio, olhando a não serem aquellas proveitosas a um e outro dos conjuges, quando estas pelo contrario lhes aproveitão; razão, que igualmente se dá nas anteriores, que lhes são uteis, ou ao subsequente matrimonio; e por isso as faz tambem communicaveis. Desta sorte as dividas feitas conjunctamente pelos consortes, as feitas só pelo marido, que é o chefe do casal, ou pela mulher em virtude do mandato,

mandato, ou por consentimento d'aquelle ficão communs, Mor. *de exec.* liv. 6. cap. 8. n. 57., podendo ser exigidas pelos bens communicaveis, posto que provindos da mulher, e as dividas contrahidas sómente pelo marido. Mor. *eod.*

Devemos aqui advertir, que, segundo a praxe, sendo motivos o respeito, que a mulher deve ao consorte, e a fragilidade e dependencia do seu sexo, não póde ella contractar, o que faz nulla a divida, que contrahe sem auctorização do marido, Cab. 1. p. *Dec.* 106. n. 10., restando ao crédor unicamente o repetir as sommas e objectos, que lhe tiver confiado, se existirem em ser, ou se tiverão util e proveitosa applicação, *Cod. da Pruss.* 2. p. tit. 1. art. 334.; e isto quando as dividas contrahidas pelo marido obrigão em regra a communhão, ou um e outro dos conjuges.

In matrimonio per dotem aes alienum suum semper auctorem sequitur, etc. No matrimonio por dote, ou contrahido com pacto, que exclua a communhão, as dividas anteriores de cada um dos casados são proprias do devedor, pois que isto até mesmo se daria, se entre elles a communhão existisse. As contrahidas, quando já existe o matrimonio, em utilidade d'um só dos conjuges, como as que acompanhão a herança, ou doação, em que o outro não tem parte, não podem gravar a este, *Cod. Civ. de França* art. 1412. e 1418.; mas se aproveita a ambos, cada um é obrigado, segundo a parte, que lhe cabe, Stryck. liv. 12. tit. 1. §. 58. As que o marido ou ambos conjunctamente fizerão para despesas communs, e ainda não satisfeitas, quando o matrimonio se dissolve, são pagas com preferencia pelos bens adquiridos, e os restantes se partem igualmente pelo conjuge sobrevivo e os herdeiros do defuncto, segundo a regra — *Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto*; o que faz que os bens adquiridos consistão e se reduzão ao liquido ou remanescente, depois de pagas taes dividas. Valasc. *Cons.* 103. n. 34.

Pela morte do marido é unicamente a mulher quem fica em posse do casal.

§. 15. Resulta como effeito principal da communhão durante a vida dos conjuges o ficar em posse e cabeça de casal, com preferencia a outra qualquer pessoa, a mulher, que sobrevive ao marido, ainda que nem em vida, nem depois da morte deste ella tenha, em quanto os bens indivisos, uma posse verdadeira, *quamvis vere non possideat, vivo mortuove marito.*

A communhão entre os conjuges é uma sociedade, ou companhia de bens, que por isso, segundo a Ord. liv. 4. tit. 41. §. *inic.* se explica, *traspassa reciprocamente o senhorio e posse* entre os socios, o que faz com que a mulher compossua, em quanto vive o marido, dando-se em ambos o condominio; e tanto, que sem o consentimento d'um e outro não podem os immoveis alienar-se, Ord. liv. 4. tit. 48. *in princ.*, nem o marido sem procuração da mulher litigar em quanto aos mesmos, ainda que se trate unicamente da posse, Ord. liv. 3. tit. 47. §. *inic.*

Esta sociedade porém, como já notámos com Dumoulin, tem a singularidade, que a distingue das outras, de ser a mulher socia *in habitu*, e não *in actu*; pois não dispõe de cousa alguma, figurando o marido por esta causa como unico senhor. E como a posse verdadeira é a que resulta sim do dominio, mas que habilita para dispôr, não tem esta qualidade a da mulher, nem em vida do marido, nem depois della; durante a vida d'aquelle, pela singularidade referida, que se dá na communhão conjugal; e depois, porque o casal lhe é entregue unicamente para guarda até á divisão ou partilha.

Concordando d'este modo com o A. no §. sobre não ser a da mulher uma posse verdadeira, nem em vida nem por morte do marido, não adoptamos a doutrina da sua nota na parte, em que das palavras da Ord. liv. 4. tit. 95. §. *inic.* — *o marido por morte da mulher continúa a posse velha*, differentes das que emprega com referencia á mulher, *fica em posse a cabeça de casal*, infere, que ella não tem posse em quanto vive o marido. Tal doutrina não só parece contraria á natureza da communhão, que não é um resultado de renúncia, que a mulher faça do seu

dominio e posse, mas tambem contraria á Ord. liv. 4. tit. 41. §. *inic.*, que já vimos traspassa ou communica o dominio e posse entre os socios, sem que a sociedade dos conjuges nos bens communicados possa ser excluida ou estabelecer excepção em sentença tão geral; parecendo-nos por consequencia, que a differença dos termos e expressões, que na Ord. se notão, contém apenas variante de linguagem, e não de idêa, sem diversidade d'effeito, e que, assim como a do marido, não é nova a posse da mulher, que sobrevive, consistindo o remedio, que a lei dá, em declarar a viuva por cabeça de casal em attenção a ser meeira, respeitando-lhe assim a posse para ser ella a que entregue a meação aos herdeiros do defuncto, em vez de receber d'elles a sua; no que ainda nos confirma a linguagem judicial, ou do foro, que dá promiscuamente, e sem differença de sexo, a qualidade de cabeça de casal ao conjuge, que sobrevive, e com os mesmos effeitos.

Quam nimirum, si ab ea fuerit dejecta, potest possessoriis remediis recuperare, etc. Ainda que a propriedade e posse civil da herança pela morte do defuncto se transfere a seus herdeiros, não podem estes perturbar a cabeça de casal, a quem assiste o direito para queixar-se do esbulho, se algum d'aquelles a fórça na administração da herança até á conclusão e entrega effectiva das partilhas, cit. Ord. *verbis — Em tanto que se alguns dos herdeiros, ou legatarios, ou qualquer outra pessoa tomar posse de alguma cousa da herança depois da morte do marido, sem consentimento da mulher, ella se póde chamar esbulhada, e ser-lhe-ha restituida.*

Resta porém advertir, que para a qualidade e direitos referidos existirem na viuva, deve ella cohabitar com o marido ao tempo da sua morte, cit. Ord. *in princ.*, ainda que se está separada por sentença, sem sua causa, não é ella excluida de cabeça de casal, Barb. á cit. Ord. n. 2.

Bens, em que não fica de posse a cabeça de casal.

§. 16. Como á meação principalmente é que a lei attende para dar exclusivamente á mulher a administra-

ção do casal, e por isso a conserva na posse de todo elle até á divisão, ou partilha; e a meação não abrange os não partiveis, ou os bens incommunicaveis do defuncto; passão estes ao successor immediato, logo que o matrimonio se dissolve, o que do mesmo modo, e pela mesma razão acontece com os não partiveis da mulher, se o marido lhe sobrevive.

Quare locum non habet in bonis majoratus, etc. Por esta razão, isto é por se não communicarem, é que os bens de prazo e morgado, pois que são indivisiveis, como anteriormente dissemos, passão logo ao successor, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1., Lei de 9. de Nov. de 1754., Ass. de 16. de Fev. de 1776., sem que commetta esbulho, se de taes bens, e por propria auctoridade toma guarda, ou se apossa. O que procede, se é liquido ou certo o seu direito de succeder, e o conjuge viuvo, ou cabeça de casal, não tem justo fundamento para usar da retenção em quanto a elles; direito, que lhe resulta da communhão, não obstante ser esta excluida pela qualidade dos bens, e se verifica, como nos diz o A., *ratione impensarum*, isto é, se os bens incommunicaveis forão comprados por um ou ambos os conjuges na constancia do matrimonio, pois que o preço saio da communhão; ao que attende a Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. para dar ao conjuge viuvo o direito de retel-os, até que seja satisfeito da sua ametade no preço. Procede o mesmo em razão das bemfeitorias immodicas, *meliorationum*, feitas nos bens impartiveis, pois se communicão, como vimos, Ord. *eod.*, sem que as pequenas, ou modicas dêm direito á retenção. Ord. do mesmo liv. tit. 97. §. 22. *in fin.*

Cumpre-nos aqui notar, que na especie das bemfeitorias immodicas em bens incommunicaveis o conjuge viuvo não abate, ou leva em conta os fructos e rendimentos dos mesmos bens, percebidos em quanto vivo o consorte, pois tinha direito a percebel-os no tempo da communhão, mas deve levar em conta os percebidos desde a morte do defuncto até á tradição de taes bens, pois que, dissolvido o matrimonio, cessou todo o seu direito em quanto áquelles, Gam. *decis.* 309. n. 6. e 310. n. 7., devendo-se assim referir ao tempo do matrimonio, ou anterior á dissolução, a opinião do A. no principio

da nota . . . . *quae alienare prohibentur: fructus tamen ex hujusmodi bonis percepti communes sunt.*

Ab illorum tamen possessione, etc. Para se concluir a materia da retenção com fundamento nas bemfeitorias immodicas, falta ainda examinar a doutrina do A. no resto da sua nota, e consiste em que, estimadas ellas pelo juramento do viuvo, e depositada a ametade do seu valor, não póde elle recusar-se a entregar ao successor do defuncto os bens, em que a retenção lhe assistia, porque lhe fica outra e sufficiente segurança para haver o que nas bemfeitorias lhe cabe por final liquidação, ficando assim harmonizados os direitos e interesses reciprocos; o que se observa na praxe, que Valasc. e Feb. attestão, citados no fim da nota.

Vel quando ei sunt, domino consentiente, obligata. Ainda nesta ultima linha do §. refere o A. outro e diverso fundamento para que o conjuge, que sobrevive, possa usar da retenção em bens incommunicaveis; e vem a ser a divida, em que o defuncto lhe ficou, a que se achão obrigados esses bens com o consentimento do senhorio, pois que tem o crédor a posse d'elles até ao seu pagamento, ou até que haja decisão de que a posse lhe não pertence, Ord. liv. 4. tit. 95. §. 1. *in fin.* Neste caso, e pelas razões já referidas, os fructos percebidos na constancia do matrimonio não se descontão na divida; e se o successor igualmente deposita a importancia da mesma, cessa tambem no viuvo o direito de retenção.

O crime de um dos conjuges não prejudica o outro nos seus direitos e bens, não obstante a communhão.

§. 17. Sendo um dos effeitos da communhão entre os conjuges ficar o sobrevivo na administração e posse dos bens communs, para pelo inventario se lhe liquidar a meação, e se dividir a do defuncto por seus herdeiros e legatarios, no que se dá um beneficio ao viuvo; e não devendo os effeitos do delicto pesar sobre o innocente; segue-se, que a confiscação de bens (hoje extincta) invogada ao marido criminoso, não devia fazer perder á

mulher, quando innocente a qualidade de possuidora, cabeça e administradora do casal, ou bens communs.

Ob illius delictum bona sua non amittit, etc. Como o damno, que resulta do delicto, e a offensa da lei tem por causa a resolução do auctor, ou criminoso, a reparação e a pena correspondente ficão a cargo d'elle tão sómente; estender estas ao innocente, seria um novo mal para o público, além do que lhe proveio do delicto; mal, que a necessidade de punir não auctoriza, pois que não procura neste caso a emenda, nem concorre para o exemplo, que afaste os outros do crime. Assim não podia tambem a confiscação pelo crime do marido abranger a meação e bens proprios da mulher; o que é expresso na Ord. liv. 5. tit. 6. §. 20., em quanto ao réo de Lesa Magestade, no verso — *haverá a mulher toda a sua ametade em salvo*, excluidos tambem os proprios e o usofructo das arrhas. É tambem confórme á razão desta sentença a conservação da mulher em posse do casal todo, procedendo nella a tal respeito, se o marido morre civilmente, os mesmos e em tudo iguaes direitos aos que tem, se elle perde a vida natural.

Que a confiscação de bens pelo crime d'um dos conjuges não comprehendia os do outro, é expresso em nossas leis, como vimos; mas discordão as opiniões ácerca da pena ou multa pecuniaria, e das despesas com o jogo e outros vicios. O Sr. Paschoal segue na nota, que o pagamento da multa pecuniaria, e as despesas com vicios se imputão na meação do conjuge, que lhe deo causa. Lobão, *Notas* a este lugar, entende, que a opinião do A. deve sómente proceder, quando os conjuges contrahem o matrimonio por pacto e sem communhão universal, e não no caso do matrimonio pelo costume do reino, ao qual diz inapplicaveis as leis Romanas sobre sociedades pacticias, asseverando que a pena pecuniaria do marido deve saír do casal, e que a Ord. liv. 5. tit. 6. §. 20., já por nós examinada, excluindo a meação do innocente da confiscação no culpado, estabelece excepção unica, fazendo assim procedente a regra geral em contrario, em quanto ás multas ou penas inferiores áquella, ou menos graves, para ficarem a cargo da communhão.

A razão porém de decidir da cit. Ord. parece-nos

mais filosofica, e estar no principio, que manda não passe a pena da pessoa criminosa, principio, que salva a meação do innocente, a que não veio lucro do crime, e n'elle não teve parte, de toda a reparação e multa, a que unicamente sujeita a meação do culpado. O contrario offende todos os preceitos sobre a moralidade e imputação das acções, e obrigaria o criminoso sómente a ametade da reparação e a meia pena; o que parece um absurdo inaudito em Direito Criminal, sendo outro a punição do innocente, á qual a sociedade, e por conseguinte as leis, nunca podem ter direito.

Em quanto a despesas com os vicios, tambem nos conformamos com a opinião do A., pois que a communhão universal assenta no pacto tacito dos conjuges, presumido pela lei, e não póde presumir-se que, ao contrahir o matrimonio, os mesmos tivessem animo de reciprocamente se obrigarem a contribuir com seus bens para uma tal applicação. E se a Ord. liv. 4. tit. 64. §. unic. manda, que as doações de moveis e dinheiro, feitas pelo marido em prejuizo da mulher, se descontem na meação do devedor, quando não forem remuneratorias nem esmolas moderadas; como póde a lei consentir, que a meação da mulher contribua para as dissipações do marido com o jogo ou concubina? Aos DD., que oppõem o ficar assim muito restricta a administração do marido, responde a lei, que acabamos d'apontar, que o marido é sim administrador, mas que não tem direito para ser dissipador da meação da consorte, que lhe deve ser garantida dos abusos da superioridade d'aquelle, cuja meação está salva dos abusos da mulher, que lha não administra, que de nada póde dispôr, e cujas dividas o marido não satisfaz, como nullas, se n'ellas não consentio.

Effeitos da communhão ácerca dos bens immoveis.

§. 18. Como pela communhão os conjuges trasmittem, e não alienão ou renuncião totalmente o dominio entre si, e os bens immoveis são em regra mais estimaveis, ou valiosos, que os moveis; nenhum daquelles, sem o consentimento do outro, póde validamente

alienal-os; principio, que faz a base dos seguintes resultados.

Non valere donationes, permutationes, venditionesve immobilium, etc. A Ord. liv. 4. tit. 48. §. *inic.* prohibe a venda e toda a alienação de bens immoveis ou de raiz ao marido sem outorga da mulher, provada por público instrumento, isto é, procuração pública ou escriptura, quer os bens sejão communs, ou em que se dá o traspasse do dominio pelo matrimonio, contrahido segundo os usos do reino, quer n'elles o dominio, se não traspasse, ou sejão incommunicaveis e proprios; pois que ainda neste caso o usofructo ou rendimentos se communicão, o que do mesmo modo acontece se casão por dote e arrhas. Esta prohibição d'alienar admitte amplitude comprehensiva de todo o acto translativo do dominio além da venda, e assim a dação em pagamento, transacção, hypotheca, doação, etc., sempre sob nullidade com causa unica na falta do consentimento da mulher, o qual hoje póde provar-se por testemunhas, Noviss. Ref. Jud. art. 463.

Uxorem eam posse revocare, etc. De ser nulla a alienação na especie de que tractamos, nasce a coherente sentença da mesma Ord. no §. 2., dando direito á mulher para a revogar em juizo, havendo para este procedimento auctorização do marido, a qual a mesma lei, receando que por este lhe não fosse concedida, fez supprivel pela auctorização do Juiz.

Ut super eisdem rebus vir sine uxore, etc. Como o litigio sobre taes bens póde importar perdimento do dominio, ou pelo menos perturbação, que influa no usofructo, não póde n'elle figurar o marido tão sómente, sendo nullo tudo quanto é processado sem procuração da mulher, o que é igual em quanto a esta sem procuração do marido, Ord. liv. 3. tit. 45. *in princ.* É porém especial, como o A. adverte, a providencia da Ord. liv. 1. tit. 66. §. 11., que manda, sem audiencia e citação das mulheres, que os maridos restituão aos caminhos dos Concelhos as usurpações, que nelles tiverem feito.

Ut ad ipsam quoque alienationem necessariam, etc. Não só deve intervir outorga, ou consentimento

resso da mulher na alienação voluntaria de bens immoveis feita pelo marido, mas deve a mulher tambem ser ouvida na necessaria, ou que resulta da penhora; pois que póde ella ainda então pagar a divida, e evitar a arrematação de taes bens, Ord. liv. 3. tit. 86. §§. 26. e 27. *in fin.* A mesma consideração das leis com a mulher procede na citação para ser seguida a appellação da sentença sobre immoveis; pois não basta a do marido, ou elle seja appellante, ou appellado, Ord. liv. 3. tit. 70. §. 4., devendo igualmente a mulher ajuntar procuração para o recurso proseguir, Ord. liv. 1. tit. 99. §. 22.

A respeito dos bens moveis.

§. 19. *Haec de immobilibus.* Depois de nos ter exposto no §. antecedente, os limites da superioridade marital nos bens immoveis por effeito da communhão, e os direitos, que as leis conferem á mulher, tendentes á conservação dos mesmos bens, ou ella tenha communhão na propriedade, ou tão sómente nos seus fructos e rendimentos, fecha o Sr. Paschoal este titulo, ponderando os direitos do marido, e tambem os da mulher, relativamente aos moveis.

Mobilia potest maritus, invita uxore, alienare, etc. Como o marido é o administrador do casal, e a seu cargo está o promover a utilidade do mesmo; e como tambem lhe incumbe providenciar com remedio os encargos conjugaes, e precisões da familia, a cujos fins são com preferencia applicaveis os bens moveis; não depende para a sua alienação da outorga da mulher. Mas se abusa do seu poder, alienando com excesso, ou immodicamente os mesmos bens, ainda que a alienação não é nulla, como acontece na dos immoveis, fica a cargo da sua parte, e salva a meação da mulher, Ord. liv. 4. tit. 64.

Contra vero uxor, etc. Não póde a mulher alienar os bens moveis sem consentimento do marido, nem ainda para effeito de lhe ser imputada na sua parte a alienação por ella feita. Esta prohibição não se acha expressa em lei; mas sendo concedido na Ord. liv. 4. tit. 66. o direito á mulher para sem dependencia do marido

haver o que este deu á concubina, o que lhe fica proprio com livre disposição, como se não fôra casada, parece que esta unica excepção firma a regra geral em contrario, que nega á mulher casada o poder de dispôr de quaesquer bens sem consentimento do marido, comprehendidos assim os moveis. Demais é este o costume geral do reino, que não só prohibe ás mulheres alienarem bens, ainda que sejão moveis, e considera nulla tal alienação, mas annulla os seus contractos, quaesquer que elles sejão, sem consentimento, ou approvação do marido, como já vimos, e mostrão Pereir. *decis.* 77. desde n. 3., e Feb. *decis.* 62. desde n. 5., e 98. n. 3. E ainda este costume abrange o não poder ella litigar sem auctorização do marido, excepto quando separados, Gam. *decis.* 357. n. 2., Feb. *decis.* 72., ou durante a ausencia do mesmo, ainda que em parte certa, mas remota, Reinos. *obs.* 28., ou quando é preposta pelo marido em alguma negociação, Silv. *á Ord.* liv. 3. tit. 47. n. 2.

Haec autem jura, etc. Conclue o §., observando o A., que esta falta de poder na mulher, segundo as nossas leis e costumes, não obstante participar ella igualmente na communhão, tem causa não só na maior fraqueza do seu sexo, mas na superioridade marital, a que as leis a sujeitão para seu proprio bem, por attenção com essa mesma fraqueza. Mas resta-nos observar, que ainda que a prohibição d'o marido alienar os bens immoveis, sem outorga da mulher, seja effeito da communhão, a qual sómente existe entre os conjuges depois do matrimonio consummado, todavia para evitar as fraudes em prejuizo da mulher, e possiveis depois da contracção, e antes da consummação, a prohibição d'o marido alienar estes bens acompanha o matrimonio, quando rato, e antes de consummado, Ord. liv. 4. tit. 48. §. ult.

TITULO IX.

Do direito ácerca dos dotes, ou do matrimonio pacticio.

Razão d'ordem e da inscripção geral do titulo.

§. 1. EXaminado no titulo antecedente o direito ácerca do matrimonio simples, ou contrahido segundo o costume do reino, por carta d'ametade, e sem convenção alguma, de que é effeito a communhão de bens entre os conjuges; segue-se naturalmente examinar as leis relativas aos pactos, ou convenções expressas com objecto no *dote*, nas *arrhas*, no *dotalicio*, *largidades esponsalicias*, e outros pactos, que intervém no matrimonio. E como o mais frequente é o dotal, e tambem a elle é que as mais das vezes se unem as outras convenções, que costumão ter lugar no matrimonio pacticio, o A. o toma para inscripção geral do titulo, *De jure dotium*, usando esta ultima palavra no plural, porque o dote não é só d'uma especie.

Como porém por virtude das convenções antenupciaes, de que vamos a tractar, os bens, que a mulher traz para o matrimonio, tem differentes naturezas, a que correspondem diversos nomes; examina o A. primeiramente estas especies de bens, a saber, os *dotaes*, os *paraphernaes*, e os *recepticios*.

Differença entre bens dotaes, paraphernaes, e recepticios.

§. 2. Os Romanos, como dissemos fallando ácerca do §. 2. do titulo antecedente, distinguião no matrimonio duas especies de mulheres, uma das que dizião mãis de familias — *matresfamilias*, outra a das simplesmente mulheres — *uxores*, que tambem erão chamadas matronas. Não tinhão as primeiras bens dotaes, pois que sua pessoa e bens erão propriedade dos maridos, a quem ellas succedião na qualidade de filhas; as se-

gundas, por isso que *sui juris*, podião tel-os em todas as tres especies, *dotaes*, *paraphernaes*, e *recepticios*.

Dotaes erão os bens, que vinhão com a mulher para casa do marido, os quaes este recebia para o fim determinado de sustentar os encargos do matrimonio, tendo nelles um dominio, ou propriedade imperfeita, por isso que não podia alienal-os, e os devia restituir dissolvido o casamento.

Paraphernaes, palavra Grega, que literalmente significa extradotaes, erão aquelles bens, que a mulher tambem trazia para casa do marido, nos quaes este apenas tinha uma simples detenção, sem algum outro direito, podendo tão sómente administral-os, se a mulher lh'o consentia. Os antigos Gallos derão a estes bens o nome de peculio da mulher. — *Caeterum si res dentur in ea, quae Graeci* parapherna *dicunt, quaeque Galli* peculium *appellant*, diz a Lei 9. §. 3. D. *de jure dot.*; a qual refere, que a mulher tinha em Roma um escripto, ou relação, em que erão referidas aquellas cousas, que trazia para seu uso proprio e privativo; relação, que o marido assignava, e da qual, dissolvido o matrimonio, ella se servia como titulo para distinguir, e levar logo com sigo os objectos, que nelle se mencionavão, o que explica a idêa verdadeira da natureza destes bens paraphernaes.

Recepticios, isto é, guardados em parte, lugar ou mão segura, erão finalmente aquelles bens, que a mulher não levava para a casa marital, mas que tinha ou guardava n'outra parte, sem nelles ter o marido cousa alguma, nem a simples detenção. *Quae ex suis bonis uxor retinebat, neque ad virum transmittebat, ea receptitia dicebantur.* Aul. Gell. liv. 17. cap. 7.

Esta ultima especie de bens não é usada nas Nações, que adoptárão a legislação dos Romanos; entre ellas todos os bens da mulher no matrimonio pacticio se dividem unicamente em dotaes e paraphernaes. Mas ha destes duas expecies distinctas: 1.ª os que a mulher reservou espressa ou tacitamente, porque não fez menção delles no contracto nupcial, que refere expressamente os do dote; 2.ª aquelles, que durante o matrimonio lhe vierão por successão, doação, ou outro meio legitimo, e se dizem especialmente adventicios.

Cumpre aqui advertir, que o direito sobre o dote algumas vezes se converte no marido em propriedade perfeita, como veremos; assim como que nos separamos do A., em quanto dá ao marido a administração nos bens paraphernaes, como resultado da sua propria qualidade, pois que só a póde ter por concessão da mulher; e finalmente que omittimos toda a nota ao §. 2. por superflua, depois da materia, que tractámos e expozemos no titulo antecedente.

O que é o dote, e quando se entende constituido.

§. 3. *Dotem eam nos pecuniam dicimus*, etc. Define o A. o *dote*, mas como segundo a L. 222. D. *de verb. signif.* a palavra *pecunia* exprime tanto o dinheiro, como tudo que tem valor, ou que com elle se compra; usa aqui d'ella para dizer-nos, que o dote consiste assim no dinheiro, como em quaesquer bens, que a esposa, ou outra pessoa por ella dá ao esposo, a fim de satisfazer os encargos do matrimonio. É porém de advertir, que para o dote se dar, é entre nós necessario, que no contracto nupcial entre a clausula d'elle se não communicar; ou da sua sujeição ás leis dotaes, como anteriormente notámos.

In quibus necesse non est, etc. Para o dote se constituir com a sua propria e especial natureza, não é indispensavel no contracto o uso de formulas e termos invariaveis, que directa e expressamente a expliquem, pois são bastantes quaesquer, com tanto que a qualidade privativa dos bens dotaes se possa inferir com certeza por uma interpretação verdadeira, pois que á vontade e intenção dos pactuantes é que as nossas leis attribuem efficacia, sendo aquellas, e não o nome, o que determina a natureza dos nossos pactos e convenções.

Exposto o dote, como objecto de convenção, cabe dizer, que esta palavra tambem se usa para designar o contracto, que constitue os bens antecedentemente referidos, ou descriptos, sendo um contracto synallagmatico, de que é condição essencial o matrimonio, sem o qual se não dá o dote, pois sem elle fica nulla, *ipso jure*, a obrigação da esposa, ou da pessoa do doador,

e obrigado o esposo, se já o tem recebido, á sua restituição, como tendo-o sem causa. O mesmo procede igualmente, se por nullo se dissolve o matrimonio; mas de nenhuma sorte em quanto dura a boa fé dos contrahentes, pois que é elle então putativo com os effeitos de válido.

In dubio enim dos constituta non censetur. Dissemos com o A., que o dote deve ser constituido expressamente, ou por termos, donde se infira com certeza a sua instituição; por isso é coherente decidir, que na falta de certeza, ou quando ha dúvida, devem os bens da mulher reputar-se não dotaes, isto é, paraphernaes.

Se os conjuges contrahirão o matrimonio sem alguma convenção, procede, como vimos no titulo antecedente, a communhão geral nos bens. Cessa esta no caso do dote expresso, e no que se infere indubitavelmente da convenção. Mas se desta resulta dúvida em quanto ao estabelecimento do dote, ha questão na qualidade, que se deve attribuir aos bens, sobre que o contracto versa. Uns affirmão, que são dotaes, se a mulher os confia á administração do marido; 1.° porque o dote é um accessorio do matrimonio para auxiliar o marido a supportar-lhe os encargos; 2.° porque a tradição dá fundamento a presumir o estabelecimento do dote. A maior parte porém dos AA. abraça, que o dote, no caso que exista dúvida, não se póde presumir; 1.° porque o dote é um contracto, que, como facto, tem necessidade de prova; 2.° porque, ainda que não haja dote sem casamento, dá-se este sem aquelle, não sendo um consequencia necessaria da existencia do outro; 3.° porque segundo a L. 9. §. 2. D. *de jure dot.* não se devem considerar como dotaes senão os bens, em que o dote foi claramente constituido: — *Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur;* 4.° em fim porque a fruição do marido, se ella se verifica, é uma pura tolerancia da mulher, que lh'a póde retirar a seu arbitrio.

Accrescentamos, que a L. 1. C. *de dot. promiss.* declara nulla, em quanto ao dote, a convenção, em que a mulher não especificou ou distinguio os objectos, ou quantidade do mesmo. Como pois póde ser valida a em que ella se não explicou claramente sobre o estabe-

lecimento do dote? E se o dote é constituido claramente em certos bens da mulher, serão dotaes os restantes? Asseveramos que não, pois que, segundo a regra — *Inclusio unius est exclusio alterius*, são paraphernaes os que o dote não comprehende.

Domat, que no liv. 1. tit. 9. sect. 4. no *pref.* acha mais convenientes ao matrimonio os bens dotaes, do que os paraphernaes, e com o qual Almeida e Sousa argumenta contra a opinião do A., ahi mesmo lhe responde: — *Cependant et le droit romain, et nos coutumes ont reçu l'usage des biens paraphernaux.* E em quanto á pratica não consentir, que a mulher tenha bens dotaes e paraphernaes juntamente, responde ao mesmo Jurisconsulto a Ord. liv. 5. tit. 25. §. 6. nas palavras — *todos seus bens, assi dotaes, como quaesquer outros.*

Profecticio e adventicio.

§. 4. *Quae a patre constituitur, profectitia*, etc. Era dote profecticio entre os Romanos o que o pai, ou outra pessoa por attenção com elle, dava á filha, e o avô paterno á neta; dizia-se adventicio o que provinha da mãi, avó paterna, ascendentes maternos, outros parentes e estranhos. Do profecticio resultava a reversão ao doador, direito, que tem por base a L. *Jure succursum* 6. D. *de jur. dot.*, na sentença, que o A. transcreve na sua nota, com a razão — *ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret;* e além desta a L. *Dos a patre* 4. C. *solut. matrimon.*, a qual dispõe, que o dote, que vem do pai, lhe pertence, quando a filha não emancipada morre no matrimonio: o que talvez levou o Sr. Paschoal a accreditar, como se collige do seu §. — *vel quia filii per nuptias patria potestate liberantur*, que a reversão do dote profecticio entre os Romanos requeria o patrio poder no doador; o que em verdade assim não é; não só porque Gothofredo ao texto ultimamente citado nos adverte, que procede a mesma reversão, sendo a filha emancipada — *Item* (diz elle) *in matrefamilias, id est, in filia emancipata;* mas porque isto é expresso na L. 5. §. 11. D. *de jur. dot.* — *Non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit.* Por consequencia não é pela falta do

poder patrio na filha, emancipada, pelo matrimonio Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6., que a reversão do dote para o pai não tem lugar entre nós, mas pelo outro e ultimo fundamento, que o §. expõe.

O dote profecticio revertia por Direito Romano ao doador, morrendo a filha sem filhos, ou dissolvido o matrimonio pela morte do marido; caso este, em que o pai o tornava a dar á filha, passando a segundas nupcias: e não ha uma unica palavra nas leis Romanas, donde se infira a reversão do dote conferido pela mãi, avó paterna e ascendentes maternos, ainda que na especie de adventicio por estranhos lhe reverte; mas isto unicamente quando assim se pactuou, L. 1. §. 13. C. *de rei uxor. act.*, L. 9. C. *de pact. convent.* Assim a divisão em profecticio e adventicio tinha unicamente por fim distinguir o dote em reversivo por natureza, e em não reversivo: mas o dote por nossas leis não reverte para o pai; dispõe d'elle a filha livremente em testamento, ou pelo menos da terça; e morrendo intestada, sem que deixe descendentes, succede-lhe sim o pai, mas isto como herdeiro, do mesmo modo que a mãi igualmente lhe succede. Por tanto não se dá absolutamente em nossas leis a razão, que se dava entre os Romanos, para se adoptar esta differença de dotes.

Como porém a filha, para succeder aos pais e aos avós, deve vir á collação com o dote, que delles houve, o que já não acontece, succedendo aos collateraes e estranhos, podemos nesta relação dizer dote profecticio o que é dado pelo pai, mãi e avós, sem differença entre paternos e maternos, e adventicio o que ella não traz ao monte, como o com que se dota a si mesma, ou recebeo d'estranhos, e ainda de parentes, para succeder aos quaes, segundo a Ord. liv. 4. tit. 97., não é obrigada a conferir as doações por elles feitas.

Deve o pai dotar a filha.

§. 5. Parece que a obrigação de dotar é uma consequencia da outra, que a natureza impõe aos pais, a de alimentar e prover á boa sorte dos filhos; pois se dá no matrimonio o estabelecimento mais proprio

para tornar segura a subsistencia dos mesmos; e ainda esta obrigação é imposta pelas conveniencias sociaes, por quanto, supposto que o dote seja em si indifferente ao matrimonio, como por este é que o Estado adquire cidadãos, pelos quaes se perpetúa, e os dotes promovem os casamentos, importa muito ao bem público que os pais dotem as filhas. Segundo o Direito Romano póde o pai ser obrigado ao dote por auctoridade do Magistrado. *Qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt... per proconsules, praesides quae provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare*, L. 19. D. *de ritu nupt.* Procede na filha sujeita ao poder parental, que depende do consentimento do pai para as nupcias, e aquem este é negado, bem como o dote, injustamente, *injuria*, de cuja injustiça o Magistrado conhece, para em virtude do *nobre officio* obrigar o pai ao dote. Mas se a filha menor de 25 annos casa sem consentimento dos pais, e o Magistrado o não suppre, fica o pai sem obrigação de dotal-a, não tanto porque a póde desherdar, Ord. liv. 4. tit. 88. §. 1., como porque ella tem perdido o direito aos alimentos, Ass. de 9 d'Abril de 1772 §. 2., dando-se maior razão para não ter direito ao dote, que é menos favoravel; donde vem que consumido o primeiro, não deve o pai segundo dote, DD. em Paiv. e Pon. *orph.* cap. 7. n. 36., o que assim não é nos alimentos, cit. Ass.

Se o pai deixa chegar a filha a tal idade (á de 25 annos), sem a casar, estará ella nas circumstancias ou termos da L. 19. D. *de ritu nupt.*, se casa sem a sua approvação, ou tem máo procedimento? A *Nov.* 115. é favoravel á filha em ambos os dous casos referidos: *Hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari: quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Concorda a Ord. liv. 4. tit. 88. §. 1., que a não deixa desherdar: logo o pai deve dotal-a, pois que á legitima prefere o dote em favor.

Etiam divitem, etc. Segue o A. que a obrigação em quanto ao dote da filha ainda se dá no pai, se ella é rica, ou tem bens, com que se dote. Outros ha da mesma opinião, tomando por fundamento a L. 7. C.

de dotis promiss. verbis: *omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie*, as quaes são a razão de decidir, que se o pai dotou a filha, que tinha bens, se entende dotal-a pelos seus proprios, quando não declarou constituir-lhe o dote nos d'ella.

Com tudo as expressões *omnino*, etc. parecem ser postas como generalidade, com a qual se presume conformar-se o pai, que se não declarou; logo póde elle declarar, que faz o dote nos bens d'ellà, e então não manda a lei, que o pai dote a filha rica. Demais não é o pai obrigado a prestar os alimentos, quando a filha tem bens, Ass. de 9 d'Abril de 1772; muito menos é então obrigado a dar-lhe dote. Vinn. *select. jur. quaest.* liv. 2. cap. 14., Lauterbach liv. 23. tit. 3. §. 9.

A obrigação paterna de dotar estende-se á filha bastarda.

§. 6. *Ad filias etiam illegitimas et spurias officium hoc paternum extendi debet*, etc. As leis Romanas, como já vimos, não davão aos bastardos direito aos alimentos; e, coherentes na dureza, lh'o não davão para exigirem o dote. Este rigor foi mitigado pelo Direito Canonico; e vencida a obrigação d'alimental-os, seguio-se observar-se nos pais a de dotal-os.

Assim como os alimentos dos bastardos são menores, que os dos filhos legitimos, succede o mesmo no dote, Lauterbach liv. 23. tit. 3. §. 13., Barb. citado pelo A. Dotada a filha illegitima, transfere-se para o marido a obrigação d'alimental-a, Hein. tom. 4. §. 187.

Cabe aqui advertir que o *Cod. Civ.* de França art. 204. nem ainda aos legitimos dá acção para obrigar os pais ao dote, quando a estabelece reciproca entre elles para se darem alimentos, artt. 203. e 207., e quando considerada attentamente a obrigação de dotar, ella se comprehende na das prestações alimenticias.

Mas pela exposição dos motivos do art. referido, feita por Mr. Tronchet ao Conselho d'Estado, se vê que o Direito Romano neste ponto tinha sido recebido em poucas partes de França: por isso é que os redactores do Codigo se conformárão com os habitos do maior numero.

Além disto, disse elle (o que comprehende os filhos illegitimos), « é caso raro a dureza dos pais para com os « filhos; é uma excepção á ordem natural: devem pois « evitar-se antes os inconvenientes das exigencias dos « filhos, do que os raros, que podem acontecer contra « esta Jurisprudencia. Nunca se devem dar aos filhos « armas contra os pais, e a acção do dote, que se propõe, « seria um meio para aquelles opprimirem estes com ve- « xames, e transtornarem seus planos. »

Vê-se que se não desconheceo nos pais a obrigação de dotar, imposta pela natureza, e que se accreditou que esta mesma os levaria ao desempenho. Por tanto, como diz o Sr. Paschoal na nota a este §., ainda que as leis civis em favor dos matrimonios, e por isso dos costumes, denegão aos filhos illegitimos a successão nos bens dos pais em alguns casos, não se contradizem ellas, ordenando, que estes os alimentem e dotem, obedecendo nesta parte ás vozes da natureza, com o que não se prejudica o bem público; o que já não acontece nas successões, que os porião ao mesmo nivel dos legitimos. Nem póde argumentar-se da conveniencia da prohibição de succeder para a dos alimentos e dote, pois que as razões de prestar-lhos, assim como aos legitimos descendentes, são as mesmas, são iguaes; *aeque parenti naturali simul et legitimo vel naturali tantum conveniunt, utriusque enim natura idem officium est*, embora as conveniencias sociaes demandem differenças de quantidade.

Quando deve a mãi dotar a filha.

§. 7. A obrigação de dotar, imposta pelas Leis Romanas aos pais em beneficio dos filhos, foi uma modificação, ou limite á nimia amplitude da auctoridade paterna. Por isso é que a filha não tem, em regra, contra a mãi acção do dote, e só lhe cabe nos casos especial e expressamente mencionados nas leis: *Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa, vel lege specialiter expressa*, L. 14. C. *de jur. dot.* São estes casos, quando o pai e ascendentes paternos são pobres, e a filha não tem bens, com que se dote, *Cod.* da Pruss. p. 1. liv. 2. tit. 4. art. 1. §§. 28.

e 33., Barb. á Ord. liv. 4. tit. 99. nn. 20. e 21. Mas preferindo entre nós a obrigação da mãi á do avô para dar os alimentos, Ass. de 9 d'Abril de 1772 §. 1., e tendo o dote analogia com estes, parece que a obrigação subsidiaria, em quanto a elle, deve seguir na mãi a mesma ordem.

Verum apud nos cum inter conjuges, etc. A obrigação de dotar é subsidiaria na mãi, quando ella casou com dote; mas quando os conjuges são meeiros, por isso que seu dever é igual para os encargos do matrimonio, é o dote satisfeito pelos bens da communhão, Voet liv. 23. tit. 3. quest. 4., Arouca á Lei 9. D. *de stat. hom.* n. 83.

Mortuo igitur patre, etc. Dissolvido o matrimonio, a obrigação de dotar não se dá no conjuge, que sobrevive, pois que a filha pela morte do defuncto lhe succede, e póde dotar-se a si mesma. Por isso, se a mãi dotar a filha depois da morte do marido, o dote imputa-se nos bens paternos.

Quando os conjuges, que casárão pelo contracto dotal, se obrigão juntamente ao dote de sua filha, cada um fica obrigado por ametade, sem que a mãi se possa prevalecer do Senatusconsulto Veleiano, por quanto se este lhe não val, quando ella se obrigou pelo dote d'uma estranha, Ord. liv. 4. tit. 61. §. 2., por maior razão lhe não val, obrigando-se a dotar a filha propria. Como porém não tenha obrigação de dotal-a, a qual se dava no pai, é commum opinião, que póde a mãi haver deste ou dos herdeiros a ametade integra, que satisfez, pois foi n'ella fiadora do marido. Valasc. porém *Cons.* 127. n. 10. e seg. dá a mãi como principalmente obrigada, e satisfazendo por si: 1.° segundo a regra geral, pela qual dous promittentes se obrigão cada um por ametade; 2.° porque não sendo obrigada a mãi ao dote, obrigando-se a elle livremente, deve antes presumir-se que quiz fazer doação a bem da filha, e liberalidade ao marido. Esta opinião, em quanto a nós, é preferivel á contraria, por mais confórme e natural ás affeições de mãi, e attenções conjugaes.

E poderá a mãi dotar a filha, obrigando o proprio dote? Segue Valasco, lugar cit., que não, querendo

que possa unicamente fazel-o com os bens extradotaes, por isso que a mulher, nem consentindo o marido, póde alienar os dotaes.

No *Dig. Portug.* tom. 2. art. 139., com fundamento nos artt. 1555. e 1556. do *Cod. Civ.* de França, e *Dec.* 21. n. 20. de Macedo, é adoptado, que a mulher com approvação do marido póde com o seu dote dotar a filha do primeiro ou segundo matrimonio, opinião, que julgamos preferivel. Por quanto, pela Lei Julia, é o dote inalienavel, para que o marido não possa despojar d'elle a mulher, e esta, sobrevindo-lhe, ou abandonada pelo divorcio, encontre mais facilmente um segundo casamento. Mas quando a mãi dota a filha com o seu dote, ou parte delle, e não despoja do usufructo o marido, pois que este lh'o consente, emprega ella os bens dotaes segundo as vistas e o destino da lei, sendo esta alienação mais favoravel, do que a mesma conservação de taes bens, pois que a filha, pela idade, é mais propria para dar novos membros ou Cidadãos ao Estado. Concorda com os artt. cit. do *Cod. Civ.* de França a Jurisprudencia da Hespanha Lei 35 de *Touro*.

Resta advertir finalmente, que sem o consentimento da mulher póde o pai dotar a filha com dinheiro e bens moveis, mas não com bens de raiz. Ord. liv. 4. tit. 48., o que a mulher nem com moveis póde fazer, pois, como vimos, ella não póde contractar sem consentimento do marido.

Se o irmão deve dotar a irmã.

§. 8. Attribuem ao irmão alguns AA. a obrigação de dotar a irmã germana e consanguinea com exclusão da uterina, tomando por fundamento o §. 3. da L. 12. D. *de administrat. et pericul. tutor.*, em que o Jurisconsulto Paulo, fallando das despesas, que se devem levar em conta ao tutor, diz: « não dará dote á irmã « do seu pupillo, gerada por outro pai, quando ella não « tem bens, com que se possa casar, por quanto, ainda « que tal procedimento seja honesto, contém elle em si « liberalidade, que se deve deixar entregue ao arbitrio « do pupillo. »

Por esta occasião diz Cujacio: *Quae sententia ex contrario praestat nobis certissimum argumentum existimandi fratrem sorori consanguineae sive germanae, quae agnata est, si ex aliunde nubere non possit, dotem constituere debere, et est in hanc rem locus valde singularis.*

O A. além das auctoridades, que aponta, cita unicamente o §. da lei, que nós deixamos exposto; mas parece que a opinião de Cujacio se fortifica com a L. *Qui filiam* 3. D. *ubi pupill. educari vel morari debeat*, a qual decide, que se o tutor, sem ordem do Magistrado, der á irmã germana do pupillo alimentos e educação, que lhe é propria, se ella não podér com as despesas, o pupillo não as póde repetir. Aqui não se dá liberalidade em quanto aos alimentos, pois que o tutor póde dal-os sem despacho do Juiz, e sem que fique no pupillo direito a repetil-os; e como a obrigação de dotar se comprehende na de prestar alimentos, é obrigado o pupillo a dotar a irmã germana.

Mas sendo a proximidade do sangue o fundamento destas Leis, o Sr. Paschoal, e a commum opinião, pois que a mesma proximidade se dá entre os uterinos, ou irmãos filhos da mesma mãi e pai diverso, seguem, que geralmente o irmão deve dar dote á irmã pobre, quando nem os pais, nem tambem os ascendentes tem meios para o fazerem. Esta opinião tem por si o cit. Ass. de 1772, quando faz procedente a obrigação dos alimentos entre irmãos, sem differença dos germanos, consanguineos e uterinos.

Com tudo no *Dig. Portug.* tom. 2. art. 113., com o fundamento de que a obrigação d'alimentar entre os irmãos é um favor *ultra jus*, como se infere do Ass. referido; e de serem os alimentos mais favoraveis, que o dote, se nega a obrigação de se dar este á irmã pobre.

Mas dado mesmo, que o direito aos alimentos nos irmãos seja *favor ultra jus*, parece, que pela regra *favores ampliandos*, elle se deve estender á obrigação de dotar, não só como effeito do amor natural entre os irmãos, mas em favor do matrimonio, ainda que conhecamos, que os dotes não encontrão entre nós o prestigio dos Romanos,

Se o filho deve dotar a mãi.

§. 9. *Filii tamen non tenentur matrem ad secundas nuptias covolantem dotare*, etc. Tendo-se considerado a obrigação de dotar, comprehendida na de prestar alimentos, e sendo o filho, como já vimos, obrigado a alimentar sua mãi, podia concluir-se, que n'elle se dá tambem obrigação de dotal-a. Não ha porém lei alguma subsidiaria ou patria, que tal dever imponha ao filho; antes o contrario se infere, tanto d'umas, como d'outras, cessando por isso neste caso o argumento dos alimentos para o dote.

As nossas Ordenações olhão na mãi o segundo matrimonio como nocivo aos filhos do seu primeiro marido, e tomão por esta razão precauções em favor d'elles, não só quando ella tem 50 annos de idade, mas por occasião da tutela; ao contrario favorecem a viuva, que procede honestamente, e lhe retirão o favor logo que passa a outras nupcias. Seria pois contradicção o promover-lh'as, e dureza o impôr ao filho o dever de lhe dar dote para ellas; ao filho, que sempre perde neste procedimento da mãi, que vai repartir o seu amor com um homem, que lhe é estranho, as mais das vezes suspeito, e que abusa facilmente em damno daquelle da situação, ou estado, em que esta o collocou, *quae plerunque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt*, L. 22. C. *de administrat. tutor;* bem como se receia mal aos filhos, quando os pais lhes dão madrasta, tomando-se por isso a palavra, que a distingue, em relação aos mesmos filhos como synonymo de contraria e inimiga, *noverca*, *infesta*, *inimica*, *adversa*.

Com tudo, pelo que respeita ás segundas nupcias das mulheres, forão differentes as idêas dos Romanos, quando a nimia frequencia dos repudios lhes dava no matrimonio um recurso, que as leis favorecêrão, fazendo-lhes inalienavel o dote, como meio para mais facilmente o conseguirem.

Advirtamos aqui por incidente, que tambem a obrigação de dotar é um effeito do crime, o que acontece no que estuprou mulher virgem, ou viuva, quando honesta, sendo o dote neste caso a reparação legal do

damno, Ord. liv. 5. tit. 23., Lei de 6 d'Outubro de 1784.; assim como, que tambem póde provir de convenção; por exemplo, se duas ou mais pessoas formão sociedade geral de bens, os dotes de suas filhas obrigão a communhão: *si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda.* L. 73. D. *pro socio.* O que muito bem se justifica, por quanto n'uma sociedade ou companhia geral de bens não se attende se um socio adquire mais que o outro, ou se faz maior gasto, ou despesa; pois que tudo é commum; e como o dote, que um dos socios lucra, se faz commum, é coherente, que o dote, que elle tem obrigação de pagar, saía da massa commum, dando-se identidade de razão entre o lucro e a perda. De mais, como as filhas devem ser alimentadas á custa da communhão, devem os dotes saír desta, porque o argumento dos alimentos para o dote é, em regra, attendido em Direito.

O dote deve provar-se, e que provas admitte.

§. 10. O dote deve provar-se, pois consiste em convenção, que, como facto, nunca póde presumir-se, antes a lei em sua falta absoluta presume a communhão geral de bens, pois que presume o matrimonio contrahido segundo os usos do reino, do qual aquella resulta. Não basta porém que se prove a existencia d'um contracto anterior ao casamento, e com objecto em bens, que a mulher trouxe; porque, como vimos, havendo duvida, ou não se inferindo com certeza sua qualidade dotal, presumem-se esses bens paraphernaes, *alioquin bona non dotalia, sed paraphernalia erunt.*

Ea vero inter extraneos constituta, etc. Posto que seja sempre necessaria prova para o contracto dotal, tinha ella differente fórma, segundo a differente qualidade das pessoas com parte na convenção. Sendo estranhas entre si, ou não unidas pelo sangue, a Ord. liv. 3. tit. 59. *in princ.*, distinguindo o dote maior do menor pela quantia, exigia, quando maior, a escritura pública para prova, bastando o escripto particular das de condi-

ção elevada, §. 15., e a prova por testemunhas, sendo parentes os pactuantes §§. 11. 12. *eod.*

Dispensava porém nesta Ord. facilmente o Desembargo do Paço para o dote se provar por testemunhas, chamando-se á Carta desta dispensa Provisão para prova, segundo Direito commum, Silv. *á Ord.* liv. 3. tit. 59. *in princ.* n. 74.; mas hoje, como já se tem notado, a *Noviss. Ref. Judic.* art. 463. admitte a prova por testemunhas sem differença de pessoas e quantia, salvo se a escriptura é substancial do contracto, qualidade, que não existe no do dote, excepto se a convenção, em quanto a este, se une com os esponsaes, como ordinariamente acontece, pois é a escriptura pública, em regra, da substancia do contracto esponsalicio, Lei de 6. d'Outubro de 1784.

Cumpre ainda accrescentar, que o dote tambem se prova por testamento e codicillo, quando se dá o legado, que se diz *legatum dotis*, e contém tacita, como causa, a condição — se casar, o qual caduca, se o matrimonio se não segue, Stryck. liv. 23. tit. 4. §. 5., excepto quando é outra a vontade do testador, caso, em que este legado é puro, e se transmitte aos herdeiros do legatario, ainda que não casasse, Stryck. cit.

Este legado porém é differente do prelegado do dote, *praelegatum dotis*, pois que o legado cria ou institue o dote, o que se não dá no prelegado, em que o marido lega á mulher o dote, que recebeo; de sorte que essencialmente não é o dote o que lhe lega, porque este é da mulher, mas lega-lhe outras vantagens, sendo a primeira, e que lhe dá o nome de prelegado, o receber ella o dote sem demora, e antes de feita a partilha; releva a mulher de provar, que o marido o recebeo, póde servir para prova da quantidade do mesmo, sendo esta anteriormente duvidosa, etc.

Bens, que se podem dar em dote.

§. 11. *In dotem ea omnia dantur, quae in commercio sunt, et usui marito esse possunt*, etc. Como o marido recebe o dote a fim de satisfazer os encargos do matrimonio, todas as cousas, susceptiveis de prestar uma utilidade qualquer, podem ser dadas em dote, e tanto, que não po-

dendo as cousas litigiosas, ou cuja propriedade se disputa em juizo, ser objecto de contracto translativo do dominio, podem ellas, como as não litigiosas, ser conferidas em dote; excepção esta concedida em favor do matrimonio, favor, que faz desapparecer na lei a presumpção da fraude do doador, o que já se vê na L. ult. C. *de litig.*, fonte da nossa Ord. liv. 4. tit. 10. §. 11.

Non possunt tamen in dotem dari, etc. Não obstante a grande generalidade da regra, que faz dotaveis todos os bens, quer moveis, quer de raiz, assim como todos os direitos e acções, dão-se nella excepções, as quaes abrangem aquelles bens, que não dependem da livre disposição do doador. E taes são os de prazo sem consentimento do senhorio, Ord. liv. 4. tit. 38. pr., e ainda com este consentimento, sendo elles de *geração*, pois que tem successor certo; a mesma razão se dá nos sujeitos a fideicommisso, Stryck. liv. 33. tit. 4. §. 8., e tambem nos vinculados.

Mas podem os referidos bens ser dotados á pessoa, a quem n'elles cabe a successão, e mesmo a outra se póde fazer o dote nos rendimentos durante a vida do doador, em quem se dá a administração de taes bens, Carvalho *de Testam.* p. 2. n. 326.

Da quantidade do dote.

§. 12. *Dote ab extraneo constituta, nulla lege illius quantitas definita exstat.* Como o estranho, isto é, o que não tem obrigação de dotar, embora seja parente, dando o dote, faz uma liberalidade, depende do seu arbitrio tão sómente o estabelecer-lhe a quantia, ou valor, que depois de acceito não póde diminuir, do mesmo modo que não tem obrigação d'augmental-o, pois que os pactuantes designárão com certeza o objecto, que determina a obrigação e o direito correlativo proveniente do contracto.

Mas qual será a quantidade do dote, se não foi determinada? Continúa a depender do arbitrio do doador, como se não tivera havido convenção, que importa o mesmo não a haver, que tel-a havido, mas nulla; e tal é a em que elle se obrigou sem referencia a somma ou

cousa certa: *Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum nec species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit, L. 1. C. de dot. promiss.*

Exceptua-se da regra estabelecida, que annulla o dote incerto no objecto, quando elle é promettido pelo pai, ou ascendente, em quem se dava a obrigação de dotar, porque como sua obrigação existia independente do contracto, não póde oppôr o vicio deste á acção intentada pelo genro, e que o Direito lhe concede para que o dote lhe seja dado segundo as faculdades do sogro, como decide nesta especie a L. 69. §. 4. D. *de jur. dot.*: *Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest.*

Dá-se na verdade aqui uma das subtilezas dos Romanos, para fazer valer no pai a convenção, que não val no estranho, quando em quanto a este se póde o dote constituir igualmente segundo as suas faculdades, ou bens, aos quaes parece que elle mesmo attendeo, quando se obrigou deste modo, ou indeterminadamente. Por isto acceitamos a doutrina do *Dig. Portug.* tom. 2. art. 100., que tomando por fundamento a lei ultimamente citada, que é restricta ao pai unicamente, declara válida a promessa de qualquer, sem a quantia do dote subentendendo-se que será correspondente ás forças, do que promette, e qualidade da pessoa, que é dotada.

Lobão, *Notas* a este lugar, remette-se ao *Cod.* de Frederico p. 1. liv. 3. tit. 4. art. 1. §. 59., onde procede a obrigação de dotar, mas em quantidade menor no estranho, ainda que suas circumstancias e faculdades sejão as mesmas, que as do pai, o que é injustificavel para nós, e por isso abraçamos a doutrina de Winantz §. 136. — *Sive pater, sive alius, sive mulier dotem sine quantitatis expressione promitat, ubique ea ad viri boni arbitrium secundum facultates patris aut mulieris et pro qualitate personarum dignitateque mariti praestanda est, explosa juris Romani scrupulositate.* Concorda o *Cod. Civ.* de França art. 1129., que faz procedente a obrigação, quando é incerta a quantidade da cousa, mas póde

ser determinada : *La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée.* Concorda Groenewegen *de legibus abrogatis*, fallando á L. 1. C. *de dot. promiss.*, que primeiramente examinamos, e ainda temos apoio na razão da L. 3. C. *eod.*, pois que n'um caso de dote indeterminado, e em que não figura o pai, deixa ao arbitramento de terceiro o designar a quantidade : *Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*

Cabe aqui examinar, qual seja a quantidade do dote, quando é dado pelo pai obrigado em juizo em virtude do direito, que tem a filha, e se diz dote legal ou necessario. Ainda que um grande numero de escriptores, que o Cardeal Mantica nos refere no Tractado *de tacitis et ambiguis conventionibus* liv. 2. cap. 22., assegura, que não é dote competente, senão o que corresponde á legitima, parece-nos, que devemos applicar igualmente a este dote as expressões ; *nulla lege quantitas definita exstat.*

É verdade que em vista da estimação dos bens do pai é que o dote necesario deve ser taxado á filha, L. 60. e 69. §. *Gener* D. *de jur. dot.*, L. 43. D. *de legat.* 3.°; mas se a legitima é que deve dar a regra, para que disporião estas leis, que na determinação da quantidade do dote se attenda á nobreza da mulher, á dignidade do marido, e aos usos, ou costumes dos lugares, em que o matrimonio se contrahe? A legitima fixa se sem dependencia destas considerações, aos bens, e por isso tambem ás dividas, é que em relação a ella, unicamente se olha ; e em igualdade de fortunas e de filhos, a legitima d'um plebeo não differe da d'um nobre. Além disto, para que nos fallarião as leis da imputação do dote na legitima, e se distingue o caso, em que esta foi absorvida no dote, daquelle, em que o não foi? Tudo seria illusorio, dada a idêa ; de que não é dote competente, senão o que corresponde á legitima.

Por consequencia parece, que ás differentes e variaveis circumstancias das especies occorrentes é que o Juiz deve attender para se regular na determinação da quantidade do dote, que o pai dá, judicialmente obrigado, pois que não ha lei, que a fixe ou determine, nem mesmo na legitima, ***nulla lege quantitas definita exstat.***

A parentibus vero si constituatur, etc. Se o dote é voluntario, póde o pai, assim como tambem a mãi, absorver inteiramente no dote a legitima da filha e a terça d'elle doador; sendo o excesso inofficioso, que deve nelle rescindir-se, Ord. liv. 4. tit. 97. §. 3., Valasc. *Cons.* 188. Procede o mesmo no dote dado por algum outro ascendente ao descendente successivel.

Do dote das mulheres nobres, ou illustres:

§. 13. É conveniente saber-se, que para obstar á ruina das casas nobres com os dotes excessivos, o Alv. de 14 d'Agosto de 1645., não privando as mulheres desta classe do direito ás legitimas e heranças, que lhes coubessem, prohibio, sob pena de perdimento do excesso para a Fazenda Real, que ellas fossem dotadas com mais de doze mil cruzados.

A Lei de 17 d'Agosto de 1761. dispoz, que os pais com fôro de Moço Fidalgo, ou maior, que tivessem em bens a renda annual de tres contos de reis, ao casar as suas filhas só lhes podessem dar o enxoval de roupa branca no valor de quatro mil cruzados, ficando ellas privadas das legitimas, e sem que outra cousa mais lhes fosse dada, ainda que consistisse em moveis, joias e alfaias, quer a titulo de dote, quer por outro, sob pena de nullidade do contracto, perdimento dos bens doados, e para o Tabellião perdimento do officio.

Como a nobreza só por si não remedeia, antes augmenta os onus, ou encargos do matrimonio, resultou, como era d'esperar d'uma tal Lei, ficarem sem casamento as filhas das casas nobres, e para os costumes os funestos resultados d'um celibato forçado. Por isso o Decreto de 17 de Julho de 1778. a suspendeo, e restabeleceo o direito ás legitimas e successões nas mulheres nobres, ficando estas, como as outras, sujeitas ás leis geraes em quanto aos dotes.

Com tudo, para não deixar campo largo á vaidade e ao luxo, determinou este Decreto, como o A. no fim do seu §. adverte, que nem os pais dos noivos, nem estes, possão dar a titulo de joias esponsalicias ás esposas

mais do que oito mil cruzados, isto nos dias das escripturas e da visita primeira.

Dos direitos do marido com objecto no dote.

§. 14. Por isso que no matrimonio pacticio a diversidade das especies de bens, que a mulher traz, produz que sejão differentes os direitos do marido ácerca d'elles; o A., para tractar destes direitos, examina-os primeiramente com objecto nos dotaes.

Nos bens dotaes, quando não são estimados de modo, que importe venda, tem o marido propriedade bem similhante á que tem o onerado com uma substituição. Em breves termos explica seus direitos Dumoulin; *Vir, constante matrimonio, vocatur dominus, et fructus lucratur: non tamen potest alienare; et soluto matrimonio, dos redit ad uxorem vel haeredes ejus.*

Etiam consentiente uxore, etc. O systema das leis dotaes só com o tempo foi completo entre os Romanos. Um Plebiscito promulgado sob o governo d'Augusto, e conhecido com o nome: *Lex Julia de adulteriis et de fundo dotali*, não fazia o dote inteiramente inalienavel pelo marido, pois lhe prohibia tão sómente alienal-o sem o consentimento da mulher. *Lege Julia* (diz o Jurisconsulto Paulo nas sentenças) *cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet.* Por esta disposição, se a mulher lh'o consentia, alienava o dote o marido, sem que tivesse lugar a recissão por nullidade: mas era indispensavel, que o consentimento fosse dado pela mulher com referencia directa e immediata á alienação do seu dote, e não por um modo indirecto, de que podia ella não prever as consequencias. Por isso é que os bens immoveis dotaes não podião por esta lei ser obrigados por hypotheca, ainda consentindo-o a mulher, porque esta obrigação podia indirectamente leval-os á alienação, sem que aquella o previsse, quando difficilmente consentiria n'uma alienação manifesta, que não podia deixar de conhecer. Ainda a providencia da Lei Julia se limitava aos predios, ou bens Italicos, sem que fossem comprehendidos os situados nas Provincias.

Justiniano, corrigindo esta lei, *Legem Juliam corri-*

gentes, como diz o §. *inic.* da *Instit. Quibus alienare, licet, vel non*, na L. ult. §. 15. C. *de rei uxor. act.* não só ampliou a sua disposição aos bens de todas as Provincias, mas attendendo á fraqueza das mulheres, que por temor, ou seducção dos maridos podião consentir em seu damno, *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur*, dispoz que os bens dotaes não só não fossem hypothecados, mas vem tambem alienados pelos maridos, ainda que as mulheres lhes dessem consentimento; *neque consentientibus mulieribus.*

Aqui se completou, entre os Romanos, o systema das leis dotaes, segurando-se, ou pondo-se a salvo o dote, tanto do maior poder do marido, como da fraqueza da mulher, para elle voltar a esta ou seus herdeiros, depois de dissolvido o matrimonio; eis a gradação, porque se chegou ao principio da inalienabilidade do dote, mas sem applicação aos bens moveis.

Ainda esta segurança do dote se fundou na pública utilidade, pois que elle, ou os bens, seu objecto, nos apuros e amarguras da desgraça são para as familias opprimidas a unica taboa, que lhes resta, do naufragio; e daqui nasce a linguagem das leis: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere.*

Dissemos, que a propriedade do marido nos bens dotaes não estimados é igual á do gravado com uma substituição; por quanto, sendo taes bens estimados, dá-se n'elles uma verdadeira e plena propriedade, pela qual ficão fóra das prohibições apontadas, podendo alienal-os o marido; mas ainda neste caso é necessario o consentimento da mulher: *Licet enim Anastasiana Lex de consentientibus mulieribus vel suo jure renuntiantibus loquatur: tamen eam intelligi oportet in rebus mariti*, vel dotis quidem aestimatis, *in quibus dominium et periculum mariti est*, L. ult. §. 15. C. *de rei uxor act.*

Cumpre porém advertir, que a estimação, de que fallamos, ou que produz no dote a propriedade perfeita, e que habilita o marido a alienal-o, é aquella, que importa ou produz venda, a qual se dá, quando é dotada uma quantia certa de dinheiro, e em pagamento de toda, ou parte d'ella forão dados certos bens, caso, em que

o marido, senhor destes, fica tão sómente responsavel por aquella. Brunem. á L. 5. C. *de jur. dot.* É da natureza das cousas, que o mesmo aconteça no dote constituido em dinheiro, ou objectos fungiveis, pois traz aquelle a estimação com sigo mesmo, e estes, que servindo se consomem, responsabilizão o marido sómente pelo valor, ou outro tanto: *Sed si res non exstet, aestimationem omni modo maritus praestabit*, L. 10. D. *de jure dot.*

Mas se os bens são primeiramente dotados, e posteriormente estimados quando o dote se institue, entende-se, que a estimação lhes é dada *taxationis*, e não *venditionis causa*; o que não tira ao marido a obrigação rigorosa da restituição dos proprios predios, á qual accresce a de responder, na razão do valor, que lhes foi dado, pelas deteriorações occorridas, que lh'o tem diminuido.

Posto que o primeiro e principal privilegio dos bens dotaes não estimados, ou estimados, mas *taxationis*, e não *venditionis causa*, está na sua inalienabilidade, tanto pelo marido, ainda com outorga da mulher, como por esta, mesmo com consentimento d'aquelle; vejamos com o A. na sua nota ao §., se nossas leis nesta parte adoptárão as Romanas.

Dubitare vix licet, etc. Assim se explica o Sr. Paschoal, para dizer-nos, que não podemos fundadamente duvidar da acceitação entre nós da L. ult. §. 15. C. *de rei uxor. act.*; por quanto, ainda que a Ord. liv. 4. tit. 48., prohibindo ao marido alienar bens immoveis sem consentimento da mulher, lhe permitte alienal-os, quando esta lh'o concede, deve tal regra entender-se em quanto aos bens paraphernaes, comprehendendo os adquiridos e communs, com excepção nos dotaes. Valasc. *Cons.* 150. Por quanto pelo §. 40. do *Regim.* do Desemb. do Paço os bens dotaes não podem ser permutados, sob nullidade do contracto, sem Provisão de licença: e se não podem trocar-se, quando a troca é a especie de alienação menos nociva, por maior força de razão são prohibidas todas as outras especies, com objecto nos mesmos, ainda que nellas intervenha approvação da mulher.

Demais o marido obrigando-se por outro na qualidade

lidade de fiador, ainda consentindo-lh'o a mulher, não obriga os bens dotaes, e a doutrina opposta, que se infere da Ord. liv. 4. tit. 60. *in princip.*, fórma *a contrario sensu* argumento inconcludente, pois não só lhe obsta o já visto §. 40. do *Regim.* do Desemb. do Paço, mas a expressa disposição da Ord. liv. 4. tit. 61., que concede ás mulheres o beneficio do Velleiano, para não serem validas as obrigações, a que por outras pessoas se sujeitão, o que faz que nada próve, ou conclua o argumento, que parece deduzir-se daquella Ord.; e isto, não sómente em quanto aos bens do dote, mas tambem ácerca da meação da mulher nos bens communs, quando com o seu consentimento o marido é fiador. Por consequencia não se dá um fundamento, que nos leve a duvidar da prohibição geral d'o marido obrigar e alienar os bens dotaes, ainda que a mulher o auctorize, ao que veremos excepções em lugar pouco distante.

Esta prohibição d'o marido alienar os bens dotaes não estimados inclue todo o acto translativo do dominio, e ainda mesmo o que da alienação se approxima, como é o hypothecal-os, impôr-lhes, ou tirar-lhes servidão, se assim os deteriora, Hein. tom. 4. §. 213. Resta-lhe o direito d'administral-os, defendel-os, e de applicar os rendimentos aos encargos do matrimonio, sem que seja obrigado a dar contas, e a segural-os com fiança, excepto se a isso se obriga expressamente no contracto, L. 20. C. *de jure dot.*, L. 2. C. *Ne fidej. dot. dent.*

Estabelecida a inalienabilidade do dote, cumpre ver-lhe as excepções. Já dissemos ser conforme ao espirito das leis dotaes o fazer a mãi o dote á filha, consentindo-lh'o o marido, em bens proprios do seu dote; ao que agora accrescentamos, que neste caso se não dá alienação verdadeira, mas anticipação de successão, pois que os filhos são considerados proprietarios do patrimonio dos pais, ainda mesmo em vida destes: *Ut nulla videatur haereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*, L. 11. D. *de liber. et postum.*

Mas são alienados os bens dotaes para pagamento das dividas do doador, e da mulher, anteriores ao matrimonio, se não tinhão ao contrahil-as outros bens para

as pagar, pois que não ha dote, nem herança, em quanto ha dividas, d'outra sorte poderião, por meio dos casamentos, ser fraudados os crédores, L. *Mulier bona* 72. D. *de jur. dot.*, L. *Subsignatum*, §. *Bona* 1. D. *de verb. signif.*, Valasc. *cons.* 108. n. 10., Pereir. *Decis.* 50. n. 9., Silva *ad Ord.* liv. 3. tit. 86. §. 23. n. 63.

Tambem podem ser vendidos estes bens para remir do captiveiro a mulher, ou o marido, para soccorrer o pai no desterro, alimentar a familia, e comprar um melhor prédio, L. 73. §. 1. D. *de jur. dot.*, L. 21. D. *solut. matrim.*; concorda o *Cod. Civ.* de França art. 1558. Igualmente podem ser vendidos alguns bens, para fazer reparos n'outros, cuja ruina causaria ao dote maior damno, L. 25. §. *fin.* D. *eod.*; concorda o Cod. cit. *ibidem.*

Como pela L. 73. §. 1. D. *de jur. dot.* a venda de bens dotaes é permittida para comprar outros prédios mais proveitosos ao dote, a troca com o mesmo fim não póde ser prohibida pelo espirito desta lei; mas acha-se ella expressamente admittida entre nós no §. 40. já cit. do *Regim.* do Desemb. do Paço; precedendo a Provisão de licença, hoje supprida pelo Juiz de Direito, que por sentença julgue a troca vantajosa, *Dig. Port.* tom. 2. art. 134. E sendo esta (repetimos) a especie de alienação, que menos nociva se póde dar para o dote, e dependendo para a sua validade da intervenção do Magistrado, segue-se por força de maior razão, que deve o mesmo intervir na venda dos bens dotaes para pagamento de dividas, alimentos da familia, e compra de bens mais uteis, existindo assim entre nós a mesma providencia do *Cod. Civ.* de França art. 1558., que ordena nestes casos a permissão da Justiça, e a venda em hasta pública. Finalmente é da natureza das cousas, que o excedente ao despendido no preço dos bens vendidos seja applicado em utilidade do dote, do modo que approvar o Magistrado, pois lhe incumbe fiscalizar a bem d'elle.

Direitos e obrigações do marido em quanto aos bens paraphernaes.

§. 15. Segundo o Direito Romano a mulher é senhora absoluta de seus bens paraphernaes: a L. 6. C. *de revocand. donat.* faculta á mulher o doal-os sem consentimento e sciencia do marido; as LL. 8. e 11. C. *de pact. convent.* dão-lhe direito para que figure por si só em quaesquer acções judiciaes com objecto nestes bens; disposições, que o Sr. Paschoal, annotando este §., diz (em quanto á faculdade de dispôr) se devem entre nós observar, quando a mulher não concedeo ao marido o usofructo, ou outro igual direito n'elles.

Parece-nos com tudo obstar a tal doutrina a expressa disposição da Ord. liv. 3. tit. 47. §. *inic.* no verso *sobre bens de raiz seus proprios*, assim como a Ord. liv. 4. tit. 48., pois que prohibindo esta sob nullidade, que o marido aliene bens de raiz sem outorga da mulher, e que litigue sobre elles sem sua procuração, dispõe o mesmo a respeito da mulher, prohibindo-lhe litigar e alienar em quanto aos bens paraphernaes sem auctorização do marido, pois que estas Ordenações dispõe na generalidade sem distincção de especie nos bens immoveis. Concorda o *Dig. Portug.* tom. 2. art. 175., e o *Cod. Civ.* de França art. 1536.

Por conseguinte é um direito do marido o consentir, que a mulher aliene ou litigue, com objecto nos seus bens paraphernaes, ainda quando lhe não tenha consentido o usofructo, ou outro igual direito n'elles; mas este consentimento do marido é supprivel pelo Juiz, quando negado injustamente por aquelle.

De uxoris consensu alienare et obligare, etc. Os bens paraphernaes são de sua natureza alienaveis; póde por tanto o marido aliená-los, se a mulher consentir, o que faz acabar n'ella todo o direito para reclamar em qualquer tempo, pois que o fundamento da nullidade na alienação, segundo a Ord. liv. 4. tit. 48., unicamente consiste em ella não consentir, fundamento, que neste caso se não dá.

Tambem com o consentimento da mulher póde o marido obrigar a servidão o predio paraphernal, e

com os mesmos effeitos, pois que o estabelecimento da servidão importa immediata e directa alienação de liberdade do predio. Tambem póde hypothecal-o em fiança d'um terceiro; mas ainda mesmo que a mulher conjuntamente consinta, *seorsum vel una cum marito*, póde ella contra esta hypotheca em todo o tempo pervalecer-se do beneficio do Velleiano, como se fôra solteira, ou viuva, jurisprudencia, que resulta da Ord. liv. 4. tit. 60., combinada com o tit. 61. do mesmo liv. O que padece excepção, ainda mesmo nos bens dotaes, e que a mulher não consinta, tomando o marido para si alguma renda, quer particular, quer nacional, ou pública, como adiante veremos.

Não póde o marido arrogar-se direito algum nestes bens, contra a vontade expressa da mulher: *Nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere*, L. 8. *C. de pact. convent.*; o que faz que o marido, neste caso, deva restituir não só os fructos existentes, mas tambem os consumidos, *Cod. Civ.* de França art. 1579.

Se a mulher se não oppõe expressamente, presume-se, que tacitamente approva a administração do marido; approvação tacita, que é um titulo para este se appropriar uma parte dos fructos e rendimentos, pois que neste caso, de não haver repugnancia, nem approvação expressa da mulher, o marido não faz seus os capitaes das dividas, que recebe, mas applica os juros d'elles ás necessidades communs: *Et usuras quidem earum circa se et uxorem expendere: pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mulieri, vel in causas, ad quas ipsa voluerit, distribuere*: L. 11. C. *de pact. convent.* Ora os juros do dinheiro estão em paridade absoluta de razão, pois que são fructos civeis, com os fructos agrarios, ou naturaes; devemos pois ampliar a lei a estes, o que é tanto mais exacto, quanto é certo, que a L. 34. D. *de usur. et fructib.* equipara uns a outros. Por consequencia o marido, dissolvido o matrimonio, não restitue os fructos e rendimentos consumidos dos bens paraphernaes, que recebeo, auctorizado tacitamente pela mulher, *Cod. Civ.* de França art. 1578.

Se porém administra como procurador da mulher,

deve desempenhar exactamente o mandato, como se fôra um estranho: *Sin autem mandatum susceperit, licet maritus sit, id solum exequi debet, quod procuratio emissu praescripserit*, L. 21. C. *de procuratoribus*. é por tanto obrigado a dar contas, se na procuração ha esta clausula, cit. Cod. art. 1577.

Se na convenção antenupcial o marido hypothecou alguns bens para segurança dos paraphernaes da mulher, e indemnização dos damnos, que lhe causar, a mulher não tem outra hypotheca; mas se não ha bens expressamente hypothecados, tem ella uma tacita hypotheca em todos os do marido, sem que prefira aos mais crédores: *Sin autem minime hoc scriptum inveniatur; ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti*, L. ult. C. *de pact. convent.*

Deve finalmente o marido empregar na administração destes bens a mesma diligencia, que nas suas proprias cousas, L. ultimamente cit.: *et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur: ne ex ejus malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat jactura*. Cit. Cod. art. 1580.

Sobre os immoveis communs.

§. 16. Não obstante o pacto dotal, os bens adquiridos na constancia do matrimonio se communicão entre os conjuges, não havendo em contrario expressa declaração, o que se ajusta á natureza da sociedade conjugal, e é confórme com o costume do reino; doutrina, que adoptámos de Valasco contra outros, quando fallámos sobre o §. 10. do titulo antecedente; e que parece ser a do A., quando além do dote não ha arrhas convencionadas (pois que havendo-as, outra opinião emittio no §. referido), porque não podemos conceber os bens communs, de que falla o §. actual, no matrimonio com dote, senão em referencia aos que os conjuges acquirem na constancia do matrimonio.

Os bens immoveis e communs, de que falla este §. — *Bona communia immobilia*, e os moveis igualmente adquiridos na constancia do matrimonio, de que tracta o §. seguinte, seguem para ser alienados as mesmas

disposições de Direito, que se observão quando o matrimonio é simples, ou por carta d'ametade. Assim não póde o marido alienal-os (fallamos dos de raiz) sem consentimento expresso da mulher, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 48. *in princ.*, pois que sem este consentimento fica a alienação revogavel, por nullidade, no todo, sem que valha até mesmo na ametade do marido, cit. Ord. §. 1.

De uxore nullus dubitat. A mulher, que expressamente não dá consentimento para que o marido faça alienação destes bens, e por morte da mulher os seus herdeiros, tem direito a revogal-a em juizo; mas para este fim depende aquella de que o marido a auctorize, auctorização, que negada era supprida pelo Desemb. do Paço, ou pelo Juiz do lugar, que é hoje o competente, cit. Ord. §. 2. e 3. Acaba porém na mulher este direito, e por isso não o transmitte a seus herdeiros, quando ella é herdeira do marido; pois que nesta qualidade não póde ter um direito, que elle por si não tinha para impugnar seu proprio facto. Peg. 3.° *for.* cap. 37. n. 19.

O marido e na sua falta seus herdeiros, não tem direito a pedir esta revogação, excepto com auctorização da mulher, ou seus herdeiros, pois que sómente á mulher, e a estes em sua falta, cabia approvar uma tal alienação, e por isso tambem exclusivamente lhes cabe o usar d'um beneficio, que esta lei estabelece em seu favor, Ord. *eod.* §. 3. No que se dá, como o A. nos adverte na nota, uma notavel differença entre o nosso e o Direito Romano, que nem com auctorização da mulher, ou dos herdeiros, admittia o marido a tomar parte nesta revogação, segundo a regra ou principio geral — *Quem de evictione tenet actio, hunc agentem repellit exceptio*, principio, que devemos entender.

Evicção é em geral o abandono forçado, que o possuidor d'uma cousa é obrigado a fazer, ou de toda, ou parte d'ella, por effeito de sentença condemnatoria: *Evincere est aliquid vincendo auferre.* O vendedor é obrigado a prestar ao comprador a evicção, isto é, o preço, que recebeo, e as despesas feitas por este no litigio, que sustentou em defesa do objecto comprado, e que a final

foi constrangido por sentença a abandonar ao vencedor. Por isso o principio geral, ou regra, repelle, pela excepção *rei vinditae et traditae*, de figurar na reivindicação como auctor o marido, *hunc agentem repellit exceptio*, pois que em razão ou por virtude da venda, que é facto seu, deve sustentar o mesmo facto, que ficando sem effeito o obriga a prestar a evicção, *quem de evictione tenet actio.*

O nosso Direito porém em favor da mulher, ou seus herdeiros, permitte, que com o seu consentimento possa o marido revogar a alienação por elle feita, e pune com o perdimento do preço o procedimento do comprador, que soube, ou teve razão para saber, que o vendedor é casado; mas fica este obrigado ao reembolso d'aquelle, quando o mesmo ignora sua qualidade marital, Ord. cit. §§. 3. 5. 6., devendo a mulher em todo o caso restituir ao comprador o preço, de que ella tirou proveito (*in rem verso*), para o que basta que elle se convertesse em utilidade commum, ou do casal, Ord. *eod.* §. 4.

Sobre os moveis.

§. 17. Na alienação dos bens moveis adquiridos tem da mesma sorte cabimento a legislação, que regula quando o matrimonio é contrahido pelo costume do reino; póde por tanto o marido alienal-os sem consentimento da mulher, *recte sine uxore alienat*, o que se deduz da Ord. liv. 4. tit. 48., que prohibindo ao marido alienar bens immoveis sem outorga da mulher, *a contrario sensu* lhe permitte alienar os moveis sem aquella, o que se vê expressamente concedido na Ord. do mesmo liv. tit. 64., onde as doações de moveis, feitas pelo marido, valem, sem que a mulher as approve, e por força de maior razão as alienações onerosas.

Potest tamen uxor donationem pro parte sua revocare, etc. Segundo a Ord. liv. 4. tit. 64. póde o marido, sem dependencia da mulher, doar moveis em remuneração e por esmola, o que se entende um encargo do casal, que o mesmo satisfaz como chefe de familia. Mas se taes doações são immodicas, imputão-se na meação do marido, ficando salva a da mulher; e se a doação, por immensa,

excede as forças do patrimonio do doador, dá-se direito na mulher, e por isso nos seus herdeiros, a *desfazel-a*; isto é, a revogal-a na parte, que é excedente da meação do marido. De sorte, que esta doação não é nulla, como o sería, se consistisse em bens immoveis; mas é revogavel pela mulher *pro parte sua*, ou para haver do donatario o valor, que por proprio da auctora lhe não podia ser dado pelo marido, segundo a regra de justiça: *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sunt.* L 68. D. *pro soc.*

Soluto matrimonio. O direito, que a mulher tem, para que a doação de bens moveis se impute na meação do marido, ou para revogar a parte, que a faz immensa não póde realizar-se, senão quando o matrimonio se dissolve, como se deprehende da mesma Ord. no verso *in fin.*, — *porque então ficará seu direito resguardado á mulher, se o tiver.* Sendo a razão, porque tão sómente pela morte do marido, afóra o caso da separação perpetua dos casados, se conhecem as forças de cada uma das meações do casal, conhecimento necessario para se medir a quantidade e importancia das liberalidades, e se determinar o objecto do direito da mulher á face da descripção e avaliação dos bens, a que por essa occasião se procede.

Cumpre porém advertir, que se dá uma especie em que a mulher desde logo tem direito para annullar até mesmo a doação de moveis, feita pelo marido, e haver-os todos unicamente para si: é o caso da doação feita á concubina, o que procede por especial disposição legislativa em odio justo da torpeza. Ord. liv. 4. tit. 6[illegible].

De illus consensu alienare potest mobilia quaecumque, etiam dotalia, etc. Se o marido póde alienar bens moveis sem o consentimento da mulher por maior força de razão os póde alienar com este consentimento; e se com elle o faz por doação, não se dá direito na mulher a imputar-lh'a na meação, nem a revogal-a *pro sua parte;* por isso que ambos doárão cada um por ametade; e até a mulher dôa o todo, se o objecto movel doado tem a qualidade dotal, pois que é d'ella a propriedade, e o marido só cede o uso. Doação esta, que é válida, porque as prohibições da alienação dos

bens dotaes especializão os immoveis, por isso que sua permanencia e producção lhes attrahem um apreço mais subido, o que falhando nos moveis, que as leis prohitivas não mencionão, faz que sua alienação proceda, convindo ambos os conjuges.

Haec est praerogativa mariti. Na nota, que o A. abre com as palavras transcriptas, e nas ultimas linhas do seu §., com o rigor da Ord. liv. 4. tit. 64., nega elle á mulher todo o direito de alienar qualquer movel; e na verdade ella não tem tal direito sem outorga do marido, que é o chefe da familia, e o senhor do casal, *familiae caput et princeps*, como se explica o A. Ao marido é que a citada Ord., e outras, attribuem o direito d'alienar, e só extraordinariamente a mulher sem o consentimento do homem, mas auctorizada pelo Juiz. Nem a qualidade do matrimonio dotal lhe confere diversidade de direito.

Inhabilidade da mulher para dispôr e contractar por si só, que não sómente se infere (repetimos) da Ord. liv. 4. tit. 64., mas muito notavelmente do tit. 66., onde se dá direito expresso á mulher para annullar qualquer titulo, com que o marido traspassou propriedade á concubina, e para *a haver* in solidum *sem seu marido ter parte, podendo fazer d'ella tudo o que lhe aprouver, assi e tão perfeitamente, como se não fosse casada.* No que se dá excepção unica, que confirma a regra geral em contrario, e estabelece em todos os respeitos a sujeição da mulher a seu marido, além de ser este tambem o costume geral do reino, como attestão os Praxistas, e já temos observado.

Esta mesma inhabilidade da mulher para dispôr e contractar, e sua inteira dependencia do marido se observa na Hespanha, segundo a L. 55. *de Touro*, L. 2. tit. 3. liv. 1. da *Recopil.*, em harmonia com os costumes antigos, L. fin. tit. 11. liv. 13., e L. 3. tit. 20. liv. 3. do *Foro*.

Visto que no matrimonio pacticio, contrahido por dote e arrhas, os bens adquiridos se communicão, e a alienação destes bens, tanto de raiz, como moveis, segue as mesmas providencias, que tem lugar quando o casamento é simples; cabe aqui advertir, que pelas

mesmas razões, quando finda o matrimonio, são partidos estes bens entre o conjuge viuvo e os herdeiros do defuncto, como se elle fôra contrahido pelo costume do reino, ou por carta de ametade, Valasc. *Cons.* 103. n. 23.

Por que contractos do marido fica a mulher obrigada.

§. 18. *Uxor obligatur ex contractu mariti sine illius consensu gesto, et de lucro, damnoque participat*, etc. Em harmonia com as qualidades de chefe e esteio da familia, que existem no marido, e da sujeição da mulher á sua superioridade, dá-se n'elle a faculdade de contractar, sem que dependa daquella, que não obstante não ser ouvida, nem dar seu consentimento, fica, em regra, obrigada conjunctamente com o mesmo, no que se não offende a equidade.

Por quanto, communicados os bens, que os conjuges adquirem, dando-se communhão nos rendimentos e interesses, seria iniquo, que contractando o marido para o fim, e com esperanças de lucro, tivesse neste a mulher igual parte, sem que corresse igual risco de soffrer os prejuizos eventuaes; pela regra, que a igualdade de participação nos commodos pede a mesma nos incommodos. Desta sorte os contractos susceptiveis de produzirem interesse, contrahidos pelo marido, ainda que ignorados pela mulher, a obrigão, ficando ella sujeita por ametade aos prejuizos, e tambem com o direito a participar por igualdade nos proveitos.

Mas como seria do mesmo modo iniquo, que a vontade desregrada, e a imprudencia do marido obrigassem a mulher ao damno certo; os contractos, em que ella não tem parte, por elle feitos, e unicamente susceptiveis de causar perda e não proveito, não a podém obrigar, como vimos acontece nas doações de bens moveis, quando immodicas e immenssas.

Et hinc est, etc. Com os principios expostos, se defende a justiça da nossa Ord. liv. 4. tit. 60., que não obriga a mulher pela fiança, a que o marido se obrigou, por isso que deste contrato nenhum interesse, e tão sómente mal, ou perda, póde provir. O que já não acontece nos contractos, em que o marido toma para si

rendas particulares, ou do Estado, e em outros, que são capazes de darem lucro, os quaes obrigão igualmente a mulher, ainda que nelles não figure, prestando consentimento.

É confórme á ordem averiguar neste momento, depois do que fica dito ácerca da obrigação dos bens communs pelos contractos do marido, as outras disposições, ou sentenças da ultimamente citada Ord. do liv. 4. tit. 60.

Na sua 1.ª parte esta lei não obriga, antes exime da fiança, contrahida pelo marido, os bens dotaes da mulher. Na 2.ª verso — *E isto queremos* faz uma declaração á sentença referida, a qual é que na fiança do marido, para segurança das rendas públicas, os bens moveis da mulher, comprehendidos os dotaes, ficão sujeitos, mas não assim os de raiz, ainda mesmo não dotaes. Na 3.ª verso — *E isso mesmo* legisla, não para o caso de fiança, ou em segurança de obrigação de terceiro, mas para o de locação de rendas particulares ou públicas, tomadas para si mesmo, ou como principalmente obrigado; circumstancias, em que, ainda sem intervir o consentimento da mulher, todos os bens d'ambos os conjuges se achão obrigados pelo contracto, Feb. p. 2. *Arest.* 48., Moraes *de Execut.* liv. 6. cap. 8. n. 60., Pereir. e Sous. tom. 3. not. 771., excepto se no contracto dotal ha pacto expresso de não haver communhão nos bens, que os conjuges adquirem durante o matrimonio, Ord. *eod.* verso — *salvo*; sem o qual pacto expresso taes bens se entendem communicados, como já vimos com Valasc. *Cons.* 103. Fóra deste caso especial, os bens dotaes, assim como os emphyteuticos, vindos por parte da mulher, estão obrigados ás rendas, pois que se dá o fundamento da Ord., ou o participarem ambos os conjuges nos interesses, Barb. *ad leg. Si constante* 24. D. *solut. matrim.* Deve por tanto substituir-se a palavra hypotheca á *fiança*, que se lê na cit. Ord.; ultima parte.

Dos mais importantes privilegios dos bens dotaes.

§. 19. Já vimos ser um dos privilegios do dote a

inalienabilidade dos bens immoveis, que são o seu objecto, quando não forão estimados, ou estimados *taxationis*, e não *venditionis causa*. Trata agora o nosso A. neste §. d'outras especialidades, ou privilegios dotaes, e são a hypotheca tacita conferida á mulher em todos os bens do marido, e a preferencia da mesma aos crédores, ainda que mais antigos, não obstante terem hypotheca tacita, ou expressa, *anterioribus licet*, *tacitam*, *expressamve hypothecam habentibus*, etc.

Em outro lugar e parte havemos de examinar (acompanhando o A.), a importante materia de hypothecas e preferencias, o que nos não pódo dispensar de tocar aqui, ainda que ligeiramente, idèas, sem as quaes ficaria por entender a doutrina, que de presente se nos offerece.

Hypotheca é o direito do crédor em cousa immovel, que pertence, ou pertenceo, ao devedor sem que áquelle fosse entregue, cujo effeito consiste em o crédor a seguir em quaesquer mãos, a que ella passe, a fim de ser o possuidor obrigado a vendel-a, e de pagar-se a divida pelo seu preço.

Dá a lei em alguns casos uma hypotheca *tacita* ao crédor sobre os bens do devedor, e se diz *tacita*, porque tem o fundamento na lei, sem o soccorro ou dependencia de convenção. A hypotheca, que os pactuantes contractão, diz-se convencional ou expressa, e se divide em especial e geral, segundo o devedor obriga uma ou outra propriedade sómente, ou todos os bens, que tem.

As hypothecas legaes, ou são privilegiadas, ou simplices; estas, no concurso dos crédores para a distribuição dos bens do devedor, ou do seu preço, preferem segundo a ordem de suas datas respectivas; o que já não acontece naquellas, pois que só da natureza do privilegio, que as acompanha, e não da ordem do tempo, é que depende entre ellas a preferencia. O que faz que o crédor hypothecario privilegiado prefira aos hypothecarios simples, assim como aos privilegiados com menor gráo de favor, bem que sejão mais antigos.

Ha, além destes, outra especie de crédores, os quaes se dizem *chirografarios*, e são os que tem um

titulo da sua divida, a que a lei não dá favor, nem as partes direito algum real sobre os immoveis do devedor. Chamão-se *chirografarios* de duas palavras Gregas, uma que significa *mão*, e a outra *escrever;* pois que forão taes primeiramente os crédores, que tinhão titulo de divida feito, ou escripto pela mão do devedor. Estes crédores, ainda que possão fazer vender, para satisfacção de seus créditos, os bens immoveis do devedor, que este tem em seu poder, não tem acção contra terceiro possuidor, que os tenha adquirido; e são por isso graduados depois dos simplices hypothecarios, ainda que mais antigos aquelles sejão, pois que não tem hypotheca.

O que advertido, vejamos se pelo nosso Direito tem a mulher hypotheca tacita, ou legal, em todos os bens do marido em segurança, da conservação e restituição do dote, e quaes são os mais crédores, a que para isso prefere. Cumpre examinar primeiramente a segunda parte da nota, marcada por estes termos — *Tacitae hypothecae privilegium invenire licet*, etc.

Aqui aponta o A. a L. 12. C. *qui potior. in pignor.*, em que Justiniano dá á mulher, e aos filhos, para segurança do dote, uma hypotheca tacita e privilegiada, com preferencia a outro qualquer crédor. *Cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet sint temporis privilegio vallati.* A mesma hypotheca tacita se refere na L. unic. §. 1. C. *de rei uxor. act.*, sendo expressa a L. unic. C. *de privileg. dot.*, negando aos herdeiros, não descendentes da mulher, o privilegio do dote: *Privilegium dotis, quo mulieres utuntur . . . . ad heredem non transire*, assim como a Nov. 91. *Praef.* — *Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium* (o do dote), *aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis.*

O favor do dote entre os Romanos tinha causa pessoal, pois tendia, ou tinha por objecto, a subsistencia especial da mulher, e de seus filhos, em consideração do matrimonio util á propagação da especie humana, como se vê na L. 1. D. *solut. matrim.*, citada pelo A. no principio da nota: *Cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.* Assim não podemos duvidar

de que o Direito Romano estabeleceo a favor da mulher, dos filhos e descendentes, com exclusão de todos os mais herdeiros, hypotheca tacita no patrimonio do marido, e com preferencia a todo e qualquer outro crédor. O que faz com que o A. ainda tambem na nota, — *Haec autem quamvis ita se habeant*, etc., — pronuncie a sua opinião de que, apezar do favor devido á mulher e aos filhos, não é justo que o privilegio do dote vença os crédores mais antigos, que já antes de contrahido o matrimonio tinhão um direito adquerido sobre os bens do marido devedor. E isto porque na opinião do A. as nossas leis dão ao dote a preferencia sobre todos os crédores, não obstante mais antigos, e com hypotheca tacita ou expressa, *anterioribus licet, tacitam, expressamve hypothecam habentibus.*

Vejamos porém as nossas leis, cujas sentenças o mesmo A. transcreve no seu §., para por ellas formarmos a nossa opinião. É a primeira o Alvará de 17 d'Agosto de 1761, o qual regulando os dotes das filhas de pessoas mais distinctas em nobreza, e os meios da sua subsistencia no tempo da viuvez, no seu §. 7., além d'outras providencias, lhes mantém a posse antiga *com os privilegios de preferencia, e com todos os mais, que por Direito se achão estabelecidos a favor dos bens dotaes*; o que mostra recebida entre nós a legislação dos Romanos, que expozemos, consistindo em a mulher, e na falta d'ella os filhos, serem privilegiados com preferencia a todos os mais crédores, privilegio, que se não dá n'outros herdeiros, que, como simplices, hypothecarios são graduados segundo a data do seu direito. E por consequencia dá-se até aqui occasião e motivo para o Sr. Paschoal dizer, como já vimos na nota, que a legislação é injusta, pois que por ella a mulher adquire posteriormente um direito, que offende o que os crédores mais antigos e anteriores ao matrimonio tinhão adquirido sobre os bens do marido; pois que são excluidos pela preferencia, tanto da mulher, como dos filhos.

Mas o Alvará, que fica examinado, e que adoptou todos os privilegios das leis Romanas, concedidos á mulher, foi visivelmente alterado pela Lei de 20 de

Julho de 1774, hoje vigente, pois que regulando ella as preferencias dos crédores, diz no §. 4o.: *Excepto em setimo lugar o dote, quando consistir em fazendas, e se dér estimado ao marido; para preferir a respeito d'elle a mulher a outros quaesquer crédores anteriores ou posteriores do mesmo marido, posto que sejão geral, ou especialmente hypothecarios.*

Quem não vê por esta lei o privilegio da mulher com fundamento no dote, como tal, para preferir aos crédores mais antigos com hypotheca geral ou especial, nas propriedades do marido, restricto ao dote estimado? Isto é, a bens vendidos áquelle que fica devedor do preço dos mesmos, os quaes, augmentando suas fortunas, lanção nestas o encargo do pagamento com preferencia a outros crédores, que nos seus créditos não tiverão em vista objectos tão importantes, como é o matrimonio, meio de reproducção da nossa especie, e da perpetuidade do Estado.

Fóra d'este caso, o privilegio do dote, como tal, em nossa opinião, não prefere aos crédores hypotecarios mais antigos ou anteriores em virtude do §. 4o. da Lei citada: nem entendemos as *fazendas*, de que ella falla como objecto do dote privilegiado por estimado, consistindo em bens de raiz unicamente; pois que tambem os moveis são fazendas, e quando são estimados com importancia de venda, dá-se a qualidade e certeza do preço justo, que evita, do mesmo modo que nos immoveis estimados desta sorte, as fraudes dos conjuges combinados em damno dos mais crédores, o que nos parece foi o fim principal, e talvez unico, do referido §. da lei citada.

Nesta especie do dote estimado *venditionis causa*, consistente em fazendas, isto é, segundo nossa opinião, em bens immoveis ou moveis, se o objecto do dote existe, a mulher, ou seus herdeiros, na mesma razão do vendedor, que ainda não houve o preço, tem direito á entrega de taes bens; mas o marido, ou seus herdeiros, têm direito a obstar-lhe, embolsando-a; e o mesmo póde fazer um crédor hypothecario, ainda que posterior, pois que o direito da mulher a estes bens lhe provém unicamente da falta do pagamento do valor, em que forão estimados.

Se a mulher não quer os bens estimados, ou elles já não existem, prefere ella a todos os crédores, ainda que mais antigos; e com justiça, pois que os bens, ou o seu valor, se o marido já os tem alienado, se convertem n'um augmento do patrimonio do mesmo; e seria iniquidade, que tendo-o este por causa e em favor do matrimonio, outros crédores, ainda que mais antigos, lhe preferissem neste augmento. Assim pensamos, não obstante o sabermos que o *Cod. Civ.* de França art. 1572. nega á mulher, e seus herdeiros, o privilegio, ou preferencia aos crédores mais antigos em hypotheca.

A especie de propriedade, que o marido tem no dote, quando não é estimado, ou quando é estimado para taxa de valor, e sem importancia de venda, ou elle consista em moveis, ou em immoveis, não é mais do que um dominio civil, ou um encargo, para satisfacção do do matrimonio, pelas leis imposto nos bens da mulher, na qual se conserva sempre a propriedade verdadeira e natural. Por tanto, se pela morte do marido estes bens se conservão no casal, em virtude do dominio, e não do dote como tal, toma a mulher entrega d'elles com preferencia a outros quaesquer crédores, bem que sejão anteriores e privelegiados, aos quaes póde oppôr os embargos de 3.°, e até mesmo se passárão a outras mãos, póde ella reivindical-os. Com tudo para o valor e deteriorações deste dote como tal, concorre ella pela data em seu lugar, pois que a Lei de 20 de Junho de 1774 lhe não tirou neste caso a qualidade d'hypothecaria, e tão sómente a privou da preferencia; e o mesmo acontece no dote constituido em dinheiro. Por consequencia não achamos procedentes as arguições aos privilegios do dote, segundo as nossas leis; pois não são elles, em nossa opinião, *prout a jure Romano constituta sunt*, como o A. na sua nota se explica, ainda que as achamos bem cabidas em quanto a este Direito, se prescindirmos do prestigio, em que os dotes forão tidos entre os Romanos.

Devemos porém advertir, que supposto o dote pecuniario, em especie, não goze como tal de preferencia, pelo cit. §. 4o. da Lei de 20 de Junho de 1774; se elle foi pactuado por pública escriptura, e havendo numeração de dinheiro,

dinheiro, de que o Tabellião porte fé, e depois se proferio sentença fundada n'ella, posto que de preceito, caso em que val como se fôra proferida em juizo contencioso, Lei de 15 de Maio de 1776. §. 3., o dote, não como tal, mas como divida, goza de preferencia, §. 43. e 44. da L. cit. de 20 de Junho de 1774. Assim como, que supposto o privilegio do dote entre os Romanos fosse puramente pessoal, e por isso privativo da mulher e descendentes, excluidos os mais herdeiros, como já observámos, é entre nós concedido ao objecto, um privilegio de causa e por isso um privilegio real, que o faz transcendente a qualquer crédor do dote, Pereir. e Sous. tom. 3. not. 922. *in fin.*

Paraphernalia bona, vel propter nuptias donata, privilegio tantum hypothecae, etc. Exposta a doutrina deste §. e nota, em relação aos privilegios do dote, consistindo na hypotheca tacita com objecto nos bens proprios do marido, e na preferencia aos mais crédores do mesmo; conclue o A. tambem a nota, fazendo-nos advertencias. É a primeira, que, supposto caiba á mulher hypotheca tacita, ou legal sobre os bens do marido, em segurança dos bens dados *propter nuptias*, e paraphernaes, que a mesma traz para a casa conjugal, não goza ella da preferencia a outros alguns crédores, tanto por causa d'uns, como dos outros d'aquelles bens, o que se prova com a L. 29. C. *de jur. dot.*; por quanto, no caso, em que os bens do marido são accionados por dividas, dá á mulher excepção, com fundamento nas doações antenupciaes, e nos bens paraphernaes, para repellir o crédor menos antigo: *Exceptionis praesidium ad expellendum ab hypothecae secundum creditorem praestamus.* Logo é ella a respeito de taes bens crédora hypothecaria, e não privilegiada; que se o fosse, não poderia sómente repellir o crédor menos antigo, *secundum*, mas tambem o anterior ou mais antigo.

Nullo vero privilegio, ne hypothecae quidem, uxor gaudet in bonis mariti ratione alimentorum, etc. Advertе aqui finalmente, que a mulher não só não tem preferencia, mas nem ainda mesmo hypotheca sobre as propriedades do marido para segurança dos alimentos, a que este é obrigado, nem para a dos bens adquiridos

na constância do matrimonio, pois que as leis não lh'as concedem ácerca de taes objectos, e os privilegios restringem-se aos casos, para que são expressamente concedidos, ficando os outros sujeitos ás disposições das leis geraes, Barb. *solut. matrimon.* liv. 1. p. 3. nn. 27., 28. e 31.

Insinuação do dote.

§. 20. Para fallarmos do requisito da insinuação para a validade do estabelecimento do dote, *dotis datio*, é mister tocar idéas, que hão de ter maior desenvolvimento, quando tractarmos das doações entre vivos.

Nos primeiros tempos de Roma a doação, *liberalitas nullo jure cogente in accipientem collata*, era acontecimento rarissimo, e por isso admiravel, como se exprime Polybio, referindo as dadivas recebidas de Publio Scipião por Emilia, sua mãi. Ao diante as doações se tornárão frequentes, e até mesmo sumptuosas a tal ponto, que para reprimir a ambição dos poderosos em vexame dos clientes, Publicio, cómo Tribuno do povo, as regulou, quando feitas por occasião das festividades Saturnaes, e a L. Cincia prescreveo mais adiante medida para todas as doações.

Destes mesmos motivos nasceo serem prescriptas differentes solemnidades, como a *mancipação*, a *tradição*, e muito principalmente a *insinuação*, as quaes, além do consentimento das pessoas, se requerêrão para fórma das doações; solemnidades, que Justiniano reduzio á ultima mencionada, a insinuação, *insinuatio in actis publicis*, isto é, a cópia nos instrumentos conservados pelo Juiz ou Magistrado competente, L. 1. *Cod. Justinian. do donat.*, 8. e 12. *Cod. Theod. eod.*; e d'aqui é que a insinuação deriva o nome, pois que *insinuare* significa o mesmo que *introducere*, e pela cópia do contracto ficava elle introduzido nos instrumentos públicos, fazendo parte dos mesmos.

A necessidade da insinuação, estabelecida por Constantino nas leis citadas do *Cod. Theodosiano*, foi conservada por Justiniano nas leis 25. e 27. C. *hoc tit.*, *Ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur: quod vel maxime inter necessarias conjunctasque*

personas convenit custodiri. Siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest: vel id quod vere gestum est aboleri.

Demais pela L. 1. *Cod. Theod. hoc tit.* devia intervir na insinuação o inquerito e depoimento de testemunhas e visinhos, para que se fizesse certo, que a doação não tinha sido extorquida por força e seducção: *Ad excludendam vim atque irruptionem advocata vicinitate;* circumstancia, que Justiniano omittio nas leis citt., e que se havia abrogado expressamente na L. 31. *Cod. Theod. hoc tit.*: *In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium judicamus vicinos vel alios testes adhibere.*

Cumpre ainda ponderar, que o mesmo Imperador Justiniano, dispensando algumas doações especiaes de serem insinuadas, dispensou indistinctamente desta formalidade todas aquellas, cujo objecto não excedesse 50 soldos em valor, L. 36. C. *eod.* Cumpre não menos ponderar, que a insinuação era prescripta como uma formalidade indispensavel para perfeição do contracto, sem a qual o doador se não achava obrigado; o que se prova pela L. 34. C. *hoc tit.*, segundo a qual a doação não insinuada, que excede a somma legal, é válida até á concorrencia desta quantia, sendo nulla para todo o excedente: *Hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare;* expressões, que fazem entender claramente, que o defeito ou falta da insinuação vicia a doação na substancia, tirando-lhe o seu effeito.

Dá argumento tambem a L. 36. C. do mesmo tit., pois que, em consequencia da dispensa na formalidade da insinuação, quando é feita a doação para resgate dos captivos, declara, que o doador fica sem direito a repetir as sommas, que para este objecto tem dado, ainda que sua liberalidade não tenha sido insinuada: *Si vis pro redemptione captivorum pecunias dederit . . . cujuscumque quantitatis: cognoscat se neque repetitionem habere . . . . ut pote gestis (sicut in donationibus) non subsecutis super insinuatione ejusdem quantitatis.* Donde naturalmente se infere, como observa Cujacio, fallando á

L. ult. C. *de jur. dot.*, que se tal doação fosse sujeita á solemnidade da insinuação, em falta desta, poderia o doador repetir os objectos doados: *Nam, ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas.*

Tendo formado idéa do que é insinuação, bem como da sua necessidade e fim, consistindo este em se evitar, que doações importantes sejão obtidas por violencia, dólo e seducção; cabe aqui observar, que o *Cod. Civ.* de França não a supprio pela cópia da doação no registo das hypothecas, art. 939.; pois que assim tão sómente anivelou a doação aos mais contractos translativos do dominio, para lhe dar publicidade, a fim de que aquelles, que ao diante contractarem com o doador, ou forem chamados a succeder-lhe, não procedão induzidos pela ignorancia das liberalidades por elle feitas, accreditando-o mais rico e opulento; o que de nenhum modo póde ter influencia em que se não dêem na doação aquelles vicios, que a insinuação procura conhecer e evitar.

Entre nós a insinuação não consiste na cópia, mas sim na confirmação da doação *inter vivos*, feita pela Auctoridade competente, o Desembargo do Paço n'outro tempo, *Regiment. dos Des.* §. 110., hoje o Administrador do Concelho, com recurso para o Conselho de Districto, Cod. Administrat. art. 255. n. 1., precedendo perguntas ao doador, e inquirição de visinhos, para que a doação se mostre livre de violencia, de conluio e má fé, Ord. liv. 4. tit. 62. §. 1.; no que o nosso Direito se conformou com o antigo, e não com o Direito novo dos Romanos.

A quantia, ou valor, que faz necessario entre nós, que a doação se insinue, é a de 360$000 reis nos varões, e 180$000, quando feita por mulheres, sem differença entre bens moveis e de raiz, e sendo nulla no excesso, quando não insinuada, mas válida na concorrencia dos valores mencionados, cit. Ord. §. inic., Alvará de 16 de Setembro de 1814. O que posto, e reservadas para o lugar já indicado as restantes providencias a respeito da insinuação, passamos a examinar a doutrina do A. neste §.

Dotis tamen datio, quemadmodum reliquae dona-

iones, insinuari debet, nec valet ultra summam praescriptam, etc. Estabelecido na Ord. liv. 4. tit. 62., que todas as doações, excedentes da importancia legal., carecem, para a sua validade, de serem insinuadas ou confirmadas; e declarado, que desta disposição unicamente se exceptuão as doações Regias, e as remuneratorias de serviços equipollentes aos bens doados, Lei de 25 de Janeiro de 1775; entrou em dúvida, se na generalidade de tal preceito se comprehendia o dote necessario ou profecticio, ou o que é feito pelo pai, mãi ou ascendente ao filho, neto e descendente, como avanço de legitima, pois que neste caso se não dá liberalidade, ou doação verdadeira, mas sim uma anticipação em pagamento de divida. Resolveo esta dúvida o Assento de 21 de Julho de 1797, declarando isento d'insinuação o dote, quando profecticio, não excedente da legitima, ainda que se componha de prazo, se o doador reservou o usofructo, e não assim, quando o dote é excessivo, e se preenche pela terça dos bens d'aquelle, ou elle não reservou o usofructo do prazo, por isso que neste usofructo, quando cedido em vida, e no excedente da legitima, se dá verdadeira doação, que deve ser insinuada, bem como tambem esta se dá no dote adventicio, ou no que é feito sem obrigação de dotar. O que faz que no dote prefecticio tenha lugar a evicção pela parte, em que é revindicado, o que se não verifica no adventicio, salvo dando-se dólo no doador, L. 1. C. *de jur. dot.*

Mas como só se póde verificar que o dote excede a legitima depois da morte do doador, e o espaço de quatro mezes, que a citada Lei de 25 de Janeiro de 1775 concede para a insinuação, corre desde o tempo do estabelecimento do dote, prazo possivel de ser mais curto, que o tempo, que o doador continúa a ter de vida; o qual, quando o dote se verifica excedente, por isso que já defuncto, não póde satisfazer ás perguntas, que precedem á insinuação, segundo a Ord. liv. 4. tit. 62. § 1.: torna-se admissivel, por necessidade, a doutrina, de que o dote prescinde da insinuação para valer, quando se ignora se por ventura elle importará doação.

Casos, em que na constancia do matrimonio o marido entrega o dote.

§. 21. Como o marido recebe o dote para por seus fructos e rendimentos satisfazer as necessidades conjugaes e encargos do matrimonio, fim, para que as leis o entregão á sua administração, é evidente, que, em regra, não assiste á mulher algum direito para o haver do marido na constancia do matrimonio. Mas como tambem, por outro lado, as mesmas leis garantem áquella a sua propriedade no dote, dão-lhe direito a exigir a entrega, se o marido vai caíndo em pobreza, subtrahindo por este modo os objectos obrigados por hypotheca. *Si constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet . . . . exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere*, L. 24. D. *solut. matrim.*, Feb. *Decis.* 151., Stryck. liv. 24. tit. 3. §. 8., *Cod. Civ.* de França art. 1563.

Mas não procede tal direito na mulher, se apenas se duvída da solubilidade do marido, pois é mister, como a L. cit. declara, *ex quo evidentissime apparuerit*, que não possa duvidar-se de que elle corre para a decadencia a passos largos; o que se prova pelo numero dos credores, pela contracção de fianças, por fama pública, despesas immoderadas, e outros meios, que convenção o Juiz de que se não tem em vista a simulação de pobreza em prejuizo de terceiro. Feb. cit. *Decis.* n. 26., Stryck. §. cit. Nestas circumstancias é que tem lugar o direito da mulher, ou o dote fosse estimado, ou não, ainda que a decadencia do marido se não dê por culpa sua, não obstante a contraria opinião em Feb. cit. n. 15. e 16., pois que se não tracta da punição d'um delicto do marido, mas sim, e tão sómente, de pôr o dote em segurança, como propriedade natural e verdadeira da mulher. É pois evidente, que se esta não acha bens no casal, póde demandar, por direito d'hypotheca, a terceiros, que se achão possuindo-os; isto porém unicamente no caso d'o marido já não ter bens desembargados, pois que a obrigação principal recáe nestes, e é subsidiaria nos que estão em dominio e poder d'outro. Ord. liv. 4. tit. 3., Nov. 4. cap. 2.

Obtida a restituição dos bens dotaes passa com elles a administração para a mulher, assim como os seus encargos; não póde por isso alienal-os, reduzindo-se o seu direito a conserval-os, e a applicar os fructos e rendimentos, tanto ás proprias, como ás necessidades dos filhos e marido: *Ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti filiorumque, siquos habet, abutatur*, L. 29. C. *de jur. dot.*, Stryck. cit. tit. 3. §. 9., *Cod. Civ.* de França art. 1538.

Além do caso referido pelo A., o do marido, que se reduz á pobreza, para a mulher pedir o dote na constancia do matrimonio, esta petição tem do mesmo modo cabimento, quando os conjuges por sentença perpetuamente se separão, porque não obstante a permanencia do vinculo, perdida a esperança da conciliação, acabão as necessidades e encargos communs do matrimonio, para que a mulher devia contribuir, cessando aqui a razão da cit. L. 29. C. *de jure dot.* para que ella preste soccorros ás necessidades do marido — *vivente marito, et matrimonio inter eos constituto. Cod Civ.* de França art. 311. O que procede para a mulher, em tal caso, poder haver ao mesmo tempo os bens paraphernaes, e a meação, que lhe compete nos que se tem adquirido, pois que se dá nestas relações a mesma e igual força de razão, que em quanto ao dote.

A quem pertence o dote depois de dissolvido o matrimonio.

§. 22. *Ad uxorem autem omnino revertitur dos, soluto matrimonio.* Dissolvido o matrimonio pela morte do marido, devia distinguir-se, segundo as leis Romanas, a mulher emancipada da que se achava sujeita ao poder patrio; na primeira condição era o dote entregue a ella mesma, LL. 34. e 35. D. *solut. matrim.*, L. 43. §. 1. D. *de jure dot.*, L. 1. §§. 11. e 14. C. *de rei uxor. act.*, L. 34. D. *de legat.* 2.° Mas se a mulher existia debaixo do poder patrio, devia o dote ser restituido ao pai e filha juntamente, quer o pai o tivesse constituido em bens

seus, quer em bens proprios da filha, ou ainda mesmo que o dote proviesse d'um estranho; nem a entrega exclusiva a um dos dous desobrigava os herdeiros do marido para com aquelle dos mesmos, que a não tinha consentido. L. 1. §. 13. C. *de rei uxor. act.*, LL. 2., 3., 22., 34. e 37. D. *solut. matrim.*, LL. 2., 7. e 10. C. *eod. tit.*, Nov. 97. cap. 6. §. 1. O que emanava da natureza particularissima do dote, ainda quando profecticio; pois differindo do peculio em o pai o não poder revogar, conservava a sua dotal qualidade, ainda mesmo depois de dissolvido o matrimonio, gozando d'elle o pai em todo o tempo da viuvez, mas devendo reconstituil-o á filha, se casasse; o que dava ao dote dous senhores, aos quaes ambos juntamente devia ser restituido.

Mas como o dote entre nós é propriedade natural e exclusiva da mulher e esta pelo matrimonio acaba de estar sujeita ao poder patrio, a ella mesma, e tão sómente a ella, se sobrevive ao marido, é que o dote deve ser restituido: *Quare, mortuo marito, solvi uxori debet*, etc. Accumula-se n'ella então a livre administração com a propriedade natural, tendo expirado com o marido todo o direito em quanto áquella, sem que nada a tal respeito transmittisse a seus herdeiros. L. 2. *in princ.* D. *solut. matrim.*

Mortua uxore, dos profectitia patri non redditur, uti jure Romano, etc. Já em outro lugar mostramos com a L. *Jure succursum* 6. D. *de jure dot.*, e a outra *Dos a patre* 4. C. *solut. matrim.*, que morrendo a filha sem filhos, o pai pelo direito de reversão recuperava, entre os Romanos, o dote constituido por elle, ou profecticio, quer estivesse a filha emancipada, quer ainda sob o poder patrio; o que era do mesmo modo se o dote tinha provindo do avô, ou outro algum ascendente do lado, ou linha paterna.

Entre nós o dominio sobre o dote passa do pai perpetuamente para a filha, e desta para seus herdeiros, fazendo parte do inventario, sem que o pai tenha n'elle reversão, nem o marido mais direito, do que o simples usofructo durante a menoridade dos filhos e da sua sujeição ao poder patrio, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6., succedendo-lhe, na falta de descendentes da mulher, os mais

herdeiros por sua ordem; e podendo a dotada em todo o caso dispôr da terça do dote livremente, no qual o pai póde apenas succeder, como herdeiro, em virtude do testamento ou da lei, como em outro lugar observámos.

Similiter dos adventitia, mortuo marito, ad uxorem, et ea mortua, ad illius heredes pertinet, etc. Por direito antigo dos Romanos, quando a mulher a si mesma se dotava, ou tinha havido o dote d'outro, que não fosse o pai, ou ascendente do lado deste; isto é, quando o dote era adventicio, lucrava-o o marido sobrevivo, ainda que a mulher o tivesse constituido em bens, que o pai lhe dera, emancipando-a, se a reversão em proveito do doador, ou da familia da mulher, não tinha sido expressamente estipulada. *Fragmentos* d'Ulpiano tit. 6. §. 5. Justiniano porém mudou taes disposições inteiramente, ordenando no §. 6. da L. unica C. *de rei uxor. act.*, que o marido lucrasse o dote tão sómente, quando este beneficio lhe tivesse sido concedido por expressa convenção; resultando, que o dote constituido pela mulher, ou por estranho, devia ser restituido aos herdeiros d'aquella por sua morte. O que passou para nós, como ha pouco notámos, com a legislação commum ao dote, tanto necessario e profecticio, como adventicio e voluntario.

Nisi rem donatam aliquando sibi reddi pactus sit, etc. Ainda que o dote constituido pelo pai por anticipação da legitima, como profecticio e nascido de obrigação no seu todo, não seja liberalidade, e por isso o doador o não possa honerar, nem sujeitar a reversão, todavia quando dado pela terça, ou com excedente da legitima, tem a natureza de voluntario, e na parte em que o é, póde impôr-lhe reversão. O mesmo se verifica no que é dado por um estranho, ou no dote adventicio, por isso que em todo o caso e quantidade é voluntario, e sempre liberalidade; mas para que n'elle tenha lugar a reversão, é forçoso que ella se expresse no contracto, d'outra sorte domina e procede a idêa da perpetuidade da doação, o que se prova pela L. 24. C. *de jur. dot.*, porque decide, que quando a mulher perde o dote por sua culpa, não reverte elle ao doador, se isto não foi expresso na convenção, que o instituio ou creou.

Sabido a quem o dote pertence, ou a quem elle

deve ser entregue depois de dissolvido o matrimonio, cabe aqui advertir, que o tempo para a entrega do dote pelo marido, ou seus herdeiros, não é o mesmo nos casos todos. Porque se o dote consiste em bens immoveis, ou em moveis não estimados, os quaes existem em realidade, deve ser immediatamente restituido depois da dissolução do matrimonio; mas se o dote é formado em dinheiro, ou quando se deve dar o seu preço, por ter sido estimado, só se deve o pagamento depois de passado um anno desde a dissolução do matrimonio, L. un. §. 7. C. *de rei uxor. act.*; favor este, que a lei concede *miserationis intuitu*, como nota Mr. de Besieux liv. 5. cap. 2. §. 21., e assenta a commiseração na difficuldade de se conseguir o numerario logo depois da morte do defuncto, que terminou o matrimonio; o que tambem fez com que o *Cod. Civ.* de França adoptasse as mesmas providencias, art. 1564. e 1565.

Ha com tudo um caso unico, em que a mulher recebe o dote logo e antes do anno de lucto, ainda que consista em dinheiro, e acontece, quando o marido lh'o deixa em prelegado, o que em outro lugar advertimos: mas cumpre ainda accrescentar, que nos casos, em que o marido, ou seus herdeiros, gozão d'espera pelo pagamento do dote, dá-se direito a obrigal-os a caução para segurança d'aquelle, o que decide a L. 24. §. 2. D. *solut. matrim.*, ainda que o *Cod. Civ.* de França, adoptando as providencias dos Romanos para as épochas da restituição e pagamento do dote, não impõe a caução ou segurança ao marido, nem tambem a seus herdeiros.

Restituit autem maritus dotem, vel illius valorem, si aestimata sit, sed non restituit fructus perceptos, etc. Adverte o nosso A. na nota a este §., que a obrigação de restituir o valor, quando o dote foi estimado, ou os bens, quando não foi estimado, não se estende aos fructos percebidos na constancia do matrimonio; pois que o marido os lucrou para por elles lhe satisfazer os encargos: *Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit .... manifestissimi juris est*, L. 20. C. *de jur. dot.*; mas logo que o matrimonio se dissolve, os fructos correm, *ipso jure*, a favor da mulher, ou seus herdeiros, a quem o dote deve ser restituido; pois

que sendo taes fructos destinados aos encargos conjugaes desde o momento, em que o matrimonio se dissolve, cessa todo o fundamento para o marido continuar a percebel-os, sem que tenha, em quanto a elles, por isso mesmo direito transmissivel aos herdeiros. O que não se entende d'um modo absoluto e tão geral, que o marido, ou seus herdeiros, nada tenhão nos fructos, que estão pendentes, ou se nutrem pela raiz, ao tempo da dissolução, assim como nos outros mais, que depois d'ella se recolhem, como passamos a ver.

Fructus pendentes ultimi anni dividuntur, etc. Os fructos dotaes pendentes ao tempo da dissolução conjugal, e os mais, que se recolhem no anno ultimo, em que existe o matrimonio, dividem-se entre o marido e herdeiros da mulher em proporção do espaço, que neste anno de lucro o casamento teve de duração, ou existencia, o que muito se confórma á equidade. D'outra sorte, contrahido o matrimonio, por exemplo, no 1.° dia de Julho, e dissolvido no 1.° de Novembro, época, em que o marido houve inteira uma colheita, lucraria os fructos dotaes d'um anno todo por virtude do matrimonio, que existio unicamente quatro mezes, ficando os herdeiros da mulher sem fructos por oito mezes completos, durante os quaes o marido não supportou os encargos conjugaes, no que se dava dureza, que o Direito Romano evitou, o que o fez adoptar no *Cod. Civ.* de França art. 1571.

E como se conta este anno? Se o marido tomou entrega do dote antes da contracção do matrimonio, não corre o anno, senão desde o dia, em que o casamento se effectuou, e os fructos anteriormente percebidos são um augmento do dote, L. 6. *de jur. dot.* Se o recebe depois, não é o dia do matrimonio o que abre o anno, mas aquelle, em que o dote foi effectivamente recebido, sem que por isso haja attenção com a colheita, nem com a simples contracção do casamento, mas sim com o momento, em que o marido recebe o dote, com direito de dispôr dos rendimentos, L. 5. C. *eod.*

Mas, como se faz o rateio dos fructos e rendimentos, e que deducções pertencem n'elle ao marido? Figu-

remos o matrimonio contrahido em o 1.° [illegible]utubro; e que trazendo a mulher, por dote, alguns terrenos de vinha, o marido logo depois os vindimou, e que arrendando-os no 1.° do immediato Novembro, o matrimonio se dissolveo no ultimo dia de Janeiro pela morte da mulher.

O dote foi recebido no 1.° do mez d'Outubro, dia do matrimonio, que habilitou o marido a dispôr logo dos rendimentos; este dia é que abre o anno do lucto. O matrimonio teve de duração, para o producto da vindima, tão sómente quatro mezes, ou a 3.ª parte do anno; cabe pois neste producto ao marido a 3.ª parte do seu valor, e as duas partes restantes aos herdeiros da mulher.

O contracto d'arrendamento nos quatro mezes da duração do matrimonio teve tres mezes d'existencia, ou a quarta parte do anno; cabe por tanto ao marido a quarta parte da renda, sendo as tres, que restão, dos herdeiros da mulher. Vem pois assim a 4.ª parte da renda, junta com a 3.ª parte do producto da vindima, a formar a porção dos fructos e rendimentos, que pertence ao marido no ultimo anno do matrimonio, pela morte da mulher, cujos herdeiros tem direito a duas partes do producto da vindima, e a tres na renda, ou preço da locação.

Como porém o marido recebeo todo o producto da vindima, retem n'elle, em fórma de compensação, a 4.ª parte, que lhe pertence na renda, L. 7. §. 1. D. *solut. matrim;* do mesmo modo que se foi feita, antes da dissolução do matrimonio, a colheita da seara e a vindima depois, retem naquella a parte, que nesta lhe pertenceo. Estas regras procedem não só ácerca dos fructos e rendimentos dos bens immoveis, mas tambem nos fructos e interesses dos moveis, em que a mesma razão se dá: *Non solum de fundo, sed etiam de pecore, idem dicemus; ut lana ovium foectusque pecorum praestaretur;* pois que igualmente as dos gados e rebanhos são producções, que pertencem ao anno todo, cit. L. §. 9.

O marido deduz tambem, ou retem, a despesa por elle feita na cultura e colheita; e a despesa particular com uma especie, não se deduz sobre ella tão sómente,

mas sobre todas as mais especies. Por exemplo, se o anno foi esteril, e a seara não preencheo as despesas com a semente e cultura, o marido deduzirá na vindima o que lhe faltou na seara: *Quod in sementem irrogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur: quia totius anni unus fructus est;* L. 8. §. 1. D. *eod.*

Deduz ainda o marido as despesas feitas com a mulher, que não assentão em encargos do matrimonio, como são as que se fazem para lhe livrar da prisão seu pai, ou sua mãi, pois que nestes casos, intentada a acção do dote, *dotis actio*, para ser restituido o dote inteiro, cabe ao marido excepção, *exceptio doli*, para que taes despesas se deduzão: *Potest dici* (*ut et Celso videtur*) *inesse hunc sumptum actioni de doti, maxime si ex voluntate filiae factum sit*, L. 21. D. *eod.* Outro tanto acontece com as despesas funerarias, mas não póde deduzir as da ultima enfermidade da mulher, pois competem ao marido: *Quod in uxorem tuam aegram irrogasti, non a socero repetere, sed affectioni tuae* (*debes*) *expendere. In funus sane ejus, si quid eo nomine quasi recepturus irrogasti, patrem, ad quem dos rediit, jure convenis*, L. 13. C. *de neg. gest.*

Cabia neste lugar referir as deducções, que competem ao marido em razão das bemfeitorias no dote, mas como o A. tracta d'ellas depois do §. seguinte; sigamos a sua ordem, terminando com notar, que o ultimo anno do matrimonio, segundo o *Cod.* de Napoleão art. 1571 anteriormente citado, principia no dia do casamento, e não no em que o marido recebe o dote, quando o recebe depois, alterando-se aqui a Legislação dos Romanos, que dispondo d'outra sorte, como vimos, não continha inconveniente, ou injustiça, segundo nosso parecer, pois que a razão não condemna que os encargos do matrimonio pesem sómente sobre o marido desde o dia da contracção, e antes do recebimento do dote, por virtude do contracto, parecendo-nos ser a unica razão do Direito Civil Francez o principiar-se o anno d'um modo sempre unifórme, e n'um dia o mais notavel. Igualmente nos parece dar-se omissão neste Direito, limitando a sua disposição aos fructos e rendimentos dos immoveis, quando o dinheiro vence

juros para todo o anno, e os rebanhos produzem com a mesma relação.

Como a mulher perde o dote em pena do seu delicto.

§. 23. A Legislação, que acabamos d'expôr, procede para o dote ser restituido, tanto na separação perpetua dos casados, como na dissolução do matrimónio pela morte; e ainda tem lugar, quando o matrimonio se julga nullo por sentença, seguindo-se as mesmas regras sobre o rateio dos fructos e rendimentos, sendo aquelle putativo. Vejamos aqui quando cessa no marido a obrigação de restituir o dote por effeito do delicto ou crime da mulher.

Ob adulterium . . . uxoris, etc. A Nov. 117. cap. 8. §. 2. decide que a mulher, convencida d'adulterio pelo marido, perde para elle a doação *propter nuptias*, o dote, e nos mais bens outro tanto, quanto val a terça parte do mesmo, o que procede não tendo filhos: *Et, ad hoc, si filios non habeat, tantum accipere ex alia uxoris substantia, quantum dotis tertia pars esse cognoscitur.* No caso porém de ter filhos, é o dote conservado para estes, assim como os mais bens da criminosa, devendo para estes effeitos o marido *inscrever* a accusação, isto é, obrigar-se por escripto a soffrer, se não provar o delicto, a mesma pena correspondente ao da mulher, quando o crime lhe é provado, derogando esta Nov. a L. 30. C. *ad leg. Juliam de adult.*, que concedia ao pai, irmão, thio e avô o accusarem a adultera, direito, que igualmente se facultava ao marido, mas sem necessidade de inscripção. Assim temos, que a ultima legislação dos Romanos reservou ao marido tão sómente accusar o adulterio, sendo necessaria a inscripção, sem o que não procedia o perdimento do dote, como effeito do delicto.

No Cap. 4. X. *de donat. inter vir. et uxor.* Clemente III. decide, que separada do marido a mulher por sentença e em razão do adulterio, ou pelo mesmo motivo voluntariamente separada, *aut propria voluntate a viro recesserit*, não havendo reconciliação posterior, não póde ella pedir o dote aos herdeiros do marido, sendo

doutrina commum dos Canonistas, que se o defuncto não chegou a reconciliar-se com sua mulher adultera, os herdeiros, quando ella lhes pede o dote, tem a oppôr-lhe a excepção do seu crime, *exceptio commissi adulterii.*

A Ord. liv. 5. tit. 25. §. 6. adoptando as disposições do Imperador Justiniano, e ampliando-as além do dote ao perdimento de todos e quaesquer bens da mulher, que não tem filhos do marido, ou d'outro matrimonio, e até mesmo illegitimos, que lhe sejão successiveis, dá a acção unicamente ao marido responsavel pela prova do delicto, sob pena de perdimento dos bens todos para a mulher, se do crime a não convence, cit. Ord. §. 7.; o que tudo nos convence de que o direito canonico auctorisando os herdeiros do marido, que não chegou a accusar a mulher como adultera, para a repellir da petição do dote, oppondo-lhe o crime por excepção, não foi acceito ou recebido entre nós, não nos podendo fazer o menor pêso as opiniões referidas por Lobão *Notas* a este lugar, as quaes com mais ou menos extensão facultão aos herdeiros o direito de accusar a mulher por adulterio ou de lh'o opporem por excepção, para lhe não restituirem o dote, quando o defuncto expirou sem accusal-a, opiniões, que além de contrarias e repugnantes com as leis Patrias, produzirião necessariamente na pratica abusos, calumnias, allegações indecentes e escandalosas com offensa dos bons costumes, e que ainda porião mancha na memoria do defuncto.

Quod tamen intelligendum est, si maritus uxorem criminaliter adcusaverit, eaque fuerit ad mortem naturalem condemnata, etc. O Sr. Paschoal, que faz o perdimento do dote essencial e necessariamente dependente da accusação do marido com convicção da culpada, opinião, que antecedentemente adoptámos, requer outra condição para que elle proceda; é que a mulher por effeito do delicto soffra a pena ordinaria principal, ou a de morte. Por quanto é indisputavel que o perdimento do dote e bens da adultera constitue, entre nós, uma pena accumulada com a da morte natural applicada á criminosa; o que é expresso no §.º 7. da cit. Ord.: — *e sendo caso, que a mulher accusada por adul-*

terio for condemnada em alguma outra pena, que não seja a de morte natural, o marido não vencerá os bens: sentença expressa da Ord., repetimos, que accumulando o perdimento do dote á pena ultima, repelle a lembrança da excepção civil do adulterio, competente aos herdeiros, para obstar á petição do dote pela mulher, que o marido não accusou, o qual é, no sentir das nossas leis, a unica parte offendida em tal delicto. Por tanto se por outra causa, ou mesmo em razão do adulterio extraordinariamente punido, a mulher se separa do marido, conserva integros, *sua vero bona uxor retinet*, não só o dote, mas todos os bens, que tem; e ainda mesmo que a pena capital seja applicada á mulher, mas em punição d'outro crime, que não é o adulterio, embora offenda o marido, nem por isso os herdeiros da criminosa deixão de succeder-lhe nos bens, se ella não deixou filhos.

As despesas nos bens dotaes são deduzidas pelo marido, ou seus herdeiros.

§. 24. *Impensae in rem dotalem factae necessariae, vel utiles non modo actione ordinaria peti possunt, sed earum causa retentio marito conceditur*, etc. Tracta-se do direito do marido para haver os melhoramentos, ou bemfeitorias do dote, as quaes podem ser pedidas por acção depois d'elle restituido, ou por excepção de retenção, antes disso; podendo tambem a retenção, neste caso, ser opposta por embargos á execução da sentença, que condemna o marido na entrega dos bens dotaes; o que procede ainda, quando as bemfeitorias forão feitas sem a mulher o saber, Stryck. liv. 25. tit. 1. §. 1., pois que deve fazel-as o marido, como bom administrador, mas é mister distinguir as necessarias das uteis, e umas e outras, das recreativas, ou jucundas.

Por bemfeitorias se entende o que foi feito n'um predio, e lhe dá melhor estado: dizem-se necessarias as que são indispensaveis para o predio se conservar, e sem as quaes acabaria. São uteis as que lhe aumentão o valor, mas sem as quaes póde o predio existir. As que

o tornão

o tornão sómente mais agradavel, que o adornão, e de pura recreação, chamão-se recreativas.

Segundo o Direito Romano na L. un. §. 5. C. *de rei uxor. act.*, as bemfeitorias *necessarias*, consideradas como diminuição dos bens dotaes para a mulher, — *cum enim necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem*, dão fundamento á retenção do marido: o que nas uteis não cabe, pois se feitas consentindo o a mulher, verificado o divorcio, dá-lhe a lei para as haver, a acção, que provém do consentimento d'aquella, *mandati actionem marito contra uxorem indulgeri;* e sendo feitas sem este consentimento, dá-se ao marido como sufficiente para o mesmo fim a acção *negotiorum gestorum: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere actionem.* As bemfeitorias recreativas ou voluptuarias, ainda que feitas por vontade e approvação da mulher, não lhe impõe obrigação de pagamento, mas permitte-se ao marido tiral-as, se podér ser sem detrimento do predio, consentindo o a mulher, pois tem direito a optar entre a sua extracção e o pagamento: *Quod si voluptuariae sunt, licet ex voluntate ejus, expensae, deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur.*

Conceder-se a retenção para serem satisfeitas as despesas necessarias, como pede a equidade, e negar-se ella nas uteis, consentidas pela mulher, parece uma pura subtileza dos Romanos. Mas não nos parece outro tanto nas uteis sem o mesmo consentimento, pois é possivel que a mulher não possa com taes despesas no tempo, em que são feitas, e tenha razões attendiveis para que ellas se diffirão, ou não se façáo, L. 8. D. *de impens. in res dotales;* ponderações, que já não cabem nas bemfeitorias necessarias, pois que sem ellas morre o prédio. Vejamos porém as nossas leis. A Ord. liv. 4. tit. 54., depois de no §. *inic.* estabelecer a obrigação d'entregar, findo o prazo, ou não sendo este estabelecido á vontade do senhor, a cousa emprestada, alugada ou arrendada, dá no §. 1. ao que a recebeo por algum dos titulos referidos, que não são translativos do dominio, o direito de a

reter, até que lhe sejão pagas as despesas *necessarias* e *proveitosas*, que nella fez. A Ord. do mesmo liv. tit. 95., declarando, que o conjuge sobrevivo, como cabeça de casal pela morte do defuncto, fica em posse dos bens communs, isenta desta os bens proprios e incommunicaveis do morto, salvo, entre outras excepções, dando-se bemfeitorias, caso em que cabe ao conjuge viuvo o retel-os, até que lhe seja paga a parte, que n'ellas tem. Ainda a Ord. do mesmo liv. tit. 96., regulando a fórma, que se deve observar nas partilhas, na especie d'um dos coherdeiros ausente em parte incerta, manda pela divisão provisoria da herança dar a parte ao outro, que a requer, o qual em nenhum tempo repõe os fructos, mas se tem feito n'ella bemfeitorias consideraveis, o ausente, a quem fica reservada a sua parte, ou ha de indemnizar aquelle no que lhe é correspondente, ou fazer n'outra parte da herança bemfeitorias iguaes, e sómente depois disto se procede á partilha definitiva, ou final.

D'esta sorte vemos proceder pela disposição das nossas leis o direito de retenção com o fundamento nas bemfeitorias necessarias e proveitosas, ou uteis, Ord. liv. 4. tit. 54.; fallando as mais Ordenações referidas em geral, e sem as distinguirem na qualidade, procedendo assim umas e outras como causa de retenção, o que parece auctorizar, por paridade, o marido a reter os bens dotaes pelas bemfeitorias, que n'elles fez, sem differença das necessarias ás uteis.

Com tudo não fallando as Ordenações, que o A. nota, expressamente nas bemfeitorias do dote, e não convindo que o marido faça taes bemfeitorias com repugnancia, ou sem vontade da mulher, Stryck cit. tit. 1. §. 2., parece ser adoptavel o meio termo, procedendo a retenção nos bens dotaes pelas uteis, em que a mulher consentio, ficando as não consentidas para objecto da *negotiorum gestão*.

Antes porém de se passar a outro assumpto, é opportuno observar: 1.° que o direito ás bemfeitorias não só no dote, mas nos prazos, vinculos e outros bens, que se não dividem ou partem, e por isso, incommunicaveis, nunca se entendem senão com objecto

nas consideraveis e valiosas, reputando-se as insignificantes, ou pequenas, compensadas pelos fructos e rendimentos; 2.° que os gastos na cultura se não considerão bemfeitorias, mas se descontão nos fructos, sem que estes se entendão taes, senão liquidos das despesas, Valasc. *Part.* cap. 29. n. 5. e seguintes; 3.° que as bemfeitorias se não deduzem nos bens dotaes, quando forão estimados de modo, que importe venda, caso, em que estes são como proprios do marido, correndo por sua conta qualquer augmento e perigo, e devendo elle, sem differença do estado dos mesmos bens, restituir unicamente o preço, em que os acceitou pela sua convenção com o doador; 4. finalmente, que o direito d'haver as bemfeitorias por acção ou excepção, de que o A. nos fallou no seu §., não tem objecto (como o mesmo nos diz na nota) nas feitas nos bens communs, pois que provindas dos rendimentos da communhão, e existentes em bens partiveis, cada um dos conjuges encontra, ou vai achar o que em quanto a ellas lhe cabe, quando pela separação perpetua, ou dissolução do matrimonio, recebe, ou seus herdeiros, a meação, que lhe pertence em taes bens.

Que pactos, ou clausulas podem ser adjectas ao dote.

§. 25. Já dissemos, mas é conveniente repetir, que os Romanos reputavão os dotes interessantes ao público, pela sua influencia nos casamentos, um dos mais solidos apoios dos imperios: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*, L. 2. D. *de jur. dot.* Podem por esta razão os doadores pactuar de qualquer modo, uma vez que se melhore a condição da mulher: e por isso convencionar, que os bens moveis do dote se convertão em immoveis; que o dinheiro se applique á compra de prédios, especialmente mais rendosos; que o dote seja restituido dentro em tempo mais curto, do que o determinado na Lei. Mas as convenções tendentes a que a mulher seja privada do dote, ou parte d'elle, a retardar-lhe a entrega e a administração, quando o matrimonio se dissolve, são nullas e sem effeito, LL. 2. 14. 15

e 16. D. *de pact. dotal.*, que animadas pelo espirito — *ne mulieris conditio deterior fiat*, condemnão á nullidade todas as convenções sobre o dote, prejudiciaes á mulher nas circumstancias d'ella sobreviver ao divorcio, ou á morte do marido. Ao contrario, se ella morre primeiro, procede e val a convenção para o marido lucrar todo o dote, ou parte d'elle; e com mais forte razão para que sómente o restitua dentro em dous, tres, ou mais annos, L. 12. D. *de pact. dotal.*, L. 26. §. 2. *eod.*, L. 6. C. *de pact. convent.*

As convenções, tendentes a mudar a natureza do dote, são da mesma sorte nullas: por exemplo, ajustando-se, que o marido não lucre os fructos, mas que os guarde em capital, para serem sem diminuição restituidos á mulher, ou seus herdeiros, esta clausula era nulla, pois que, sendo o dote por sua natureza destinado á satisfacção dos encargos do matrimonio, neste caso é elle inutil perfeitamente, não conferindo ao marido, senão o direito esteril de o olhar como um deposito a cargo da sua responsabilidade. É o que se estabelece com algumas modificações nas LL. 4. 11. e 12. §. 1. D. *de pact. dotal.*, e 21. §. 1. D. *de donat. inter vir. et uxor.*

Ainda outras convenções são nullas, isto é, vicião-se, e não vicião o contracto dotal, em que intervêm, por serem oppostas á moral pública, ou aos bons costumes. Taes serião a do marido não accusar a mulher se for adultera; a de não ter sobre ella a superioridade marital; e a de não a demandar, se ella lhe subtrahir as suas cousas — *res amotae*, — Hein. tom. 4. §. 205., Hub. *ad Pand.* liv. 23. tit. 4. n. 3. E pela mesma razão será nulla a clausula de ser o homem responsavel unicamente por dólo, e não por culpa, ou negligencia na administração dos bens dotaes, L. 6. D. *de pact. dotal.*

A facilidade e frequencia dos divorcios fizerão necessarios os dotes entre os Romanos; e por isso é que os casamentos quasi se não fazião d'outra sorte, e que as mesmas mulheres virgens, mas indotadas, se consideravão inubeis, o que tambem deu causa ao favor e privilegios, concedidos pelas leis aos bens dotaes, Hein. tom. 4. §. 181. Entre nós não ha a mesma necessidade dos dotes, em razão da indissolubelidade do

vinculo do matrimonio e tanto, que o do Reino não é o pacticio, ou dotal, mas o matrimonio, que produz a communhão de bens entre os conjuges. Todavia as nossas leis, como já vimos, concedem favor ao dote; os rendimentos d'alguns fundos das Misericordias se applicão a dotar as orfãs pobres, tendo preferencia as mais formosas, por mais expostas aos perigos da seducção e o Alvará de 22 de Junho de 1768. §. 5.; manda, que primeiro se dê a juros o dinheiro destinado ás despesas dos matrimonios, a cargo destas uteis Irmandades. Com tudo o favor do dote entre nós não é, nem ha as mesmas razões para que seja, tão elevado e excessivo, como o foi entre os Romanos; sendo por isso nossa opinião, que tal favor não deve precipitar-nos, para que sem maduro exame reputemos nullas todas as clausulas, que nesta relação o erão segundo as leis Romanas, devendo-nos merecer respeito e sisuda consideração a santidade e boa fé dos contractos.

A Ord. liv. 4. tit. 46. §. *inic.*, e tit. 95. §. 3. manda observar fielmente tudo o que no contracto, precedente ao matrimonio, foi acordado entre os Esposos com objecto nos bens; e a Lei de 18 d'Agosto de 1769 chama sim as leis Romanas em falta das Portuguezas, mas devem ser aquellas conformes, e não contrarias á razão, ou conter razão escripta; ponderações, que influem em nossa opinião, para não assentirmos á força e auctoridade de todas as leis Romanas sobre o presente objecto. O que posto, passamos a examinar o §. do A.

Doti qualecumque pactum adjectum valet, etc. É a regra geral amplissima, que as citadas Ordenações estabelecem, mandando observar inteiramente tudo que a respeito dos bens foi convencionado pelas pessoas, que no matrimonio se não quizerão conformar com o costume do Reino, communicando — os entre si. Mas nem por isso são válidas todas as clausulas imaginaveis, em que convenhão; e nullas são as que o Sr. Paschoal primeiramente refere, *nisi et bonis moribus .... contrarium;* isto é, as contrarias á moral publica, ou aos bons costumes, já exemplificadas, e que fazem torpe o contracto, sendo por isso nullas e sem effeito,

não só no estabelecimento do dote, mas intervindo em outro qualquer contracto ou convenção, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 70. §. 3.

Dotisve naturae contrarium. A clausula contraria á natureza do dote, como a d'o doador não poder em tempo algum ser obrigado a entregal-o, ou d'o marido o não poder ser a restituil-o, *de non reddenda umquam dote*, parecem involver uma pura illusão, até mesmo contraria aos bons costumes, que torna a mulher indotada, e sem meios de subsistencia, se sobrevive ao marido: o que deve fazel-a reputar nulla entre nós, como o foi entre os Romanos; e isto ainda quando a mulher por esta fórma, se dotou a si mesma pelo absurdo de destruir pelo contracto a obrigação, que do mesmo, e ao mesmo tempo lhe resulta.

De dotis fructibus non percipiendis, vel perceptis restituendis. É certo que a clausula d'o marido não perceber os fructos dos bens dotaes, assim como a de os restituir inteiramente com o dote, é contraria á natureza deste contracto, e como tal nulla pelo Direito Romano. A natureza porém dos contractos, entre nós, nunca póde ser determinada pelas denominações, ou nomes, que os pactuantes lhes dão, mas sim pela substancia das clausulas, que nos mesmos se contém expressamente. E que faz uma mulher, que pactuou casamento, reservando expressamente os fructos e rendimentos dos bens, em que constitue o seu dote? Ella, em nossa opinião, declara implicitamente, que os bens, com que se dota, só são dotaes no nome, mas paraphernaes na essencia; pois nesta qualidade é que a mulher, que se explica ou pronuncia contra a communhão de bens, possue e é senhora d'aquelles, que deixa fóra do dote, *Cod. Civ.* de França art. 1574; e fóra do dote os deixa ella, reservando-se todos os fructos e rendimentos, não obstante o dizer, que se dota com taes bens. O contrario nos parece uma pura subtileza, que sacrifica a essencia do contracto, e a mente e vontade clara dos pactuantes á exterioridade d'um nome; e isto quando temos a Ord. liv. 4. tit. 46. §. *inic.*, e outras, que mandão observar integral e fielmente o que os esposos acordárão, quando no matrimonio se não conformão com o costume do Reino.

Confessamos que muitos, e muito sabios escriptores, e alguns d'elles modernos, a quem não sómente tributamos grande respeito, mas verdadeira amizade, dão como nulla no dote a clausula, que acabamos de referir; e isto, tendo sempre, que o dote se não presume, e que por isso em dúvida se devem os bens da mulher reputar parapharnaes. E por ventura, pelo menos, não ha dúvida nesta especie? Confessamos igualmente que não achamos escripta esta nossa opinião; que a formamos; mas que a expomos sem arrogancia, e sujeitando-a, como todas, á melhor opinião, á dos nossos Jurisconsultos.

Valet tamen pactum, ut maritus, mortua uxore, liberis non exstantibus, dotem universam lucretur, vel illius partem, liberis exstantibus, etc. Depois d'o A. referir como nullas as clausulas intervenientes ou adjectas ao dote, por oppostas aos bons costumes e á natureza deste contracto, dá como isenta destes vicios, e como tal válida, a d'o marido, que sobrevive á mulher, que não deixa descendentes, lucrar o dote por inteiro, ou parte delle, se os deixa.

Parece-nos incompleta esta proposição, para que seja verdadeira; e que só procede para o marido ficar com o dote todo, quando faltão os herdeiros necessarios, comprehendidos os ascendentes na falta dos descendentes; se bem que existindo taes herdeiros, comprehendidos os descendentes, tenha effeito e validade a convenção de succeder o marido na terça parte do dote, sendo as duas restantes dos herdeiros necessarios.

Pactiones dotales communibus conventionum legibus gubernantur, etc. Seguimos o nosso A. na sua nota a este §., na qual elle principia por dizer-nos, que as convenções ou clausulas, que acompanhão o dote, não tem, além do seu proprio e especial objecto, singularidade, que as distingua das outras. Seguem ellas as regras communs das convenções; e por isso se achão comprehendidas na generalidade da Ord. liv. 3. tit. 59., sem que careção da escriptura pública para prova, excepto se o valor dos bens dotaes, seu objecto, fosse excedente da quantia estabelecida na mesma lei; sem que assim, como já advertimos, tal escriptura fosse substancial

a este contracto, que hoje sem differença de valor dos bens, que são o seu objecto, se prova por testemunhas, *Noviss. Reform. Judic.* art. 462., a menos, como tambem já notámos, que o contracto dotal faça corpo com os esponsaes, Lei de 6 d'Outubro de 1784.

Neque insinuationem. Além d'as convenções sobre o dote terem de commum com os mais contractos a prova, tem ellas ainda de commum, como o A. aqui adverte, o não carecerem, para sua validade, de serem insinuadas; regra, que tem excepção, como tambem já notámos, quando o dote é voluntario, pois que neste caso toma a natureza d'uma doação ordinaria. As convenções sobre o dote tem ainda de commum com as demais convenções o serem nullas *ipso jure*, quando contrarias ás leis e bons costumes.

Plura autem dotalia pacta improbantur legibus et moribus, etc Ha com tudo mais clausulas reprovadas neste contracto dotal, do que nas outras convenções; e taes, além das já referidas, reputa o A. outras, que continúa a referir, sendo a primeira: *pactum de conservanda perpetua viduitate sub poena dotis amittendae.*

Se o doador confere o dote á mulher sob clausula d'ella o perder, sobrevivendo ao marido, se contrahir segundas nupcias, ou se os esposos assim pactuão, esta clausula é conceituada de nulla; de sorte que a mulher não perde o dote deixando de ser viuva; pois que no contrario se daria um estorvo á liberdade de casar, em damno da propagação da especie humana, e por isso em detrimento do Estado, Brunnem. *ad Leg.* 2. *de pact. dotal.* Accresce ainda o perigo do peccado no celibato forçado, imposto por uma vontade alheia, e que não acceito por especial vocação, excitará por ventura tentações libidinosas, a que a nossa nimia fraqueza e imperfeição não resistem sem a graça, e dadas as quaes, o Apostolo nos aconselha o matrimonio: *Melius est nubere, quam uri.* Procede a mesma nullidade em tal clausula, quando imposta ao marido, no caso de com ella o dote lhe ser deixado, por não ficarem filhos á mulher, ou herdeiros necessarios; pois que se dá neste caso igualdade de razões.

Inutile etiam est pactum, seu renuntiatio successio-

nis, quod in nuptias nobilium praesertim adponi solet; quando scilicet femina promittit se dote adcepta contentam esse, et legitimae renuntiat, etc. Diz-nos aqui o A., que é inutil, pois que se despreza por nulla, a convenção, pela qual se renuncia o direito á herança ou successão, e se pratica as mais das vezes nos casamentos dos nobres, em que as filhas pelo contracto e estabelecimento do dote renuncião á legitima, dando-se por contentes com aquelle: opinião esta, que por ora reputamos particular do nosso A., pois que lhe não temos achado n'ella sectario.

O Decreto de 17 de Julho de 1778, em que o Sr. Paschoal se fundamenta, parece que nenhum apoio lhe dá, por quanto revogou este Decreto o §. 1. da Lei de 17 d'Agosto de 1761, que privava das legitimas as filhas das casas nobres, permittindo-lhes tão sómente receberem por uma vez quatro mil cruzados em enxoval. Porém a revogação deste perdimento forçado e involuntario da legitima não entende de modo algum com o espontaneo e convencional, em que a dotada renuncía o direito á successão, ou legitima, e que constitue por isso clausula válida no dote, uma vez que seja confirmada com juramento, precedendo a dispensa.

Por quanto a Ord liv. 4. tit. 70. §. 4., dando força aos contractos, que se formão contra as leis, quando podem confirmar-se por juramento segundo o Direito Canonico, exemplifica-os com os que tem objecto na herança, ou successão d'homem vivo; o que comprehende a renúncia da legitima: logo é esta válida, quando o juramento a confirmou, achando-se a Ord. em harmonia com o Cap. *Quamvis, de pact. in 6.°* Mas como tambem a Ord. liv. 4. tit. 73. declara nullos os contractos, a que se ajunta o juramento, vem daqui a necessidade da dispensa para que este se dê, confirmando a renúncia da successão, ou legitima; devendo ainda intervir tambem o consentimento da pessoa, cuja herança é renunciada, e o da mulher do renunciante, se a renúncia procede em beneficio do dote, Cardoso *verb. Pactum*, n. 20. e *verb. Renuntiatio* n. 27.; circumstancias, em que a renúncia da herança, ou legitima é geralmente tida como válida, contra a opinião do A. — Lobão *Notas* a este lugar, *Dig. Portug.* tom 2. art. 126.

Esta dispensa para a confirmação do contracto com juramento, que tambem é prohibido na Ord. liv. 1. tit. 78. §. 13., era concedida pelo Desembargo do Paço, *Regim. dos Desemb.* §. 87., que habilitava o Tabellião para deferir aos pactuantes juramento, pelo qual se obrigavão a não impugnar a renúncia em tempo algum; não obstante o que, tinha lugar a recissão, quando aquella nascia d'erro, ou era extorquida por força, ou obtida por dólo, assim como se a legitima renunciada, valendo o dobro do dote, tornava a renúncia lesiva, *Dig. Portug.* tom. 2. art. 127., ou morrendo as pessoas, a favor de quem era feita, Lobão *Notas* a este lugar.

Valet tamen pactum de non repetendis expensis necessariis in rem dotalem factis, etc. A clausula acceita pelo marido de não deduzir ao restituir o dote as despesas necessarias feitas neste, era nulla entre os Romanos: *Pactum non est servandum, quia tales impensae dotem minuunt*, diz o Jurisconsulto Paulo na L. 5. D. *de pact. dotal.* Esta razão porém das bemfeitorias necessarias diminuirem ou desfalcarem o dote, ficando o seu valor fóra d'elle, e pertencendo como em separado ao marido, para o contracto, que as remitte, ser nullo, contém meia subtileza e ficção, que não póde ter cabida entre nós, pois lhe falta o cunho de razão escripta, necessario para a fazer adoptar. É válida por tanto a clausula, de que fallamos; e até mais confórme, do que a sua nullidade, com os principios mais solidos dos Romanos, que admittião no dote as clausulas vantajosas á mulher, qualidade, que sem disputa se dá n'esta, porque exime aquella do pagamento das despesas, ou bemfeitorias referidas.

Pactum de non adcusanda uxore ob res amotas inutile, etc. Refere como tambem nulla entre nós, da mesma sorte que o era entre os Romanos, por contraria aos bons costumes, a clausula d'o marido não accionar a mulher, que lhe subtrahe as suas cousas, pois não só a habilita para as offensas da Lei Divina, *quia peccandi occasionem praebet*, mas para o privar dos meios de comprir o seu dever pela satisfacção dos encargos do matrimonio, além das impressões de máo exemplo, que causaria na familia.

Sed vero hic notandum, furtum non committere conju-

ges, qui in communione vivunt, etc. Por esta occasião nos adverte o A., que não obstante ser nullo o pacto, ou clausula, de que fallamos, com objecto nas cousas, que a mulher subtrahir, não cabe acção ao marido contra a mulher (ou *vice versa*), quando os conjuges se communicão os bens, como entre nós é ordinario; pois que o furto propriamente tem por objecto cousa alheia, qualidade, que se não dá na commum, cuja propriedade se traspassa e se conserva juntamente entre o marido e a mulher; e dá-se repugnancia em lucrar, ou fazer proprio (no que consiste o animo ou intenção, que fórma a essencia do furto) aquillo mesmo, em que o agente já tem dominio, ou a cousa, que já é sua. Dá-se porém entre nós o furto domestico proprio, ou antes subtracção, quando a mulher ou marido se appropria o que é incommunicavel do consorte; ainda que estes mesmos casos são raros, porque a indissolubilidade do matrimonio faz com que os conjuges se identifiquem, o que os leva a fiscalizar mutuamente com grande zêlo, ainda mesmo o que é proprio e incommunicavel de cada um.

Quod vero conjuges rem ab alterutro ablatam citra poenam et infamiam repetere debeant, id juris gentium, non civilis est, etc. A L. 25. D. *de act. rer. amot.* dispõe que o juizo, entendemos a accusação criminal, com objecto nas cousas subtrahidas, *judicium rerum amotarum*, tem lugar quando se segue o divorcio, *et secutum divortium fuerit*; mas que se este se não segue, deve o marido proseguir os objectos subtrahidos por meio da *condicção*; entendemos a acção civil, ou como o Sr. Paschoal se explica, *citra poenam et infamiam repetere*. Gothofredo á L. 26. D. *cod.*, a qual chama *condicção* a acção *rerum amotarum*, concorda ou é conforme, entendendo-a por civil, poisque se ella fosse criminal, isto é accusação, nem a cit. L. a exprimiria por *actio*, nem aquelle, se pensasse d'outra sorte, notaria, que por isso que esta *condicção* é acção, não póde ella produzir ignominia ou infamia. Accresce, para destruir toda a dúvida de que a *condicção*, de que falla aquella Lei, e que compete ao marido, quando ha subtracção das suas cousas pela mulher, e o divorcio se não segue, é uma acção civil puramente, a identica e clara disposição, que se acha na L. ult. *in fin.*

C. *de furt.*: *In hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat.* Não podendo já duvidar-se de que é civil esta acção, é tambem certo que Marciano a adopta para o marido proseguir os objectos subtrahidos pela mulher, por ser esta a pratica das nações: *Nam jure gentium* (diz elle na L. 25. *in fin.* D. *de act. rer. amot.*) *condici puto posse res ab his, qui ex justa causa non possident*; o que levou o Sr. Paschoal a dizer-nos *non civilis est*, isto é, que não se dá uma pura subtileza, nem especialidade Romana, mas sim costume geral das nações cultas, como Marciano confessa, em não poder um dos conjuges, em honra e respeito ao matrimonio, intentar accusação criminal contra o outro por causa de bens, que lhe subtrahe ou desvia, mas tão sómente a acção civil, limitada á restituição, sem exigencia de castigo, ou, nas expressões do A., que elle em parte adoptou de Gothofredo, *citra poenam et infamiam.*

Seguimos pois, que a accusação criminal não deve ser recebida em Juizo a um dos conjuges contra outro pela querela de cousas subtrahidas, ainda mesmo que se siga a separação *quoad torum*, em contemplação do matrimonio, que, por indissoluvel, ainda então se conserva. Corrobora esta opinião o silencio da Ord. liv. 5., em quanto a esta especie; a idêa de que o procedimento criminal se tornaria um obstaculo muito forte para a conciliação, que se deve promover; e ainda tambem a idêa de que o resultado não deixa de ser infamante para o autor, em quem os effeitos da sentença contra o réo algum tanto reflectião em razão dos vinculos e ligações, que entre ambos se dão.

Da doação propter nuptias, *ou por causa do matrimonio.*

§. 26. *Jure Romano haec donatio nihil aliud erat, quam contraria dos mariti*, etc. Tractou o A. da convenção com objecto no dote, como a principal no matrimonio pactício: e seguindo não só a ordem da sua exposição no §. 1. deste Titulo, mas a maior analogia das materias ou assumptos, tracta immediatamente agora da doação *propter nuptias*, que diz ser o *dote*

contrario do marido, isto é, o dote contraposto, com que o marido compensa o outro, que a mulher traz, ao qual muito se assemelhava entre os Romanos, *et parum a mulieris dote differebat.*

Esta especie de doação *inter vivos*, desconhecida dos antigos Jurisconsultos, pois que teve introducção muito tempo depois do dote, e governando os Imperadores mais modernos, era feita pelo esposo á esposa em quanto taes, ou antes de contrahidas as nupcias, pois que as doações *inter vivos* não podião ter lugar depois d'aquellas, ou entre marido e mulher; além de que a doação, que nos occupa, dependia, para ter o seu effeito, do matrimonio, como d'uma tacita e essencial condição.

Não só em quanto esta doação pôde ser feita pelo esposo, mas depois que foi concedido augmental a, existindo já o matrimonio, teve ella o nome de doação *ante nuptias*, pois que Justino, thio materno, e pai adoptivo de Justiniano, permittindo que ella fosse augmentada depois das nupcias com a mesma quantidade, que o dote, lhe conservou o nome, que primeiramente a distinguio: *Si constante matrimonio consilium augendae dotis inierit .... nihilominus marito quoque liceret, seu pro marito cuilibet alii, tanto donationem ante nuptias additamento majorem facere, quanto dotis augetur titulus*, L. 19. C. *de donat. ant. nupt.*, §. 3. *Instit. de donat.*

Justiniano porém foi mais longe; pois achando que o dote não só podia ser augmentado depois das nupcias, o que tinha determinado seu thio a conceder depois d'ellas o augmento da doação *ante nuptias*, mas que podia tambem então ser aquelle constituido integralmente (o que já acontecia no tempo do Jurisconsulto Paulo, que nos diz: *Dos aut antecedit, aut sequitur matrimonium, et vel ante nuptias vel post nuptias dari potest*, Paul. *Sentent.* liv. 2. tit. 21. §. 1.), permittio, que esta doação, á semelhança do dote, podesse tambem ser feita integralmente depois das nupcias, e por coherencia fez-lhe mudança no nome para o de doação *propter nuptias*, comprehendendo por este modo tanto a anterior, como a posterior ao matrimonio; a qual ficou,

como já o estava o dote, considerada pelo seu fim, essencialmente differente da doação ordinaria *inter vivos*, para poder ter lugar entre marido e mulher, *Instit.* §. cit.

Vejamos as razões d'analogia entre o dote e a doação *propter nuptias*. É o dote o dinheiro, ou os bens, que a mulher, ou por ella outra pessoa, confere ao marido, auxiliando-o a supportar os encargos do matrimonio. Torna-se o marido proprietario do dote, mas para o restituir nos casos previstos pela lei e no contracto; podendo convencionar-se, que por morte da mulher fique aquelle, se sobrevive, com todos os bens dotaes, ou pelo menos com parte. A doação *propter nuptias* é uma porção de bens, que o marido attribue á mulher para segurança e hypotheca especial do seu dote: fim este da doação *propter nuptias*, que nos convence de que os escrupulos do Imperador Justiniano, para dar-lhe um nome, que bem lhe armasse, melhor o conseguirião, se lhe désse o de doação *propter dotem*, que parece explicar com maior exacção o objecto, character e essencia da doação *propter nuptias*.

Tem esta doação ainda outras relações d'analogia com o dote em ser tambem restituida, quando o matrimonio se dissolve; em a mulher, quando cabe ao marido, que sobrevive, ou todo, ou parte do dote, ter a mesma quantidade na doação, sendo ella a sobreviva; em a doação ser do mesmo valor d'aquelle, e ter por isso o mesmo augmento, que o dote receber, *Nov.* 97. capp. 1. e 2.; em serem obrigadas a doar as pessoas, que tambem tem o dever de dotar, L. ult. C. *de dot. promiss.*; em o marido ter administração dos bens doados, assim como dos dotados, para supprir igualmente por seus fructos e rendimentos os encargos do matrimonio; e finalmente em a mulher nenhum direito exercer na doação *propter nuptias*, em quanto o marido existe em bom estado de bens, e em ter, se elle decresce e se encaminha manifesta e indubitavelmente á pobreza, uma acção pessoal e hypothecaria para haver os bens doados, e até mesmo acção real para reivindicar os alienados em sua fraude pertencendo-lhe o gozal-os por toda a duração, ou existencia do matrimonio, *Nov.* 61.

cap. 1. *in princ.*, e §§. 1. e 2., findo o qual a mulher restitue todos os bens doados, ficando então restricta ao dote, no que deste se separa e distingue a doação *propter nuptias*. São por tanto muito exactas as expressões do A. neste §., em quanto a ella: *et parum a mulieris dote differebat.*

A doação porém, que temos explicado e descripto, acompanhando as idéas do Sr. Paschoal neste §., nem entre nós, nem entre as outras nações foi recebida, ou adoptada das leis Romanas, como o mesmo A. nos adverte, o que nos dá argumento e razão nova para que não desistamos da opinião, que anteriormente emittimos, de que não devemos precipitar-nos em seguir como vigentes todos os privilegios, favores, disposições e providencias dotaes das leis Romanas, pois que tambem a doação *propter nuptias*, que na essencia não foi mais do que um favor exorbitante, dado ao dote, que tinha n'ella segurança especial, além da hypotheca geral, e preferencia nos bens patrimoniaes do marido, não teve entre nós acceitação, por isso que nem as nossas, nem as leis, ou os costumes dos outros povos olhárão, do mesmo modo que os Romanos, os dotes como anchora e porto de salvação para se conservar a não do Estado.

Vocabula haec — dos, *dotalitium*, *donatio propter nuptias*, *sponsalitium*, etc. Não obstante serem differentes, como vimos, as noções dos termos *dote* e *doação propter nuptias*, estas palavras com as outras *dotalicio* e *esponsalicio*, a que correspondem idéas diversas das d'aquellas, e distinctas entre si, como em breve tambem veremos, forão usadas indistincta e promiscuamente pelos antigos escriptores, e tambem por alguns menos distantes; do que o Sr. Paschoal nos previne na sua nota ao §., que contendo materia já examinada nos §§. primeiros deste Titulo, exporemos concisamente, pois que a utilidade para nós não corresponde á largueza, de que este assumpto é susceptivel.

Dos, quae hodie, et jam dudum tantum dicitur, etc. O dote primeiramente não exprimio, como ao depois, os bens dados pela esposa ao seu futuro. Entre os Hebreos, e em Sparta, a mulher não trazia dote algum. Entre os Germanos, como refere Tacito *de morib. Germ.* cap.

18., os homens é que dotavão as mulheres: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert;* e os Francos erão por lei obrigados a dotar suas mulheres, do que não só um dos Capitulares nos dá prova: *Tunc per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet*, mas um canon do Concilio d'Arles, referido no Decreto de Graciano, o qual prohibe o matrimonio ao que não dota a mulher: *Nullum sine dote fiat conjugium, juxta possibilitatem fiat dos;* o que fez crear a fórmula, que o esposo recitava na Igreja em presença do sacerdote: *Je vous doue du douaine, dont il a été convenu entre vos parens et les miens, du quel ces deniers sont la représentation.* E ainda que em ambos estes povos, os Germanos e os Francos, além d'outros, as mulheres, segundo a sua condição, trouxessem para o matrimonio bens, ou cousas, que os pais lhes davão, não constituião ellas dote, mas simples dadiva nupcial, sem que impozessem ao marido obrigações, ou lhe dessem direitos especiaes, Hein. *Elem. Jur. Germ.* liv. 1. tit. 11. § 242.

Pelas leis dos Wisigodos, apontadas pelo A., o dote, que não podia exceder a decima parte dos bens, que o marido tivesse, era dado por este á mulher, que ficava n'elle com dominio e livre disposição, excepto se deixava descendentes, pois devião succeder-lhe pelo menos nas tres quartas partes do mesmo, *dodrantem saltem*, podendo dispôr do resto livremente.

Hos tamen antiquos mores turbavit jus Romanum, quod dotem uxori, et donationem propter nuptias viro constituit, etc. Estabelecido porém o systema dotal das leis Romanas, tal como já o examinámos, e recebida, como o foi, a sua legislação para Direito commum das nações, forão alterados inteiramente os primeiros usos das mesmas, que acabamos d'expôr, em quanto ao dote, passando este a ser dado pela mulher ao marido, sem que a doação *propter nuptias*, como já a descrevemos, conferida pelo marido á mulher em segurança ou hypotheca especial dos bens dotaes, tivesse outra tanta acceitação, Valasc. *de partit.* cap. 13. n. 42., e *Cons.* 2 nn. 11., 12. e 13.

Das arrhas esponsalicias dos Romanos.

§. 27. *Idem dicendum de arrhis ponsalitiis, quae in sensu juris Romani nostris legibus et moribus incognitae sunt.* A palavra *arrha*, que nós tomámos do Latim, como o Sr. Paschoal nos diz na nota a este §., tem origem no Hebreu; no que é elle arguido por Lobão, *Notas* a este lugar, que lhe dá origem Grega, sem que com tudo se animasse a expressar-lh'a: mas a opinião verdadeira é sem questão a do A., por quanto *arrha* ou *arra*, *ae*, ou *arrabo*, *ónis*, tem origem no Hebreu *arabon* ou *erábon*, da raiz *arab*, *miscuit*, *spopondit*, *fidejussit*; e os Gregos recebêrão dos Hebreus este vocabulo, dizendo *arrabon*, *id omne*, *quo dato*, *confirmatur promissio*.

Diz-se *arrhas*, na accepção dos Romanos, o que se dá, ou entrega para assegurar a conclusão d'um contracto, que se projecta, ou a execução d'um já concluido ou acordado. As que se dão n'um contracto projectado, formão a materia d'uma convenção particular, pela qual Pedro, que dá as arrhas, consente em nunca mais as receber, se elle obstar á conclusão do contracto, e Paulo, que as recebe, se obriga a entregal-as em dobro, se elle for causa d'o contracto se não fazer. Esta convenção é da natureza das arrhas; assim póde ella não ser expressa, pois que tacitamente se contém no mesmo facto d'uma das partes dar á outra alguma cousa em fórma de *arrhas*. Se por consentimento unanime dos pactuantes se não conclue o contracto, o da venda, por exemplo, ou se a nenhum d'elles se póde attribuir, ou imputar a falta da realização do contracto, o que recebeo as arrhas, as deve restituir, e nada mais do que tiver recebido, para o que em todo o caso as deve ter cuidadosamente conservado, pois que tem obrigação de prestar a culpa leve em quanto a ellas, em razão do interesse, que tem um e outro dos pactuantes na convenção particular, de que ellas são objecto.

Quando se entregão as arrhas depois da venda, ou do contracto concluido, ordinariamente o comprador é que as dá ao vendedor, para servirem de prova da existencia do contracto. Se consistem em dinheiro, fazem parte do pagamento; se n'outra cousa, o vendedor as retem

como uma especie de penhor, até que aquelle se lhe preencha ou complete, sem que a venda, pois que se acha concluida, possa ser desfeita por um só dos pactuantes, ou renunciando as arrhas, ou restituindo-as no duplo, Domat liv. 1. tit. 2. sect. 6. art. 4. e seg. com a nota; porque seria absurdo que sendo as arrhas, neste caso, recebidas para o fim de confirmar e fazer certa a convenção, que os pactuantes já tinhão concluido, se tornassem ellas mesmas causa da resolução, ou do desmancho do contracto.

Alguns DD. com tudo, confundindo as arrhas como convenção no contracto projectado, com as dadas para prova, ou signal e penhor, ou parte do pagamento no contracto já concluido e ajustado, seguem muito falsamente que pode um dos pactuantes resolver este contracto pela renuncia, ou restituindo as arrhas; pois que, pelos boñs e verdadeiros principios, é o comprador obrigado ao pagamento do preço, assim como obrigado o vendedor á entrega do objecto vendido, ou, se o não póde entregar, a prestar os damnos e interesses, isto é, os lucros cessantes e os damños emergentes, de que foi causa, sem que se possão annullar as obrigações respectivas, offerecendo-se a perder, ou a dar em dobro as arrhas. Mas é dever confessar, que a opinião, que combatemos, foi a que pervaleceo entre nós, e tanto, que ella se acha expressamente sanccionada na Ord. liv. 4. tit. 2. §. 1., cuja sentença fica mal, e não se ajusta com a solidez e exacção dos principios verdadeiros, postos no §. *inic. eod.*, que na verdade a rejeitão.

Entre os Romanos, por isso que os esponsaes nenhuma outra cousa são mais do que o contracto em projecto, para se realizar o matrimonio, tinhão n'elles lugar e grande voga as arrhas da especie, que primeiramente expozemos. O esposo era quem, por costume, as entregava á esposa, ou ao pai, se ella estava sujeita ao poder patrio; e se por sua causa as nupcias se não seguião, perdia aquelle as arrhas, que tinha dado; e se a quem as tinha recebido, se devia o não se levar a effeito o matrimonio, restituia este antigamente o quadruplo, L. 6. *Cod. Theod. de sponsal.*, o que ao depois foi reduzido ao duplo sob Leão e Anthemio, L. 5. C. *eod.*: *Mulier, juris*

sui constituta, arrharum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est, in id quod accepit, et aliud tantumdem. Decide o mesmo a L. 16. C. *de Episcop. et Cler.*

Se sem falta, ou sem culpa d'algum dos dous pactuantes se não concluia o matrimonio, como por causa da morte do que não estava constituido em móra a respeito da obrigação, ou por um motivo justo, que um dos esposos tivesse para não cumprir os esponsaes pelas nupcias, erão as arrhas restituidas simplesmente, ou sem augmento, L. 3. C. *de sponsalibus et arrhis sponsalitiis*; assim como erão deste modo restituidas, logo que tinha existencia o matrimonio.

Exposto o systema das leis Romanas em quanto ás arrhas, que usadas principalmente no contracto esponsalicio, occupão com elle no Codigo de Justiniano um titulo especial, estamos habilitados, excitando as idéas ácerca da nossa legislação, anteriormente examinada com objecto nos esponsaes, preludio do matrimonio, para concluir com o A. neste §., que assim como a doação *propter nuptias* dos Romanos não foi acceita entre nós, tambem as nossas leis, e com ellas nossos costumes, os não seguirão nas arrhas esponsalicias, *quae in sensu juris Romani nostris legibus et moribus incognitae sunt*, Valasco *Cons.* 2. n. 2.; não obstante terem ellas adopção n'outros paizes, Stryck. *Us. mod. Pand.* liv. 23. tit. 1. §. 24., e ser em França frequente, segundo o testemunho de Pothier, darem-se arrhas reciprocamente os esposos, entregando o dissidente as por elle recebidas, e lucrando o perseverante e leal as que aquelle lhe tem dado, excepto sendo ellas consideraveis ou valiosas, com relação á qualidade e teres das pessoas; caso, em que o dissidente as repetia com deducção da somma, ou parte, que o Juiz determinava, correspondente aos damnos emergentes e interesses cessantes do esposo injustamente abandonado.

Pódem as arrhas esponsalicias dos Romanos ser entre nós adoptadas por convenção expressa dos esposos.

§. 28. *Expresse tamen contrahentes arrhas dare et adcipere possunt*, etc. Ainda que nossos costumes não adoptárão dos Romanos as arrhas esponsalicias, nem a Lei de

6 d'Outubro de 1784, unica que temos sobre esponsaes, as mencione, seguimos a opinião do Sr. Paschoal neste §.; e consiste em as arrhas entre nós poderem ser convencionadas expressamente pelos esposos, não para signal, ou prova, como é doutrina do A., da convenção em quanto ao matrimonio, porque os nossos esponsaes, a que é substancial o instrumento público, ou escriptura, sem a qual serião nullos, não necessitão das arrhas, como prova, nem para tal fim, por superfluas, as acceitão; mas para argumento ou motivo, e tambem para penhor do desempenho da obrigação contrahida.

Levão-nos a esta opinião as nossas leis, com que o A. a sustenta. Por quanto pela generalidade da Ord. liv. 4. tit. 46. *in princ.*, que permitte e auctoriza quaesquer contractos precedentes ao matrimonio com objecto nos bens, se permitte serem as arrhas acordadas pelos esposos; pois são ellas um contracto com validade, e tanto, que a Ord. do mesmo liv. tit. 2. §. 1. expressamente as approva na compra e venda, sem que se dê preceito legislativo, que as prohiba nos mais contractos: o que basta para que os pactuantes as possão convencionar nos esponsaes expressamente. E dizemos — expressamente, porque, como não usadas entre nós, não se podem presumir; e sem expressa convenção, os objectos entregues, que são objecto dellas, se entenderião antes dadivas ou presentes esponsalicios. Accresce, para os esposos as poderem convencionar expressamente, a disposição da Lei, que ainda ha pouco citámos, a de 6 d'Outubro de 1784, que permittindo no §. 8. aos pactuantes convencionarem expressamente a quantia, que ha de ser paga pelo dissidente á parte lesa, ou ao esposo perseverante e fiel, não lhes prohibe o passarem tal quantia como penhor entre si; e como assim lh'o permitte, permitte tambem as arrhas, pois são a mesma quantia, que se entregou em penhor, circumstancia esta, que para a Lei é sem duvida indifferente.

Nihil tamen obstat, quod contrahentes easdem non solum dare, in quo fere omnes conveniunt, sed et promittere possint. Ainda que seja character proprio das arrhas o serem dadas, alguns seguem, que podem ellas ser tambem promettidas, como o A. nos adverte neste lugar da sua nota. Mas entendemos, que neste caso se não podem

propriamente dizer arrhas, ou no sentido das leis Romanas, que é o mesmo, em que igualmonte as toma o *Cod. Civ.* de França art. 1590, e tambem o em que nós mesmos as tomamos ao fallar com objecto na Ord. liv. 4. tit. 2.: por quanto é essencial ás arrhas a tradição em penhor, circumstancia, que se não dá na somma, ou objecto promettido e não entregue, embora se convencione, que um a perca simplesmente, e o outro a restitua no duplo. Mas ainda que em nossa opinião se não devão dizer arrhas, valem, como se o forão, ou como pena convencional, que se ajunta aos esponsaes para compensação do lesado no caso de injusta dissidencia.

Valascus Consult. 2. *n.* 1. *in ea est opinione, in sponsalibus neque poenam promissam valere, neque arrhas*, etc. Oppõe-se á adopção das arrhas esponsalicias a opinião, que não é de Valasco tão sómente, e as reputa sem effeito nem validade, com fundamento no interesse público e particular, que exige que sejão perfeitamente livres e não coactos, os matrimonios.

É porém indubitavel, que tanto o bem particular, como o público, ou geral, exigem, se não abuse da boa fé, e se cumprão as obrigações espontaneamente contrahidas, ou que ao menos se satisfação os damnos provenientes da sua violação ou falta de cumprimento, o que fórma um dever conservador, base indispensavel da ordem. Em harmonia com o qual, a nossa jurisprudencia admitte e dá effeito á convenção dos esposos, ajuntando aos esponsaes a taxa da importancia para compensação do lesado, no caso de dissidencia, circumstancia, em que os esposos ficão livres para o matrimonio, que podem deixar de contrahir, mas obrigados ás civis ou patrimoniaes reparações, como um dever sagrado das pessoas em todas as hypotheses imaginaveis, em que com proposito ou culpa propria causão damno ou lesão.

Por direito antigo dos Romanos as promessas acceitas do matrimonio, como licitas em si, não sómente produzião acção de damno, quando não desempenhadas; mas tambem admittião, para este caso, as estipulações penaes, ou as penas convencionaes e pacticias, como mostra Mr. Toullier *Droit Civil Français* liv. 3. tit. 3. cap. 3. n. 294.; legislação, que teve uma observancia constante

até á publicação das *Pandectas*, pois que pela L. 134. D. *de verb. obligat.* se decidio, que a estipulação penal nos esponsaes não obriga o dissidente, por offensiva dos costumes, sendo indecente, que o temor aperte os laços do matrimonio: *Inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi.*

Continúa a ver-se a mesma disposição na L. 5. C. *de sponsalib.*, publicada no anno 469., na qual os Imperadores Leão e Anthemio, resolvendo, que o esposo dissidente incorre no perdimento das arrhas, que tiver dado, e restitue o duplo das que tiver recebido, accrescentão, que estipulando-se pena, esta estipulação será nulla, por isso que os matrimonios devem resultar da liberdade: *Extra definitionem autem hujus legis, si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit: cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.* Esta lei, em nossa opinião, desmente ou desdiz dos seus proprios principios, dando-se contradicção em reprovar como nullas as penas convencionaes no contracto esponsalicio, e admittir o perdimento das arrhas, pois que não é este outra cousa, senão pena convencional.

O Cap. 26. X. *de sponsalib.* parece conter a mesma disposição, que annulla as penas convencionaes no contracto esponsalicio: *Cum itaque libera matrimonia esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda, mandamus, quatenus si est ita, eumdem B., ut ab extorsione praedictae poenae desistat, ecclesiastica censura compellas.* Com tudo assenta esta decisão sobre a especie particular de serem os esponsaes contrahidos por impuberes na idade de sete annos, esponsaes, que por isso dependião de que aquelles os confirmassem, quando chegados á puberdade, faltando a qual confirmação, como faltou, era iniquo, que a pena convencional procedesse. Reduzimos pois com Boehmero, e outros, á especie particular proposta a sentença ou decisão de Gregorio IX. neste rescripto; valendo as penas convencionaes nos esponsaes, quando perfeitos, e dando acção para ellas as leis da Igreja, que alias a não dão, como em outro lugar seguimos, quando directa ao matrimonio. Com tudo muitos Jurisconsultos, fechando os

olhos sobre a especie, dão generalidade á disposição deste Cap.; o que nos parece resultar de chegarem ao seu exame prevenidos pelas sentenças das leis Romanas, que geralmente annullavão estas penas nos esponsaes.

O Imperador Leão porém na sua Nov. 18. abolio as leis prohibitivas das penas convencionaes no contracto esponsalicio, leis, que já se achavão desusadas ao tempo da promulgação desta Nov.: *Quod consuetudini placuit* (diz elle), *ut in sponsaliorum reprobationibus poenae imminerent iis, qui reprobare instituerint, id in legis auctoritatem collocamus;* disposição, que Voet, distincto Jurisconsulto Hollandez, dá adoptada no seu paiz, — *neque hoc ipsum a nostris moribus alienum est;* que Zypeo, Canonista d'Anvers, sustenta como digna de ser seguida em a toda parte; que o Auctor *das Conférences de Paris sur le mariage* diz observada nos Tribunaes; e que temos adoptada entre nós pela cit. Lei de 6 d'Outubro de 1784. §. 8., o qual consente a quantia convencionada para satisfacção do lesado, e não reprova a que se dá em penhor, ou as arrhas, pois que tem ellas o mesmo fim.

Esta jurisprudencia tem ainda de bom o evitar as delongas e difficuldades, que a experiencia mostra, se dão ao liquidar-se a importancia dos damnos e interesses cessantes; e não só previne as contestações sobre o *quantum*, mais ainda as primarias ou precedentes, que se suscitão sobre se sim, ou não, se verificaráõ damnos provenientes da falta do desempenho da obrigação principal. Com este fim duplicado e complexo é que a L. ult. D. *de stipulat. praetor.* aconselha o regular por convenções expressas e anticipadas a importancia e satisfacção dos damnos, que podem resultar da falta de cumprimento d'uma obrigação contrahida: *In ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere; quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.* No espirito desta Lei foi formado o art. 1152. do *Cod. Civ.* de França, que prohibe o augmento, ou diminuição das penas convencionadas; por isso que os pactuantes são os melhores arbitradores dos seus damnos, quando despidos de paix

xões ao tempo da convenção ; e este art. do *Cod. Civ.* de França deve ter feito cessar nesta nação a reducção das arrhas no caso do esposo dissidente, segundo a pratica antiga, que já vimos attestada por Pothier.

Das arrhas adoptadas por nossas leis, e como ellas validamente se constituem.

§. 29. *Nobis arrhas dicitur certa ea quantitas, quam in contractu dotali sponsus sponsae dat, vel promittit virgini, vel viduae*, etc. A quantia ou porção certa de dinheiro, de rendimentos, ou bens, que o esposo pelo contracto dotal promette, ou dá á esposa, para seu sustento e tracto no tempo da viuvez, tanto nas leis d'Hespanha, como nas nossas, diz-se arrhas; ainda que talvez nossos maiores lhe chamárão — *compra do corpo*. Parece que a esta doação se veio a dar em nossas leis o nome d'arrhas por imitação das d'Hespanha; e que lhe cabe, ou por ser ella prova de que a mulher é dotada; ou por ser signal da incommunicação dos bens, que os conjuges trouxerão; ou tambem porque segura, e em certo modo afiança, a subsistencia da mulher, que sobrevive ao marido. É com tudo certo que por este nome — *arrhas* se entende o dote feito pelo esposo á sua mulher futura, com attenção á viuvez, e sem nenhuma referencia aos encargos do matrimonio.

Sponsus sponsae dat, vel promittit virgini, vel viduae, etc. Houve Doutores, que disserão serem dadas, ou promettidas as arrhas, como um premio da virgindade da esposa; mas nem por lei, nem por costume, tal qualidade se reputa entre nós indispensavel para as arrhas; e por isso é que o A. aqui adverte com Valasco *Cons.* 2. n. 4., que o esposo as promette, ou dá á esposa, quer donzella, quer viuva.

Certa esse debet, etc. Posta a definição, examina em seguida o nosso A. as condições, ou requisitos, que para a sua validade requerem nas arrhas as nossas leis. É a primeira o ter esta doação por objecto quantia, ou porção certa, isto é, computo de bens, ou rendimentos, que se possa determinar e liquidar, a fim de se lhe achar a proporção legal e fixa com o dote,

como logo exporemos; sendo nulla tal doação, quando o seu objecto não é certo, qualidade, que a Ord. liv. 4. tit. 47. *in princ.* explica pelas expressões de *promessa ou doação de camera cerrada*, contraposta á qualidade de certa, que a mesma lei exige para a validade das arrhas; sem que aqui demos importancia ao exame das differentes e ociosas opiniões sobre a noção de — *camera cerrada*, pois que o pensamento da lei é manifesto, ensinando-se por si mesmo ao interprete, que nunca deve occupar-se inutilmente, e cujo officio acaba, logo que não ha razão fundada, que o force a duvidar sobre a disposição legislativa.

Non possunt arrhae tertiam dotis muliebris partem excedere, etc. Em Hespanha pela L. 1. liv. 5. *Nov. Recopilaç.* tit. *De los dotes y arrhas*, devem tambem as arrhas ser certas, pois não podem exceder a decima parte dos bens do esposo doador. Entre nós são medidas pelo valor da terça parte do dote da mulher, e nullas em todo e qualquer excesso ou demasia, cit. Ord. §. *inic. in fin.* Do que resulta, que se o dote não foi pago inteiramente, ou se alguns bens d'elle forão applicados a dividas anteriores ao matrimonio, ou reivindicados depois, são as arrhas reduzidas ou desfalcadas correspondentemente á diminuição, que o dote teve, Valasc. *Cons.* 2. n. 2. e seg., *Cons.* 137. n. 1., Cab. p. 1. *Decis.* 177. nn. 1. e 2.

Nec propterea instituí, *uxori indotata*, etc. Devendo a terça parte do dote ser a medida da importancia das arrhas, é evidente que, sendo indotada a mulher, não podem ellas ser dadas nem promettidas, pois que não existe então o objecto, que lhe dá o parallelo legal. Mas o Desembargo do Paço dispensava para se darem arrhas á indotada.

Neque deberi, *dote tantum promissa*, etc. As expressões da cit. Ord. — *da terça parte do que a mulher trouxer em seu dote*, provão, que a lei attende ás contingencias do dote, em quanto não é entregue, no que concordão os Praxistas, reconhecendo a necessidade da tradição, ou recebimento do dote pelo marido, para serem devidas por seus herdeiros as arrhas, que elle tem promettido. Ao que assignão as seguintes limita-

ções: 1.ª se o marido confessou em quitação haver recebido o dote; 2.ª se elle deu espera, ou espaço para o pagamento do dote lhe ser feito, e antes d'este, o matrimonio se dissolve por sua morte; 3.ª se por desleixo e negligencia do marido não foi o dote recebido; 4.ª se sendo o dote constituido em dividas, o marido culpavelmente lhe não obstou á prescripção, Portug. *de donat.* liv. 1. *praelud.* 2. §. 6. desde n. 25.; pois que em nenhuma destas especies ha facto proprio da mulher, nem negligencia, ou omissão, que lhe deva ser imputada para que perca as arrhas, que lhe forão promettidas com a sua acceitação.

Neque promitti, vel dari, constante jam matrimonio, etc. Tambem o tempo póde influir na validade das arrhas, pois que sendo ellas por essencia uma verdadeira doação, e como tal prohibida entre marido e mulher, deve ser feita pelo esposo á esposa, e por isso antes do matrimonio. Valem com tudo estabelecidas depois, se o marido persistio até á morte sem revogal-as; pois que, como proximamente veremos, as doações entre os conjuges, não revogadas, se confirmão pela morte do doador. Tambem valem as arrhas estabelecidas depois, quando o marido foi pobre, e a mulher teve um dote rico, pois se reputão então remuneratorias; e como tal é permittida a doação entre os conjuges, Valasc. *Cons.* 2. n. 5. e 6., Barb. á Ord. liv. 4. tit. 47. *princ.* 1. Peg. 3. *For.* cap. 36. n. 18.

Resta notar, que quando as arrhas não valem como taes, mas sim como doação, é coherente insinual-as, por attenção com a generalidade da disposição imperativa da Lei de 25 de Janeiro de 1775; assim como que na Hespanha podem as arrhas ser indistinctamente constituidas, isto é, tanto antes, como depois de contrahido o matrimonio, L. 1. tit. 21. *Partid.* 4.

Arrhas inofficiosas.

§. 30. Se o marido teve filhos, ou descendentes d'um matrimonio válido anterior, dissolvido pela morte da mulher, ou putativo, que não foi revalidado; ou illegitimos, mas successiveis; e existem no tempo do venci-

mento das arrhas, estabelecidas em favor d'uma segunda mulher; se ellas não excedem a terça parte do seu dote, mas são maiores que a terça do marido, quando como esposo lh'as prometteo: não póde a mulher haver, nem por este, nem por outro algum titulo, mais do que essa terça do esposo, a fim de não prejudicar a legitima de tal, ou taes descendentes, Ord. liv. 4. tit. 47. §. 1. O que faz que as arrhas promettidas em segundo matrimonio, tendo o viuvo filhos do primeiro, sáião da terça dos bens, que este tinha, quando esposo: e se taes filhos não houve, ou não existem, não se attende a essa terça, e sáem da meação, ou dos bens, que trouxe do primeiro matrimonio, Gam. *Decis.* 308. n. 14., Valasc. *Part.* cap. 23. n. 10.

Quae ad patrem, matrem, et reliquos ascendentes producenda est, etc. Ainda que a Ord. liv. 4. tit. 47. §. 1. manda regular as arrhas pela terça do viuvo, para que os filhos e descendentes do matrimonio anterior não sejão defraudados nas legitimas, e não mencione os ascendentes; é certo que existindo estes, se aquelles faltão, procede a mesma disposição, pois tem legitima como herdeiros, neste caso necessarios; e é regra que se observa a mesma disposição, quando se dá a mesma razão da lei, Pereira e Portug. *de donat.*, citados pelo A.

Em dominio de quem estão as arrhas, e para quem passão por morte da mulher ou do marido.

§. 31. Podem as arrhas ser promettidas ou entregues: se promettidas, nenhum direito tem n'ellas a mulher, e só por morte do marido lhe assiste acção pessoal contra os herdeiros, para d'elles haver a tradição; se são dadas ou entregues pelo marido á mulher, a tradição dá-lhe dominio, que conserva na persistencia do matrimonio, Valasc. *Cons.* 2. nn. 3., 8., 9. Mas *in ejus pleno, perpetuoque dominio non sunt, nam, ea praemortua, ad maritum, a quo sunt profectae, revertuntur.*, como se explica o A. em demonstração de que não é pleno o dominio da mulher. Por quanto, se fosse pleno, podia a mulher por sua morte dispôr das arrhas a seu arbitrio, o que é pelo contrario, pois revertem ao ma-

rido, porque se não realizou a viuvez, qualidade da mulher, circumstancia e condição attendida no estabelecimento das arrhas, sem que tambem o dominio seja pleno na constancia do matrimonio, ou em quanto o homem vive, por isso que a mulher não goza do usofructo, nem de administração alguma n'ellas.

Mortuo autem marito, apud eamdem una cum dote manent, sed ad illius tantum vitam, etc. Se o marido é o predefuncto; ou as arrhas fossem dadas ou promettidas, mas neste caso já havidas dos herdeiros, o dominio não é pleno na mulher em quanto a ellas; *primo* porque por sua morte não passão a seus herdeiros, pois lhe succedem os do marido, em virtude do direito de reversão, que este tinha, e que lhes foi transmittido; *secundo*, porque por virtude deste direito dos herdeiros do marido não póde a mulher em sua vida dispôr das arrhas, mas usofruílas tão sómente, de sorte que o direito, que cabe n'ellas á mulher, quando viuva, é mais um usofructo vitalicio, do que um dominio verdadeiro, como o Sr. Paschoal na sua nota observa: *magis in illis verus ususfructus ad ejus vitam, quam verum dominium constitutum videtur.* Por isso tambem é que por morte da mulher, nem o marido, nem seus herdeiros podem ser accionados, por este titulo, pelos herdeiros d'aquella, com a qual morreo todo o direito, em quanto ás arrhas; o que tambem é observado na praxe attestada pelo A. na ultima linha do §.

Pacto tamen, quod legem dat contractui, plena proprietas uxori dari potest, etc. Exposto o direito da mulher em quanto a arrhas, segundo a sua natureza, ellas conservão a essencia, se pelo pacto o esposo dá á esposa o dominio pleno n'ellas, com a faculdade de dispôr, tanto *inter vivos*, como por testamento; pois que não ha lei, que lhe prohiba nas arrhas tal convenção, comprehendendo-se ella por isso no largo circulo das faculdades, concedidas aos esposos, para regularem seus ajustes, Ord. liv. 4. tit 46. §. *inic.* Na Hespanha porém, independentemente de convenção, não é para os herdeiros do marido, mas sim para os da mulher, que as arrhas passão por sua morte, L. 51. de *Touro*.

É aqui para notar que a opinião do A. sobre as

arrhas não passarem sem pacto expresso para os herdeiros da mulher, opinião, que auctoriza com Egidio, Heineccio e Valasco, não é seguida por Lobão, que entende necessario o pacto expresso para os herdeiros do marido lhe succederem, faltando o qual, diz, succedem sempre nas arrhas os herdeiros da mulher.

O Sr. Paschoal allega pela sua parte a praxe, e em verdade só por ella, em falta de pacto expresso, podemos interpretar a mente e intenção do doador. Abstrahindo porém da praxe, não tendo nós lei Romana, pois que as leis Romanas não conhecem as nossas arrhas; e não obstante ser outra a jurisprudencia d'Hespanha; achamos a doutrina do A. não só mais confórme á natureza, que inclina o marido antes para os seus herdeiros, do que para os da mulher, mas, supposta a relação entre as arrhas e o dote, mais confórme ás analogias de Direito. Pois do mesmo modo que os herdeiros do marido, para succederem no dote, dependem de pacto expresso, que confira ou dê áquelle a propriedade perfeita em todo, ou parte do mesmo, assim tambem as arrhas, dote feito pelo marido, quando esposo, devem ter para elle reversão, se sobrevive, e a transmitte a seus herdeiros para n'ellas lhe succederem, excluidos os da mulher. O que ainda se confórma com o espirito do Direito, que no caso das segundas nupcias da mulher, que tem filhos do primeiro matrimonio, manda passar integros a estes todos os bens, que o pai conferio a sua mãi na convenção antenupcial, L. 3. C. *de secund. nupt.*; disposição, em que reluz o espirito de preferencia a favor do sangue do defuncto; provando até mesmo a lei citada, que as arrhas, ainda dadas expressamente á mulher em propriedade perfeita, não podem ser deixadas por ella aos filhos do segundo matrimonio, tendo-os do marido predefuncto, que como esposo lh'as doou. Concorda nesta ultima especie o *Digest. Portug.* tom. 2. art. art. 196.

Differenças entre as nossas arrhas e o dote.

§. 32. Neste §. refere o nosso A. em elencho as differenças, que se dão entre o dote e as nossas arrhas,

continuando a referir no seguinte as distincções entre as nossas, e as arrhas esponsalicias dos Romanos. Differem as nossas arrhas do dote: 1.° em não serem aquellas dadas, como este, em subsidio dos encargos do matrimonio, pois, como dissemos, procurão ellas, ou tem por fim a decencia e sustentação da mulher, quando viuva, e já desfeito ou dissolvido o casamento; 2.° não resultão da necessidade ou obrigação, que a lei imponha, como o dote profecticio, mas são sempre liberalidade e effeito da resolução espontanea do esposo, que o leva ao seu estabelecimento; 3.° ainda que as arrhas sejão traditas e recebidas, o seu fim, consistente nos soccorros da viuvez, tira á mulher toda a administração, em quanto a ellas, na constancia do matrimonio, tem-na, em que pelo contrario o marido tem a administração toda do dote; 4.° a mulher, pela morte do marido, tem no dote todos os elementos do dominio, quando nas arrhas começa então para ella o usofructo vitalicio tão sómente, salvo o caso, em que o esposo lhe deu n'ellas a propriedade perfeita; 5.° no dote lucra o marido os fructos integros, sob encargo de prover aos onus do matrimonio, ou em quanto vive a mulher, quando nas arrhas, em quanto vive o marido, não lucra a mulher fructos ou rendimentos alguns; 6.° finalmente differem as arrhas do dote em os herdeiros da mulher, em quanto a este, terem acção para o haverem do viuvo, ou seus herdeiros, quando o direito, em quanto ás arrhas, acabou com a mulher, sem que seus herdeiros por tal titulo tenhão cousa, em que succedão, ou fundamento d'acção.

São as nossas differentes das arrhas esponsalicias dos Romanos.

§. 33. *Differunt etiam ab arrhis juris Romani*, etc. As nossas arrhas distinguem-se das esponsalicias dos Romanos: 1.° em que estas, não obstante serem dadas, por costume, á esposa, ou a seu pai, podião ser dadas por este, ou por aquella ao esposo, quando as nossas, por expressa sentença da lei, são dadas sempre pelo esposo: 2.° em as Romanas serem dadas, ou entregues

não só em razão da sua natureza sempre pignoraticia, mas porque promettidas, erão pena convencional ou pacticia, adjecta aos esponsaes, e como tal prohibida por direito, quando as nossas podem ser não só dadas, mas promettidas, Ord. liv. 4. tit. 47. *in princ.*, nas palavras — *não possa prometter ou doar a sua mulher* (entende-se — futura ou esposa) *camera cerrada;* 3.° em as nossas terem taxa de valor na terça parte do dote, recebido da mulher, sob nullidade do excesso, quando as arrhas dos Romanos valião sem differença de quantidade ou valor; 4.° em fim em as dos Romanos reverterem ao doador, logo depois do matrimonio contrahido, quando as nossas prestão usofructo vitalicio á viuva, ou á mulher, só depois de dissolvido o matrimonio; donde resulta ainda uma differença, a de reverterem as dos Romanos para o marido, quando as nossas nunca revertem para elle, mas succedem nellas seus herdeiros, nem no caso da sentença em julgado, que condemnou a mulher na pena ordinaria do adulterio, Ord. liv. 5. tit. 25. §. 6., pois que ainda ella não tinha o usufructo.

Tambem as nossas arrhas differem da doação propter nuptias.

§. 34. *A donationibus propter nuptias differunt*, etc. As nossas arrhas, consistindo na doação do esposo á esposa, com medida na terça parte do dote, e como um subsidio ao mesmo, para aquella, em consolação da viuvez, ter meios de subsistencia até á morte, differem a muitos respeitos da doação *propter nuptias*, que nem a nossa nação, nem outros povos, excepto alguns da Germania, adoptárão. E differem, 1.° porque esta doação é correspondente ao dote por igualdade de valor, quando as nossas arrhas lhe correspondem na terça, e não no todo; 2.° em ser ella uma compensação pelo dote, contribuindo igualmente para os encargos do matrimonio, e dando áquelle segurança e especial hypotheca, quando as nossas arrhas se não referem ao matrimonio e seus encargos, não servem ao dote de segurança, nem, como este, tem o privilegio d'hypotheca, nem o de preferencia aos crédores, Valasc. *Cons.* 16. n. 15.

Finalmente a doação *propter nuptias* era feita por um dever imposto pela lei aos mesmos, em quem se dava a obrigação de dotar, quando as arrhas, entre nós são em sua origem inteiramente voluntarias.

Do dotalicio.

§. 35. *Dotalitium*, *cujus mentio fit in* Cap. 15. X de for. compet., Cap. 4. de donat. inter vir. et uxor. Can. 10. Caus. 36. quaest. 2., *nobis dotale pactum est, quo* etc. Escriptores nossos mui distinctos, attribuindo com toda a exacção ás leis Romanas a doação *propter nuptias*, fallão do *dotalicio*, como creado pelo Direito Canonico: no que parece dar-se equivoco. É certo ser elle mencionado no Can. em Graciano, e Capp. nas Decretaes, que acima com o A. expozemos; mas é elle nestes lugares referido, e não creado, pois que o dotalicio não só por natureza devia ter origem, mas effectivamente a teve nos costumes e leis civis.

Foi elle usado na Germania: e de que o foi igualmente em Inglaterra, nos dá prova o Cap., que primeiro apontámos, pois que é seu objecto o dotalicio consistente n'um Castello, dado a uma Rainha desta nação. Parece ter tido origem na França tal contracto, pois que em parte deste Reino, chamada *France coutumière*, as filhas não tinhão dote dos pais; e não tendo igualmente que pretender d'elles cousa alguma depois da contracção do matrimonio, e sendo justo que no caso de viuvez ellas tivessem subsistencia, veio naturalmente daqui o estabelecerem-lhe os maridos dotalicio, que depois foi adoptado pelo antigo Direito Francez Escripto com o nome de *douaire*, chamando-se assim o que o marido dava á mulher, sobrevivendo-lhe, distinguindo-se entre *douaire préfix* ou *conventionnel*, e *douaire coutumier*, o qual era regulado pelos costumes dos lugares, sem dependencia de convenção, no que differia d'aquelle.

Pelo que nos diz respeito, nem as nossas leis antigas, nem tambem as posteriores e modernas, mencionão a palavra *dotalicio*, ainda que a sua idéa de subsidio, dado á mulher quando viuva, se exprime pelos termos

apanagio

apanagio ou *alimentos* na Lei de 17 d'Agosto de 1761 §. 7., e pelo d'*alfinetes* e *mesadas*, conferidas na constancia do matrimonio á mulher, e continuadas como *alimentos* á viuva, na Lei de 4 de Fevereiro de 1765 §. 1. *in fin.*, e §. 4. no verso — *os sobreditos alfinetes ou alimentos das referidas viuvas.*

Pactio haec dotalitia certam quoque pecuniae summam comprehendit, etc. Adverte o A. primeiramente na nota, que o dotalicio, considerado como classe, isto é, como doação do esposo á esposa, e sem referencia alguma ao dote, comprehende os *alfinetes* (*aciculas*), nome, que damos á convenção das mesadas, que, na constancia do matrimonio, a mulher recebe do marido para seus adornos ou enfeites; que comprehende tambem as *joias* (*munera sponsae tradita*), isto é, os donativos em dinheiro, vestidos, anneis, etc., que o esposo, ou seu pai, dá á esposa; e que finalmente comprehende as tenças e rendimentos annuaes (*apanagios*), que se assignão á esposa para o caso de viuvez.

Munera hodie excedere non possunt, etc. A *Pragmatica* de 24 de Maio de 1749 §. 16. permittio as *joias* dadas pelo esposo á esposa no dia das escripturas em 600 000 reis de valor, não tendo dote; e tendo-o, no correspondente á quinta parte do mesmo. A Lei de 17 d'Agosto de 1761 §. 7., fallando das *joias* como dadas á esposa pelo esposo, e, se este é menor, pelo pai, ou em sua falta pelo tutor, regulou-as minudamente por peças; por exemplo, em um vestido de gala para o dia do casamento, um relogio, uma joia de garganta, etc. Mas dando-se estas peças em um valor excessivo, para obstar á dissipação das casas nobres por occasião dos matrimonios, o Decreto de 17 de Julho de 1778 permittio, que o esposo nos dias da primeira visita á esposa e das escripturas possa dar-lhe quaesquer *joias*, que quizer, mas com taxa, para não ser excedida, em oito mil cruzados de valor, ou importancia.

Cumpre porém aqui notar, que a doutrina do A. — *munera hodie excedere non possunt summam octo millium numorum*, não é exacta na sua generalidade; por quanto a disposição da Lei de 17 d'Agosto de 1761 §. 7., alterando o §. 16. da de 24 de Maio de 1749,

sómente o fez ácerca das joias dadas ás filhas de pais com fôro de Moço Fidalgo, pelo menos, e que tem casa de tres contos de reis de renda, em relação sómente ás quaes legislou o Decreto de 17 de Julho de 1778. Desta sorte as filhas de pais com menor grao de nobreza, ou que não tem o rendimento annual, que já notamos, estão fóra do Decreto ultimamente citado, não lhes podendo ser dadas joias excedentes a 600$000 reis, se não tem dote, e superiores á quinta parte do valor deste, se são dotadas; pois que para ellas permanece a disposição do §. 16. da Pragmatica, ou lei repressiva contra o luxo, que antes das mais apontámos.

Pensionis menstruae quantitas lege definita non est, etc. Os *alfinetes*, consistindo em mesadas, não se achão regulados na importancia, ou quantia, dependendo esta tão sómente da liberalidade do esposo. Dos *alfinetes* falla, como vimos, a Lei de 4 de Fevereiro de 1765, e dispõe, 1. que sejão continuados ás viuvas, em quanto por segundas nupcias não passão a continuar outras casas, que as devão alimentar; 2.° que sejão continuados ás viuvas, que tem filhos, e se conservão neste estado, em quanto, vivos os sogros ou senhores das casas, se lhes não podem assignar os alimentos na decima dos rendimentos das mesmas; 3. que concorrendo no casal duas viuvas, como sogra e nora, ou duas cunhadas de dous irmãos, á viuva do primogenito competirá a decima dos rendimentos, e á do filho segundo se continuaráõ os alfinetes, sem que nunca seja a mesma casa gravada conjunctamente por duas decimas.

Certa vero quantitas viduae alendae adsignatur, etc. Os *apanagios*, se não são estipulados para o tempo da viuvez a favor das filhas de pais, Moços Fidalgos pelo menos, e com rendimento annual de tres contos de reis em bens, são taxados na decima parte do maior rendimento liquido de todos os bens do marido, que lhes é adjudicada pelos mais solidos e seguros, comprehendidos os vinculados depois dos allodiaes, e os da Corôa e Ordens depois d'aquelles: procedendo-se de plano e pela verdade sabida para esta adjudicação, tendo a viuva, até ella lhe ser feita, direito de retenção na posse de toda a casa, cit. Lei de 17 d'Agosto de 1761.

§. 7., e conservando o usofructo dos bens assim adjudicados, em quanto não contrahe segundas nupcias, cit. Lei; sendo tanto os apanagios, como os alfinetes, executivamente cobrados, e discutindo-se quaesquer embargos sem suspensão, Lei de 4 de Fevereiro de 1765.

Quare nobiles alterius ordinis possunt quaecumque munera et quovis tempore semel et iterum sponsae suae dare, etc. A adjudicação legal dos apanagios na importancia da decima dos rendimentos, a continuação dos alfinetes não pactuados para o tempo da viuvez, a taxa em oito mil cruzados de valor para as joias esponsalicias, procedem nas filhas de pais, que tem a qualidade de nobreza, e quantidade de rendimentos, que temos visto. A's filhas fóra d'estas circumstancias são os mesmos objectos assignados pelos esposos, a seu arbitrio e livremente, segundo as amplas faculdades concedidas aos pactuantes na Ord. liv. 4. tit. 47. *princ.*; do que com tudo se exceptuão as joias esponsalicias, pois se achão reguladas legalmente, como vimos.

Illud tandem, antequam hinc recedam, notandum, etc. Fecha o Sr. Paschoal a sua nota, advertindo-nos ter o termo *apanagios* origem estranha á nossa lingua, que pela primeira vez a adoptou na cit. Lei de 1761; e nos parece tel-a tomado dos Allemães e Saxonios, entre os quaes os primogenitos, successores em todos os bens dos feudos, assignavão a seus irmãos, filhos segundos, alimentos distinctos por este nome, Struyck. liv. 4. *Disp.* 12. n. 4. n. 48. e seg., nome, que a nossa Lei appropriou aos alimentos das viuvas mais illustres, que alguns, e mesmo em outras nações, tinhão chamado dotalicio, e outros distinguirão por doações *propter nuptias*, comprehendidos nos mesmos termos os alfinetes e joias.

Differe o dotalicio das arrhas Romanas, das nossas, e da doação propter nuptias.

§. 36. O dotalicio, comprehendendo os apanagios e alfinetes continuados á viuva, differe das arrhas esponsalicias dos Romanos: 1.° em não ser dado em penhor, e para prova da convenção, que tem por objecto o ma-

trimonio, mas para subsistencia da viuva; 2.° em ser dado tão sómente depois de dissolvido o casamento, quando as arrhas, de que fallámos, se dissolvem ou restituêm pela sua contracção; 3.°, e comprehendendo já os alfinetes como taes, porque abrange o dotalicio mais e muito differentes objectos, como são o sustento, decencia e ornato da mulher, tanto na constancia, como depois do matrimonio.

His vero arrhis multum adsimilantur munera nuptialia, etc. As nossas joias porém tem bastante semelhança com as arrhas dos Romanos, em quanto tem com ellas de commum a reversão para o doador, se as nupcias se não seguem, ainda que as joias revertem simplices, e não duplas, como as arrhas neste caso

A nostris quoque arrhis .... in multis etiam dotalitium differt, etc. Differe das nossas arrhas o dotalicio: 1.° em que este, comprehendendo os alfinetes, abrange mais objectos, pois não só procura, como as arrhas, a subsistencia da viuva, mas seus ornatos e enfeites na constancia do matrimonio; 2.° em o dotalicio ser legal nas viuvas mais illustres, quando as arrhas sempre são convencionaes; 3.° o dotalicio procede mesmo na indotada, as arrhas tão sómente na dotada, donde vem consistirem estas sempre em quantidade correspondente á terça parte do dote, que a mulher traz, quando o dotalicio legal consiste na decima parte do valor do maior monte dos rendimentos do casal, que deixou o marido predefuncto.

In quo autem dotalitium a donatione propter nuptias differat, pluribus ostendit Boehm., etc. Differe principalmente o dotalicio da doação *propter nuptias* no seu fim especial, pois que tem por fim assegurar com hypotheca os bens dotaes, donde nasce acabar ella com a entrega do dote, a que o dotalicio se não refere, mas sim a subsistencia da viuva, podendo este dar-se sem dote, ou em quantidade desigual, quando aquella era sempre igual ao dote, etc.

Liberalidades esponsalicias, e se podem repetir-se.

§. 37. *Reliquae inter sponsos donationes, quae ad*

superius dictas dotales pactiones haud commode referri possunt, sub generali nomine veniunt sponsalitiae largitatis, etc. Outras doações entre esposos, que commodamente se não podem comprehender em algumas das especies, que acabamos d'examinar, são comprehendidas pelo A. nas liberalidades esponsalicias, quer feitas pelo esposo á esposa, quer *vice versa*, as quaes mais usada e vulgarmente distinguimos por *presentes dos esposos*. Os Romanos até ao tempo de Constantino reputavão estes presentes, puras e simples *liberalidades*, que pela acceitação ficavão proprias, sem que se désse direito a havel-as ou repetil-as, ainda que as nupcias se não seguissem. Desagradou porém esta idêa ao Imperador referido, como elle mesmo confessa no principio da L. 15. C. *de donat. ante nupt.*; e por isso dispoz n'ella, que todas as doações exercitadas entre os esposos, para valerem, se entendessem dependentes da condição da effectividade do matrimonio, tendo o doador, quando aquelle se não seguisse, direito a exigil-as do culpado no não effeito dos esponsaes, sem differença sendo a culpa da esposa.

É este o nosso Direito: mas é tambem opinião do A., com a qual nos conformamos, que deve reservar-se a exigencia para o caso de presentes importantes; alias o objecto não val a pena, e inculca no exigente mais a mesquinheza, do que a justiça de evitar damno.

Reliqua, quae idem Constantinus, etc. Fecha o A. este § com a disposição, que é tambem de Constantino, e se vê na L. 16. C. *eod.*, segundo a qual, quando houve o osculo anticipado, ou foi prelibada a virgindade, dissolvidos os esponsaes pela morte do esposo, os presentes recebidos pela esposa se dividem, com igualdade, entre ella e os herdeiros do defuncto; o que diz não tem uso entre nós, como já em outro lugar notamos, ainda que foi expressamente recebido na Hespanha pela Lei 52. de *Touro*.

TITULO X.

Doações entre os casados.

Razão d'ordem, disposição geral sobre o objecto do Titulo, seus motivos e excepções.

§. 1. Tractou o Sr. Paschoal no Titulo antecedente das differentes e diversas doações entre esposos, ás quaes é inherente a condição — *si nuptiae sequantur.* Pede a ordem seguir a mesma materia *post contractum matrimonium*, ordem, que o mesmo A. observa, examinando immediatamente neste Titulo o Direito com objecto nas doações entre aquelles, que d'esposos passárão a ser casados, e por isso doações entre marido e mulher, como se exprime a rubrica geral do Titulo: *De donationibus inter virum et uxorem;* doações estas, que pelo tempo, em que são feitas, e em razão da differente qualidade das pessoas, se distinguem das antenupciaes, examinadas no Titulo antecedente sob a inscripção — *De jure dotium.*

Jure Romano non valent donationes inter virum et uxorem, etc. Segundo o Direito Romano era um dos effeitos civis do matrimonio não poderem os casados, em quanto taes, fazer-se válidamente doação alguma entre vivos; não porque seja improbo, ou porque haja maldade moral em um dos conjuges fazer o outro mais rico, *non quod improbum sit lucupletiorem fieri conjugem per conjugem*, como se explica o A., mas porque o não devia fazer com as cousas proprias, *sed ne ex rebus conjugis*, L. 5. e 31. D. *hoc tit.*; isto pelas bellas razões e motivos, que nos refere Ulpiano: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent: hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*, L. 1. D. *de donat. inter vir. et uxor.*

Accrescem outros motivos, que o mesmo Jurisconsulto nos transmitte na L. 3. D. *eod.* — *Majores nostri*, diz elle, *inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

Estabelecêrão pois os costumes dos antigos entre os Romanos, e as leis escriptas posteriormente confirmárão, que fossem nullas as doações entre mulher e marido, para obviar a que os conjuges reciprocamente se despojassem por este meio, que um cego amor lhes inspiraria com profusão insensata; e tambem para que sua união fosse effeito unicamente d'amor, sem que o interesse n'ella tivesse parte, com o risco d'o mais generoso dos conjuges se reduzir á pobreza para enriquecer o mais ávido.

Deu-se ainda outra razão, ou motivo para esta Jurisprudencia, mas particular dos Romanos em virtude dos repudios e divorcios; e foi elle o obstar a que, decidindo-se um dos conjuges a não dar, isto fosse causa excitante do divorcio em razão do descontentamento do outro, tornando-se assim vemaes os matrimonios, *venalicia matrimonia*, como se explica o Jurisconsulto Paulo n. L. 2 D. *eod.*

Cabe aqui o ponderar que as razões, que temos visto, tem uma propria relação com a especie de mulheres, que já vimos os Romanos chamárão *uxores* e matronas, as quaes, por isso que *sui juris*, tinhão que dar, e podião receber, porque podião adquirir; sendo as outras, que chamárão *matresfamilias*, e que estavão *sub manu*, ou no dominio, incapazes de doações, tanto activas, porque não tinhão que dar, como passivas, porque para si nada lucravão, de sorte que o marido fazendo-lhes doação, fazia doação a si mesmo, o que involve um absurdo.

Escriptores nossos, e mui distinctos, allegão esta ultima razão, o estarem as mulheres no dominio dos maridos, para fundamento da prohibição das doações entre conjuges segundo a disposição das Leis Romanas; mas manda a exactidão reconhecer, que não foi geral o supradito fundamento, e que as razões e motivos anteriores ou primeiramente expostos, e que as leis examinadas

manifestamente nos referem, excluem uma especie de mulheres, e são proprias d'outra especie, a das mulheres *sui juris*, *vel uxores*, *vel matronae*, as quaes não lucravão para os maridos, sendo capazes tanto d'umas, como d'outras doações.

Esta prohibição porém de doar entre os casados foi limitada e restricta ás doações entre vivos, sendo-lhes permittido o dispôr um em beneficio do outro por ultima vontade, ou testamento: *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt*, L. 9. §. ult. D. *hoc tit. Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt*, L. 10. *ibidem*. É evidente, que este direito ou faculdade se daria no marido, e mulher ainda mesmo que não fosse concedida expressamente, por que as doações *causa mortis* só depois d'esta, até á qual são revogaveis, dão a propriedade ou dominio, effeito, que realizado tão sómente quando já não existe o doador, destruia o receio da lei em quanto a este, *ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.*

Aliquid tamen progressu temporis ab hoc jure laxatum fuit, etc. O rigor das leis Romanas, que absolutamente annullava todas as doações *inter vivos* entre mulher e marido, foi algum tanto modificado por uma Constituição approvada pelo Senado, a qual foi obra dos Imperadores Severo e seu filho Antonino Caracalla, associado ao Imperio por aquelle. Ordenou esta Contituição, que o A. nos menciona na sua nota ao §., que quando o conjuge, que havia feito ao outro uma qualquer doação, morre, sem que tenha manifestado mudança de vontade a tal respeito, o herdeiro do doador não possa ser recebido em juizo para o fim de repetir os objectos doados; entendendo-se por este modo, que a morte do conjuge, que não mudou de vontade, confirmou, neste caso a doação, não se dando necessidade de que o mesmo a confirmasse expressamente em testamento.

É isto o que se infere das expressões da Constituição referida, transmittidas por Ulpiano: *Ait oratio, fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus supremam voluntatem ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.* L. 32. §. 2. D. *eod.*

Pelas mesmas razões e principios de que o herdeiro

do doador não podia repetir do donatario os objectos doados, que pela effectiva tradição este tinha recebido; era que se um dos conjuges por doação tinha entregado ao outro um titulo da sua divida, e morreo sem mudança na vontade, o herdeiro não podia ser recebido para pedir um tal titulo: *Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa; potest dici, donationem effectum habituram;* dita L. 32. §. 23.

Ainda nos cumpre notar, que, segundo o Direito ou legislação do Digesto, tão sómente as doações, que tinhão tido execução em vida do doador, isto é, que tinhão sido consummadas, ou recebido perfeição pela entrega do objecto, *quae re seu traditione consummatae*, forão as confirmadas pela Constituição de Caracalla, quando o doador se conservou até á morte sem mudança de vontade; não chegando a ter acção o conjuge donatario para exigir do herdeiro do doador a doação por este feita, mas que ficou em promessa e imperfeita por falta de tradição, embora o doador durante a vida não mudasse de vontade: *Denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit*, L. 23. D. *eod.* Mas Justiniano pela Nov. 162. cap. 1. determinou, que as doações entre marido e mulher, em que não chegou a dar-se tradição, fossem confirmadas pela morte do doador, que não mudou de vontade, dando acção ao conjuge donatario para obter execução contra o herdeiro do doador: *Non enim ad defraudationem, neque ut literae sint nudae, interpositum convenit conficere instrumentum;* alludindo á necessidade da insinuação pela cópia do contracto nos instrumentos públicos competentes, que, uma vez feita, não devia ser frustrada pela nullidade da doação promettida, e que não chegou a ter execução em vida do doador.

Posta a regra da nullidade das doações entre marido e mulher, mas da sua validade, se confirmadas, bem que tacitamente, pela morte do doador, desta regra se exceptuão para logo terem effeito e validade, ou sem a confirmação pela morte, algumas doações especiaes, segundo a legislação dos Romanos, ás quaes continúa o A. a referir-se no resto da sua nota.

Eadem jure valent donationes, quae vel donatorem pauperiorem, vel donatarium locupletiorem non reddunt, etc. A remissão ou renúncia, que a mulher faz ao marido, d'um direito d'hypotheca, que ella tinha no seu prédio; por meio do consentimento por ella dado para que o marido o venda, é valida, porque não é considerada como uma liberalidade ou doação prohibida entre mulher e marido: *Si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium*, L. 18. D. *quae in fraud. creditor.* Sendo a razão, que a renuncia do direito d'hypotheca, feita a bem do conjuge, em nada lhe diminue a sua divida, nem o enriquece mais do que elle d'antes era; pois que é uma disposição geral das leis Romanas, que não são prohibidas doações entre mulher e marido, senão aquellas, pelas quaes um dos conjuges se enriquece á custa ou pela diminuição do patrimonio do outro: *Ubicumque non diminuit de facultatibus suis, qui donavit; vel etiam si diminuat, locupletior tamen non fit, qui accepit: donatio valet*, L. 5. §. 16. D. *de donat. int. vir. et uxor.*

Pelos mesmos principios decidião tambem as leis Romanas, que a doação d'uma somma de dinheiro, feita pela mulher ao marido, para elle satisfazer as despesas, a que o obrigou a dignidade, que lhe fôra conferida, era válida, pois que por ella o marido não se tornava mais rico, como nos ensina Gaio: *Nuper ex indulgentia Principis Antonini recepta est alia causa donationis, quam dicimus Honoris causa: ut ecce, si uxor viro* laticlavii *petendi gratia donet, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratia*, L. 42. D. *eod.*

Esta disposição porém, olhada com attenção, manifesta falsidade na razão de decidir: por quanto, se o marido fizesse á sua custa as despesas da mercê, que recebeo, ou que lhe foi conferida, na razão d'ellas erão diminuidos seus bens, e a mulher, fornecendo-lh'as, o enriquece com a economia de taes despesas, como observa Pothier: *Locupletior est, quatenus propriae pecuniae pepercit.*

Tambem as leis Romanas permittião a doação, que um dos conjuges fizesse a outro para reparar algum damno, que um incidente imprevisto tinha trazido a seus

bens; comb se um d'elles dava ao outro o dinheiro necessario para reconstruir uma casa incendiada: *Quod si vir uxori, cujus aedes incendio consumptae sunt, ad reflectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, quantum aedificii exstructio postulat*, L. 14. D. *eod.*; sentença esta, que igualmente labora, como a anterior, em falsidade de razão.

Pelo mesmo principio de se não tornar um mais rico com a pobreza ou diminuição do patrimonio do outro, valia a doação de cousa alheia entre os conjuges, não porque o dominio, neste caso, se transfira, mas porque o doador, sem que se faça mais pobre, dava ao outro occasião para pela prescripção adquirir. Procede o mesmo, se o objecto da doação era o lugar da sepultura, pois que pelo enterramento do cadaver, segundo o pensar dos Romanos, ficava o lugar religioso, e como tal fóra do dominio e commercio, sem que podesse fazer alguem mais rico. O mesmo acontece nas doações reciprocas, sendo iguaes, e nas remuneratorias, quando a valia dos serviços corresponde á estimação dos objectos doados, Schilter *Exercit.* 36 §. 103.

Nem todas as nações adoptárão esta legislação dos Romanos.

§. 2. A exposta legislação prohibitiva das doações entre os conjuges, ainda que apoiada em razões geraes, como as que vimos, tinha por base e fundamento principal a dissolubilidade dos matrimonios pelo temor de assim se promover o divorcio e a pobreza do conjuge liberal depois d'elle; mas não sendo os divorcios e repudios permittidos nos outros povos, veio d'aqui o não ser admittida geralmente a prohibição das doações entre as pessoas casadas.

Assim entre os Wisigodos pelas leis notadas, e disposições transcriptas pelo A. no seu §., um dos conjuges podia dar ao outro o que quizesse depois de findo o primeiro anno do matrimonio, mas não antes deste termo, excepto o caso d'uma grave enfermidade, que desse occasião a recear como imminente a morte do doador. Passado o anno, a não se dar a excepção referida, podia com validade doar o marido á mulher, ou esta áquel-

le, mas por contracto escripto, assignado pelo doador e duas ou tres testemunhas, com a qualidade d'ingenuas.

Ao contrario pelo Direito Saxonico, liv. 1. art. 31., as doações forão nullas entre marido e mulher, ainda mesmo as feitas por causa de morte, ou por ultima vontade, mas por outro fundamento mui differente, o de se não subtrahirem os bens, por este meio, aos herdeiros legitimos: ainda que se permittia á mulher fazer doações a seu marido, com assistencia d'um curador por ella mesma designado, accedendo a insinuação ou confirmação judicial, Carpz. P 2. Cap. 13. def. 16.

Entre os Germanos não podia um dos conjuges doar ao outro bens alguns hereditarios, isto é, bens, que houve dos seus maiores, *de avitis et geradicis bonis*: podia porém fazel-o com os bens adquiridos, nos quaes não tinhão direito algum os consanguineos, Schilter *Exercit.* cit. §. 101.

Na França forão varios e differentes os costumes; mas nas provincias, que se região pelo Direito escripto, a disposição da Jurisprudencia Romana, que fazia procedentes as doações entre os conjuges, confirmadas pela morte do doador, foi revogada no 3. art. da Ordenança de 1731, em quanto determinou unicamente dous meios para a disposição gratuita dos bens, a doação *inter vivos*, e a por testamento ou codicillo, pois que a doação com perseverança de vontade até á morte não pertence a nenhum dos meios referidos, á doação *inter vivos*, pois que o doador conserva até á morte o direito a revogal-a, e não val como disposição *causa mortis*, porque lhe falta a fórma dos testamentos e codicillos. Todavia o *Cod.* de Napoleão art. 1096. admitte as doações entre mulher e marido, sempre revogaveis, ainda que qualificadas de entre vivos, podendo a mulher revogar sem dependencia d'auctorização do marido ou da justiça, e sem que sejão revogadas pela superveniencia de filhos.

Resta notar, que o Direito Canonico no Cap. ult. X. *de donat. inter vir. uxor.* não adoptou inteiramente as disposições das leis Romanas, como erradamente anda escripto, por quanto faz dependentes da confirmação

pela morte todas as doações entre os conjuges, sendo revogaveis até mesmo as que não fazem um delles rico com diminuição do patrimonio do outro, o que não é do mesmo modo, segundo aquella legislação. E é tambem notavel uma tal disposição das leis da Igreja, não obstante cessar o principal fundamento da nullidade das doações entre os conjuges, pela indissolubilidade do matrimonio dos Christãos.

Quando foi adoptado entre nós o referido Direito dos Romanos.

§. 3. *Nulla; quam sciam, antiqua lex exstat, quae donationes has prohibeat.* Confessa o Sr. Paschoal neste lugar da sua nota ao §. não ter idêa de lei antiga, que prohibisse as doações entre os conjuges; o mesmo nós confessamos. E pelo que respeita os costumes, vê-se da Ord. d'Affonso V. liv. 4. tit 14. §. 1. ser usado trazer a mulher á partilha (*aduga a mulher essa herdade*) a doação feita pelo marido, quando deste ou d'ambos ficárão filhos.

Infere-se desta Ord., pois que sómente falla da doação feita á mulher pelo marido, que deixa filhos, que ella tinha todo o effeito, se taes filhos não ficavão, quer fosse feita pelo marido á mulher, quer por esta ao marido: assim como que, ainda havendo filhos, a doação era válida na constancia do matrimonio, devendo apenas depois deste dissolvido, pela morte, vir á collação e partilha, tendo por isso effeito, se cabia na terça do doador, e rescindindo-se por inofficiosa no excesso offensivo das legitimas dos filhos. Affonso V. porém, interpretando neste Titulo taes costumes, os harmonizou inteiramente com as já vistas disposições das leis Romanas, o que, *sine rerum discrepantia*, como o A. nos diz na ultima linha da nota, isto é, sem differença de disposições e idêas, e só com alteração nas palavras, foi adoptado na Ord. de D. Manuel tit. 9., e depois pela actual tit. 65. do mesmo liv.

Disposições das leis patrias sobre as liberalidades dos conjuges entre si.

§. 4. *Hodie igitur jure nostro probantur et regula de prohibitis donationibus inter conjuges, et illius exceptiones*, etc. A regra da nullidade das doações entre os conjuges é a lopta-la expressamente das leis Romanas pela nossa Ord. liv. 4 tit. 65. §. *inic.*, que em referencia á doação feita pelo marido á mulher, ou *vice versa*, se declara deste modo: *poderá o doador revogar essa doação quando quizer;* o que procede de a lei a considerar em si nulla, e, como tal, dependente do arbitrio do doador, que não usando do seu direito até á morte, por este modo a confirma, dando-lhe sómente então a validade, cit. Ord. . 1. no verso — *e sem até ao tempo da morte revogar a doação, fica essa doação confirmada.* Assim temos adoptada a disposição geral, *regula de prohibitis donationibus inter conjuges*, com dependencia da confirmação até á morte, do mesmo modo que se observava entre os Romanos.

Itaque solum prohibentur donationes, non reliqui contractus, nisi in fraudem legis initi. Esta prohibição entre os conjuges tem sómente por objecto as doações *inter vivos*, e por isso que restrictiva da liberdade, não se póde ampliar a outros quaesquer contractos, como o da compra e venda, por exemplo, nos quaes fallião as razões daquella prohibição. Acha-se este procedente entre marido e mulher na L. 5. §. 5. D *hoc tit*, se o animo dos pactuantes é sincero em quanto á venda, e não ha simulação deste contracto para colorar a doação, que continúa neste caso a ser nulla: *Si modo, cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentitus sit, ut donaret;* o que já não acontece, se o animo do marido foi o da venda, embora ao depois diminua, ou faça abatimento no preço á mulher, pois que a venda é então válida, recaindo unicamente a insubsistencia na remissão do preço, com a qual a mulher se fez mais rica: *Enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem hactenus, non valere, quatenus facta est locupletior.*

Inter conjuges, *non inter sponsos*. A qualidade conjugal effectiva é requerida pelas leis como absolutamente indispensavel para a invalidade das doações, de que fallamos; por isso não procede esta na doação antenupcial, ou entre esposos. É expressa neste sentido a citada L. 5. *in prino.* D. *hoc tit.*, ainda que a doação seja feita no mesmo dia, mas com precedencia ou anticipação ao matrimonio, cit. L., Strick. *Us. modern.* §. 10. *hoc tit.*

Constante, *non soluto matrimonio*. As doações prohibidas entre os conjuges são as que tem em vista o seu effeito ainda na permanencia do matrimonio, sendo válidas por isso, quando o divorcio lhes dá causa, isto é, quando tem de ter realidade tão sómente depois de separados os conjuges, L. 60. §. 1. D. *hoc tit.* *Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt; saepe enim evenit, uti propter sacerdotium, vel etiam sterilitatem.*

Inter vivos, *non mortis causa*. Pela mesma razão de cair o effeito da doação na constancia do matrimonio, é que são igualmente vedadas aos conjuges as doações entre vivos, o que lhes torna permittidas as que só o podem ter depois da morte d'um d'elles, ou as doações *mortis causa*.

Quae donatorem pauperiorem, et donatarium ditiorem reddunt. A regra da prohibição das doações entre os conjuges tinha pelas leis Romanas as excepções, que já vimos, e que procedião quando o conjuge donatario se não fazia mais rico á custa ou pela diminuição do patrimonio do doador. Estas excepções são acceitas entre nós, para valerem tambem, sem que nestes casos se precise da confirmação pela morte, como se conclue da cit. Ord. §. 3 *in princip.*: *E se no caso acima dito fosse a doação feita em tal modo, que logo em vida d'ambos valesse per Direito, assi como, quando o que faz a doação, não e per ella feito mais pobre, ou a quem é feita, não é per ella feito mais rico, ou em qualquer outro caso, em que, tanto que a doação é feita per o marido á mulher, ou per ella a elle, logo é per Direito valiosa.* O que nos mostra que entre nós, nestes casos excepcionaes, ha, assim como entre os Romanos, doações en-

tre os casados desde logo validas e com effeito, sem dependencia da confirmação pela morte, e por isso irrevogaveis, sem que fosse adoptada nas nossas leis a legislação ecclesiastica, que as faz todas revogaveis, e que foi acceita no Cod. de Napoleão art. já citado 1096.

Secus, si in xeniis et muneribus consistant, quae in diebus natalitiis, et solemnibus dari solent, etc. Além das expostas doações excepcionaes entre marido e mulher, que valião desde logo, ou não sujeitas á revogação, erão taes entre os Romanos as que o A. aqui aponta, e vem a ser os presentes d'objectos, que servem para comer e beber, *xeniis*, e se practicão entre pessoas amigas no dia da celebração do nascimento de Christo, e no natilicio do conjuge, ou dia d'annos e outros, Berlich. p. 2. *conclus.* 15. n. 18., Stryck. *Us. modern.* §. 6. *hoc tit.* A validade destes presentes vem-lhe da sua reciprocidade, e tambem de seu pequeno valor, que por isso não faz mais pobre o doador, nem mais rico o donatario, achando-se assim conformes ás razões das leis Romanas, que fazião validas as doações desde logo, e se achão approvadas na generalidade da nossa Ord. a tal respeito.

Quando a doação, feita por um ao outro dos conjuges, se revoga pela superveniencia de filhos.

§. 5. *Donatio, quam conjux conjugi fecit, superventu liberorum, qui postea ex utroque nati fuerint, ipso jure revocatur*, etc. Se depois d'um dos conjuges doar ao outro, nasce um filho d'entre ambos, fica, por este facto, revogada *ipso jure* a doação, e como se nunca fôra feita, l. 8. C. *de revocand. donat.*, a qual no caso de doação de todos ou parte dos bens a revoga pela superveniencia dos filhos: *Et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit, revertitur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum;* o que se acha expressamente recebido na nossa Ord. liv. 4. tit. 65. *in princ.*: *E postoque a não revogue, se o que a fez, não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer de entre ambos, fica logo essa doação revogada per o nascimento do filho.* O que é disposição particular nesta

especie

especie e circumstancias, pois que na generalidade dos casos a superveniencia dos filhos não é causa, que revogue a doação, e tanto, que ella se não acha mencionada na Ord. liv. 4. tit. 63. entre as que produzem este effeito.

É evidente, que a examinada disposição, rescindindo immediatamente depois do nascimento do filho a doação anterior, que um dos seus pais fez ao outro, tem em vista o bem do filho, pelo augmento da legitima; e que por isso só procede no filho legitimo, e tambem no illegitimo, mas successivel, nascido depois de feita a doação, e não antes, como a citada Ord. literal e expressamente dispõe.

Já vimos que é outra a disposição do *Cod. Civ.* de França art. 1096., que não fez revogaveis pela superveniencia dos filhos as doações dos conjuges entre si; o que parece resultar de taes doações, segundo o mesmo art., serem sempre revogaveis ao arbitrio do doador, e então suppõe a lei, que se elle a deixa existir depois do nascimento do filho, manifesta por esse modo a intenção de não mudar de vontade.

Resta notar, que a nullidade das doações entre os conjuges comprehende as feitas depois d'elles recebidos, isto é, depois do matrimonio contrahido e antes de consummado, Ord. liv. 4. tit. 65. *princ.*; assim como que seria nulla a convenção, em que os pactuantes derogassem em seu favor as leis prohibitivas das doações entre marido e mulher, pois que formão Direito Público, e *Jus Publicum pactis mutari non potest*, L. 38. D. *de pact.*, concordante com a L. 45. D. *de reg. jur.*: *Privatorum conventio Juri Publico non derogat.*

Se val a doação feita á concubina.

§. 6. Já dissemos n'outro lugar, que o concubinato entre os Romanos não foi uma união illegal e criminosa, mas um matrimonio natural, ainda que não legitimo, ou não segundo as leis; e que por isso não produzia effeitos alguns civis. Não sendo pois condemnado, não lhe cabe, para ser nulla a doação feita á concubina, a razão da L. 3. §. 1. D. *de donat. inter vir. et uxor.* — *Ne melior sit conditio eorum, qui*

deliquerunt, que o nosso A. allega, pela disparidade da especie, em que ella assenta, a do matrimonio da filha do Senador com o filho do liberto, o qual continha contravenção, mas não tirava a faculdade de se doarem os contrahentes, sendo-lhes com tudo prohibido confirmar as doações — *rata esse, ne melior sit conditio eorum, qui delinquerunt;* isto é, para que nesta parte a sua sorte ou condição não fosse melhor, e pelo menos igual á dos que tinhão contrahido matrimonio justo e approvado.

A prohibição e invalidade das doações procedia pelas leis entre marido e mulher; e por isso não comprehendia a que era feita á concubina. — *Donationes in concubinám collatas, non posse revocari convenit*, diz Papiniano nas *Resp.;* ainda que por uma excepção particular os soldados não podião doar ás amigas — *focariis suis*, L. 2. C. *hoc tit.*

Entre nós, como por vezes temos notado, póde a mulher annullar a doação que o marido fez á concubina, competindo-lhe acção para este fim em todo o tempo da cohabitação com o marido, e, no caso de separação, por quatro annos, decorridos depois d'ella; tendo igual direito os herdeiros durante os mesmos quatro annos desde a morte da mulher, Ord. liv. 4. tit. 66. Estas disposições procedem contra qualquer mulher, que tenha com o marido tracto illicito, para repôr o que d'elle tiver recebido não sómente por doação, mas por titulo oneroso, que a nossa Ord. presume palliativo da liberalidade, que o mesmo lhe tem feito.

Em quanto aos outros concubinarios, isto é, aos não casados, não ha lei alguma Patria ou Romana, que lhes prohiba as doações entre si, ou instituirem-se herdeiros ou legatarios, Stryck, liv. 24. tit. 1. §. 9., Peg. 3. *For.* cap. 28. n. 926.; sem que possa o concubinario por isso recobrar o que deu á concubina, nem ainda o que ella, antes de fugir, lhe furtou, no que não commette crime algum, Ord. liv. 5. tit. 29. *in princ.*

Com tudo é vulgar opinião, com a qual o Sr. Paschoal se conforma, que a prohibição de doar á concubina comprehende os Clerigos, Fidalgos, Cavalleiros e Advogados, por extensão da lei Romana, que já vimos é

restricta aos Militares, que o Imperador Antonino temeo se deixassem despojar pelas amigas, seduzidos com suas adulações, — *fictisque adulationibus spoliari nolle;* lei, que mostra claramente ter em vista a economia e disciplina dos soldados, inteiramente distantes em paridade, analogia e relação com as outras pessoas referidas. Nem tambem se póde argumentar com a disposição da Ord. liv. 4. tit. 66., a qual, por isso que restricta ao concubinario casado ou barregueiro e violador da fé conjugal, não se póde ampliar ao não casado, cujo crime é consideravelmente inferior em gravidade ao d'aquelle. E ainda accresce, que a doação feita á concubina póde tender a dar-lhe subsistencia, para que se porte honestamente; o que nem as leis, nem os bons costumes reprovão; assim como que neste caso o doador aliena o que é seu unicamente, o que naquelle não acontece por virtude da communhão.

Advertencia sobre o uso deste Titulo.

§. 7. Fecha o Sr. Paschoal este Titulo, advertindo, que as doações prohibidas entre marido e mulher são as feitas unicamente quando pelo matrimonio não communicão os bens; pois que, se ha communhão, o que dôão, se communica, ficando no mesmo estado, em que antes da doação se achava, e por isso sempre com o mesmo effeito da doação, que qualquer faz a si mesmo, que é nenhum.

TITULO XI.

Das Tutelas.

Razão d'ordem, justificação da rubrica geral do Titulo, e origem da tutela.

§. 1. Ainda que a tutela e a curatela, como quasi contractos, produzão obrigações com direitos correlativos, e consideradas nesta relação não formem objecto

competente ao Direito das Pessoas, que occupa esta parte; com tudo em outros respeitos, ou relações, tanto uma, como a outra, estão aqui bem collocadas. Por quanto as pessoas por estado ou qualidade são maiores, contrapostas ás menores na idade; e como estas, perdendo o pai, ficão, quando impuberes, sujeitas á tutela, e á curatela quando puberes, chamão-se assim uma e outra para o Direito das Pessoas, como resultados necessarios do estado ou qualidade do menor de 25 annos de idade.

Tambem a tutela e a curatela se achão bem subordinadas aos Titulos antecedentes, pois que versão elles sobre a sociedade conjugal; e como d'esta provêm os filhos, que, perdendo o pai durante a menoridade, ficão sujeitos á tutela ou curatela, segundo a distincção ou differença da impuberdade e puberdade, tem uma e outra d'aquellas assento proprio depois dos Titulos antecedentes, occupando a primeira o presente, e a segunda o Titulo immediato. Mas como a tutela não é só d'uma especie, por isso o nosso A. lhe toma o nome no plural na inscripção geral do Titulo: *De Tutelis.*

Bene Justinianus in §. 6. *Instit.* de Atil. tut. *ait: Impuberes in tutela esse, naturali juri conveniens est*, etc. Já a pag. 206. deste escripto se ponderou, que é um dever da Sociedade vigiar e tomar conta, com desvelo, pelo bem, defesa e educação dos menores, que para si não são sufficientes por sua inexperiencia e fraqueza, no que ia um grande bem, ainda que mediato para o Estado; sendo assim este dever e cuidado do Direito Publico das Nações, como os Romanos e nós tambem sempre reconhecemos, existindo por isso um Magistrado, a cujo cargo está, com responsabilidade imposta pelas leis, a sollicitude pelos menores, a quem deve dar tutor. Que o testamento feito nos Comicios, o que lhe dava força da lei, não desmentia, entre os Romanos, o dever da Sociedade geral para os menores, a quem os pais pela ultima disposição davão tutor, pois que sendo o testamento uma lei, era a Sociedade quem lh'o dava, sendo os pais seu instrumento. Deve-se á força do habito, quando os testamentos recebêrão outra fórma, o continuarem os mesmos pais a dar tutor, vindo esta faculdade ao diante a permittir-se tambem ás mãis; mas neste caso, com de-

pendencia da confirmação do Magistrado, orgão da Sociedade civil ou cidade.

Prescindindo do exame das pessoas com respeito á sua particular situação, qualidade, ou estado na familia, e estudadas com referencia á capacidade ou impotencia, em que ellas podem achar-se para se conservar e defender, em razão de causas geraes, como a fraqueza do sexo e da idade, ou das particulares, como a demencia, ou uma longa enfermidade; levão-se ellas ao ponto, em que necessitem d'um protector, devendo dar-lh'o, em taes alturas, as leis.

Os homens, que a cegueira dos outros homens fez considerar *alieni juris*, ou propriedade de senhor, tinhão quando menores, neste proprietario entre os Romanos sua defesa e protecção; mas os outros, *sui juris*, cabeças d'uma familia, senhores de si e de seus bens, carecião das leis para defendel-os e dirigil-os, pois que por si o não podião fazer. Foi isto o que se fez, collocando-os, segundo os casos, em tutela e curatela.

A razão, e por isso o Direito Natural, que impõe aos pais a sagrada obrigação de prover ao bem dos filhos, não reprova, antes acceita, que no desempenho de taes deveres, e em prevenção da morte, que lhes obsta a educal-os e defendel-os, elles lhes escolhão tutor. A razão, e por isso o Direito Natural, que approva a sociedade civil, como meio de verdadeira existencia da especie humana, approva do mesmo modo, que a sociedade cure dos socios, defendendo-os, e promovendo sua educação e fortuna; e isto muito principalmente, quando elles, pela idade, necessitão de tutor, no que o bem dos individuos se converte, ou faz o bem da Sociedade ou commumhão. Por tanto as tutelas e curatelas, que na essencia não differem, tem origem no Direito Natural; são um dever do Estado; e por isso o Direito Público das Nações as acceita e recebe, regulando-as e dirigindo-as as leis civis de cada povo. Desta sorte, combinada a humanidade ou favor individual com a nacionalidade ou bem geral da commumhão na existencia das tutelas; ellas datão da existencia dos imperios quanto aos seus regulamentos, e da existencia dos homens quanto á sua necessidade.

O que seja tutela, e quaes as suas especies.

§. 2. *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit*, etc. Esta palavra *tutela*, como o A. ensina na sua nota ao §., assim como a outra *curatela*, que designão poder, e as dos sujeitos, que lhes são correspondentes, *tutor* e *curador*, são termos peregrinos e estranhos á nossa lingua, que por outros sons exprimia a mesma idêa, e erão o de *guarda* e *guardador*, os quaes se empregão nesta noção e sentido na Ord. Affons. liv. 4. tit. 82.; do mesmo modo, pelo que diz respeito á Hespanha, no tit. 16. *in princ.*, e LL. 1. e 2. *partid.* 6.; e até mesmo no Latim algumas vezes a idêa de guardador substitue a de tutor, Horacio *de Art. Poet.* v. 161.:

Imberbis juvenis, tandem custode remoto,
Gaudet equis canibusque . . . . . .

O Sr. Paschoal aproveitou a definição de tutela, que se acha na *Inst.* de Justiniano §. 1. *hoc tit.*, e na L. 1. *pr.* D. *eod.*, mutilando-a, por desnecessarias, nas palavras, com que ella alli acaba — *jure civili data ac permissa.* Discordão os escriptores e interpretes ácerca das duas palavras primeiras, que formão a definição, — *vis ac potestas.* Seguem uns, que *vis* exprime a auctoridade, ou poder sobre a pessoa do pupillo; e *potestas* a auctoridade sobre os bens: outros querem que *vis* seja o poder, que o tutor exercita, obrando elle por si mesmo; e *potestas* o direito d'auctorizar os actos practicados pelo pupillo: outros pensão d'outro modo. Mas é certo, como Vinnio observa, que no estilo das leis Romanas estas palavras se achão ordinariamente unidas, como se vê dos lugares do Digesto, da Instituta, e do Codigo, que cita, onde ellas se achão juntas, formado um pleonasmo muito usado. Taes são, além d'outros, a L. 17. *Scire* D. *de legib.*: *Scire leges, non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*; e a *Inst.* de Caio, que fallando dos metaes usados primitivamente nos mercados, diz: *Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere.* Haja porém ou não haja redundancia nestes termos, é certo que elles designão o poder necessario

ad tuendum, para defender a pessoa e direitos do pupillo, objectos, que o tutor defende até do mesmo pupillo, para o que póde applicar-lhe as correcções moderadas.

In capite libero. A tutela tem por objecto um homem livre, isto é, um homem não sujeito ao poder patrio, pois que o filhofamílias não tem tutor; de sorte que o pupillo, segundo as expressões d'Ulpiano L. 195. §. 2. D. *de verb. sign.*, *in domo dominium habet*, o que characteriza o pai de familias, como em outro lugar com mais largueza observámos.

Ad tuendum. O poder conferido ao tutor tende unicamente á protecção e interesse do pupillo; e por isso bem differente do poder patrio, assim como differio entre os Romanos do poder dominical, *potestas*, *manus*, *mancipium*: pois que o pupillo, entregue á direcção do tutor, permanecia *sui juris*, e seus bens erão d'elle tão sómente, sem que algum de seus direitos se transferisse ao tutor, ao qual apenas se confiava o exercicio destes direitos, sob encargo de vigiar em sua conservação.

Propter aetatem. Pois que tendo cessado a tutela, concedida com fundamento no sexo, ella teve por causa a fraqueza da idade até á perfeita puberdade.

A tutela é deferida umas vezes pelo testador, outras vezes pela lei, e outras pelo Juiz. D'aqui vem a divisão em tutela testamentaria, legitima, e dativa, segundo o Direito Romano, adoptado expressamente entre nós na Ord. liv. 4. tit. 102. Pertence a primeira áquelle, que o pai designou em testamento; a segunda, que tem lugar quando a primeira falta, é deferida pela lei áquelle dos parentes do pupillo, que se acha em grão immediato d'habilitação para succeder-lhe nos bens; a ultima finalmente verifica-se, quando o pai não nomeou tutor, nem este se póde achar entre os herdeiros presumptivos do pupillo, caso, em que devia o Juiz designal-o, e por esta razão foi este vulgarmente chamado tutor dativo, e os Romanos o dizião *tutor Atilianus*,

A que pessoas deve ser dado tutor.

§. 2. *Ante omnia animadvertendum, sub tutela tantum esse pupillos*, etc. O Direito Romano quer que se dê tutor aos impuberes, que pela morte do pai, *patre orbatos*, se achão fóra do poder patrio, ou *sui juris*. Mas como este Direito não estende a tutela além da puberdade, não soffre, que depois desta idade se submetta o menor a outra auctoridade differente da do curador; o que passou á nossa Ord. liv. 4. tit. 104. §. 6. Porém em outro tempo não distinguimos, como o A. nos diz na nota, entre tutor e curador, e se designava o defensor do menor, sem attenção á puberdade, pela palavra *guardador*. Veio depois esta differença a ter lugar entre nós, ainda que posteriormente o uso geral das nações dê a mesma idêa e força ás palavras *tutor* e *curador*, sendo os effeitos da tutela regularmente os mesmos da curatela, e apparecendo apenas ligeiros restos da differença antiga das expressões, quando ellas entre os Romanos as tiverão muito notaveis. Assim hoje em dia em toda a França dura a tutela até á maioridade do pupillo, isto é, até que chegue aos vinte e um annos perfeitos. *Cod.* de Napoleão art. 488. Mas o menor póde ser emancipado, logo que tem dezoito annos, caso, em que não toma contas ao tutor, senão assistido d'um curador, que o Conselho de familia lhe nomeia, art. 400. Do mesmo modo, segundo a nossa *Noviss. Ref. Jud.*, o menor de 25, tendo 20 annos de idade sendo varão, e 18 sendo femea, póde ser emancipado, art. 454.; e neste caso não póde alienar bens de raiz sem auctorização da mãi, sendo tutora: logo a tutela entre nós passa além da puberdade, dispondo no art. 868., que o menor, que póde querelar quando pubere, não é para isso admittido sem auctorização do curador.

Tutor dado ao menor, que não é orfão.

§. 4. *Aliquando tamen et extra ordinem fieri potest, ut filio impuberi, vivo patre, tutor detur*, etc. Ainda que áquelle, que está sob o poder do pai, se não possa dar

tutor, pois que o pai é o seu tutor natural, Stryck. liv. 26. tit. 1. §. 3., cessa esta razão, e dá-se por isso tutor ao filho menor, quando o pai se inhabilita por demencia, ou outra grave enfermidade, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 6. *in fin.*, e por identidade de razão se está no captiveiro, ou ausente por longo tempo em parte incerta, pois se dá o desamparo, como se o filho fôra orfão, Barb. á Ord. liv. 1. tit. 89. n. 8.; o que não procede, se a ausencia é em parte certa, ou se o pai tem deixado administrador habil e idoneo. Parece porém dar-se a mesma razão da lei, que manda dar tutor ao menor, se o pai professa a embriaguez, ou o jogo por costume.

Vel ad secundas nuptias convolaverit. Segundo nossa antiga legislação, não seria facil sustentar esta opinião do A., que dá tutor ao filho menor, se o pai contrahe segundas nupcias, porque esta circumstancia lhe não tira a tutela natural, nem o dever de dar educação e alimentos aos filhos do primeiro matrimonio; hoje porém na *Noviss. Ref. Jud.* art. 425. é terminante disposição, que « o pai, ou mãi, que quizer passar a « outras nupcias, fará nomear ou convocar o Conselho « de familia, antes de as contrahir, para se dar tutor « aos menores. Se as contrahir sem o ter feito, ao Juiz « incumbe este dever. E póde o pai, bem como a mãi, « ser nomeado, se o consorte futuro se responsabilizar « solidariamente pela tutela. »

Tutela pacticia.

§. 5. *Jure ergo naturali potest pater, imo debet tutorem filio dare pactis, non testamento,* etc. Alguns seguem com o A., que a tutela pacticia, ou estabelecida por contracto entre o pai com a pessoa, que a ella se obrigava, teve lugar entre os Romanos, soccorrendo-se para esta opinião com o §. 9. Inst. *de excusat. tut.*, L. 15. §. 1. D. *eod.*, e L. 29. *de testament. tut.* Com tudo o §. e Leis citadas fallão do caso da nomeação do tutor em testamento, recaindo sobre aquelle, que havia prometido ao pai, ser o tutor de seus filhos, mas neste caso, a tutela resulta do testamento, sendo por isso testamentaria, e não pacticia.

Igualmente as nossas leis guardão perfeito silencio ácerca de tal tutela; com tudo nenhuma razão ha, que anulle, e tire o effeito ao contracto, que a estabelecer, pois que se o pai a póde conferir por testamento, póde igualmente estabelecel-a por contracto, que não repugna contractar, durante a vida, sobre objecto, que sómente ha de existir depois da morte: o que acontece com os testamentos reciprocos dos conjuges, ou em que estes mutuamente se instituem herdeiros, pois que tem origem n'um pacto, e effeito depois da morte. Este simile, ou argumento d'analogia, em que o nosso A. se firma, não é muito procedente, pois os testamentos reciprocos, por isso que disposições *causa mortis*, são até esta revogaveis; quando o pacto da tutela promettida e acceita não está nesta razão, e sómente perderá sua força obrigativa, se em vida os pactuantes o resolverem pelo mutuo dissenso, ou se o obrigado se incapacitou sem culpa para a tutela. Não ha porém razão para duvidar da validade de tal contracto, e achamos nos Praxistas, que costumão os testadores designar o tutor no testamento, o qual assigna o mesmo, acceitando a tutela, o que faz entre ambos um contracto, que produz no acceitante o não se poder excusar na occasião.

O Sr. Paschoal acha este estabelecimento da tutela conforme ao Direito Natural, qualidade, que diz não tem a tutela testamentaria, por isso que o Direito Natural não reconhece disposições, que hão de valer depois da morte. Deixaremos porém esta questão para lugar competente, pois que d'ella não depende a validade da tutela referida neste §.

Da tutela testamentaria.

§. 6. *Omnium autem maxime frequentatur tutela testamentaria.* Auctorizando as leis os pais para darem tutor aos filhos, o amor forte e natural d'aquelles para com estes faz que elles, quando a morte os não surprehende e lh'o permitte, não deixem de procurar por este meio a defesa e educação dos que gerárão, e que as leis, confiando com razão no seu amor, olhem como

filha deste a sua escolha, e lhe dêm a preferencia. D'aqui vem o ser a mais frequentemente usada a tutela testamentaria, que foi em Roma introduzida pela Lei das Doze Taboas: *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus, liberis suis, sive feminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare*, L. 1. D. *de testament. tutel.*

Destes termos — *si modo in potestate sint* — resulta claramente, que um pai não póde dar tutor aos filhos, senão quando estão sujeitos ao seu poder; não porque seja absolutamente prohibido dar o pai tutor ao filho emancipado, mas porque neste caso sua nomeação não produz effeito por si mesma, mas deve ser confirmada pelo Juiz, §. ult. Instit. *de tutel.: Sed si, emancipato filio, tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus*, etc.

Quando o pai nomêa tutor para seus filhos, sem especificar particularmente algum d'elles, sua nomeação estende-se não sómente aos já nascidos, mas aos posthumos, L. 5. D. *de testament. tutel.* Esta nomeação porém não comprehende aquelle filho, cujo nascimento o pai não podia ter previsto, segundo a sentença textual e expressa da L. 16. §. 3. D. *eod.*, pois se não póde presumir n'elle existencia de vontade sobre um filho ignorado.

E o tutor nomeado para os filhos comprehenderá tambem as filhas? Sim, responde a L. 45. D. *de legatis* 2.; porque nas cousas favoraveis o genero masculino comprehende o feminino. Mas prosegue ella, não se dá reciprocidade neste caso; o tutor nomeado para as filhas não se entende igualmente nomeado para os filhos: *exemplo enim pessimum est, foeminino vocabulo etiam masculos continere.*

E póde o pai fazer a nomeação restricta a tempo, isto é, declarar, que o nomeado exercite a tutela até um termo marcado, ou d'elle para diante; ou impôr-lhe condição, para que sem a realização desta a nomeação não proceda? Póde fazer tudo isto, porque tudo tem effeito, segundo muitas disposições claras e expressas, *signanter* o §. 3. Inst. *Qui testamento tutores dari possunt*, e a L. 8. §. 2. D. *de testament. tutel.*, em harmonia com a Lei das Doze Taboas: *Paterfamilias uti legassit super pecuniae tutelaeve suae rei, ita jus esto.* O que tudo

é transcedente ao avô para com o neto, pois que as nupcias dos Romanos não quebravão o poder patrio, como em outro lugar ponderámos, e o direito de nomear para a tutela não tem outro fundamento além daquelle poder; o que faz visivel o *romanismo* da nossa Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1., dando a nomeação da tutela testamentaria não só ao pai, mas ao avô, quando este tem perdido pelo matrimonio do filho o poder patrio, como tambem já expozemos.

Decreto tamen indiget, seu confirmatione Magistratus, quae sine inquisitione in illius personam et mores intelligi vix potest, etc. A confirmação do tutor testamentario pelo Juiz procedia entre os Romanos *sine inquisitione* ou *cum inquisitione*. Consistia esta em o Magistrado inquerir sobre as qualidades pessoaes, teres e costumes do tutor; e assim o confirmava, ou não. Havia casos porém, em que o Magistrado devia necessariamente confirmar a nomeação do tutor, sem aquelle exame e conhecimento a seu respeito, *sine inquisitione*, o que acontecia na nomeação para a tutela feita pelo pai, ou ascendente varão paterno, com respeito ao pupillo descendente emancipado, como nos mostra o cit. §. ult. Instit. *de tutelis: Confirmandus est ex sententia praesidis omni modo, id est, sine inquisitione.*

Posto isto, pretende o Sr. Paschoal no lugar, que da sua nota transcrevemos, que a tutela testamentaria do pai para o filho, que se acha em seu poder, não só seja confirmada, mas que o seja *cum inquisitione*, ou exame a respeito do tutor. Não podemos acceitar esta opinião do A., porque o §. 1. da Ord. liv. 4. tit. 102., com que elle a sustenta, não consente um tal modo de pensar. O Juiz póde, e deve saber, se o defuncto deixou menores; e deixando-os, se lhes nomeou tutor em testamento; e nomeando-lh'o, se elle tinha a facção testamentaria activa, pois que pessoas ha que não podem fazer validamente testamento; e achando que elle podia testar, nada lhe resta, senão examinar, se o nomeado tem as qualidades geraes, que as leis requerem na pessoa para o exercicio da tutela, pois já vimos ser esta um *munus publicum*, e por isso as leis exigem qualidades no tutor. Nenhuma outra faculdade dá a lei ao Juiz

nesta especie, em que a nomeação subsiste por si mesma, e não depende de que seja confirmada, nem o Juiz póde oppôr-se ao ingresso na tutela, ainda que desconfie da probidade, costumes e bens do tutor. Póde com tudo, pelo decurso do tempo, e até deve removel-o, se elle der causa legitima em prejuizo do orfão; mas a remoção é cousa muito differente da confirmação do tutor. Na França porém, em outro tempo, nos paizes, que se região pelo Direito Romano, carecia o tutor de que o Juiz o confirmasse, segundo attesta Mainard liv. 6. cap. 49., e Automno ao Digesto titulo *de confirmando tutore;* o que do mesmo modo se praticava nas povoações costumeiras, Domat part. 1. liv. 2. tit. 1. secç. 1. §. 7.

Eidem autem res pupillares tradi debent per inventarium judicialiter confectum. Segundo o Direito Romano o tutor testamentario dos filhos e descendentes sujeitos ao poder patrio, que devia sua nomeação ou ao pai, ou ao avô, podia, sem dependencia do Magistrado, intrometter-se no exercicio e administração da tutela; o que entre nós assim não é, pois depende da entrega dos bens do orfão por inventario judicial, Ord. liv. 3. tit. 102. §. *inic.*, por identidade de razão dos tutores Atilianos.

Illud vero frustra quaeritur, an, filio exheredato, vel emancipato, pater tutorem dare possit, etc. Fecha o A. a nota a este §., dizendo não ter lugar em quanto a nós a questão, se por ventura póde o pai nomear tutor em testamento para o filho emancipado, ou desherdado por elle, por quanto não póde o pai emancipar, ou desherdar o filho impubere: não o póde emancipar, pois que entre nós o poder patrio não se funda no dominio, mas no importantissimo dever de conservar, e instruir ou educar os filhos, que em tal idade as leis não soffrem se emancipem, subtrahindo-se o pai áquella obrigação, igualmente os não póde desherdar, por quanto, ainda que se dêm causas, pelas quaes possão os filhos ser desherdados pelos pais, as quaes refere a Ord. liv. 4. tit. 88., nenhuma d'ellas póde ser dada pelo filho em tal idade, que lhe tira totalmente a moralidade das acções, para lhe não serem imputadas, e por consequencia punidas.

Segundo a *Noviss. Ref. Judiciaria* não é o avô, mas o pai, quem nomêa tutor aos filhos em testamento; mas não póde nomeal-o, se contrahio segundas nupcias, excepto se elle mesmo tiver sido seu tutor, nomeando-o o Conselho de familia, art. 426. Este tutor, nomeado no testamento do pai binubo precisa de confirmação do Conselho de familia, de sorte, que o tutor nomeado pelo pai, que não passou a outras nupcias, ainda mesmo hoje não precisa entre nós de confirmação alguma, art. 427. É de notar que a nomeação feita pelo pai produz a necessidade ou dever da acceitação da tutela, a menos que o tutor tenha causa legal, que o escuse, art. 428.

Da mãi ao filho legitimo, do pai ao filho natural, e do estranho nomeando tutor em testamento.

§. 7. *A matre vero*, etc. O direito de nomear tutor em testamento é por ventura limitado ao pai legitimo? **Não.** As leis Romanas o concedem tambem á mãi, mas sob duas condições: é uma, que ella instituirá herdeiros os filhos, para quem nomêa tutor, dando-lhe assim prova certa d'uma sincera affeição; é a outra, que tal tutor seja confirmado pelo Magistrado, *cum inquisitione* de seus costumes e bens, L. 2. D. *de confirm. tutor.*, e L. 4. C. *de testament. tutel.*, o que procede da falta do poder patrio na mãi, e é adoptado na nossa Ord. liv. 4. tit. 102. §. 2., com o mesmo resultado.

Vel patre filio naturali datus. Se o pai nomêa tutor em testamento para seu filho natural, procede o mesmo que na mãi; pois não tem elle neste filho poder patrio, o que torna esta tutela dependente da confirmação do Juiz, L. 1. D. *de confirm. tutor.*, e foi igualmente adoptado entre nós pela citada Ord.

Vel ab extraneo, qui pupillum instituit, etc. Um estranho, instituindo por herdeiro um filho d'outro, póde nomear-lhe tutor, como uma condição imposta ao direito de succeder; sendo esta prova d'affeição pelo pupillo reputada por Direito fundamento da procedencia da tutela, que lhe confere, L. 4. D. *de confirm. tutor.*; mas fica o tutor dependente da confirmação do Ma-

gistrado, pelo mesmo principio da falta do poder patrio, sendo indisputavel, que nas especies apontadas neste §. procede por identidade de razão a entrega dos bens do orfão ao tutor por inventario judicial, que contenha a descripção e avaliação de todos elles, segundo a disposição da cit. Ord. §. *inic.*

Cabe porém advertir, que é uma das régras de Direito, que a nullidade do testamento não prohibe o Juiz de confirmar o tutor, que n'elle foi nomeado, o que resulta da L. 3. D. *de confirm. tutor.*, e da L. 26. §. ult. D. *de testament. tutel.*; assim como, que das expressões do §. 1. da Ord. liv. 4. tit. 102. parece dever deprehender-se, que a confirmação da tutela pelo Juiz deve sempre proceder d'informação, não sendo cabida entre nós a feita *sine inquisitione.*

Igualmente cabe aqui advertir, que a nomeação testamentaria do tutor, conferida ao pai pelo cit. art. 426. da *Noviss. Ref. Jud.*, não nos parece prohibir a nomeação feita em testamento pela mãi, segundo a referida disposição da Ord. liv. 4. tit. 102. §. 2., nem a que é feita pelo estranho, subsistente pelo Direito Romano e principios geraes de Direito, uma vez que uma e outra destas tutelas alcance confirmação do Conselho de familia, a quem pelo systema da mesma *Novis. Reform. Jud.* em harmonia com o *Cod. Civ.* de França, incumbe privativamente a confirmação do tutor.

Quem póde ser nomeado tutor em testamento.

§. 8. *Minores viginti quinque annis, furiosi, prodigi, inimici, pauperes, servi, Religiosi, feminae testamento tutores dari non possunt*, etc. O menor de 25 annos não póde ser encarregado da tutela, cujo exercicio lhe é prohibido inteiramente pela natureza das cousas; pois que não podendo elle, segundo as leis, administrar o que é seu por falta de capacidade, não póde por maior força de razão, administrar o que é alheio; o que acontece do mesmo modo no furioso, a quem é equiparado, §. 2. *Inst. Qui testament. tutor. dari possunt*, L. 11. D. *de tutel.*, L. 10. §. 3. D. *de test. tut.* To-

davia sua nomeação era válida, e se dava entretanto outro tutor, presumindo-se que a intenção do nomeante se referia para quando o impedimento terminasse, *cum compos mentis, aut major viginti quinque annis factus fuerit*, §. cit. Instit.; ou *cum suae mentis esse, vel cum sapere coeperit*, citt. leis do Digesto. O que procede até mesmo em quanto á mãi, pois que a L. 2. C. *Quando mulieres tutelae officio* lhe impõe a condição de ser maior na idade, para que goze a graça de exercitar a tutela, disposição, que o *Cod. Civ.* de França rejeitou no art. 442., admittindo expressamente o pai e mãi por unica excepção á inhabilidade dos menores para a tutela; com o que se não conforma a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1. pela generalidade da sua prohibição a respeito dos menores, a qual põe a par do furioso o demente (*sandeu*), o prodigo, o inimigo do orfão, o pobre ao tempo do fallecimento do defuncto, o Religioso, o escravo, o infame, etc., estendendo a prohibição do exercicio da tutela ás pessoas incapazes por Direito, no que se dá remissão ás leis Romanas, comprehendendo assim no numero das prohibidas as mulheres, por isso que a tutela é um encargo público viril: *Tutelam administrare, virile munus est, et ultra sexum foemineae infirmitatis tale officium est*, L. 1. C. *Quando mulier. tutelae officio.* Prohibidos da tutela igualmente são os mudos, L. 1. §. 2. D. *de tutelis*, L. 10. §. 1. D. *de legitim. tutor.*; o que tambem se extende aos surdos, mas não áquelles, que ouvem pouco, e com alguma difficuldade, L. ult. D. *de legitim. tutor.* Por differente fundamento o soldado não se nomêa, pois que lhe é prohibida a acceitação da tutela, L. 4. C. *Qui dari tutores.*

Hoje porém pela *Noviss. Ref. Judic.* temos legislação patria mais explicita no art. 435., a qual prohibe de ser tutores: 1.° os menores, excepto sendo casados, ampliando o art. já cit. do *Cod. Civ.* de França, e revogada a generalidade da Ord., exceptuão-se tambem os que tem o gráo de Bacharel com Formatura em alguma das Faculdades; 2.° são prohibidas as mulheres, excepto as mãis, avós e bisavós, confirmadas pelo Conselho de familia; 3.° os que tiverem demanda com os menores; 4.° os condemnados em pena afflictiva ou infamante, ou em qualquer outra por crime offensivo dos bons costumes, furto, roubo, ou

banca-rota ; 5.° as pessoas de máo procedimento ; 6.° os inhibidos d'administrar sua pessoa e bens ; 7.° em fim os inimigos. O tutor indigno por alguma das causas referidas é excluido da tutela pelo Conselho de familia com audiencia prévia d'aquelle, devendo o mesmo Conselho motivar, ou expôr os fundamentos do seu acordo e decisão, pertencendo-lhe a nomeação do tutor, que não póde recaír no que não póde ser membro do Conselho de familia, art. 436. e 437.

Antes de proseguirmos na parte, que resta deste §., cabe dizer, que o referido artigo 435. da *Noviss. Ref. Jud.* tomou em si fielmente o art. 43. do Decreto de 18 de Maio de 1832, que foi tomado do 442. e seg. do *Cod. Civ.* de França, aos quaes fez consideraveis alterações. Dispoz no n. 4.°, que são incapazes de ser tutores os condemnados a uma pena afflictiva ou infamante, no que se confórma com o art. 443. do cit. *Cod.* de França, que dispõe do mesmo modo tanto ácerca da incapacidade *ipso jure* do condemnado para a nomeação ou deferencia da tutela, *exclusion*, como para lhe ser conservada a deferida anteriormente á sua condemnação, *destitution*, sendo recebida a primeira providencia para a não nomeação do condemnado no art. 435., e a segunda para a destituição no 436. da *Noviss. Ref.* Esta porém, com o Decreto antecedente, que aqui em nada alterou, no apontado n. 4.° accrescentou áquelle art. do *Cod. Civ.* de França a mesma disposição para os condemnados *em qualquer pena, sendo por crime contra a moral publica, furto, roubo ou banca-rota.* Accreditamos porém taes condemnados comprehendidos implicitamente no §. 1. do art. 444. do mesmo *Cod.* de França — *Les gens d'une inconduite notoire*, que foi aproveitado para o n. 5.° do art. 435. da *Noviss. Ref.*, — *as pessoas de má conducta.* Os crimes contra a moral publica, crimes moraes, *delicta carnis*, são o *concubinato*, o *estupro*, o *rapto por seducção*, o *incesto*, o *adulterio*, a *bigamia*, a *sodomia* e *bestialidade*, e finalmente o *lenocinio*. Estes crimes, segundo a propria natureza das cousas, inhabilitão para a tutela, pois não póde esperar-se de seus agentes uma boa educação para o pupillo.

O furto, o roubo e a banca-rota fraudulenta estão

na mesma razão, pois que, offensivos da propriedade, demonstrão, ou pelo menos fazem recear no agente incapacidade para fielmente administrar o patrimonio do pupillo, outro objecto, sobre que recáe a tutela. Mas sendo esta, pois que não póde ser outra, a razão do preceito legislativo, é força que entendamos postos aqui exemplificativa, e não determinativamente o furto, o roubo e banca-rota, pois outros crimes ha, que offendem igualmente a propriedade, como são o *latrocinio*, a *usura*, a *falsidade*, a *simulação*, o *parto supposto*, o *arrancamento de marcos*, o *estelionato*, o de *medidas falsas*, de *damno*, e outros mais, os quaes todos entendemos comprehendidos na simplicidade do cit. §. 1. do art. 444. do *Cod. Civ.* de França, assim como todos os crimes mais graves, não só moraes e civis, mas ecclesiasticos e politicos, e ainda mesmo as irregularidades de proceder, que a boa opinião reprova, ainda que a lei as não tenha declarado crimes, e que por isso nenhuma pena lhes marque. Achamos por tanto mal redigida nesta parte a *Noviss. Ref. Jud.*, pois que obriga a raciocinios mui largos, a que por ventura nem todas as capacidades chegarão, e sem os quaes hão de necessariamente existir os mais graves absurdos, como é que o crime do *infanticidio*, por exemplo, não inhabilita o agente para que seja nomeado e conservado tutor.

Ceteri, qui tempore mortis, vel conditi testamenti jure, vel facto non possunt statim res pupilli administrare, vel illius personae bene commodeque prospicere; quos inter adnumerandus filiusfamilias, etc. O privado dos direitos politicos e civis, o ausente, cuja volta se não espera promptamente, o que por enfermidade não basta para si proprio, são incapazes de ser tutores, pois que suas qualidades e circumstancias repugnão e excluem por si mesmo o *munus* ou officio da tutela, e contrarião o seu fim, a utilidade immediata do pupillo. Mas duvidamos, contra a opinião do A., de que o filhofamilias, como tal, se achasse nesta razão, ou por disposição de Direito, ou por facto.

Que o menor é incapaz do exercicio da tutela, é em si mesmo evidente; mas a qualidade de menor, nem pelo Direito Romano, nem pelo nosso anterior, existio sempre connexa com a do filhofamilias. Logo ainda, a re-

jeitarmos a nomeação do filhofamilias menor para tutor, que as leis Romanas approvavão, como reconhece o nosso A. na sua nota, mandando dar interinamente ao pupillo um tutor Atiliano até á maioridade do nomeado, não podiamos desapprovar a nomeação do filhofamilias maior, que por isso não era *menor*, nem *sandeu*, como o A. se explica na mesma nota com a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1., para a incapacidade da tutela; Ordenação, onde até mesmo se não acha a palavra *filhofamilias* no periodo das pessoas excluidas. Não se podia pois estender a incapacidade legal da tutela a este, como tal, nem o facto a sustentava, quando elle fosse maior, podendo dar boa e conveniente administração ao patrimonio, assim como educação á pessoa do pupillo.

A outra razão allegada de ser a tutela activa officio, ou *munus* público, e como tal impropria do que é filhofamilias, não é bem applicada; por isso que os filhosfamilias pela mesma Ord., que o A. cita, do liv. 1. tit. 94. não são incapazes d'empregos públicos, mas sim os menores de 25 annos, ainda que pais de familias, ou não sujeitos ao poder patrio; e já notámos, que pelo nosso Direito anterior a qualidade de menor nem sempre era connexa com a de filhofamilias. A outra de ser o filhofamilias pessoa *juris alieni*, igualmente não procedia, pois que sendo a tutela *munus publicum*, o pai lhe não podia obstar, valendo-lhe a sua qualidade tão sómente para não ser responsavel pela gerencia da tutela, a que o filho foi chamado. Hoje é sem questão, que o que tem 25 annos, tem capacidade para a tutela, pois que tal idade por si mesma emancipa.

Pupilli tamen creditores, si frugi sint, et certum illorum debitum, etc. Ainda que os crédores do pupillo pela Nov. 72. cap. 1. não podião ser seus tutores, todavia parece dar-se neste caso grande demasia d'escrupulo, quando as dividas forem certas e provadas, e n'elles se désse probidade e as demais qualidades. O mesmo entendemos que procede com os devedores do orfão, o que faria com tudo necessaria a nomeação d'um curador especial para estes objectos e casos, e se acha hoje acautelado, ainda mesmo na tutela testamentaria

pela nomeação do Sub-Tutor pelo Conselho de familia, a qual deve preceder ao ingresso do tutor na gerencia da tutela, *Noviss. Ref. Jud.* art. 434.

Regula enim juris civilis, quae dictat locum non esse tutelae legitimae, quamdiu spes est testamentariae, mera subtilitate nititur, etc. Desprendendo esta parte da nota do A. da sua opinião antecedente, com ella nos conformamos. Entre os Romanos as disposições testamentarias erão tidas em tal respeito, que passava a fanatismo. Daqui vinha, que nomeado pelo pai um tutor testamentario, que não podia tomar conta da tutela, por ser menor, por exemplo, não se lhe dava tutor legitimo, ou o chamado pela lei, mas um outro por escolha do Magistrado, que exercia a tutela, tão sómente durante o impedimento d'aquelle, ou até á sua maioridade, ostentando-se assim um respeito pelo testamento, ou lei, que o defuncto tinha feito, que não devia ser combatida, ou refutada por outra lei, que deferia a tutela aos parentes. Com tudo nossas idéas são outras; e respeitando sim, mas com tento, as disposições testamentarias, combinamos com o A. em reputar a tutela um encargo, que obriga a trabalho e grande sollicitude, com responsabilidade para com Deos, para com a sociedade, e tambem para com o orfão: e por isso nesta especie parece-nos, que igualmente deve preferir a tutela legitima á dativa, pois que tambem além das obrigações mais estreitas dos parentes entre si, elles succedem uns aos outros, e é regra de justiça universal, que prefira nos incommodos o que prefere nos commodos.

Demais a escala para a deferencia da tutela segundo as nossas leis, ainda mesmo as antigas, além da *Noviss. Reform. Jud.*, é preferir a testamentaria, passa-se depois á legitima, e só por ultimo á dativa, sem que haja um fundamento attendivel, que em tal ponto justifique a inversão.

Da tutela nomeada condicionalmente, ou desde certo tempo e até elle.

§. 9. *Datio similiter tutoris ex die, vel ad diem, vel sub conditione impossibili, casuali, vel mixta non*

Valet, cum nullam pupillo utilitatem adferat, etc. Pela sentença estabelecida na Lei das Doze Taboas (*uti legassit, ita jus esto*), podia o pai de familias, entre os Romanos, modificar o effeito de suas disposições testamentarias, quer fazendo-as observar até tempo determinado (*ad diem*), quer começando desde uma epocha certa (*ex die*), ou subordinal-as e tornal-as dependentes *a conditione*, isto é, dependentes d'um acontecimento incerto. E como a tutela deferida pelo pai de familias é uma disposição testamentaria, foi por isso susceptivel de ser nomeada com termo, e debaixo de condição, §. 3. Instit. *Qui testam. tutor. dari possunt;* e segundo nos diz Ulpiano L. 8. §. 2. D. *de testam. tutel.* « *Tutorem autem et a certo tempore dare, et usque ad certum tempus licet, et sub conditione, et usque ad conditionem.* » Nestes casos a nomeação d'um tutor testamentario tornava necessaria a nomeação d'outro tutor, dado pelo Magistrado, para os intervallos, em que o termo ou condição obstavão a que o primeiro exercitasse a tutela. Porém este tutor supplente não podia ser sujeito a condição por disposição do Magistrado, que dando-o, praticava um dos actos, que se dizião legitimos, e não admittião tal fórma: o que ainda neste caso ia conforme com a natureza das cousas, a d'um tutor supplente.

Vel sub conditione impossibili, casualis vel mixta, etc. É mister dizer aqui, ainda que com brevidade, que quando o acontecimento designado depende tão sómente do acaso, diz-se *casual* a condição; quando depende do poder da pessoa interessada, diz-se *potestativa; mixta*, se depende em parte da pessoa interessada, e em parte do acaso; e *impossivel*, quando o acontecimento é superior ás forças da natureza, ou contrario á lei, ou aos bons costumes. Esta condição, a impossivel, quando imposta nas disposições testamentarias, viciava-se, sem que viciasse o testamento, ou era tida como se não fôra escripta, LL. 6. 15. e 27. D. *de cond. inst.*

Posto isto, diz-nos o Sr. Paschoal, que a nomeação testamentaria do tutor, que não é pura, mas sujeita a condição e com termo, não é válida entre nós, e que por isso deve o Juiz, *ex officio*, rejeital-a, e chamar immediatamente o legitimo, salvo o caso, em que é po-

testativa a condição, ou dependente do poder e vontade do tutor: *quae in tutoris potestate sit, admitti quidem potest.*

Não podemos acceitar esta doutrina do A., pois que não temos a tal respeito lei patria, tornando-se por isso subsidiarias as Romanas, que neste ponto não achamos contrarias á razão. Porque em respeito á nomeação *ex die*, póde o pai ter fundada confiança n'um amigo para tutor de seu filho, mas que tem d'estar ausente, por exemplo, durante um anno desde a data do testamento: e que fundamento solido póde dar-se para que tal nomeação se invalide? Póde o pai tambem saber, que o tutor, em quem confia, ha de ausentar-se, passados que sejão seis annos, tendo razões para esperar, que neste periodo do tempo elle deixe o pupillo avançado n'uma boa educação, ou restabelecido d'uma molestia, que requer desvelo especial: e porque não ha de valer a tutela desde a morte do testador até ao tempo da partida do tutor, *ad diem?*

Em quanto á condição potestativa, reconhece o nosso A., como notámos, que com ella póde ser admittida a nomeação do tutor; fallemos pois da casual, e supponhamos que consiste em o tutor tomar conta do pupillo e seus bens, se vencer certo litigio importante, que tem pendente em juizo. É innegavel, que aqui se attende á utilidade do orfão, que fica, pela realização da condição, com um tutor abundante de recursos para satisfacção e desempenho da sua responsabilidade; e por que não ha de valer tal condição? Pelo que respeita á mixta, figuremos que consiste em se realizar um matrimonio proveitoso, para o qual o nomeado tutor já contractou esponsaes: não vai aqui igualmente procurada a utilidade do orfão?

Resta-nos a condição impossivel; mas é conveniente deixal-a para outro lugar e parte, onde por ventura mostraremos que as idéas dos Romanos acerca d'ella não merecem nosso desprezo. Não queremos com tudo concluir, que quando a nomeação testamentaria do tutor ameaça visivelmante os interesses e ventura do pupillo, ella deva proceder, com respeito cego ao testamento, antes se deve interpretar, que outra seria á

escolha do testador, se previsse taes circumstancias, dando então lugar á legitima, e, se não é possivel, á dativa.

Da tutela legitima.

§. 10. *Testamentariae tutelae succedit legitima, ita dicta, quia a lege defertur.* Foi ainda á Lei das Doze Taboas que a tutela legitima, ou a deferida pela lei, deveo a sua adopção. « Quando o pai não nomeou tutor « aos filhos, diz a L. 1. D. *de legit. tutor.*, os parentes « mais chegados, habeis para succeder-lhe, são chama- « dos pela Lei das Doze Taboas, para que sejão seus « tutores, e isto por uma grande providencia, *hoc sum-* « *ma providentia*; pois que por isso mesmo que estes « tem mais interesse, do que outros, hão de defender os « bens d'aquelles, e obstar-lhes á dilapidação e desvio. » O espirito da Lei das Doze Taboas fez crear a dos patronos, pela igualdade do fundamento: « *Item patronis*, « *id est*, *his*, *qui ad legitimam haereditatem admitti pos-* « *sint.* » Assim vemos com origem na letra e espirito da Lei das Doze Taboas as duas especies de legitima tutela, que o A. nos menciona: 1.ª a dos cognados; 2.ª a dos patronos, pela identidade de fundamento, o da successão legitima.

Parentum. Refere em terceiro lugar o A. a outra especie de tutela tambem legitima, que se chamou a *dos pais*. Pelo Direito Romano antigo o pai, que havia emancipado um filho, quando impubere, ficava desde logo seu tutor, não em virtude da Lei das Doze Taboas, explicita para os agnados, mas ao exemplo dos patronos, que por espirito desta Lei exercião a tutela sobre seus libertos impuberes. Instit. Titt. *de legitima patronorum tutela*, e *de legitima parentum tutela*.

Abolindo porém Justiniano toda a differença entre agnados e cognados, ficou o pai assemelhado aos mais parentes, e sem a menor disparidade entre aquelles e este para a tutela legitima. Ao que accresce, que não podendo mais o pai emancipar o filho impubere, entra na tutela como parente, e de nenhum modo como patrono, não tendo lugar entre nós nem a tutela dos pais, nem igualmente a dos patronos; pois que não tendo n ós

escravos, não podemos ter libertos, nem patronos, assim como se não podem dar entre nós filhos comparaveis aos libertos, entrando o pai na tutela *jure successionis*, e não *jure emancipationis;* o que tambem faz, que faltando o pai, succeda a mãi na tutela, e na falta da mãi os ascendentes.

Fiduciaria, etc. Se o avô havia emancipado o neto impubere, o pai por morte d'aquelle era o tutor do pupillo. Se o pai emancipava o mais novo dos seus filhos por sua morte, o filho, irmão mais velho do pupillo, que o pai tinha conservado em seu poder, era o tutor do irmão. Se o neto, morto o pai, tinha sido emancipado pelo avô, morto este, era o thio que ficava seu tutor O que procedia nestes tres casos *ex quasi vel ficta fiducia*, isto é, em razão da confiança, que as leis punhão na affeição natural destas pessoas para com a do pupillo; mas entrão ellas pela proximidade na legitima tutela, sem que se dê a especial fiduciaria, que na essencia abrange todos os tutores legitimos, pois que é a lei quem lhes defere a tutela em razão da confiança no seu zêlo e affeição.

Itaque jure nostro tutela legitima vel ad matrem et aviam, vel ad impuberis propinquos tantum defertur. Tirada a differença entre agnados e cognados, acabada a escravatura, cessando nos pais o poder de emancipar os impuberes, e sendo os parentes chamados ao exercicio da tutela, segundo a sua proximidade; nenhuma das differentes especies de tutela, que se comprehendião na legitima dos Romanos, foi adoptada entre nós, cujas leis acabando o poder patrio pelo matrimonio do filho, por morte deste não dão a preferencia ao avô sobre a mãi em quanto á pessoa do pupillo, do mesmo modo que a não tem sobre o pai em quanto vivo: o que faz que dissolvido o casamento pela morte da mulher, seja o pai o unico administrador legitimo dos filhos menores, que tem, sem que precise de confirmação pelo Conselho de familia, *Noviss. Reform. Jud.* art. 423.; e nesta qualidade permanece até á maioridade dos mesmos; se não passa a outras nupcias, caso, em que, para ser tutor dos seus filhos, depende de que o Conselho de familia o nomêe, o que este não póde fazer, sem que a esposa,

ou futura mulher do pai, se responsabilize solidariamente pela tutela, cit. *Reform.* art. 425. Se é o pai o predefuncto, defere-se á mãi a tutela, e se esta falta, aos ascendentes, segundo a proximidade do gráo, preferindo no mesmo gráo o ascendente paterno ao materno, cit. *Reform.* art. 429., e na falta d'ascendentes chama a lei os collateraes, como logo examinaremos.

Em quanto á mãi e avó.

§. 11. *Et primum quidem matri, et aviae volenti, si ea nimirum honeste vivit*, etc. No caso de ser o pai o predefuncto, é a mãi a quem a lei chama com preferencia; em falta desta, a avó, se falta o avô paterno. Pelo Direito Romano antigo a mãi, por causa do sexo, era incapaz da tutela de seus filhos, ainda mesmo da testamentaria, se para isso não tivesse permissão por um rescripto do Principe, como nos mostra a L. ult. D. *de tutelis: Foeminae tutores dari non possunt: quia id munus masculorum est; nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

As Constituições porém dos Imperadores lhe deferírão, na falta de tutor testamentario, a qualidade de legitima tutora de seus filhos, sendo apta, como tal, para todas as funcções, mas devendo renunciar o beneficio do Velleiano, assim como as segundas nupcias: *Juramentum antea praestet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet, et renuniet Senatusconsulti Vellejani praesidio, omnique alio legitimo auxilio, suamque substantiam supponat.* Vide L. 3. e 2. C. *Quando mulier tutelae officio fungi potest*, e *Authenticas* postas no mesmo titulo.

Esta legislação foi adoptada entre nós na Ord. liv. 4. tit. 102., ampliada á avó, para, na falta de tutor testamentario, se lhe deferir com preferencia a legitima tutela, tendo ella honesto comportamento, sem que se lhe imponha a obrigação de não casar, mas sim a de pedir tutor ou curador para seus filhos antes que casem, renunciando o beneficio do Velleiano, e todos os mais privilegios concedidos ás mulheres, responsabilizando-se por todos os seus bens; e não os tendo de raiz, dando

fiança idonea; o que tudo deve constar por auto judicial, etc. É de notar, que devendo nestes casos e debaixo das expostas condições consentir o Juiz dos Orfãos na entrega á mãi, ou avó, da pessoa do pupillo e de seus bens sem consideração alguma com a estimação ou valor destes, pela Ord. liv. 1. tit. 62. §. 37. *in fin.*, que o A. lembra na nota; a viuva, para ser tutora do filho, que tem bens excedentes em valor a sessenta mil reis (valor, que triplicou pelo Alv. de 26 de Setembro de 1814.), depende de Provisão do Desembargo do Paço: sendo discordes os Praxistas na conciliação destas leis, que hoje seria para nós trabalho inutil, pois que a *Noviss. Ref. Jud.* commette ao Conselho de familia a confirmação e nomeação da mãi e avó para tutoras, sem attenção ás maiores ou menores riquezas do pupillo.

Matri et aviae volenti. Pelo Direito Romano já exposto, e tambem pela Ord. ultimamente examinada, tornava-se necessario que a mãi, e entre nós tambem a avó, consentissem e quizessem a tutela, pois seria violencia obrigal-as a ceder do Velleiano, e mais privilegios das mulheres, com repugnancia sua. Hoje porém que tal renúncia se não exige, e que apenas se requer no caso de segundas nupcias, que o futuro marido solidariamente se responsabilize pela tutela, se para ella ha approvação do Conselho de familia, cit. *Ref. Jud.* art. 425., cessárão as razões da necessidade do consentimento da mãi. Todavia póde esta (o mesmo intendemos da avó) eximir-se ou recusar a tutela, requerendo ao Juiz a reunião do Conselho de familia para a nomeação de tutor; mas no entanto deve ella satisfazer as obrigações de tutora, art. 424. Com tudo não depende unicamente da vontade da mãi viuva, (o mesmo dizemos da avó do orfão) o ser tutora; pois precisão uma e outra da confirmação do Conselho de familia, art. 423., da qual sómente o pai não necessita, se não passa a outras nupcias, como anteriormente se disse.

Da tutela legitima, considerada em relação aos collateraes.

§. 12. Unicamente aos parentes collateraes, é que a Lei das Doze Taboas deferio a legitima tutela; e ainda que no decurso e andar do tempo as interpretações dos

Jurisconsultos lhes anivelárão, e até alguns lhes preferirão os ascendentes, nunca Roma vio recorrerem estes á auctoridade do Juiz para serem tutores dos filhos da sua gente, cujos pais tinhão morrido sem os nomearem tutores no testamento. Entre nós já vimos, que na tutela legitima preferião os ascendentes aos collateraes, e entre aquelles, pela *Noviss. Ref. Jud.*, os paternos aos maternos, excitada assim para este effeito a differença entre agnados e cognados.

Segundo a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 5., na falta de ascendente, o parente mais chegado, isto é, o collateral em grão mais proximo de parentesco com o pupillo, que residir no lugar ou termo, onde estão situados os bens do mesmo, deve ser o seu tutor, e havendo muitos ou mais que um parente no mesmo grão, deve o Juiz escolher o mais idoneo, e constrangel-o ao exercicio da tutela, reputando a lei mais idoneo o que for mais abonado, ou rico, como se vê do verso: *E em quanto o Juiz achar parente do orfão abonado*, etc. O qual parente, se recusar a tutela, é reputado como indigno de succeder ao pupillo, que morre na puberdade, Ord. cit. §. 6. Não assim, se morre pubere, sem que faça testamento, pois que a lei, podendo o menor em tal idade testar, presume que não testou, para que esse mesmo parente lhe succeda em razão da sua proximidade de grão.

O A. na sua nota ao §. segue, que os collateraes paternos não preferem só por isso aos maternos em igualdade de grão; hoje decididamente preferem, pois assim o determina a *Noviss. Ref. Jud.* art. 430., onde a linha paterna é preferida á materna; e na igualdade de grão e linha o mais velho ao mais novo. Ainda que esta disposição não procede até o caso do não abonado preferir ao abonado mais distante, antes este prefere sempre áquelle, não obstante a sua proximidade, o que é expresso no mesmo art.; assim como, que tal tutor está sujeito á confirmação do Conselho de familia.

É porém de advertir, que pelo cit. art. da *Noviss. Ref. Jud.* os collateraes chamados á tutela são tão sómente os thios irmãos do pai e mãi do pupillo, preferindo os paternos aos maternos, como já observámos, excluidos deste modo os irmãos do mesmo orfão, quando são

elles os collateraes mais chegados, quando as leis Romanas os distinguião em confiança, quando a natureza os abona, e quando o *Cod. Civ.* de França os não exclue, dando-lhe no art. 408., sendo germanos, e até aos maridos das irmãs germanas, a preferencia para compôrem o Conselho de familia, que não podendo ter mais que seis membros, admitte em si todos os irmãos, ainda que sejão mais; e se são menos, só os que faltão nos irmãos para completar o Conselho, são tirados dos mais parentes. Confessamos que de nossas meditações mui attentas ainda não podemos concluir um motivo, que nos pareça razão justificativa da *Noviss. Reform. Jud.* nesta sua disposição.

Tutela dativa.

§. 13. *In defectum tutoris testamentarii, vel legitimi succedit* dativus, *seu* Atilianus, etc. Estamos na tutela dada pelo Magistrado na falta da testamentaria e legitima. Os Commentadores e Jurisconsultos modernos lhe dão o nome de *dativa*, nome, que adoptado hoje geralmente, o não foi, nem pelas leis, nem pelos Jurisconsultos Romanos, que disserão este tutor *Atiliano*, do nome da lei *Atilia*, segundo a qual elle foi dado; mas como esta lei só dispoz para a Cidade, chamou-se elle nas Provincias *tutor Julioticiano*, do nome da lei *Julia* e *Ticia*, que o teve por objecto. Esta ultima expressão, que distinguio o tutor dado, é indicada por Theophilo na *Parafrase* á Instit. §. *inic. hoc tit.*

Não se conhece a data da lei Atilia, ainda que ha probabilidade de que já existia no anno 557 de Roma, porque Tito Livio 39. 9., fallando d'uma liberta, que vivia nesta epocha, diz: *Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutore a tribunis et proetore petito* .... Heinnecio nas *Antiguidades Romanas* dá-lhe existencia no anno 443, ainda que por presumpção, fundada em existir neste anno um Tribuno, chamado *Atilio Regulo*. Parece com tudo que a existencia d'um tal tutor deve datar de mais longe, pois pouco tempo passaria, sem se verificar a sua necessidade na falta do testamentario e legitimo.

Em quanto á lei *Julia* e *Ticia*, concorda-se geral-

mente em collocal-a sob Julio Cesar, e Consulado d'Octavio e Marco Tito, em 723 de Roma, ainda que Theophilo falla da lei *Julia* e da lei *Ticia*, como de duas leis distinctas, promulgada uma depois da outra, o que com tudo repugna com os fragmentos de todos os Jurisconsultos, que fallão da lei *Julia* e *Ticia* sempre no singular.

Tanto a lei *Atilia*, como a *Julia* e *Ticia* forão pouco adiante alteradas por insufficientes, pois lhes faltavão as providencias sobre a caução do tutor, e sobre o constrangimento do mesmo para o obrigar a tomar entrega da tutela. É porém certo, que a dação do tutor Atiliano foi considerada objecto importante, sendo attribuida aos Consules, governando Claudio, e aos Pretores por uma Constituição de Marco Aurelio, precedendo exame ou informação (*cum inquisitione*), não só sobre as fortunas ou bens, mas principalmente sobre a economia e costumes das pessoas, L. 2. §. 5., e L. 6. D. *de tutor. et curator. dat.* Passou depois aos Pretores, que, para a darem, dependião de, pelo menos, concordarem com o seu voto seis Tribunos, não se requerendo que os quatro restantes concordassem, para se não difficultar a tutela, que por sua natureza exigia promptidão, o que Vinnio adverte. *O tutor Julioticiano* era dado pelo Presidente das Provincias, como aponta Theophilo; o que tudo com o tempo se alterou, passando a ser entregue ao Magistrado com jurisdicção, mas precedendo o exame, já notado, sobre a idoneidade do tutor.

Entre nós na Ord. de D. Affonso V. liv. 4. tit. 85., na de D. Manoel liv. 1. tit. 67., e na actual liv. 4. tit. 102. é recebido o tutor *dativo* ou *Atiliano*, que o Juiz dos orfãos dentro d'um mez, depois da morte do pai, deve dar ao menor, descriptos os seus bens em inventario; no que concorda a *Noviss. Reform. Jud.* art. 392.; devendo preferir o parente do pupillo, havendo-o digno, ao estranho, cit. Ord. §. 5. *in fin.*; e sendo competente o Juiz do domicilio, e não o da situação dos bens (*rei sitae*), se o menor os tem em lugar de differente jurisdicção, caso, em que aquelle depreca a este (*com diligencia*), para que dê curador idoneo a esses bens, e lh'os entregue por inventario, tomando-lhe o devido

juramento, cit. Ord. §. 8., que tem concordante até nas mesmas palavras (o que é notavel) no liv. 1. tit. 88. §. 24.; depois do que tal curador fica, sobre este assumpto, sujeito á jurisdicção do Juiz do domicilio do pupillo, Ord. liv. 3. tit. 11. §. 3.

Segundo a *Noviss. Reform. Jud.* art. 431. pertence ao Conselho de familia dar tutor, e tem lugar na falta de thios do pai e mãi do pupillo. Pertence-lhe do mesmo modo nomear Sub-Tutor, para velar nos interesses do menor, unicamente quando se achão em opposição com os do tutor, acabando aquelle suas funcções com a tutela, art. 432., e pertencendo-lhe, na vacancia da mesma por ausencia, morte, ou outro acontecimento, convocar o Conselho de familia, e requerer a nomeação d'outro tutor, art. 433. O Sub-Tutor dá-se igualmente nas mais especies de tutela, art. 434.

Da caução dos tutores.

§. 14. *Caução*, palavra derivada da latina *cavere*, diz-se em geral de toda a garantia, preeaução e segurança, que se toma em nosso favor, ou em bem d'outro, e restrictamente ao tutor é caução — *cavere rem pupilli salvam fore*, ou a segurança do patrimonio do orfão. Distinguem-se em Direito muitas especies de caução, como o penhor, a promessa verbal, o escripto com a confissão da divida, o juramento, que se chama caução juratoria; e quando para maior segurança do cumprimento uma terceira pessoa intervem, unindo a sua obrigação á do principalmente obrigado, dá-se a fiança, caso, em que se diz fidejussoria a caução, que os Romanos chamavão especialmente satisdação — *satisdatio*. Era esta a caução, que os tutores e curadores devião dar: *Ne pupillorum pupillarumve . . . . negotia a curatoribus tutoribusve consumantur vel deminuantur, curet praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent.* §. *inic. Instit. de satisdat. tutor.*

Fazia-se ou dava-se a satisdação por meio d'*estipulações*, isto é, por perguntas e respostas. Assim, com referencia ao tutor: *Promittisne rem pupilli salvam fore? Promitto;* e em quanto aos fiadores: *Fidejubesne rem*

pupilli salvam fore? Fidejubeo. Era o pupillo quem dirigia as perguntas; e se elle estava ausente, ou não sabia fallar, fazia-as um seu escravo; e se o não havia, ou se comprava, ou um escravo público as exprimia.

É o fundamento da caução a suspeita da infidelidade e má gestão, faltando a qual, ninguem deve ser gravado com aquella, e muito principalmente quando faz a outro um beneficio, como se verifica na tutela. Por isso o tutor testamentario foi isento da caução, pois a escolha do pai em quanto a elle era sufficiente segurança da sua fidelidade: *Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore, certo certius est*, L. 17. D. *de test. tut.*, o que procedia, ainda quando em razão da falta do poder patrio do testador devião ser confirmados, o que se não extendia aos não nomeados pelo pai, sujeitos á confirmação, e tanto, que, neste caso, dispensando o Magistrado na caução, ficava elle responsavel por todo o damno do menor, L. 5. D. *de confirmat. tutor.*

Além do tutor testamentario ainda se exceptuavão da caução, entre os curadores dativos, os nomeados, precedendo exame, ou inquirição do Magistrado sobre seus bens e costumes: *Item, ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt*, §. *inic. in fin.* Instit. *hoc tit.*, e L. 13. §. 2. D. *de tut. et curat. dat.: Fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis;* pois que o exame e investigação do Magistrado sobre as qualidades e circumstancias do tutor documentavão sua idoneidade, destruindo a seu respeito a suspeita; fundamento, como vimos, da caução. Militava por tanto, em regra, a caução para ser dada nos curadores legitimos, ou chamados á tutela pela lei: *Legitimos tutores nemo dat: sed Lex duodecim tabularum. Sed, etiam hos cogi satisdare, certum est.*

Tutores testamentarii a patre, matreve dati ab omni satisdatione immunes sunt, etc. Passando agora a examinar as nossas leis sobre a materia sujeita, seguimos a transcripta opinião do A., segundo a qual são isentos da caução os tutores testamentarios, tanto os nomeados pelo pai, como os que o são pela mãi, adoptando para isto as nossas os fundamentos e razões de decidir das leis Romanas, que nós deixamos examinadas.

Em quanto aos tutores nomeados pelo pai em testamento, é expressa a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1. *in fin. verbis — não serão obrigados dar fiança alguma;* adoptado assim, que a escolha do pai torna isento de suspeita o por elle nomeado. Em quanto porém ao tutor testamentario nomeado pela mãi, a cit. Ord. §. 2. não é expressa, mas não lhe exige caução, e faz dependente a nomeação da confirmação do Juiz, sendo o silencio da lei sobre a caução argumento sem resposta de que ella se conformou com o fundamento das leis Romanas, que a confirmação do Juiz *ex inquisitione* garante contra a suspeita o tutor, exceptuando-o da caução.

Mater, et avia, quando tutelae officio fungitur, cautionem fidejussoriam praestat, si bona immobilia non habet, etc. Pela L. 2. e 3. C. *Quando mulieres tutel. officio*, que antecedentemente examinámos, na falta de tutor testamentario e legitimo, a mãi, sendo maior na idade, era capaz da tutela de seus filhos, não por virtude da lei, mas de graça ou do rescripto do Principe, devendo obrigar-se por juramento a não casar, com obrigação de dar contas, sob encargo de seus bens, renunciando ao beneficio do Velleiano, sem que devesse dar fiança, ou caução. Na Ord. cit. §. 3. vem a mãi e do mesmo modo a avó como tutoras legitimas, e como os tutores desta especie pelo Direito Romano, como vimos, dependião de caução, parece vir d'aqui o preceito da mesma Ord., que obriga a mãi e avó, como tutoras, a dar fiança, ainda que só no caso da falta de bens de raiz sufficientes.

Alii tutores legitimi utramque cautionem juratoriam et fidejussoriam praestant, etc. Os de mais parentes chamados á tutela, segundo a proximidade do parentesco, pela cit. Ord. não só devem dar fiança, como dispõem as leis Romanas, mas a caução juratoria; exceptuão-se porém daquella os parentes abastados em bens immoveis, assim como os que por pobres não encontrão fiador, caso, em que satisfazem com o juramento de bem servir a tutela, sendo pessoas honestas e dignas de confiança.

Dationis ad nullam cautionem tenetur. Visto serem isentos de dar caução os tutores testamentarios, e obrigados a ella os legitimos, conformando-se as nossas leis com as Romanas, o mesmo procede ainda com os tutores

res dativos, pois que o preceito do Magistrado, que assenta sobre sua informação e exame, tambem entre nós purifica de suspeita o tutor, o que se mostra do §. 7. da cit. Ord., que fallando certamente do tutor Atiliano, ou dativo, não o obriga a caução.

A *Noviss. Ref. Jud.* porém, considerando a tutela sempre como um encargo, que importa favor ao pupillo, e confiando no zêlo do Conselho de familia, não obriga o tutor a dar fiança, mas fal-o responsavel por todas as perdas e damnos, que causar ao menor por sua má administração; e começa a responsabilidade para elle desde o dia, em que lhe é noticiada a sua nomeação, art. 441., *Cod. Civ.* de França art. 450. §. 2.

Do officio, auctorização e administração do tutor.

§. 15. *Officium tutoris, quantumcumque illud est, quod certe maximum est, duobus his continetur, auctoritate et administratione.* Consiste o officio do tutor, na totalidade ou complexo dos direitos, que lhe competem na pessoa e patrimonio do menor, determinados pela necessidade, que este tem, d'um defensor até á idade, em que segundo as leis o dispensa, officio quasi igual ao do pai, em cujas vezes succede por sua nomeação, *idem fere ac patris*, ou pelo chamamento da lei, ou pela escolha do Magistrado, representante do Soberano e da Nação, a quem incumbe a protecção dos menores; officio, que o A. adoptando a linguagem dos Romanos, compõe da *auctorização, auctoritate*, e da *administração, administratione.*

Auctoritas, auctorização, é palavra empregada na Instit. *tit. de auctoritate tutorum*, que, tomada de *augere*, explica a concorrencia da pessoa do tutor com a do pupillo, para que um acto, por este praticado, tivesse o effeito e validade, que sem isso não teria; de sorte que o defeito no pupillo era supprido pelo concurso do tutor, o qual assim augmentava, *augebat*, a pessoa do pupillo. A auctorização do tutor não podia praticar-se durante a infancia do menor, pois que até aos 7 annos era este incapaz de todo o acto, mas depois delles decorridos, era ella umas vezes necessaria, e outras não: *Auctoritas autem*

tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria, Instit. §. *inic. hoc tit.*

Auctoritas tutoris idem est, atque adprobatio, seu confirmatio illius actus, etc. O pupillo maior d'infante podia acceitar obrigações, mas não podia obrigar-se, sendo para isto indispensavel, que o acto, ou facto, que o podia onerar, fosse approvado ou confirmado pelo tutor, e nisto consistia a sua auctorização, ou *auctoritas*, que não era necessaria para que outro se obrigasse ao pupillo. A administração não se referia aos actos, mas á pessoa do menor, com preferencia e secundariamente aos bens, no que differia entre os Romanos o tutor do curador, que era dado aos bens principalmente.

Em quanto á administração, deve o tutor promover a educação do pupillo sem miseria e d'um modo digno d'homem livre, *liberaliter*, pois que uma boa educação é o melhor patrimonio. Mas deve ter attenção a seus bens e condição, mandando-lhe ensinar o officio de seu pai, se foi artifice, tendo o filho para elle vocação; a lavoura, se aquelle foi lavrador; ou pondo-o a servir amo por soldada, se a sua condição o permitte, segundo as providencias da Ord. liv. 1. tit. 88. §§. 10. 13. 15. 16. 18., que já em outro lugar expozemos. Deve igualmente, e com o mesmo fundamento, o tutor tomar a peito a defesa do menor em Juizo, tanto criminal, como civil, como nós tambem já notámos, Ord. liv. 3. tit. 41. §. 8.; e bem assim defender, administrar e fazer render os seus bens como um bom pai de familias, e como sábia e filanthropicamente lhe encarrega a cit. Ord. liv. 1. tit. 88. §. 22. e seg.: de sorte que o menor, principalmente na infancia, é um ente sem acção, dependendo para tudo do tutor; quando este, ao contrario, póde fazer tudo aquillo, que for a bem do menor, por importante que seja, e por isso contractar, adir heranças, intentar de novo acções, e progredir nas intentadas, etc.

In rebus magni momenti, etc. Passada a idade da infancia, e quando já se descobre alguma capacidade no pupillo, principalmente nos assumptos mais importantes e graves, deve o curador chamal-o ás deliberações, como é na contracção dos esponsaes, na auctorização de procuradores judiciaes e extrajudiciaes, no exercicio do direito de Padroado, hoje extincto. E é aqui de ad-

vertir, que a auctorização do tutor entre nós não exige comparecimento pessoal, como era entre os Romanos, por ser ella acto legitimo, sendo em muitos casos sufficiente por meio de carta, ou d'outro modo, e bastando por procuração nos mais graves, como já observámos em quanto aos esponsaes.

Quia vero tutores vice Magistratus funguntur, etc. Ainda que, em regra, seja o do tutor um poder discricionario na gerencia da tutela, determinado pelas conveniencias do menor; não devia elle, nos objectos mais graves, desligar-se da sujeição ao Magistrado, a cujo cargo se achava a vigilancia dos orfãos. Assim não podia alienar bens immoveis, nem os moveis preciosos, sem despacho do Juiz, segundo as providencias do Digesto no tit. *de reb. eor., qui sub tut.*, o que a nossa Ord. liv. 1. tit. 88. §. 25. estende a quaesquer moveis para serem vendidos em almoeda; modo, por que devem tambem ser arrendados os immoveis a quem mais der, §. 23. Nem tambem o dinheiro do menor podia ser dado a juros pelo tutor, mas sim mettido no cofre ou arca, de que falla o §. 31. da mesma Ord. Do que provinha igualmente não poder o tutor contrahir dividas, destractal-as por si só, hypothecar os bens do orfão, nem approvar-lhe o casamento sem auctoridade do Juiz. Estas prohibições porém não comprehendião a alienação das cousas susceptiveis de corromper-se, *quae servando servari non possunt;* nem tambem a do dinheiro necessario para o pagamento periodico dos encargos estabelecidos, como o dos juros, fóros e impostos, por isso que neste caso não podia elle abusar.

Os objectos mais graves, que excedem hoje os poderes do tutor, achão-se referidos na *Noviss. Reform. Jud.* artt. 400. e seg. até 403. *incl.*, pertencendo ao Conselho de familia regulal-os, e auctorizar para elles o tutor, o que tudo já em outro lugar expozemos.

Da responsabilidade do tutor, da obrigação de dar contas, e do Juizo, em que deve responder.

§. 16. *Tutor autem omnino de damno tenetur, quod culpa, vel negligentia sua pupillo dedit*, etc. A culpa,

distincta do dólo ou fraude, *propositum nocendi*, contraposta á diligencia, consiste na falta desta, e divide-se ordinariamente em larga ou grosseira, leve ou ligeira, e levissima ou muito ligeira. Na culpa o agente não tem vontade de fazer mal, pois esta seria fraude; mas dá-se vontade de tornar o mal possivel por um acto, ou omissão, de que o mal com effeito resultou. A falta larga ou grosseira consiste em o auctor não observar, em quanto a outro, o que um homem menos attento costuma observar nos seus negocios; e tal se dá, não prevendo os effeitos naturaes, que acontecem commummente, por exemplo, fazer viagem por agua n'um dia de tempestade. Esta culpa é comparada com o dólo, *dolo proxima*, isto é, excita ou faz nascer a presumpção de que o agente obrou por dólo, pois quem faz o que não devia fazer, reputa-se ter má tenção. Nas materias civís applica-se regularmente á culpa larga a mesma pena, que ao dólo; o que já assim não é nas criminaes, sobre tudo quando se tracta d'uma pena corporal.

A falta leve ou ligeira é a omissão do que um homem diligente costuma observar nos seus negocios. A levissima é a omissão do cuidado o mais exacto, e que teria um homem o mais diligente. A pena n'uma e n'outra destas faltas não consiste em mais, do que na satisfacção ou pagamento do damno, e dos interesses cessantes.

A responsabilidade do agente, ou auctor da falta ou culpa, é maior ou menor, segundo a variedade dos casos. Se o negocio ou contracto é todo para proveito de outro, o que foi negligente, satisfaz unicamente a culpa larga, como acontece, por exemplo, no mandato: nos contractos, que se fazem para interesse reciproco, presta-se a culpa leve. Com tudo, se a natureza do negocio encarregado requer alguma industria, como no caso, em que se tracta de comprar ou de vender, o mandatario não só presta a culpa larga, mas a leve; e se o negocio exige muito grande diligencia, entende-se que elle se responsabilizou pela negligencia levissima.

Na razão da diligencia media se reputa obrigado o mandatario da tutela, em que a vantagem é unicamente do pupillo; e por isso não presta áquelle a negli-

gencia levissima, mas a leve, salvo se elle se offereceo para administrar a tutela, ou se expressamente se obrigou a satisfazer a culpa, falta ou negligencia levissima. Porém a nossa Ord. liv. 3. tit. 41. §. 3., responsabilizando o tutor pelo damno, provindo de sua culpa ou negligencia, não a gradúa; e o mesmo faz a *Noviss. Reform. Jud.* art. 441., responsabilizando o tutor por sua má administração desde o dia, em que a nomeação lhe foi noticiada: e é nossa opinião, que na apreciação da culpa se deve sempre considerar o gráo de capacidade e intelligencia da pessoa, a quem ella é imputada, e se ella empregou, ou não, cuidado igual ao que costuma ter nas cousas proprias.

Isque propterea conveniri potest, etc. O tutor responsavel, como vimos, pela má administração, e cujos bens estão tacitamente hypothecados ás perdas e damnos, que elle causa, L. 20. C. *de administr. tutor.*, segundo a Ord. liv. 3. tit. 11. §. 3. é constrangido á satisfacção ou no fôro do domicilio, ou perante o Juiz, que lhe conferio a tutela. Hoje o competente é o Juiz de Direito na cabeça da Comarca, e o Juiz Ordinario nos Julgados inferiores; assim como o são tambem para as contestações, que se suscitarem sobre as contas da gestão, as quaes devem ser processadas e decididas, como as demais sobre materia civil, *Cod.* de Napoleão art. 473.

Et administrationis suae rationes reddere, etc. Segundo a regra geral de Direito, que o administrador de bens alheios é obrigado a dar contas, deve dal-as o tutor, *Noviss. Reform. Jud.* art. 446.; e lhe devem ser tomadas todos os annos pelo Conselho de familia, a menos que o rendimento do patrimonio administrado seja tão tenue, que apenas chegue para a satisfacção dos salarios e emolumentos por causa d'ellas, caso, em que se tomarão com intervallos mais largos, segundo o Juiz e o Conselho de familia assentarem, sem gravame dos interesses do menor. Estas contas devem ser examinadas por duas pessoas peritas, que podem ser tiradas das que compõem o Conselho de familia, art. 447. Além das contas annuaes, finda a tutela, deve o tutor entregar ao interessado a conta geral da sua administração, e

todo o alcance, em que se achar, vence os juros da lei desde o dia da sua liquidação, art. 448. Mas se então, ou antes disso, se verifica dissipação nos rendimentos do menor pelo tutor, é este preso, até que pague, se não tem bens sufficientes para a indemnização do lesado, art. 450. O pai porém, como em outro lugar notámos, não é obrigado a contas pela administração dos bens dos filhos, excepto, se passando a segundas nupcias, é nomeado seu tutor pelo Conselho de familia, art. 445.

Entre os Romanos, pelo principio — *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest*, chegava até mesmo a reputar-se absurdo o exigir contas e satisfacção ao tutor, antes de finda a tutela, pela emancipação, pela morte, ou outro modo, L. 4. *in princ.*, e L. 9. §. 4. D. *de tutelae et rat. distrah.*. Vê-se facilmente, quanto esta disposição é perigosa, e effectivamente nociva aos interesses dos menores; e por isso é que d'ella se desviou Clemente V., em objecto muito analogo, mandando na *Clement.* 2. §. 1. *de Religios. Domib.*, que os administradores d'hospitaes e lazaretos désem contas annuaes, o que foi adoptado pelo Imperador Carlos V., e por Rodolfo II. nas tutelas. A Ord. liv. 1. tit. 88. §. 49., e liv. 4. tit. 102. §. 9., manda tomal-as, finda a tutela. Pelo *Cod. Civ.* de França art. 469. o tutor, finda a tutela, é obrigado a dar contas, mas pelo art. 470. de e o mesmo entregar informações *des états*, das circumstancias da gestão a respeito da tutela, nas epochas, que julgar o Conselho de familia, ás quaes não póde ser obrigado mais d'uma vez em cada anno. Os collaboradores da *Noviss. Reform. Jud.* determinárão igualmente este dever annual em quanto ás contas, mas é certo que as informações do *Cod. Civ.* de França abrangem mais objectos além d'ellas, e com proveito do menor.

Da exigencia da responsabilidade dos Fiadores e Magistrados.

§. 17. Já vimos que segundo a nossa Ord. liv. 4. tit. 102. era o tutor legitimo, mas não o testamentario ou dati o, obrigado á caução fidejussoria. Por conseguinte o fiador, como responsavel pelo tutor, podia,

int

em razão dos damnos e alcances, que tinhão causa no mesmo, ser demandado para a devida satisfacção, e isto *singulis annis*, por isso que tomadas as contas todos os annos (segundo a *Noviss. Reform. Jud.*), verificando-se em todos, ou algum d'elles a necessidade da satisfacção, era prejudicial ao pupillo espaçal-a para o fim da tutela. Mas como o menor, pela fraqueza da idade, não é por si recebido em Juizo, continúa o A.: — *conveniri possunt non a pupillo, sed a contutoribus, vel curatoribus*, isto é, que devia o fiador do tutor em exercicio ser demandado, ou pelos contutores, ou pelos curadores, havendo-os.

Podião entre os Romanos, e da mesma sorte entre nós, ser muitos os tutores em uma unica tutela; o que acontecia, dando-se muitos idoneos no mesmo grão de parentesco. Nomeavão estes, d'entre si, um para o exercicio da tutela; e dando elle fiadores, aos contutores pertencia accional-os pela satisfacção, a que se havião obrigado pelo principal responsavel tutor em exercicio.

Vel curatoribus. Sendo dous os legitimos tutores, podia um pedir escusa por justa causa, e se a pedia por certo tempo, supponhamos, por dous annos, não se lhe dava outro tutor para interinamente fazer as vezes deste, pois que pelos principios dos Romanos não se podia dar tutor a quem o tinha, mas dava-se ao pupillo um curador, e era elle quem devia constranger judicialmente o fiador do tutor em exercicio, á satisfacção do damno, de que este fôra causa. Em ambas estas especies, a de contutores, e de tutor com curador, ou quando havia um unico tutor, o cumprimento da obrigação do fiador estava tambem a cargo do Magistrado pupillar, isto é, d'aquelle, a cuja vigilancia se achava confiada pelas leis a protecção dos menores, Schilter *Exercit.* 37. *ad Pand.* §. 22., e o A. neste §. — *vel officio judicis pupillaris*, etc.

Magistratus etiam judicio tutelae in subsidium tandem conveniuntur, etc. Finalmente, chegado o pupillo á maioridade, não podendo haver a sua indemnização, por não terem bens o tutor e fiador, ou por aquelle ser conservado, quando, por incapaz, devia ser removido;

dava-se acção pelos damnos contra o Juiz omisso ou conveniente, L. 1. C. *Magistrat. conveniend.*, cuja obrigação era sempre subsidiaria á do tutor por elle dado, segundo a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 24., e liv. 3. tit. 41. §. 3. *in fin.*

E será hoje o Conselho de familia subsidiariamente obrigado pelos damnos causados pelo tutor? Sendo regra, que cada um é responsavel pelo seu dólo e fraude, a poderem-se taes vicios provar no Conselho de familia d'um modo pleno, e que destrua toda a dúvida, os damnos acontecidos por esta causa, com intervenção do tutor, são em nossa opinião imputaveis ao Conselho de familia, que deve satisfazel-os, figurando o tutor como instrumento d'aquelle, especie esta, que por ventura não terá realidade. A obrigação porém subsidiaria, que as Ordd. ultimamente citadas impunhão ao Juiz dos Orfãos pelos damnos causados pelo tutor por elle dado, obrigação, não só dura em si, mas injusta em nossa opinião, não póde entender-se hoje existente no Conselho de familia, tendo expirado no Juiz, seu Presidente.

O Juiz de Direito no Julgado Cabeça de Comarca, e o Juiz Ordinario nos outros, são responsaveis por todo o damno, que resulta de não se proceder a inventario dos bens dentro d'um mez, o mais tardar, depois da morte do defuncto, cujos herdeiros presumptivos forem orfãos menores, ausentes ou dementes, etc., *Noviss. Reform. Jud.* art. 392. E tambem, como já vimos, o tutor é responsavel por todas as perdas e damnos, que causar ao menor por sua má administração, art. 441. *cod.* Eis as pessoas e os casos, em que tem lugar a responsabilidade pelos damnos, segundo a nossa actual legislação orfanologica, que mencionando-a nestes casos, com o seu silencio sobre o da nomeação do tutor derogou a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 24. e outros, bem como a do liv. 3. tit. 41. §. 3. *in fin.*, para não comprehenderem o Conselho de familia pelos damnos causados pelo tutor por elle dado.

Além das expostas razões geraes em apoio da nossa opinião, accrescem argumentos especiaes. A *Noviss. Reform. Jud.* foi bebida especialmente nesta parte no *Cod. Civ.* de França; e a Commissão encarregada da

redacção do projecto deste Codigo inserio no liv. 1. tit. 9. art. 102. uma disposição, que adoptando a jurisprudencia dos Parlamentos de Rennes, de Rouen, e dos paizes, que seguião o Direito escripto ou Romano, declarava os nomeantes responsaveis pela gereneia do tutor. O Conselho d'Estado porém rejeitou está proposta, e o *Cod.* de Napoleão não conserva d'ella um só vestigio. « O uso, que approvou (disse M. *Leroi* sobre este assumpto) fossem os parentes nomeantes obrigados pela « má administração dos tutores, no caso d'insolubilidade, é contrario e offensivo da razão: a familia satisfaz completamente o seu dever, fazendo uma escolha « com todas as precauções da boa fé, e com todos os « cuidados da ternura. »

Das escusas dos tutores.

§. 18. *Tutela munus publicum est, quod omnes cives obire tenentur, nisi legitimam excusationem habeant.* Pois que a defesa e protecção dos menores, que não tem pai, é um dever do Estado, o exercicio da tutela é um encargo público importante, a que, em regra, todos os Cidadãos são obrigados, e tanto, que os empregos, que isentão dos cargos públicos, não isentão da tutela, sem que haja uma disposição especial, que a comprehenda na isenção, como decidem a L. 15. §. 13., e a L. 17. §. 3. D. *de excusationibus.* Por isso muitas leis, depois de terem fallado da dispensa dos cargos públicos, fazem menção particular da dispensa da tutela; o que se observa, entre outras, na L. 8. §. 1., e na L. 12. §. 1. D. *de vocationibus et excusationibus muner.*

Escusa é o motivo, que dispensa da tutela aquelle, que a ella é chamado. Divide-se em voluntaria e necessaria: dá-se a primeira, quando o motivo, que a constitue, para valer precisa ser allegado, como é, por exemplo, o que consiste em ter cinco filhos vivos o designado tutor, comprehendidos os netos ou descendentes sob sua administração, e contados como vivos os que morrêrão na guerra, Ord. liv. 4. tit. 104. §. *inic.;* a necessaria obsta ao deferimento da tutela, ainda que não

allegada, posto que o indicado queira havel-a, e para isso se esforce; e se verifica, por exemplo, quando o tutor é inimigo do pupillo, ou traz com elle litigio. Umas e outras destas escusas vem referidas na Ord. ultimamente cit., e hoje na *Noviss. Reform. Jud.* artt. 435., 437. e 438., comprehendendo aquelles as escusas necessarias, e este as voluntarias.

São necessarias, como anteriormente notámos, 1.° a dos menores não casados, ou que não são Bachareis com Formatura; 2.° a das mulheres, excepto as mãis, avós e bisavós, confirmadas pelo Conselho de familia; 3.° a dos que tiverem demanda com o menor; 4.° a dos condemnados em pena afflictiva, ou infamante, ou em qualquer outra, sendo por crime contra a moral pública, furto, roubo, ou banca-rôta fraudulenta; 5.° a das pessoas de máo procedimento; 6.° a dos inhibidos da administração dos seus bens; 7.° a dos inimigos; e finalmente a dos que não podem ser membros do Conselho de familia: escusas todas necessarias, e que obstão tanto ao deferimento, como á conservação da tutela, art. 437.

Podem isentar-se da tutela: 1.° os Ministros e Conselheiros d'Estado; 2.° os Membros, Officiaes e Empregados dos Tribunaes e Repartições de Justiça, ou Fazenda; 3.° os Empregados no Corpo Diplomatico; 4.° os Militares effectivos do Exercito e Marinha, assim como os Reformados militarmente empregados, e os Empregados civís do exercito; 5.° os Magistrados e Juizes territoriaes, seus Escrivães e officiaes; 6.° os que já tiverem uma tutela; 7.° os que tiverem cinco filhos legitimos vivos, contando-se como taes os que morrêrão na guerra, e os filhos destes, que existirem; 8.° os que tiverem setenta annos de idade; e finalmente os que poderem molestia conceituada de chronica, que os impossibilite de saír, e de tratar immediatamente, ou por si, dos seus proprios interesses, art. 438.

As escusas voluntarias devem logo ser allegadas pelo nomeado tutor, se tiver assistido á sessão do Conselho de familia, em que sua nomeação foi acordada; e o Conselho não póde depois attender-lhe os motivos, escusando-o, se então os não expoz. Se porém o no-

meado não foi presente a tal sessão, deve dentro de tres dias, depois da nomeação lhe haver sido intimada, convocar o Conselho de familia para deliberar sobre este assumpto, e não sendo attendido, ou isento da tutela, póde aggravar por petição para o Juiz de Direito, se o Conselho teve por Presidente o Juiz do Julgado, que não é Cabeça de Comarca, ou o Juiz Ordinario. Do Conselho de familia da Cabeça de Comarca, a que o Juiz de Direito preside, não cabe recurso para este, mas sim para a Relação por aggravo de petição ou instrumento, segundo no caso couber, art. 439. Estão os Sub-Tutores na mesma razão dos Tutores para as causas da não nomeação, destituição e isenção do seu cargo, cabendo-lhes neste caso os mesmos recursos, se o Conselho de familia os não isenta, e devendo allegar os seus motivos nos mesmos prazos de tempo, art. 440.

Julgamos ser este o lugar proprio para notar que os Bispos estão em igual categoria á dos soldados a respeito da tutela, que não podem acceitar: *Episcopos autem tutelam alicujus personae subire non permittimus*, Auth. *Presbyteros*, *Diaconos*, C. *de Episcopis*. Tem com tudo havido exemplos de Bispos tutores de seus parentes, mas em quanto á pessoa, ou para dar-lhes educação, sem se encarregarem da administração do patrimonio, ou dos bens.

Em quanto aos Presbyteros, Diaconos e Subdiaconos, observamos que no 3.° seculo da Igreja, não sómente erão isentos, mas absolutamente incapazes de toda a especie de tutela; pois que na Dist. 88. de Graciano, can. ult., S. Cypriano prohibe que se fação na Igreja quaesquer preces e orações em bem da alma d'um Victor, que teve a temeridade de nomear tutor um Presbytero: *Neque apud altare Dei meretur nominari in sacerdotum prece, qui ab altari sacerdotes et ministros voluit avocare.*

No anno 451 o Concilio Geral de Chalcedonia por um canon referido em Graciano (canon *Pervenit.*, 26. Dist. 86.) se prohibio aos Sacerdotes a ingerencia na administração dos negocios temporaes de qualquer, excepto se elles fossem chamados pelas leis ao exercicio d'uma tutela, de que não podessem escusar-se, excepção,

que prova que no 5.° seculo os Sacerdotes podião ser constrangidos a acceitar a legitima tutela.

No seculo 6.° em fim Justiniano, confirmando absolutamente a prohibição da tutela em quanto aos Bispos e Monges: *Deo autem amabiles episcopos et monachos, ex nulla lege tutores, aut curatores cujuscunque personae fieri permittimus;* concedeo com tudo aos Presbyteros, Diaconos e Subdiaconos o poderem acceitar a tutela legitima unicamente; mas ordenou, que em nenhum caso serião a ella obrigados, declarando, que a acceitação da tutela d'um parente nunca póde servir de pretexto para os obrigar a receber a de outro, Novell. 123. cap. 5. Esta disposição completa o ultimo estado da Jurisprudencia Romana sobre este ponto, mas restricta aos Clerigos, que prestão serviços reaes e effectivos a Igreja, e de nenhuma sorte aos ordenados a titulo de patrimonio, ou avulsos, L. 52. §. 1. C. *de episcop. et cleric.* E estabelece uma isenção, com que o Concilio Geral de Chalcedonia não contou no canon, que já expozemos, pois manda aos Clerigos acceitar a tutela, que pelas leis lhes fosse deferida.

Entre nós nem os Bispos, nem os mais Clerigos seculares forão isentos de qualquer especie de tutela, pois que a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1. isenta unicamente os Religiosos, *scilicet*, os Regulares. O *Cod. Civ.* de França não contém disposição especial, que isente deste encargo os Bispos, e os de mais Ministros do Culto: e vem d'aqui, em nossa opinião, o não serem elles tambem isentos na *Noviss. Reform. Jud.*, ainda que entendemos, que a idéa dos Levitas não terem parte na distribuição da Terra promittida, para se não distrahirem do altar e do serviço Divino, valia aqui sem escandalo, para os isentar do exercicio da tutela como causa voluntaria.

Dos modos, por que acaba a tutela.

§. 19. *Anni pubertatis cum jure nostro definiti sint, tutela finitur*, etc. É pubere o homem, que póde gerar (*qui generare potest*), e pubere ou nubil a mulher apta para conceber (*viripotens*), consistindo assim a puber-

dade para os dous sexos no estado e idade, em que elles podem unir-se, ou em que seus individuos são capazes do matrimonio. Como o desenvolvimento fysico é mais prompto nas mulheres, a puberdade principiou para ellas, entre os Romanos, aos 12 annos perfeitos, fixando-a Justiniano para os varões nos 14; o que tanto para estes, como para aquellas, se acha adoptado na nossa Ord. liv. 4. tit. 104. §. 6., onde tambem a puberdade póe o termo, ou faz acabar a tutela, e dá principio á curatela. Com tudo, não obstante a expressão clara da cit. Ord., por costume do nosso Reino, da Allemanha, Hespanha, e ainda outras nações, a tutela não se extinguia na puberdade, continuando até o pupillo completar a maioridade ou os 25 annos, o que é hoje disposição legislativa, *Noviss. Reform. Jud.* art. 448. *in princ.* e 451. *in fin.* É por tanto a maioridade do menor um dos meios, por que acaba a tutela. — 2. *Morte tutoris, vel pupilli.* Que a morte do pupillo faz acabar a tutela, é evidente, pois que então não ha pessoa, que necessite de defesa, e os bens se deferem aos herdeiros: acaba tambem pela morte do tutor, que o priva de defender; caso, em que, assim como no da longa ausencia, a instancia do Sub-Tutor, o Conselho de familia noméa um novo tutor, art. 433. — 3. *Conditione a testatore adjecta.* Igualmente a condição, posta pelo testador, faz acabar a tutela, o que se entende, se foi dada *usque ad conditionem*, até á condição, e não *post conditionem*, caso, em que a condição faria não acabar, mas principiar a tutela testamentaria, acabando com tudo a dativa, segundo as idèas dos Romanos, e segundo as nossas, a legitima interina. — 4. *Biennio elapso.* Segundo a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 9., o tutor estranho, ou não parente do pupillo, e obrigado á tutela, tendo-a servido por dous annos continuos, decorridos estes, não póde ser constrangido a continuar na sua administração, e deve dar-se outro tutor, disposição, que supposto não expressa na *Noviss. Reform.*, não consideramos revogada, pois se não póde presumir no legislador tal intenção sobre tão justa providencia, que combina o interesse dos orfãos com o menor incommodo e gravame dos tutores, e que por ventura até se deveria ampliar aos parentes,

em que se désse a mesma idoneidade. 5. *Capitis diminutione.* Pelo perdimento da liberdade, ou *capitis diminuição maxima* do tutor, assim como pela *media*, ou privação dos direitos de cidade, acabava do mesmo modo a tutela, pois é ella um *munus* público, que requer a qualidade de cidadão, e o exercicio dos seus direitos. Pela *capitis diminuição minima* do tutor, ou privação dos direitos de familia, segundo a Instit. §. 4. *hoc tit.*, acabava a legitima tutela, pois que esta era unida aos direitos de familia, mas não assim a testamentaria e dativa. No pupillo porém a *capitis diminuição* punha termo á tutela em todas as suas especies, pois que pela *maxima* deixa de ser homem livre, pela *media* perdia a qualidade de cidadão, e finalmente pela *minima* deixava de ser *sui juris*, ficando sob o poder de seu pai adrogante. 6.° *Relegatione, et quacumque status mutatione.* Tambem se o pupillo incorria na relegação, ou recaía na escravidão, acabava a tutela, pois se davão nestes casos os effeitos da *capitis diminuição*, tendo lugar aquella pelo crime commettido, quando proximo á puberdade (*doli capax*), e pela recaída na escravidão, sendo ingrato para com o seu patrono.

A *Noviss. Reform. Jud.* não refere os modos ou causas, que terminão ou fazem vagar a tutela; mas explica-os no art. 433. pela morte, ausencia, ou outro acontecimento; entende-se equivalente, como é se o tutor se impossibilita por demencia, ou habitual enfermidade. Ha porém ainda um meio, que faz acabar a tutela, que o A. não especifica, e que não deve esquecer; consiste na emancipação, *Noviss. Reform.* art. 448., ainda que não resulte da maioridade, mas de alguma das outras causas, que a produzem, e se referem no art. 453. e seg., tendo-se em vista as restricções do art. 458. e seg., como em outro lugar expozemos.

Da destituição do tutor.

§. 20. *Huc etiam pertinet remotio suspecti tutoris*, etc. Resta ponderar, que o tutor deixa de sel-o, ou que a tutela acaba n'elle por virtude da destituição, a qual consiste em perder o exercicio e administração da tutela

por sua infidelidade, dólo e negligencia em prejuizo da pessoa ou fazenda do pupillo, casos, em que devia o Juiz dos Orfãos removel-o *ex officio*, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1., concordante com a do liv. 1. tit. 88. §. 50., e tit. 62. §. 33. *eod.*, que encarrega a remoção do tutor nestes casos ao Provedor da comarca, supprindo a negligencia do Juiz dos Orfãos.

Adcusatio de suspectis tutoribus, tam publica, quam privata, etc. Como a tutela interessa o bem geral, a accusação do indigno tutor cabia por sua mesma natureza a toda e qualquer pessoa, sendo publica neste sentido; e por maior razão ella cabia ao parente do pupillo, e era então particular a accusação. Mas desusada uma e outra em razão dos receios de malquerenças e indisposições entre o accusador e o réo, o Juiz de motu proprio *ex officio*, ou excitado por denuncia, precedendo informações, removia o tutor. Hoje é competente para este fim o Conselho de familia, como já vimos que dispõe a *Noviss. Reform. Jud.* art. 436.

Da tutela das pessoas illustres ou nobres.

§. 21. *Illustribus personis ex quolibet ordine; etiam inferiori, tutores jure Romano constitui possunt.* Segundo o Direito Romano podia um plebeo ser tutor do orfão nobre, tendo as qualidades necessarias: *Tutores curatoresve ex quolibet ordine idoneos*, assim se explicão os Imperadores Theodosio e Arcadio na L. 1. C. *de tutorib. vel curatorib. illustrium vel clarissimarum personarum*, concordante com a L. 7. §. 6. vers. — *sed si quidem nobilis* C. *de curat. furios. et prodig.* E tão sensata nos parece esta legislação, como ridiculosissimo o principio de que o nobre não póde ser obrigado á tutela d'um plebeo, que se vê adoptado na L. 44. D. *de excusationibus*, e do qual nos diz Automno, que elle não pôde penetrar em parte alguma de França. O bom siso daquella legislação nos parece continuar, recommendando que se dê ao orfão nobre para tutor um homem *optimae atque integrae opinionis*, pois que assim terá aquelle optima e excellente educação, sem a qual não ha nobreza.

As nossas leis orfanologicas não distinguem para a tutela entre nobres e plebeos; uns e outros devem ter tutor idoneo, e só ha legislação especial para o caso da menoridade do successor legitimo da Corôa, como passamos a ver.

Da tutela do successor legitimo da Coróa.

§. 22. Nos Governos hereditarios, como o nosso, acontece algumas vezes achar-se na menoridade e orfão o successor legitimo da Corôa, assumpto, que se acha regulado na CARTA CONSTITUCIONAL DA MONARCHIA PORTUGUEZA, o que nos dispensa do exame do §. e nota, com que o A. termina este Titulo, para em conformidade com aquella expômos nossa legislação em vigor a tal respeito. É o Rei menor até á idade de dezoito annos completos, art. 91. Durante a sua menoridade, tem tutor na pessoa, que seu Pai lhe nomeou em testamento: na falta deste a Rainha Mãi é tutora; e se esta tambem falta, as Côrtes Geraes lh'o nomêão, mas não póde ser tutor do Rei aquelle, a quem na sua falta póde tocar o direito de succeder-lhe na Corôa, art. 100. O objecto desta tutela consiste tão sómente na pessoa e patrimonio do Rei, pois que o Governo do Reino está a cargo d'uma Regencia, a qual pertence ao Parente mais chegado do Soberano, segundo a ordem da successão, e maior de vinte e cinco annos, art. 92.

Se o Rei não tem Parente algum, que reúna em si as qualidades expostas, é o Reino governado por uma Regencia permanente, e composta de tres membros nomeados pelas Côrtes, o mais velho dos quaes é o Presidente, art. 93. Antes porém da eleição desta Regencia, governa o Reino outra provisoria, de que são membros os dous Ministros d'Estado, o do Reino e o das Justiças, com os dous Conselheiros d'Estado mais antigos em exercicio, e o mais antigo destes preside, se a Rainha viuva falta, pois é ella a Presidente desta regencia interina, art. 94., assim como tambem é o Presidente o marido da Rainha Regente predefuncta, art. 95.

Do

Do Conselho de familia.

§. 23. As reformas feitas pela novissima á nossa anterior Legislação sobre a materia deste Titulo, e que n'elle expozemos, tornão necessaria neste lugar uma breve exposição, que dirija a idêa ou conceito, que nos parece deve formar-se a respeito do Conselho de familia.

É elle uma assemblêa de parentes, presidida pelo Juiz de Direito no Julgado da Cabeça de Comarca, e nos outros pelo Juiz Ordinario. Consistem suas funcções em deliberar sobre a nomeação e destituição de tutores e sub-tutores, em regular as despesas da tutela, auctorizar emprestimos, alienações de bens, emancipação, casamento, e outros assumptos importantes, relativos aos menores, e que se fórma do mesmo modo em favor dos ausentes, e outras pessoas designadas nas leis. Esta assemblêa figura-se á primeira vista como, simplesmente administrativa e economica; mas participa ella tambem de judiciaria, pois que d'algumas suas decisões, que notámos, se interpõe o recurso d'appellação ou aggravo: o que assim não é em França, não obstante ter ella ahi por Presidente o Juiz de Paz.

Forma-se o Conselho de familia, logo que morre pai ou mãi a um menor; assim como, quando aquelle passa a outras nupcias, ou se ausenta, desamparando o filho, ou se impossibilita para regel-o na pessoa e nos bens, *Noviss. Reform. Jud.* art. 391.

Além do Presidente com voto (o Juiz de Direito, ou o Ordinario), quatro parentes do menor, nomeados por aquelle, são os Membros do Conselho, preferindo os consanguineos, no mesmo grão os mais velhos, e os varões ás mulheres: na falta dos consanguineos preferem os affins aos não parentes; e se estes faltão, são chamados os estranhos, sendo amigos do defuncto, ou homens bons da freguezia. Os parentes, moradores em lugares de differente jurisdicção, não podem ser obrigados; mas querendo, fazem parte do Conselho de familia: do qual são excluidos os incapazes da tutela, e os que d'ella forão removidos por indignos. O Juiz tambem nomêa um Curador, que é Membro, mas não vota no Conselho, art. 394. Se porém o pai deixa designadas as

pessoas, que hão de compôr o Conselho de familia, essas tem a preferencia, ainda mesmo sobre a mãi e parentes do menor, art. 395.

Os Membros são obrigados a comparecer pessoalmente, ou por procurador com poderes especiaes, o qual não póde representar mais do que uma pessoa. O que não comparece no dia designado, nem se escusa com justa causa, allegada em tempo competente, é multado pelo Juiz em cinco mil reis para as despesas do Conselho, de cuja decisão não ha récurso, art. 397.

O Conselho de familia deve ser convocado *ex officio* pelo Presidente, ou Juiz do domicilio do menor, dentro em tres dias, a contar daquelle, em que teve conhecimento do motivo, que exige a sua reunião, uma vez que algum interessado lhe não requeira menor espaço, art. 398. Mas o Conselho não póde deliberar, sem que se achem presentes tres quartos do numero total dos Membros, que o compõem. Faltando algum para completar este numero, póde o Juiz nomear quem o suppra, ou differir a deliberação, segundo o pedirem os interesses do menor, e ouvindo o Curador. As decisões são tomadas á pluralidade absoluta de votos, art. 399.

As deliberações do Conselho de familia no Julgado da Cabeça de Comarca, que tem por objecto auctorizar o tutor para emprestimos, alienações, litigios, transacções, e outros fins mais importantes, referidos nos artt. 402. e 403., ou que versão sobre as contas dadas pelo tutor, artt. 446. e 447., ou com respeito á emancipação do menor, artt. 454., 456. e 457., nunca podem ter execução, sem que tenhão sido tomadas com audiencia do curador, e approvação expressa do Juiz de Direito ou Presidente; de sorte que, em nossa opinião, não só são indispensaveis taes pessoas na reunião, que tem por fim taes negocios, mas o voto do Juiz, que assignar como vencido, torna por si a deliberação inexequivel. O mesmo deve acontecer com as deliberações dos Conselhos de familia d'outros Julgados, mas com os mesmos objectos, em quanto o Juiz de Direito as não confirma por seu despacho, com audiencia do Curador, art. 396. No impedimento d'aquelle, o seu Substituto

é para estes actos o competente, art. 388. Da decisão do Juiz de Direito n'um e outro destes casos, quer confirme, quer deixe de confirmar a deliberação do Conselho de familia, ha recurso de aggravo de petição, ou instrumento para a Relação do Districto, cit. art. *in fin.*

As attribuições do Conselho de familia comprehendem o pessoal e material da tutela: são as primeiras directas ao tutor, sub-tutor e menor; as segundas á administração dos bens deste, e vigilancia sobre elles; umas e outras ficão examinadas neste Titulo, e não devemos repetir-nos.

TITULO XII.

Das Curatelas.

O que seja curador, e razão da rubrica do Titulo.

§. 1. *Curator in differentiam tutoris is dicitur, qui non pupilli, sed minoris, prodigi, furiosi curam habet*, etc. Justificada anteriormente a ordem, que o A. observa, sujeitando a materia das *tutelas*, e a actual das *curatelas* aos Titulos antecedentes: cumpre definir a pessoa, ou o sujeito, a quem estas incumbem, e se distingue pelo nome de *curador*, que sendo-o por virtude do testamento, da lei, ou do officio do Magistrado, faz variar a curatela nas especies, que a inscripção geral do Titulo comprehende, *De Curationibus.*

A palavra ou nome de *curador* tem origem no verbo latino *curare*; e veio a applicar-se, em differença do tutor, áquelle, que tem a seu cargo o cuidar dos bens do pubere, do prodigo, furioso, etc. As funcções do curador são tambem, como as do tutor, do Direito Público dos povos; pois que o interesse geral, ou do Estado, requer, que os que necessitão de soccorro para a conservação de seus bens, o encontrem no zêlo dos outros

homens; e que estes, se a elle se subtrahem sem justa causa, sejão até mesmo constrangidos á satisfacção de tal dever, que tambem a natureza lhes impõe.

Se uma causa geral, como o foi em algum tempo a do sexo, e em todo elle a fraqueza da idade, punha as pessoas na impotencia de exercitar seus direitos, tinhão ellas um tutor, entre os Romanos, como acabámos de ver. Mas quando uma causa particular e incidente produzia esta falta de capacidade, que sem aquella não existiria, nomeava-se-lhe curador.

A Lei das Doze Taboas punha sob a curatela dos agnados (*in curatione*, *in cura*) aquelle, que ella distinguio por furioso ou prodigo: *Lex Duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum*, Ulpiano *Reg.* 12. §. 2. Reputava-se furioso aquelle, que padecia um excesso de demencia, no que se distinguia do imbecil; e prodigo, por um motivo especial, que nos é desconhecido, não todo o dissipador, mas aquelle tão sómente, que dissipava os bens herdados do pai, que morrêra intestado, como nos consta da fórmula, por que o Pretor lhe prohibia a administração, ou decidia a *interdicção* em quanto aos bens: *Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, tibi ea re* (ou *aëre*) *commercioque interdico.* Do que resultava, que os filhos, que herdavão os pais por testamento, e os libertos, que não succedião nos bens paternos, ainda que dissipassem seus bens, não erão postos em curatela. Ao que os Pretores remediárão, como nos ensina Ulpiano *Reg.* cit. §. 3., nomeando-lhes curadores: *His enim ex lege curator dari non poterat.* Estendia-se do mesmo modo a providencia da Lei das Doze Taboas, restricta ao furioso, ao louco e imbecil, e aos que tinhão uma enfermidade perpetua, ficando todas as pessoas referidas debaixo da vigilancia dos curadores, que se dividírão em *legitimos*, quando vindos da disposição d'aquella Lei, e *honorarios*, quando dados pelos Pretores.

Do exposto facilmente se deprehende, que os Romanos considerárão no homem pubere capacidade bastante para dirigir seus negocios, e que por isso o

varão na idade de 14 annos ficava entregue a si mesmo; assim como se deprehendem os inconvenientes, que deste conceito infundado devião resultar aos menores, e que serião mais terriveis para as mulheres, por isso que puberes aos 12 annos, se pelas leis primitivas, em consideração com a fraqueza do sexo, se não achassem sujeitas a uma perpetua tutela. Procurou-se remedio a este mal; e parece que foi a primeira lei para elle um Plebscito, promulgado durante a segunda guerra Punica, que os antigos manuscritos dos AA. chamão umas vezes *Lex Loetoria*, outras vezes *Lex Lectoria*, e outras *Lex Ploetaria*, sendo este o seu nome verdadeiro, e que lhe é dado nos fragmentos, descobertos no seculo ultimo em o golfo de Tarento junto de Heracleia, chamados por isso *Taboa... Heracleia.*

Não se conhece o principal fim desta lei, mas sabe-se que foi relativa aos menores de 25 annos, o que fez que Plauto a indicasse por *Lex Quinavicenaria;* assim como tambem se sabe, que ella ordenava uma pública accusação em Juizo Criminal contra aquelles, que, abusando da inexperiencia dos menores, os tivessem enganado, Cicero *de nat. deor.* 3. 30., e *de Offic.* 3. 15. Pouco depois os Pretores introduzirão em seus Edictos a restituição em inteiro (*restitutio in integrum*) para beneficio dos menores: e mais tarde, prevenindo as fraudes contra elles, Marco-Aurelio Antonino concedeo que se lhes podessem dar curadores, pela unica razão de não terem vinte e cinco annos perfeitos, sendo por isso que Ulpiano, fallando de tal restituição, accrescenta: *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur.*

Finalmente derão-se casos, até mesmo durando ainda a tutela, em que houve necessidade d'ajuntar-se um curador ao tutor; o que nos dá tres differentes circumstancias, em que erão nomeados curadores: 1.º durante a tutela para os impuberes; 2.º depois da puberdade, e até aos 25 annos, para os adultos; 3.º além dos 25 annos, para os furiosos, prodigos e insensatos.

Sobre estas bases, a legislação, ainda mesmo nos Codigos modernos das nações cultas, foi estendendo a curatela á herança ou bens vagos, á ausencia, ao caso

de banca-rota, fallencia e cessão de bens, ao processo em materia criminal contra os surdos, mudos, communidades, cadaveres e memoria dos defunctos, ao caso da condemnação a uma pena afflictiva, ao ventre da mulher gravida, a quem morreo o marido, etc. etc. Mas é certo, que os nossos antigos costumes e leis, como o A. novamente assevera neste §., não distinguião entre tutor e curador, tutela e curatela; nem taes nomes adoptárão, mas sim o de *guarda* e *guardador* com as noções já expostas.

Sobre as differenças de tutor e curador.

§. 2. *Tutores inter et curatores Romani Jureconsulti differentias multas constituerunt*, etc. Entre os tutores e curadores Romanos davão-se differenças muito notaveis. Do principio de que na generalidade das pessoas se presumirão os puberes com capacidade bastante para se governarem, e administrarem seus bens, resultava primeiramente não serem elles forçados a acceitarem curador, mas era este dado tão sómente áquelles, que o pedião; quando, como pupillos, podião ser constrangidos á sujeição e obediencia ao tutor. Era o proprio adulto ou mancebo quem devia pedir curador, por si, ou por um seu mandatario, o que não podia fazer a mãi, nem os parentes, a quem cabião tão sómente as persuasões para o menor o pedir, persuasões, que com tudo o tutor era obrigado a empregar, finda a tutela, sob encargo de sua responsabilidade, *si non admonuerit, ut sibi curatores peteret.*

Minores non nisi [illegible] quibusdam causis, etc. Ainda que, em regra, o curador não era dado ao invito, podião ser os menores obrigados contra sua vontade a recebel-o em tres casos: 1.° para tomar contas ao tutor; 2.° para o litigio, ou *in litem*, ou *ad certam causam*, como se explica o §. 2. Instit. *hoc tit.*; 3.° para receber o pagamento da divida.

Nestes tres casos ou circumstancias o tutor, o adversario ou contendente, e tambem o devedor, para sua segurança, tinhão direito a exigir, que um curador fosse dado ao menor, a fim de não poderem ser attaca-

dos no futuro com arguições de se haverem aproveitado da inexperiencia do ultimo para enganal-o. Estes curadores porém tinhão missão especial para o negocio, que fazia necessaria sua nomeação; e por isso terminado este, cessavão suas funcções: o que não acontecia nos curadores pedidos para geral administração, aos quaes ficavão sujeitos os menores até á sua maioridade, ou até aos 25 annos.

Quod tutor personae, curator bonis primario detur. A segunda differença entre tutor e curador dava-se no objecto primario, ou principalmente entregue á sua vigilancia e cuidado. Era elle na tutela a pessoa do pupillo, com referencia sim aos bens, mas secundariamente, quando na curatela era o inverso, por se suppôr no menor, capacidade em quanto á sua pessoa, não porém para administrar negocios e bens, por falta d'experiencia, pois que pedíra curador.

Quod curatores non dentur legitimi, etc. Havia, como já observámos, tutores legitimos, ou chamados pela lei, segundo a proximidade do parentesco, que os fazia successiveis ao pupillo, se morria na impuberdade; mas não se davão curadores legitimos neste sentido, porque o pubere tinha facção testamentaria, e usando d'ella, bem podia preterir, ou privar da successão os parentes.

Finalmente nota o A. outra differença, a da auctorização na tutela requerer, por isso que acto legitimo, a presença do tutor, e não admittir ser dada com condição: *Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri*, §. 2. Instit. *de auctorit. tutor;* o que se não exigia no curador. Tambem é digno de accrescentar-se, que o tutor podia ser nomeado pelo pai em testamento, o que não podia ter lugar no curador, pois a Lei das Doze Taboas (*uti legassit*) só expressava a tutela.

Haec tamen omnia hodie nullius ferme usus sunt, etc. Ja notámos que entre nós, e no uso d'outras nações, a differença de tutor e curador é apenas nominal, e a sua essencia a mesma, sem que existão os motivos de distincção neste ponto, que se davão entre os Romanos.

Por quanto, fallando a nosso respeito, e ainda mesmo segundo a legislação anterior, cessa o primeiro

motivo, pois que os menores são obrigados a acceitar curadores, assim como tambem tutores, devendo o Juiz dos Orfãos designar-lh'os *ex officio*, Ord. liv. 4. tit. 102. *in princ.* Cessa o segundo, porque da mesma Ord. se deprehende, que tanto os direitos e obrigações do tutor, como os do curador, tem objecto igual na pessoa e bens do orfão. Não existem as mais razões de differença, porque temos não só tutores, mas curadores legitimos, e o é a mãi ou avó do menor, se o pai lh'o não nomeou em testamento, o que faz que tenhamos ainda curadores testamentarios, Ord. cit. §. 3., os quaes nesta e nas suas outras especies dão ou negão, como os tutores, auctorização aos actos do menor, quer pessoalmente, quer por carta, ou por meio de procurador. Ha com tudo uma especie de curadores (os *in litem*), de que adiante fallaremos, que differem dos tutores, e por isso tambem dos outros curadores.

Curatela testamentaria.

§. 3. *Curatio itaque, quemadmodum tutela, vel testamentaria est*, etc. Assim como o tutor póde ser nomeado pelo pai em testamento, póde este do mesmo modo nomear o curador; e a razão de preferencia, que se dá na tutela testamentaria, sobre as outras, procede tambem na curatela desta especie, cit. Ord. *in princ.*, e §. 1.

Eaque similiter vel a patre, matre, vel extranco testamento relinquitur. A *Noviss. Reform. Jud.* não é expressa (como já vimos), dando á mãi a nomeação testamentaria do tutor; mas tambem a não exclue, e por isso pensamos que deixou firme o §. 2. da cit. Ord., que confere este direito á mãi: o que ainda se confórma com o *Cod. Civ.* de França, onde a mesma *Reforma* foi behida; e mais que tudo é confórme á natureza, que impelle as mãis ao mais forte e verdadeiro amor pelos filhos, sendo um puro romanismo o fazer suas nomeações dependentes da confirmação do Juiz, do que o cit. *Cod.* de Napoleão prescindio, e em que entendemos devia ser imitado. Se pois a mãi póde nomear tutor aos filhos, é coherente o poder ella nomear-lhes curador testamentario.

Vel ab extraneo, etc. Que o estranho possa nomear tutor ao orfão, a quem deixou os bens em testamento, é caso omisso nas nossas leis; mas, como vimos, é expressa disposição do Direito Romano, que é subsidiario ao nosso, por ser confórme á razão: pois que o testador, deixando bens ao menor, dá a prova mais convincente do seu amor para com elle; logo é coherente, que possa o mesmo nomear-lhe curador. Accresce porém, em quanto a este, que a *Noviss. Reform. Jud.*, como temos idêa de ter notado em outro lugar deste escripto, dispõe no art. 422., que o pai e mãi, durante ou na constancia do matrimonio, são os legitimos administradores dos bens dos filhos menores, excepto quando esses bens lhes provierem sob clausula de não terem aquelles a sua administração, caso, em que virtualmente divisamos a necessidade d'um curador especial, que taes bens administre, e por isso virtualmente concedido ao testador, ainda que seja estranho, direito a nomeal-o; especie, em que, morrendo o pai, se nomear outro tutor ou curador ao menor, subsistirá a nomeação do estranho em relação aos bens sujeitos áquella clausula.

É evidente, pelo que temos ponderado, o que o A. adverte ao fechar este §., consistindo em que devemos applicar aos curadores testamentarios todas e as mesmas providencias, que no Tit. antecedente vimos relativas aos tutores d'esta especie; pois que a essencia é a mesma n'uns e outros.

Curatela legimita e dativa.

§. 4. *Curatio legitima matri, vel aviae, vel propinquis gradu proximioribus defertur.* Assim como na falta de tutor testamentario se defere a tutela aos parentes, segundo a proximidade do sangue, acontece tambem o mesmo não havendo curador; pois é a mãi chamada com preferencia, e se esta não existe, o avô paterno com preferencia ao materno, e assim sempre na linha dos ascendentes, pois que desta maneira é que tambem se defere a tutela da mesma especie, *Noviss. Reform. Jud.* art. 429. Vindo na falta d'ascendentes os thios irmãos do pai, com preferencia aos da mãi, e do mais

velho ao mais novo neste gráo em igualdade de linha, art. 430., alterada a Ord. liv. 4. tit. 102. §. 5., que chamava o parente mais chegado, em harmonia, a nosso ver muito justa, com a ordem da successão, que o cit. art. 430. da *Noviss. Reform.* quiz attender em regra na sua segunda parte, verso — *Ainda que seja*, quando já a tinha excluido na primeira, e continuou a excluir no art. 431, sem que possa ter lugar a preferencia do mais remoto ao mais proximo, que é menos abonado, como aquelle art. ordena, porque os thios irmãos dos pais, que são os unicos chamados, estão todos no mesmo gráo, advertencia esta, que a rapidez com que escrevemos, fez deixar menos manifesta a pag. 539. *prope finem.* Da curatela na especie de dativa em subsidio da legitima, ou na falta de parentes, falla a cit. Ord. §. 7., que igualmente, como vimos, se occupa com a tutela de natureza igual.

Da curatela dos menores.

§. 5. Já vimos que, entre os Romanos, os pupillos ou impuberes erão sujeitos á tutela, e á curatela os puberes até á maioridade perfeita; e tambem vimos que esta differença se acha expressa na linguagem das nossas Ordenações, mas que essencialmente é apenas nominal, e della hoje se não cura, por isso que a tutela, sem que entrevenha a curatela, acompanha o menor até á maioridade. Cumpre porém aqui ponderar com o A. na nota a este §., que, segundo nossos antigos costumes, não se davão curadores aos orfãos, que não os querião, o que os levava a dissipações em seus bens, e a estrago nos costumes: mas por requerimento dos povos nas Côrtes de Santarém, D. Affonso IV. os sujeitou á curatela, sem attenção com sua repugnancia ou vontade, Ord. Aff. liv. 4. tit. 93.

Omittimos a exposição do A. na nota sobre a Lei das Doze Taboas, em quanto á curatela dos furiosos, assim como da lei, que chama *Laetoria*, e providencias de Marco Aurelio a respeito dos menores, pois anteriormente a fizemos.

Dos menores, a que se não dá curador, por serem quasi, ou como maiores.

§. 6. Pela *Noviss. Reform. Jud.* o menor, ou o que não tem completos os 25 annos de idade, quando está emancipado, ou seja pelo casamento, ou por algum dos outros meios, que n'outro lugar expozemos, e se referem no art. 453, administra seus bens, cessa nelle a tutela, se a ella estava sujeito, e por isso não se lhe dá curador. Na mesma razão está o varão menor, que tem 20 annos completos, ou a femea, que tem 18, quando emancipados pelo pai, ou pela mãi, como tutora, ou pelo Conselho de familia, depois d'obtido o indispensavel Alvará de emancipação, passado pelo Juiz de Direito, segundo os artt. 454. e seguintes até 457. *inclus.* O quasi maior, ou o menor emancipado, em quanto não é maior verdadeiro, é inhibido de transferir *inter vivos*, por qualquer modo gratuito ou oneroso, o dominio sobre seus bens de raiz, e até mesmo d'arrendal-os por mais tempo, que o de tres annos, sem auctorização do pai, ou da mãi, como tutora, ou do Conselho de familia, e sem urgente necessidade de taes contractos, art. 458. Tambem não póde passar ao tutor, que lhe foi dado, recibo geral relativo á administração da tutela, sem que as contas respectivas tenhão sido approvadas pelo Conselho de familia, com audiencia de curador, art. 459., sob pena de nullidade de cada um dos actos referidos, e de recaír na tutela até á maioridade, art. 460. Produzia o mesmo effeito á carta de supplemento de idade, que hoje se acha supprida pela de emancipação, como notámos neste escripto a pag. 301.

Da curatela dos furiosos e dementes.

§. 7. *Furiosis et mente captis curator datur.* Assim como ha menores, que o Direito reputa quasi maiores, por motivos especiaes, para se lhes não dar curador; ha maiores, que reputa quasi menores, para os submetter á curatela, privando-os da administração de seus bens por sua incapacidade, provinda de causas especiaes, em que não entra a fraqueza da idade, como acontece

nos *dementes*, que tambem se dizem *delirantes*, *sandeus*, *furiosos*, *mentecaptos*, e a Ord. liv. 4. tit. 103. distingue por *desasisados* e *desmemoriados*.

Os furiosos, cujo character proprio consiste na raiva d'animo, que os leva a fazer mal, e os dementes propriamente taes, padecem delirio agudo, contraposto ao baixo ou silencioso, que distingue com especialidade os mentecaptos, alguns hypochondriacos, e certos velhos decrepitos, Fodéré 1. §§. 90., 93., 95., 106.

O delirio divide-se em permanente e periodico, sendo este o que tem seus paroxismos, e admitte lucidos intervallos, Fodéré §. 77., Ord. liv. 4. tit. 81. Póde tambem ser symptomatico e passageiro, sem que produza effeitos duraveis, como o que resulta de doença, ou d'uma paixão violenta, Fodéré §. 117. e seg.

Certas pessoas extremamente irritaveis, assim como os melancholicos, sem desarranjo mental, os decrepitos simplices, os estupidos, ou pouco avisados, não devem ser inhibidos dos actos civis, nem da administração dos seus bens, se tem sufficiente discernimento e intelligencia, especialmente com respeito ao acto, de que se tracta, Barb. á Ord. liv. 4. tit. 81. *in princ.* n. 9., Fodéré §. 68. e seg., 90. e seg.

Todo o homem se presume com são entendimento, pois que é este o estado natural, e a demencia um facto, que, como tal, carece de ser provado, Pereir. e Sous. liv. 1. not. 525. Por isso é que em dávida se decide pelo estado de sanidade mental, Peg. 4. *For.* cap. 72. n. 32.; e que o suicidio intentado, ou consummado, só por si não é prova do delirio, Fodéré *ex* §. 111., parecendo-nos ser a maior e a mais plena prova d'uma fraqueza infinita.

A prova da insania depende muito do parecer de Medicos, acompanhado de juramento, e do juizo do Tabellião e testemunhas, que deponhão individualmente dos actos, effeitos e signaes da enfermidade. As fraudes porém, muito frequentes nestes casos, recommendão ao Juiz a maior circumspecção, para que se não decida, sem por si mesmo observar as respostas, gestos e acções do individuo, quando isto seja possivel, pois se tracta aqui de convicção, Stryck. *de testam.* cap. 2. §. 25. O teor do

testamento, se está feito com discrição ou desordem, quando ha dúvida, ajuda muito o conceito do Juiz, Ord. liv. 4. tit. 82. §. 2.

Presume-se porém, que a demencia continúa, depois que ella foi provada; e então já o intervallo lucido se não presume, sem que se prove, Pereir. e Sous. cit. nota 525., Gama *decis.* 100. n. ult., Reinos. *Observ.* 32. n. 17.

Quer os sandeus, assim chamados *ab insania*, sejão furiosos, quer pacificos, concedem-lhe as leis o beneficio da curadoria, ou administração de seus bens, com vigilancia e cuidado em quanto á sua pessoa, e se regula como a dos menores, Ord. liv. 4. tit. 103. e 104. §. ult.; para o que, estavão a cargo do Juiz dos Orfãos, ainda que fossem Clerigos, Cabed. p. 1. *decis.* 80. n. 2., e hoje do Conselho de familia, *Noviss. Reform. Jud.* art. 391. §. *inic.* Neste caso tem da mesma sorte lugar o inventario, Ord. liv. 4. tit. 103. *in princ.*, *Noviss. Reform. Jud.* art. 443., e a responsabilidade do curador, art. 441. *eod.* O Conselho de familia arbitra logo os alimentos, e marca as despesas necessarias para a cura do doente, e sustento, tanto delle, como dos filhos e mulher, art. 401. Mas o estranho principalmente não deve ser constrangido á guarda do furioso, nem á responsabilidade por sua pessoa, se não pelo tempo necessario para que seja posto em custodia no Hospital competente; parecendo-nos detestavel a pratica de o metter na cadêa, que a experiencia mostra tornar o doente incuravel, além das vigilias e perturbações, a que obriga os mais presos, o que a humanidade reprova, como reprova que seja admittido nas enfermarias communs.

Eodem quoque veniunt muti et surdi, et generaliter omnes, qui ob perpetuum morbum . . . . : caute tamen a furioso, et mentecapto distinguendi insanus, qui mediocritatem . . ., homines simplices, et caecus quibus curator dandus non est. Que o surdo-mudo não deve ser nomeado para o encargo de tutor ou curador, é para nós incontestavel; mas não que elle possa ser submettido á curatela só por este fundamento. Mostra a experiencia grande e não vulgar discernimento no privado do ouvido e linguagem,

b que o põe fóra da necessidade da curatela, na mesma razão do cego, a que o A. reconhece se não deve dar curador, fundando-se na L. 3. C. *qui dar. tutor.: Luminibus captum curatorem haberi debere, falso tibi persuasum est;* ainda que esta sentença em si nos parece limitada a não poder o cego ser obrigado ao exercicio activo da curatela, sem que ninguem faça questão de não lhe dever ser dado curador.

O estupido, que póde ser mais facilmente enganado, não tem por isso curador; mas tem a protecção das leis, que condemnão e castigão as fraudes e lesões.

A quem deve encarregar-se a curatela do demente e furioso.

§. 8. *Si furiosus matrimonio junctus sit*, etc. A mulher do demente ou furioso, sendo honesta, e tendo sufficiente discrição, póde, querendo, tomar a seu cargo o marido, e lhe são entregues os bens sem necessidade d'inventario, Ord. liv. 4. tit. 103. §. 1. *in fin.* Se a mulher for a demente, deve o curador ser o marido, pois é elle seu defensor natural, Guerr. liv. 4. cap. 3. n. 23. Se a mulher não acceita a curatela, pertence esta ao pai do furioso ou demente, com inventario dos bens, tanto de raiz, como moveis e rendimentos, debaixo do juramento de bem os administrar, e de ser extremoso e diligente no curativo e tratamento do filho, cit. Ord. §. *inic.* e 1. *in princ.* Na falta de pai, defere-se a curatela ao avô paterno ou materno; e se ambos estes vivem, prefere o que for mais pertencente ou idoneo, §. 4. Se não existe o avô, é o filho o curador, sendo idoneo, e maior de 25 annos; se o não ha, é o irmão do enfermo; se este falta, é o parente mais proximo e abonado; e não havendo parente, um estranho com as mesmas qualidades, §. 5.

Em nomear curador não se faz differença de condições, attendendo-se á sua nobreza, ou á do demente. Nem as pessoas mencionadas podem escusar-se da curadoria, exceptuando a mulher, §§. 1. e 4. O pai, o avô, e do mesmo modo a mulher, administrão, em quanto dura a sandice, §§. 2. e 8., os outros não são obri-

gados a servir por mais de dous annos completos a mesma curadoria, cit. §. 8. As mulheres e os menores são inhabeis para ella, §. 5. E tem lugar, tanto ácerca da incapacidade, como das escusas das pessoas neste respeito, as mesmas disposições, que tem lugar na tutela e curatela dos menores.

É evidente que o curador, de que tractamos, é obrigado a dar contas, ainda que seja o pai, §. 2. (o que não se entendia do pai, que ainda tinha o poder patrio); assim como que cessa a curadoria, se o demente recupera o seu juizo, caso, em que se lhe restitue a livre administração de seus bens, cit. §. 2.

Curadoria do prodigo.

§. 9. *Prodigo, cum parum a furioso distet, curator a judice datur*, etc. Nada é mais precioso para o homem (escreveo o celebre Cochin, e repetio depois Denisart) do que o bem da liberdade, ou o direito de dispôr de sua pessoa, de seus bens, e de tudo que lhe pertence; seria deshumanidade e tyrannia, despojar um cidadão desta excellente faculdade, que lhe deve ser tão cara. Ha com tudo circumstancias, em que a lei é forçada a empregar precauções, que reprimem o cidadão para seu proprio proveito. Assim procede ella, sujeitando-o no primeiro periodo da existencia a seus pais, tutores e curadores, prohibindo-lhe quaesquer disposições, receosa de que sua fraqueza e inexperiencia o precipitem na desgraça, de que nunca se levante. Em idade mais madura não o perde a lei de vista, antes entregando-lhe liberdade mais extensa, observa attentamente o uso, que d'ella faz, e se o vê desviado, por costume, dos caminhos, que a prudencia commum indica aos homens, apparece-lhe de novo com o seu antigo imperio, liga-o mais estreitamente, e sem que o faça escravo, tira-lhe o funesto abuso da qualidade de livre. Vem daqui as providencias para vedar-lhe dissipações, quando se mostra incapaz de conservar os seus bens, etc.

Os Romanos, dizemos nós, que definirão a propriedade o direito de abusar, *jus abutendi*, admittirão

a curatela do prodigo nos limites, em que já a consideramos, pois que uma sábia legislação deve antes adoptar repreções proveitosas ao Estado, do que permissões e tolerancias, que abracem com escrupulo todas quantas consequencias o raciocinio póde fazer saír d'um principio. A sociedade interessada na conservação e prosperidade das familias, nunca póde admittir, que o direito de propriedade seja para o cidadão o direito de cavar a ruina para si, e com ella a desgraça da sua gente, seguindo miseraveis fantasias, e desvairados caprichos. Por isso é que a curatela dos prodigos, mais ampliada e perfeita, foi cabida em toda a parte, ainda que por ultimo substituida em França por um Conselho, dado ao dissipador, convencido e julgado, Conselho, sem cujo voto não litiga, não transige, não recebe valores moveis, nem delles passa recibo, não aliena nem onera com hypotheca os seus bens, sob nullidade de cada um destes actos, em quanto não é revogada a sentença da *interdicção*, *Cod. Civ.* art. 513. e seg.

Prodigus autem habetur, qui bona avita dilacerat, aes alienum conflat: liberosque suos ad egestatem perducit, etc. Differe na nossa lingua o *prodigo* do homem *dissipador:* tem elles ambos de commum o não guardarem economia e liberalidade verdadeira, e despenderem sem termo. Mas os bens do prodigo, escapão-lhe das mãos, para passarem a outras, quando os do dissipador desapparecem, e como que se evaporão, sem que se saiba onde parão. O prodigo é liberal com excesso, tem largueza e demasia em gastar: o dissipador gasta sem utilidade, e antes estraga, do que despende. Póde o prodigo em alguns casos ter a consolação do bem, que fez; e por isso algumas vezes este nome se toma em bom sentido: quando o dissipador nunca póde ter razão, com que possa consolar-se, o que sempre o faz tomar em máo sentido. Sr. S. Luiz *Synonymos* liv. 1. pag. 30.

A nossa Ord. liv. 4. tit. 103. encarrega ao officio do Juiz o dar curador ao prodigo; e por isso muito mais o manda dar ao que é dissipador: e supposto esta lei falle apenas da sciencia do Juiz, obtida por *inquirição*, conforme as analogias das disposições de Direito, deve tomar-se

mar-se neste lugar a parte pelo todo, isto é, a inquirição das testemunhas pelo processo inteiro, concluido pela sentença declaratoria da prodigalidade, pois seria grande absurdo privar um cidadão da administração de seus bens, não guardada a ordem judiciaria. A audiencia do Conselho de familia, no processo da *interdicção* nesta especie, ordenada pelo *Cod. Civ.* de França, parece-nos abundar em graves inconvenientes: outros pensão pelo contrario; entretanto o mesmo Codigo não manda formar ao prodigo o Conselho de parentes, e as perturbações domesticas, que assim quiz evitar, podem e devem nascer, em nossa opinião, da audiencia da familia no processo, e não será ella talvez o meio mais conducente para apurar a verdade. Além disto, meditando na *Noviss. Reform. Jud.*, não achamos que o Conselho de familia possa formar-se antes da certeza do facto, que o torna necessario, e antes da sentença a prodigalidade não é certa.

Caveat igitur judex, ne hominem valde munificum, et liberalem, vel vitiosum, cum prodigo, et eversore confundat, etc. O homem liberal e generoso, que se occupa em fazer bem, mas que inteiramente se não esquece, antes attenta por si, e ainda mais pelos seus, não é prodigo: é um homem não avaro, e nesta parte virtuoso. O que despende com vicios, ainda que o faça em excesso, não é prodigo, pois tem um fim, que o torna réo das penas, que pelas leis correspondem aos seus actos criminosos: assim o que gasta os bens no jogo, tem a pena de degredo na Ord. liv. 5. tit. 66. §. 7., e não é privado da administração do patrimonio, ou entregue á curatela.

Curatio haec, etc. A curatela do prodigo defere-se pela mesma ordem da que se dá ao furioso, preferindo, depois dos ascendentes, o filho varão mais velho aos collateraes; Ord. liv. 4. tit. 102. §. 6. *in fin.* Com tudo, entre os Romanos, um pai louco e imbecil podia ficar sujeito á curatela de seu filho, por isso que a desordem moral o privava inteiramente da vontade e conhecimento desta sua sujeição; e ainda assim era preciso, que o filho por seus respeitos e porte irreprehensivel, fosse digno de n'elle se depositar tal confiança,

si tam probus sit, diz a lei. Mas não foi o mesmo a respeito do pai prodigo; nunca este, pois que tinha conhecimento e vontade, se achou sujeito entre os Romanos á curatela do filho, de quem era superior; nem hesitamos em reconhecer este pensar como muito sabio, conveniente e moral.

Ha AA., que pensão pelo contrario, e não fazem a tal respeito differença alguma entre pai prodigo e furioso; opinião, que, além d'outros, é a de Voet ao liv. 27. tit. 10. do Digesto. Mas esta opinião nos parece destruida pelo mesmo texto, sobre o qual elles a fundão. A L. 1. §. 1. D. *de curatoribus* diz, que pelo Direito antigo a curatela jámais podia ser deferida ao filho do *interdicto: Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.* Mas, ajunta ella, ha um rescripto do Imperador Antonino Pio, que permitte nomear o filho, de procedimento irreprehensivel, curador na *interdicção* de seu pai por furioso: *Sed extat divi Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.* Do que resulta, que o Direito antigo apenas foi corrigido em quanto ao pai furioso e insensato, subsistindo em toda a sua força e vigor a respeito do pai prodigo. A Lei 2. *eod.* confirma a mesma consequencia, pois auctoriza o Juiz a nomear o filho curador do pai, se neste a *interdicção* é fundada em incapacidade absoluta: *Sed et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari jubebit, nec dubitabit filium quoque patri curatorem dari.*

Finalmente a L. 4. do mesmo tit. decide, que uma mãi furiosa não póde ter por curador senão seu filho: *Furiosae matris curatio ad filium pertinet.* Por que razão estes tres textos versão unicamente sobre a *interdicção* causada pelo furor, se a sua decisão deve igualmente ter lugar no caso da prodigalidade dos pais? Todavia a opinião contraria á nossa dominou e teve entrada não merecida na nossa legislação.

E póde um prodigo, convencido como tal, e sujeito á curatela, contrahir matrimonio unicamente por seu arbitrio? Parece-nos não soffrer dúvida a opinião affirmativa. A curatela tem sómente por objecto a conservação dos bens ou cousas; não tem effeito sobre a

pessoa mesma do prodigo: logo não póde estorvar, nem impedir vinculos, que são em si unicamente pessoaes. Mas serão válidas, e produzirão effeito como taes, as convenções ante-nupciaes, em que o prodigo concede vantagens á sua mulher futura? Voet sobre o Digesto liv. 23. tit. 1. não tem a menor dúvida em dizer, que taes contractos nenhum effeito produzem, nem ainda com respeito á communhão legal entre os conjuges. Mas neste ponto discordamos: porque se o matrimonio é válido, opéra elle mesmo como effeito a communhão de bens entre os conjuges; nem a convenção, que a estabelece, póde retiral-a como effeito ao casamento, que a teria, ainda que não fosse pactuada. E até mesmo em quanto ás mais doações, realizado o matrimonio, nos parece deverem valer na quantidade, que em Juizo se mostrar proporcionada aos cabedaes e mais circumstancias do doador, como meios para conseguir o fim ou matrimonio, que já vimos elle póde contrahir; pois é regra, que o direito ao fim dá direito aos meios: *Cui jurisdictio data est, ei quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.* L. 2. D. *de jurisdictione.*

Quando procede a curatela das viuvas.

§. 10. *Vidua prodiga bonorum administratione a judice privatur*, etc. A viuva prodiga, ou que dissipa os seus bens sem um fim determinado, está, segundo nosso pensar, comprehendida, assim como a solteira e a casada em identicas circumstancias, na generalidade das disposições da Ord. liv. 4. tit. 103., que acabamos de ver, relativas á prodigalidade e desperdicio. A Ord. do mesmo liv. tit. 107. parece-nos assentar sobre outra especie; e tanto, que em todo este titulo se não achão as palavras — *prodigalidade*, *prodigo*, que se lêm no tit. 103. O fim do Legislador é expresso no ultimo periodo do princ.: *E façáo-no saber a nós, para mandarmos prover nesses bens, em maneira que os que os houverem de herdar, não recebão damno;* e já se deprehendia das expressões antecedentes, — *querendo outrosi prover como seus successores não fiquem damnificados.* Entendemos pois este

texto dirigindo suas disposições ás viuvas, cuja fraqueza de sexo as deixa dominar pela malicia, ou dólo de prejudicar os herdeiros, gastando *sem razão*, isto é, sem motivo justificavel, os bens, e procurando assim o proprio mal ou pobreza, cegas pelo desejo de fazer mal aos que devem succeder-lhes.

O Juiz Ordinario (e não o dos Orfãos) do lugar, em que os bens estiverem, procede a dar-lhes administrador, assignando alimentos convenientes á viuva, e dá conta disto a ElRei, §. *inic.* Mas se a viuva o for de Fidalgo, Desembargador ou Cavalleiro, dá o Juiz a dita conta antes de procedimento algum, §. 1.

Para isto deve formar-se processo, cit. Ord. §. *inic.* vers. — *se for provado.* O Sr. Paschoal, entendendo este titulo da Ord. como especial das viuvas, quando prodigas, conclue na nota, que as suas disposições não tem lugar na que despende, ou gasta com motivo; e que por isso não são ellas applicaveis á que consome os bens em objectos de luxo, banquetes, e ainda mesmo em vicios, devendo nestes casos respeitar-se o direito da propriedade, até mesmo por honra e em contemplação dos maridos. Mas se o fim do Legislador é attender aos herdeiros, os excessos habituaes nestes casos não podem ser indifferentes, nem, deixando-os progredir, se faz honra ás familias, ou se respeita a memoria dos maridos, antes as nossas leis retirão todo o favor ás viuvas immodestas e desregradas.

Do nomeado para a lide, ou do curador in litem.

§. 11. *Minoribus, tutorem licet vel curatorem habeant, specialis in litem curator dandus est*, etc. Entre os Romanos o pupillo, ou como autor, ou como réo, carecia do tutor para o representar em Juizo, sem que, em regra, lhe fosse dado curador para a lide ou *in litem*, L. 1. C. *qui legit. person. stand. in jud. habeant vel non;* e o pubere era do mesmo modo representado pelo curador, sem que outro especial se lhe désse, L. 2. C. *eod.* Se porém o tutor tinha de litigar com o pupillo, e havia contutores, estes é que o defendião, e só faltando elles, se nomeava ao pupillo para a lide, com seu tutor,

um curador, que elle devia acceitar ou receber, *ad hoc genus litis defendendae*, como se explica a L. 1. C. *de in lit. dand. tutor. vel curat.* Entre nós porém, como os negocios judiciaes demandão aptidão não vulgar, generalizou-se aquella disposição; e por isso o tutor ou curador constitue procurador letrado, que bem defenda o menor, ou seja réo ou autor, de cuja boa defesa o Juiz lhe deve tomar juramento: e se falta procurador, nomêa advogado ao menor para curador á lide, qualidade, que cabe ao procurador, quando o ha constituido pelo tutor ou curador ordinario, o que dispõe a Ord. liv. 3. tit. 41. §. 9., importando a falta do curador sobredito nullidade dos autos, e da sentença, sobre elles proferida. Forão estas disposições continuadas na *Noviss. Reform. Jud.;* pois que o advogado do menor, deferindo-se-lhe o juramento, fica sendo seu curador, art. 1107. §. 1., e tem lugar o curador *in litem* nos casos, em que as leis, ou o Direito o requerem, pela disposição geral do art. 259. §. unico *eod.*

É evidente ser o curador *in litem* differente dos mais curadores, pois é elle especial para o caso litigioso, limita-se a sustentar o direito do menor, e tem a qualidade de letrado, que não é recommendada no curador dado aos bens e á pessoa, assim como no sómente dado aos bens, do qual vamos a tractar.

Curador dado aos bens.

§. 12. *Absentibus et captivis, si procuratorem idoneum non habeant*, etc. Se deixa bens o ausente ou captivo pelos inimigos, que existe em parte incerta, manda a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 38., e tit. 90. do mesmo liv., pôl-os em curadoria, logo que qualquer do povo o requer, ou disso o Juiz tem noticia; o que procede, achando-se taes bens *desamparados*, *por não haver quem d'elles tome carrego*, isto é, não se achando entregues a sufficiente e idoneo procurador, ou não deixando aquelle mulher, ou pai, sob poder de quem estivesse ao tempo da ausencia ou captiveiro, aos quaes cabe administral-os. Era nomeado este curador pelo Juiz dos Orfãos, e pelo Provedor da Comarca, não valendo os bens mais de

300$000 reis, cit. §. 38., e Alvará de 16 de Setembro de 1814; porém valendo mais, era o Desembargo do Paço o competente para prover neste caso, como dispõe o seu *Regimento* no §. 5o. Esta curadoria devia ser deferida como a legitima dos menores, e, como ella, está hoje a cargo do Conselho de familia.

Ou o ausente, e igualmente o captivo, deixasse, ou não, procurador, ou mulher, ou pai; decorridos, depois das ultimas noticias, dez annos, presume-se elle morto, abre-se o testamento, se o deixou, e tomão entrega dos bens os herdeiros testamentarios, ou os presumptivos, se não ficou testamento; mas para isto, tanto estes, como aquelles, provada a ausencia decennal sem noticia, se obrigão por escriptura publica e fiança principal, ou sem o beneficio da ordem, a entregar ao ausente, se apparecer, ou a quem em direito os preferir, os bens, dos quaes se faz inventario com declaração dos rendimentos, argumento de que a Ord. os obriga á restituição de todos estes, no que nos parece haver dureza, sendo elles, como são, possuidores de boa fé.

O parente ou parentes mais proximos d'um captivo ou ausente, que, por não haver noticias d'elle durante o tempo de dez annos, se considera ou presume ter morrido, Ord. cit. do liv. 1. tit. 62. §. 38., se querem ser curadores de seus bens, requerem ao Juiz do lugar, em que todos ou a maior parte d'elles são situados, que mande citar o administrador dos mesmos bens, e os demais interessados, por editos de 15 dias, que se devem affixar onde os bens tem situação, para no fim dos ditos dias, e depois de se terem feito tres annuncios successivos no Periodico da Cabeça da Comarca, ou no Official do Governo, verem offerecer artigos de justificação e habilitação, *Noviss. Reform. Jud.* art. 313.

Accusada a citação, e lançados de parte os que não comparecêrão, vem o autor ou autores allegando, por artigos, serem herdeiros *ab intestado* do ausente, ou seus legitimos successores dos bens de vinculo, ou prazo; que d'elle não ha noticia ha dez annos; e concluem pedindo se lhes mandem entregar os bens, prestando fiança pela sua restituição em qualquer tempo que appareça o ausente, ou seus legitimos representantes.

Os outros parentes, que se achão em melhores circumstancias, dentro em 15 dias peremptorios vem tambem com seus artigos, que reciprocamente contestados, ficão em prova. Procede-se á inquirição das testemunhas, e ajuntão-se as outras provas, que se querem produzir. Dá-se vista ao Ministerio Público, para ver se a lei tem sido observada, e se o Juiz de Direito julga dever habilitar, por ser a prova sufficiente, os que em seu favor a tem melhor, manda-lhes juntar escriptura de fiança, para se lhes passar carta de sentença. Se o Juiz é o Ordinario, julga o processo preparado, para ter o julgamento pelo Juiz de Direito, Art. 313. §§. 1., 2., 3. e 4.

Se o ausente tem deixado testamento, o herdeiro testamentario é o que recebe a entrega, como se conclue do cit. §. 38. da Ord. liv. 1. tit. 66.; e se os bens são de vinculo, ou prazo de nomeação, deve habilitar-se com fiança o legitimo successor, para haver entrega d'elles, Peg. á Ord. liv. 1. tit. 50. *ad Rubr.* cap. 6. n. 226., e á Ord. do mesmo liv. tit. 62. §. 38. n. 7.

É porém facil de comprehender, que neste ultimo caso de curadoria dos bens do ausente, com fundamento na probabilidade legal de que é morto, não intervem, nem tem parte o Conselho de familia; pois que essencialmente não se tracta aqui da idoneidade de curadores, nem de providencias em quanto á administração; mas sim da preferencia do direito de succeder, como resultado de justificação e habilitação contestada, o que tudo é da competencia exclusiva e propria do estreme Poder Judiciario.

Do mesmo modo, quando os bens do homem morto se achão abandonados, ou não tem dono, caso, em que se diz jacente a herança pela abstenção dos herdeiros, o respectivo Juiz, e não o Conselho de familia (derogada a Ord. liv. 4. tit. 90. §. 1., que mandava dar curador a tal herança), faz vender os bens em hasta pública com as solemnidades legaes, e recolher ao Deposito Público, ou á arca de que tracta o art. 420. da *Noviss. Reform. Jud.*, o producto, com a declaração dos encargos, a que se achão sujeitos, art. 409. da cit. *Reform.*

Exstat in Digg., etc. Fecha o Sr. Paschoal este §., mencionando os curadores dados aos bens do devedor insoluvel ou quebrado, quando fugido ou morto, a requerimento dos crédores; materia, que tem assento proprio no Digesto liv. 42. tit. 7. *de curatore bonis dando.*

Segundo o Direito antigo, neste caso era preposto pelos outros um dos crédores á venda em hasta pública dos bens de tal devedor, dando-se-lhe o nome de *magister*, que em geral se applicava ao que tomava, ou tinha em si principalmente o cuidado para que um objecto importante tivesse execução e bom exito, donde veio o de *Magistratus*, para distinguir o Juiz, ou o que tem cuidado pela observancia das leis, e o de *Magister* na accepção do que ensina uma sciencia, tomado de *monere* ou *monstrare.*

Quando um devedor de muitos crédores se occultava ou morria, concorrião estes ante o Pretor, que, inteirado do facto, lhes permittia a posse dos bens daquelle por um tempo determinado, findo o qual, concorrião segunda vez ante o mesmo, para serem auctorizados a nomear um d'entre si, que fizesse vender em praça os bens, pois que lhes era penoso e incommodo o reunirem-se todos muitas vezes, como para tal fim se tornava necessario. Logo que erão auctorizados pelo Pretor, nomeavão o *magister*, e ficavão por isso mesmo obrigados a confirmar, e a haver por bom e válido tudo quanto fosse auctorizado por elle.

Mandava affixar editaes nos lugares públicos, com a fórmula do nome do insoluvel, e em continuação: *Debitor noster in ea causa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus distrahimus: quicumque emere volet, adesto.* Vendião-se os bens por junto, e o comprador era chamado *bonorum emptor*, passando para elle as restantes obrigações, assim como os direitos e acções unidas aos bens comprados. Se não apparecia comprador a toda a massa, fixavão-se outros editaes, indicando singularmente cada um dos objectos ou bens; editaes, a que allude a seguinte formula comica de Plauto:

Auctio fiet Menechmi mane sane septimi;
Venibunt servi, suppellex, fundi, aedes, omnia

Vaenibunt, quiqui licebunt praesenti pecunia ;
Vaenibit uxor quoque etiam, si quis emptor venerit.
Plauto *Menechm.* Scena 3.

Esta maneira e ordem solemne de vender os bens era ignominosa para o dono, e o notava d'infamia, Cicero *pro Quinct.*; o que fez com que algumas vezes, para poupar a reputação d'um devedor, se não vendessem seus bens com estas formalidades, prepondo-se um curador á venda, o que ao depois foi geralmente abraçado nas Pandectas. O Pretor o constitue, quando approvado pelo voto da maior parte dos crédores : um destes não deve ser curador, mas um estranho, o qual não póde, contra sua vontade, ser obrigado a tal tutela, pois não é ella de Direito Público. É o tutor responsavel por tudo o que tende á conservação de taes bens, pois que sua acceitação produz a obrigação do mandato reciprocamente entre elle e os crédores, que o tem feito estabelecer; por isso responde a estes pela culpa leve, e ao devedor pela lata. As obrigações inherentes aos bens postos a seu cargo, assim como os direitos, são accionadas em nome delle, e contra elle, sem que figure o devedor, etc. As nossas leis não fazem menção de tal curador: com tudo algumas razões d'analogia achamos entre elle e o administrador dado á quebra. *Vide* Cod. Comm. p. 1. liv. 3. tit. 11. secç. 5. *signanter* o art. 87. e 88.

Do Clerigo curador, ou sujeito á curatela.

§. 13. Já mostrámos, que entre nós a ordem sacra não é causa, que inhabilite, ou escuse da tutela o Clerigo: é coherente dizer o mesmo da curatela, pois não differem ellas na essencia. E como a curatela dada aos maiores tem os bens por objecto, os quaes são cousas temporaes méramente terrenas e mundanas, acceitamos a opinião do A., que attribue á auctoridade do Juiz leigo, ou secular, e hoje ao Conselho de familia, dar curador ao clerigo prodigo, furioso ou ausente, não obstante a divergencia de Cab. p. 1. *Decis.* 80. e 81., assim como de Lobão *Notas* a este §. em quanto ao furioso.

TITULO XIII.

D'outras divisões de Pessoas.

Razão d'ordem, justificação da rubrica do Titulo, e divisão das Pessoas em maiores e menores.

§. 1. TEndo examinado o **Direito das Pessoas**, ou o complexo das faculdades e obrigações, que provém, segundo as leis, do estado civil, formado pelos elementos *liberdade*, *cidade* e *familia*; restava considerar as Pessoas, ou entes susceptiveis de direitos, pelas qualidades, que as distinguem na ordem da natureza, qualidades, a que as leis civís dão attenção, tomando-as por fundamento para as suas providencias.

Assim o homem nascido, ou que já respira fóra do ventre materno, tem nesta mesma circumstancia a qualidade ou estado contraposto ao do ainda não nascido. O sexo fórma naturalmente no varão qualidade ou estado contraposto á qualidade ou estado da mulher. O que por defeito fysico é incapaz de geração, tem qualidade e estado natural, differente e contraposto ao do susceptivel de ter filhos. O que pela idade maior tem desenvolvimento moral sufficiente para bem se defender e dirigir, tem nisto mesmo qualidade e estado natural, contraposto ao de outro, que em razão da tenra idade necessita d'um tutor, etc., etc. Satisfaz por tanto o Sr. Paschoal ao exame das leis patrias, que tem referencia tão sómente a estas qualidades variadas e differentes na ordem da natureza, dando-lhes assento neste Titulo, que inscreve — *De Personarum aliis divisionibus*, d'outras divisões de Pessoas, por isso que as qualidades ou estados naturaes, que servem de fundamento ás presentes distincções, são muitas e diversas, o que faz se não possão determinar n'uma inscripção ou conciso enunciado. Domat inscreve a secção, em que tracta este assumpto — *Do estado das Pessoas pela natureza*, inscripção esta ainda vaga, postoque mais determinada.

Secundum statum naturalem homines vel majores sunt, vel minores. O A. neste §. toma, para ponto de partida no exame das qualidades e fundamento das distincções, que o occupão, a idade. Distingue esta naturalmente, quanto ás pessoas, aquellas, que não tem a razão bastante firme, e que por isso não bastão para si mesmas, das que, existindo por mais tempo, tem bastante capacidade para bem se governarem. Mas como a natureza não fixa em cada um o tempo certo do maduro entendimento, a lei civil o declara por geral disposição segundo a qual distingue em *maiores* e *menores*: são aquelles as pessoas dos dous sexos, que passárão o ultimo momento do vigesimo quinto anno d'existencia: *Ut a momento in momentum tempus spectetur*, L. 3. §. 3. D. *de minor.*, Instit. *de curat.*; e menores os que não tem vinte e cinco annos perfeitos.

A lei, que fixa no complemento do vigesimo quinto anno de vida a maioridade das pessoas, ou a sua capacidade para os actos ordinarios do tracto civil ou social, é uma lei positiva, mas fundada na natureza. A razão tem desenvolvimento successivo e gradual, bem como as forças do corpo, e seus progressos não são os mesmos em todos os individuos. Mostrão alguns com muita pressa fructos admiraveis por maduros: mas acontece as mais das vezes, que seu espirito, chegado a certo termo, como que fatigado da marcha precipitada, pára alli, sem andar mais; e se a rapidez continúa sempre a mesma, o individuo succumbe, sendo um prodigio passageiro, que a natureza nos mostrou como producto d'ensaio, ou experiencia das proprias forças. Marchão outros lentamente, e como que desconfiando de si, vão acquirindo vigor e forças: e similhantes ás arvores majestosas e corpolentas, que, primeiramente humildes e abatidas, ganhão raizes profundas, occultando por algum tempo ao espectador estas fontes dos succos vegetaes e nutrientes, que hão de eleval-as ás nuvens, e fazel-as existir durante seculos, agradavelmente enganão os que, desconhecendo sua vagarosa, mas segura progressão, desesperavão de que elles chegassem a tocar a altura, a que depois os vêm elevados.

A natureza varia, e faz differença de individuo a

individuo. A lei civil, que deve ser simples e uniforme, estabelece para todos regras geraes e communs; e os legisladores, adoptando um meio termo, guiados pela observação, determinão a idade, antes da qual não se dá capacidade para cada um se conduzir, e administrar os seus bens.

Horum nomine intelligimus hic non solum impuberes, etc. Ainda que os menores, comprehendendo os puberes, impuberes, e os inferiores a estes em idade, formem propriamente uma grande classe de pessoas, que tem outra tambem grande e contraposta nos maiores; é commodo comprehender nos menores aquelles, que o são quasi, isto é, os que, não obstante serem maiores na idade, a lei olha como não bastando para si, dignos por isso de favor, como se forão menores, e que formão especies differentes; taes são os furiosos, os mentecaptos, as viuvas, e outras pessoas miseraveis, ou dignas de especial protecção; classificação esta, que tambem a lei adopta, e se vê na Ord. liv. 3. tit. 41. §. 7., nos termos: *E as restituições, que se concederem aos menores, ou outras pessoas, que conforme a Direito gozão do beneficio da restituição.*

Quaes sejão os impuberes, e suas especies.

§. 2. Occupa-se o A. com os menores, examinando primeiramente as especies, em que estes se dividem. É a primeira a dos impuberes, contraposta á dos puberes, que descreve no §. seguinte. Erão impuberes entre os Romanos o varão, que não tinha 14 annos, e a femea menor de 12, o que já vimos foi adoptado entre nós, Ord. liv. 4. tit. 104. §. 6., assim como que tal nome lhes foi dado, por serem incapazes de geração, e como taes do matrimonio. Distinguirão-se estes tambem pelo nome de pupillos, como diminutivo de *puella* ou de *pupa*, na significação propria de mulher moça.

Iique ante septennium infantes, etc. A impuberdade é partida por alguns em tres periodos distinctos: 1.° o da infancia, assim dita de *in fari*, como em outro lugar notámos, e comprehende ambos os sexos nos sete primeiros annos; 2.° desde esta até á ametade do tem-

po, que resta para a puberdade, e por isso se dizem proximos da infancia os que estão n'elle; 3.° deste termo em diante, chamando-se por isso os que estão n'elle — proximos da puberdade, divisão, que é abraçada por Accursio ao §. 9. Instit. *de inutilib. stipulationib.* Ha porém sobre a proximidade do pupillo á puberdade mui notavel discrepancia nas opiniões dos DD., querendo outros, que os pupillos d'ambos os sexos estão proximos á puberdade tão sómente quando d'ella distão seis mezes, o que alguns reduzem a seis dias de distancia, sendo a opinião mais seguida a do A., e é que esta graduação incumbe ao prudente arbitrio do Juiz, Stryck. vol. 4. Disp. 22. *de poen. impub.* cap. 4. *per totum.*

Quaes os puberes, e divisões da puberdade.

§. 3. *Pubertas ex legibus nostris et Romanis non ex habitu corporis, sed ex annis aestimatur*, etc. Tendo as nupcias por fim a reproducção da especie humana, e dependendo por isso da aptidão fysica dos contrahentes para ella, foi necessario determinal a, designando a idade ou o tempo da puberdade. Fixou-se para as mulheres nos 12 annos completos, pois que n'ellas o desenvolvimento fysico é mais prompto, e nos varões ficou dependendo do indicio natural e exterior do corpo, *ex habitu corporis.* Mais adiante os Jurisconsultos Proculeianos, ou da eschola de Labeão e de Proculo, entendêrão ser necessario designar para os homens, como se tinha feito a respeito das mulheres, uma época fixa, em que fossem considerados puberes, sendo esta a dos 14 annos acabados.

Os Cassianos, discipulos de Capitão e de Cassio, persistirão sustentando a antiga legislação; resultando destes debates ser a idade dos 14 annos adoptada nos varões para lhes conceder a faculdade de testar, sem nenhuma alteração em quanto ás nupcias. Justiniano porém considerando repugnantes com a decencia e bons costumes os exames e observações no corpo dos homens, que se propunhão ao matrimonio, prohibio-os, e fixou a puberdade para elles, abraçando assi(illegible)

culeianas: *Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes; jubemus, quemadmodum foeminas post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante*, L. 3. C. *Quando tutor. vel curat. esse desinent.* Sendo puberes desde então, e em consequencia aptos tambem para testar, e isentos da tutela, os varões de 14 annos, como as mulheres de 12. Estas idades para fixar a puberdade nos sexos forão acceitas entre nós igualmente sem o exame do corpo, *non ex habitu corporis, sed ex annis*, Ord. liv. 4. tit. 104. §. 6.

Determinada a idade da puberdade, tanto nos varões, como nas femeas, dividio-se ella em menos plena, plena, e plenissima; é a menos plena a do pubere até aos 18 annos, sendo homem, e a da mulher em quanto não tem os 14; d'ahi em diante é ella plena para os dous sexos; e plenissima com a mesma relação a do que entrou na maioridade, ou que excede os 25 annos, Hein. tom. 1. §. 129.; divisão esta da puberdade, que produz differentes effeitos juridicos, e se torna necessaria para os determinar, como passamos a ver.

O que podem, e o que não podem os menores.

§. 4. *Ad publica officia*, etc. A puberdade plenissima, ou a idade excedente da maioridade, ou dos 25 annos, é necessaria para o varão servir officio ou cargo público de justiça, fazenda ou governança, ou seja seu, ou o sirva em nome de outrem, o que é expresso na Ord. liv. 1. tit. 94. *in princ.*; cuja simples lição repelle a opinião de Barb. á mesma Ord. n. 3., excluindo os serventuarios da sua disposição, além do seu espirito e razão de decidir, que não foi outra, senão a existencia da capacidade adquirida pelos annos determinados, requerida para o bom serviço, e por isso igualmente necessaria no que serve o publico em nome d'outro. E cabe aqui notar, que o casado dentro da plena puberdade estava na exclusão da nossa lei até ao tempo da plenissima como se deprehende da rubrica, ou inscripção do cit. tit. 94., onde a qualidade de solteiro

é notada para excluir sobre a da idade exigida, de sorte que deve o empregado público passar de 25 annos, e ser casado, não valendo esta sem aquella circunstancia. O Direito Romano porém reduz a inhabilidade para os officios ou cargos públicos aos que não tem 18 annos, Hein. tom. 2. §. 22.

Vel aetatis veniam impetraverint. Não só o matrimonio não habilitava para os cargos públicos o menor, mas tambem lhe não bastava para este fim a carta simples de supplemento de idade, pois que esta o igualava ao maior para administrar os seus bens, e não para outro algum effeito; e ainda elle para alienar e obrigar bens immoveis dependia do consentimento da Justiça, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 28.; como hoje depende, quando em tal idade emancipado, da auctorização do pai ou mãi, se foi tutora, ou do Conselho de familia, *Noviss. Reform. Jud.* art. 458. Com tudo o Desembargo do Paço dispensava na idade para exercer qualquer emprego, com excepção no de Juiz, para a qual dispensa se requeria no menor a idade de mais de 22 annos, e ser elle visto na Mesa do despacho, Regim. dos Desemb. §. 85.

Esta legislação porém, que se não acha revogada, parece estar antiquada, ou se entende implicita no Decreto do despacho a dispensa, que nem se pede; e na *Reforma d'Instrucção Publica* é provido o Professor com 21 annos de idade.

Minores similiter XXV. annis Procuratores in judicio non admittuntur, etc. O menor não póde ser procurador judicial, ou requerer por outrem em Juizo: salvo se tiver o gráo de Bacharel em Direito, Ord. liv. 1. tit. 48. §. 20.; nem advogar, ainda mesmo em causa sua, mas se lhe dá curador, L. 2. C. *qui leg. person.* Póde com tudo ser procurador extrajudicial, tendo 17 annos, Ord. liv. 3. tit. 9. §. 5., pois que as irregularidades, que como tal praticar, prejudicão o constituinte ou mandante, que a si as deve imputar, sem que perturbem a ordem e o decoro, que se deve observar nos Tribunaes, o que faz o motivo de differença para poder procurar fóra do Juizo ou auditorio, o que se acha na puberdade plena tão sómente, ou mesmo visinho d'ella.

Ad testamentum vero sufficit pubertas minus plena, etc. Conclue este §. com a sentença da Ord. liv. 4. tit. 81. §. *inic.*, segundo a qual o varão, que tem 14 annos acabados, e a femea, que tem 12, achando-se por isso na puberdade menos plena, podem testar, o que se entende de todos os bens, sendo elles *sui juris*, pois, como filhos-familias, sómente podem dispôr do peculio castrense e quasi castrense.

Assim como a idade habilita para os empregos e cargos públicos civis, tambem a disciplina da Igreja a regulou para a profissão religiosa, collação do poder espiritual pela sagrada ordenação, e entrada no estado clerical. O que brevemente exporemos com respeito á menoridade, que de presente nos occupa.

Projectou o Concilio de Trento fixar para a profissão d'ambos os sexos na vida monastica, ou regular a idade de 18 annos completos, e por ventura conviria que ainda fosse maior: fixou-a porém nos 16 acabados, Trid. Sess. 25. *de Reg.* cap. 15.; sendo nulla a emissão dos votos antes d'ella, mas esta nullidade cessa, ratificada depois a profissão, para o que basta a acquiescencia, ou a falta de reclamação.

A'cerca dos ordinandos foi vária a disciplina, o que bem explica Thomassino; mas, segundo as ultimas regras canonicas, requer o subdiaconado 22 annos de idade, 23 o diaconado, e o presbyterado 25, bastando o ultimo anno principiado, Trid. Sess. 23. *de ref.* cap. 12. Para prima tonsura e ordens menores, veio o costume a introduzir como bastante a idade de 7 annos ainda não acabados, o que na verdade não só repugna com a natureza das cousas; mas com a intenção e espirito do sagrado Concilio Trid., que se não contenta com o juizo nada firme dos iniciados, e muito menos dos ordinandos. Alguns Bispos prudentemente tem exigido para a iniciação, prima tonsura, ou disposição para as ordens, 14 annos perfeitos, distribuindo louvavelmente os gráos das ordens menores pelo tempo, que decorre até á ordenação sacra, com observancia d'intersticios, o que é conforme á boa e pura disciplina.

O que recebe a ordem sacra antes da idade legitima, fica suspenso de exercitar aquella, até que venha a ter

ter esta, assim como fica suspenso da conferencia das ordens, até á absolvição pela Santa Sé, o Bispo, que o ordena com sciencia do defeito na idade, Cap. 14. X. *de temporib. ordinat.*

Da obrigação do pupillo e do pubere nos negocios judiciaes e extrajudiciaes.

§. 5. Ainda que as inscripções deste e do §. seguinte inculquem, ou antes digão, differente a materia d'um e outro, é certo, que ella é a mesma, e consiste em examinar como o pupillo e o pubere se obrigão em Juizo, e fóra d'elle, sem que os negocios judiciaes dêm assumpto proprio ao presente, e os extrajudiciaes ao §. seguinte.

Impuberis negotia, et actus omnes judiciales, etc. Nos objectos e negocios judiciaes, que pertencem ao pupillo, este não tem pessoa, ou não representa, *tutor solus sine pupillo recte gerit;* nestes negocios toma parte e emprega actos unicamente o tutor: de sorte, que se o impubere é réo, não é elle o citado, ou o chamado a Juizo, mais sim e exclusivamente o tutor; e se ainda o não tem, quem o quizer demandar, requer, que lhe seja dado, para depois o citar; e se é autor o pupillo não é este ouvido por si, mas o tutor demanda e acciona em favor d'elle, para o que constitue procurador, que auctoriza, sem que o pupillo lhe dê poderes ou assigne procuração. É expressa neste sentido a Ord. liv. 3. tit. 41. §. 3., continuando no §. 9. com a necessidade de procurador judicial, nomeado pelo tutor, a quem o Juiz defere o juramento, que o faz curador á lide; legislação concordante com a da Ord. do mesmo liv. tit. 29. §. 1. na sua primeira parte, e *Noviss. Reform. Jud.* art. 201. §. 2.

Puberis curator una cum minore in judicio audiri debet, etc. Se o menor porém é pubere, ou já tem 14 annos, ou 12 se é mulher, é o mesmo pubere citado, e igualmente o tutor ou curador, se o tiver; e não o tendo, o que quizer demandal-o, lh'o faz dar, para o citar. Se o pubere é autor, figura elle em Juizo junta-

mente com o tutor, que lhe dá auctoridade para constituir procurador; citt. Ordd. tit. 41. §. 8., e tit. 29. §. 1. na sua segunda parte, e *Noviss. Reform. Jud.* §. cit.

Itemque extrajudicialia ordinaria et parvi momenti, etc. Voltando ao pupillo ou impubere, mas com respeito aos negocios extrajudiciaes, diz aqui o Sr. Paschoal, que é o tutor competente para por si só, e sem o concurso do impubere administrar e decidir objectos menos importantes, mas não assim os graves, ou de momento maior, pois que estes são tractados pelo pupillo auctorizado pelo tutor, dando-se n'aquelle algum juizo ou discrição. Com tudo as Ordd., a que recorre o A., não fallão desta especie; limitão-se aos casos judiciaes: e se argumentarmos das suas disposições, parece dever-se concluir, que não dando ellas ao pupillo pessoa judicial, lh'a não dão extrajudicial para obrigar-se sem differença de negocios de muito ou pouco momento, pois tambem não fazem tal differença em quanto aos casos judiciaes. Ao contrario argumentando das sentenças das mesmas Ordenações em quanto ao pubere, deveremos concluir, que assim como elle figura em Juizo auctorizado pelo tutor, deve figurar fóra d'elle igualmente auctorizado, sejão, ou não, importantes os negocios.

Da natureza porém da tutela, que assenta sobre bens proprios do menor, que o tutor deve educar, e por isso instruir na administração, bom governo e direcção dos seus negocios e cousas, resulta dever este, quando observa n'aquelle alguma intelligencia, escutal-o e seguil-o na vontade conveniente, bem como dissuadil-o da contraria; sem que nunca empregue constrangimento para o obrigar aos esponsaes, e por maior força de razão á contracção do matrimonio, recepção da ordem sacra, ou emissão dos votos religiosos, o que tudo excede até mesmo o poder patrio.

Effeitos da legislação, que fica exposta.

§. 6. *Minores igitur etiam puberes sine tutore, curatoreve in judicio non obligantur.* Da necessidade da in-

ervenção do tutor ou curador no litigio do menor, ainda que seja pubere, resulta, se este figurou n'elle unicamente por si, o effeito da nullidade da sentença, que por isso o não póde obrigar, nem como autor, nem como réo; o que é expresso na Ord. liv. 3. tit. 41. §. 2. *verbis: porque se o feito fosse tratado por elle mesmo* (o menor de 25 annos) *sem auctoridade do tutor, ou curador, a sentença dada contra elle será por Direito nenhuma.*

Cumpre empregar aqui algum reparo nesta legislação. Os menores, ainda que puberes sejão, não podem figurar em Juizo sem assistencia d'um tutor ou curador: mas como deve entender-se esta maxima geral? O litigio intentado pelo menor será nullo inteiramente, ou apenas dará lugar a que o réo, ou o demandado lhe opponha uma excepção dilatoria, sustentando que não é obrigado a defender-se da acção, em quanto o curador não for dado ao menor? Esta excepção unicamente, é quanto cabe ao demandado em tal especie; porque a nullidade da acção é estabelecida em especial e privativo favor do menor, o que faz que deixando a outra parte, ou litigante, ir o feito até á sentença condemnatoria para ella, não póde prevalecer-se da nullidade em seu favor, como cabia ao menor, se a sentença o condemnasse.

Acha-se no Cod. de Justiniano uma bem expressa decisão neste sentido: é a da L. 14. *de procurationibus*; mas para sua intelligencia é mister advertir, que o marido não podia ser nomeado curador de sua propria mulher, segundo a L. 2. C. *qui dare tutores*. Entretanto o Imperador Gordiano decidio, que se não podia a parte prevalecer da nullidade contra a sentença proferida em favor d'uma menor mulher casada, que, não provida de curador, tinha confiado de seu marido o cuidado da demanda: porque, diz este Imperador, a menoridade é uma causa para prestar soccorro aos que soffrem perdas, mas não deve fazer-lhes mal nos casos e objectos, que se lhes tornão proveitosos. *Non eo minus sententia adversus te lata juris ratione subsistit, quod adversaria tua minor vigenti quinque annis constituta, causam*

suam marito sine curatore agendam mandavit. Minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. L. 14. C. *de procuratoribus.*

Se a incapacidade do menor para figurar em Juizo fosse absoluta, a sentença, a que esta lei se refere, seria nulla, pois que a mulher tinha litigado sem assistencia de curador, e apenas pela intervenção, ou ministerio do marido simplesmente mandatario, que nem seu curador podia ser. A incapacidade por tanto dos menores é relativa a elles mesmos, para que se não prejudiquem; e por isso é que o Imperador Gordiano não motiva sua decisão em outro algum fundamento, além do d'a sentença ser favoravel á menor. O mesmo dispõe a Ord. anteriormente transcripta, pois declara nulla a sentença dada contra o menor; e assim válida e firme, *a contrario sensu*, a que lhe for favoravel, não obstante a falta de tutor ou curador.

In contractibus similiter, etc. Dos actos judiciaes, não auctorizados por tutor ou curador, resulta nullidade, quando prejudiciaes ao menor, como acabamos de observar, pois que não tem elle contra si pessoa judicial. Vejamos se a tem extrajudicial, isto é, se póde contractar e obrigar-se sem auctorização ou assistencia de seu tutor ou curador, ou se de seus contractos é effeito a nullidade.

A L. 44. D. *de minoribus* estabelece como regra, que não é nullo tudo o que fazem os menores de 25 annos; e continúa — é sómente nullo o que por tal se declara com conhecimento de causa, como o em que forão enganados, ou a si mesmos se enganárão, o mesmo, quando perdêrão, ou não tirárão o lucro, que lhes podia resultar; e tambem se elles se obrigárão a encargos onerosos: *Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita, ejusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt; aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt: aut se oneri quod non suscipere licuit, obligaverunt.*

Conclue-se rectamente, que não são os menores

absolutamente incapazes d'obrigar-se; e tanto, que o que fazem sem seus tutores, não póde ser anullado sem decisão judicial de que lhes proveio damno de taes actos ou contractos; assim como, que sendo esta nullidade estabelecida em seu favor, elles unicamente se podem d'ella prevalecer. Forma-se pois a seu respeito por esta causa excepção á regra geral, sobre tudo nos contractos synallagmaticos, onde a obrigação d'um é o fundamento e condição essencial da do outro dos pactuantes.

É concordante a L. 16. D. *eod.*, decidindo que a restituição é um meio extraordinario, que sómente tem lugar, faltando outro qualquer ordinario, para soccorrer os menores, e que por isso o Juiz deve primeiramente examinar, se cabe contra o acto o meio da nullidade, como acontece quando o menor contractou sem autorização do tutor, e não lucrou: *Ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est.*

A validade ou nullidade destes contractos depende da utilidade ou prejuizo, que d'elles resulta ao menor: donde vem, que alguns lhes chamão *coxos*, e os Francezes *boiteux*, pois que sua segurança e firmeza está sempre só d'um dos lados, e vem a ser o do pactuante, capaz de se obrigar em razão da sua maioridade, o qual póde ser constrangido ao desempenho da obrigação, sem que a nullidade lhe aproveite, como acontece no menor, em favor de quem o Direito a estabelece. Procede pois deste modo a nullidade dos actos extrajudiciaes do menor, sem assistencia de tutor ou curador, no caso de lhe serem prejudiciaes, como vimos tem lugar nos judiciaes com as mesmas circumstancias; o que faz que não acceitemos a doutrina do A. na sua illimitada generalidade: *In contractibus similiter impuberes sine tutore civiliter non obligantur, neque etiam puberes curatorem habentes.*

A' nossa opinião são applicaveis as qualidades, que o A. refere á sua; pois não repugna á natureza da tutela, que o menor faça, sem auctorização do tutor, um contracto, que lhe é util e vantajoso; que não é para lhe

evitar utilidade, que lhe é dada a tutela. Tambem não encontramos Lei Patria, que annulle o contracto do menor com taes effeitos e qualidades. Ha com tudo alguns contractos, que repugnão com a qualidade do menor, e que por sua natureza nunca podem sustentar-se; e taes são os que importão alienação para elle, L. 3. C. *de in integrum restitutionib.*, ainda mesmo que o menor esteja emancipado, sem que tenha 25 annos completos, *Noviss. Reform. Jud.* art. 458., assim como quaesquer qu'elle pratica com o tutor, ainda quando chegado á maioridade, salvo se são decorridos dez dias, depois de lhe ter tomado contas, e passado recibo geral pela sua administração, art. 449. *eod.*, *Cod. Civ.* de França art. 472.

Si vero ii, quod agunt, intelligant, etc. Concordamos com a opinião referida nesta parte final do §. e nota correspondente; a qual é, que o menor com capacidade e intelligencia bastante para saber o que faz, ainda mesmo (ampliamos nós) que do contracto lhe resulte prejuizo, fica obrigado naturalmente, ou em consciencia; o que com tudo não produz effeitos alguns civis, que lhe possão ser nocivos.

Como são os menores responsaveis pelos delictos.

§. 7. *In delictis autem minores sine tutore, vel curatore civiliter obligantur*, etc. Os menores, quando capazes de dólo, são solidariamente responsaveis pelos delictos, que por si mesmos perpetrão sem cooperação do tutor: e isto tanto porque a sua propria perversidade os faz indignos do favor e indulgencia das leis; como porque só ella é a causa das obrigações, que contrahem pelo facto criminoso, em que não intervem ou tem parte, como nos contractos, e mais negocios civis, a sagacidade das pessoas, com quem tractão, e que por ventura os procurão illudir: *Vel quia indigni sunt, vel quia in delictis industria partis non timetur.*

Mas em que idade é o menor capaz de dólo, para que o crime, com justiça, lhe possa ser imputado? Ha na vida humana dous extremos, que se tocão: o da infancia, e o da decrepitude. Mas como o crime consiste no

abuso da razão, cujo desenvolvimento do mesmo modo que a sua decadencia, diversificão e consideravelmente varião d'individuo a individuo, não é facil determinar a idade, em que cada um principia a ser capaz de delictos, assim como a em que perde a mesma capacidade.

O antigo Direito Saxonico em ninguem suppunha razão antes de ter 12 annos: destes até aos 14, não ousou elle porém decidir, se o homem era capaz de crime, ou se merecia punição; mas decidio absolutamente pela incapacidade do que não tinha 12 annos.

Em Inglaterra a lei civil põe a maioridade no vigesimo quinto anno completo, e a divide em tres periodos: desde o nascimento até ao septimo anno; deste ao decimo quarto; e deste ao vigesimo quinto. Desde o primeiro periodo e ametade do seguinte, isto é, desde os dez annos e meio até aos quatorze, póde a pena ser applicada, se o discernimento e a malicia se manifestão no agente; mas a pena é mais branda, e não no rigor da lei. No ultimo periodo, com principio na puberdade, póde o menor soffrer a pena ordinaria, ainda mesmo a capital.

Os Tribunaes Inglezes seguem este principio: a malicia suppre a idade; mas antes dos sete annos ninguem é capaz de crime, porque ninguem em tal idade se presume praticar maldade reflectida. Aos oito annos porém já o crime se commette; e póde elle ser punido com o ultimo supplicio, se os Jurados, por um exame profundo, descobrem no agente, ainda que menor de 14 annos, uma razão muito desenvolvida: mas para que a pena capital lhe possa ser applicada, quer a lei que a evidencia da malicia, que suppre a idade, seja clara como o dia, isto é, que não soffra a menor contestação.

Em França, segundo o vigente *Codigo Penal*, se o accusado tem menos de 16 annos, e houve decisão de que procedeo sem discernimento, é entregue a seus parentes, ou conduzido a uma casa de correcção, para ahi ser educado, e detido pelo tempo prescripto na sentença, que não póde passar além d'aquelle, em que prefaz 21 annos de idade. Se a decisão foi, que o réo

procedeo com discernimento, e ao crime corresponde a pena de morte, de trabalhos forçados, ou a deportação, é elle condemnado á pena correccional de prisão por 10 até 20 annos. Se a pena correspondente é a de trabalhos forçados temporarios, ou a de reclusão limitada, soffre a reclusão pelo terço ao menos, e por ametade ao mais do tempo, que devêra durar uma ou outra d'aquellas. Se o culpado incorreo em pena correccional, qualquer pena correccional lhe póde ser applicada; mas menos grave por ametade, que a que soffrera, se excedesse 16 annos de idade. A pena de trabalhos forçados perpetuos ou temporarios, e a deportação não se applicão em caso algum, quando o réo tem 70 annos. A reclusão é substituida por todo o tempo da pena, sendo a velhice circumstancia attenuante para o castigo, mas nunca por si só para o delicto.

Entre os Romanos, cuja legislação nesta parte teve antigamente observancia em França, o infante não soffria pena alguma, nem até mesmo reparava o damno civilmente. O impubere já chegado á puberdade era mais brandamente punido, que o pubere: nunca a pena de morte lhe podia ser applicada; e nos processos dos impuberes, geralmente, os Juizes decidião segundo as circumstancias, o que fazia as sentenças em quanto ao mesmo delicto apparentemente divergentes.

Entre nós o menor, ou seja homem ou mulher, tendo mais de vinte annos, está na maioridade para os delictos, e sujeito ás mesmas penas, comprehendida a de morte, que lhe serião applicadas, se excedesse em idade os vinte e cinco, Ord. liv. 5. tit. 135. Dos dezesete annos até aos vinte tem lugar no criminoso a pena ordinaria, ou, em vez desta, outra menor a arbitrio do Juiz, que se deve regular segundo a moralidade, ou gráo de malicia do réo, natureza e circumstancias do delicto, cit. Ord. Tendo o delinquente dezesete annos para baixo, applica-se-lhe a pena correspondente segundo o Direito commum; mas nunca póde ter lugar a de morte, que o Julgador deve substituir por outra a seu arbitrio, cit. Ord. *in fin.*

Da restituição dos menores.

§. 8. *Quia fragile est juventutis judicium, minoribus laesis restitutio in integrum conceditur.* Diz-se restituição *in integrum* o beneficio concedido aos menores, que faz destruir inteira e completamente pela recisão quaesquer actos, de que lhes proveio lesão, ainda que concluidos com assistencia de tutor ou curador, cuja presença os não priva do beneficio da lei; porque são elles dados aos menores para vigiarem por seus interesses, e não para os prejudicar. É a lesão a causa da restituição dos menores, por isso procede esta, ainda que se não possa imputar fraude, dólo ou outro vicio áquelles com quem tractárão, e tem por fundamento a fraqueza da sua idade, que os expõe não só a serem enganados pelos outros, mas a enganarem-se a si mesmos, o que leva a lei a desfazer todos os actos, que lhes são prejudiciaes.

Para que a restituição tenha causa, não é mister que a lesão seja enorme, Ord. liv. 3. tit. 41. §. *inic.*; é bastante a simples, e até mesmo a de affeição, isto é, a que consiste na perda d'um valor, que arbitrariamente se attribue a certos bens por motivo particular d'estima ou gosto, que se faz d'elles, como se conclue da L. 35. D. *de minorib.;* pois releva o menor da evicção do objecto, ou cousa, que comprou, quando outro a licita, se prova ter n'ella interesse, ainda que este provenha tão sómente d'a mesma ter pertencido a seus maiores: *Implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod majorum ejus fuisset: ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.*

E póde o menor de vinte e cinco annos gozar do beneficio da restituição contra o acto, que approvou, quando já emancipado? A L. 1. C. *de his, qui veniam aetat.* nega este beneficio aos que obtiverão carta de supplemento de idade, isto é, a emancipação concedida pelo Principe: *Eos, qui veniam aetatis impetraverunt, etiamsi minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse,*

manifestissimum est. Ha porém uma notavel distincção sobre este assumpto no *Cod. Civ.* de França. « A simples lesão (diz elle no art. 1305.) dá lugar á rescissão em favor do menor não emancipado, contra toda a especie de contracto; e em favor do menor emancipado contra todas as convenções, que excedem os limites da sua capacidade, como se determina nos titt. da *menoridade, tutela* e *emancipação.* » Desta sorte o menor emancipado póde tão sómente ser restituido contra os actos, que a emancipação lhe prohibe: e será o mesmo entre nós?

Pela *Noviss. Reform. Jud.* artt. 458. e 459. o menor emancipado não póde, como por vezes temos notado, praticar por si só algum dos actos, que ahi lhe são vedados; e como a seu respeito está na razão de não emancipado, parece ter, se os praticou, o beneficio da restituição contra elles. Mas taes actos do menor são nullos *ipso jure*, art. 460. *eod.*, e pela Ord. liv. 3. tit. 41. §. 2. o remedio extraordinario da restituição não tem lugar, quando ha o ordinario: logo compete ao menor para rescindir estes actos a acção de nullidade, e não a restituição, cit. §. 2., e L. 1. §. *inic.* D. *de minorib.*: *Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* Póde porém accumular-se a acção de nullidade com o beneficio da restituição *in subsidium* para o caso de se não poder provar a nullidade, *Digest. Portug.* liv. 2. art. 776.

E poderá ser restituido um menor em prejuizo de outro? Por exemplo, um menor emprestou dinheiro a outro, que lhe não deo util applicação: será este restituido contra a obrigação, que contrahio? Parece que sendo ambos menores, o favor se acha por igualdade dividido, e deve cessar o beneficio da restituição, porque é elle um privilegio. Com tudo devemos antes decidir, que o que recebeo o dinheiro por emprestimo, e o dissipou, é restituido contra a sua obrigação, por isso que a condição do devedor, ou do que se acha obrigado, é sempre mais favoravel, que a do crédor ou do constituido em direito, o que faz que este ceda, e é expresso na L. 11. §. 6., e L. 34. D. *de minorib.*

Restituuntur ergo contra sententiam definitivam, vel interlocutoriam, tutore licet curatorve agente, latam. Se a sentença prejudicial ao menor assenta sobre processo, em que não interveio o tutor ou curador, é nulla, como já vimos: não tem lugar contra ella o meio extraordinario da restituição, mas sim o ordinario da nullidade, cit. §. 2. Mas se a sentença, ou termine o pleito, ou verse sobre questão incidente, isto é, ou seja definitiva, ou interlocutoria, prejudica o menor, ainda que este fosse assistido do tutor ou curador, tem lugar a restituição *in integrum* contra ella, se foi injusta, cit. Ord. §§. *inic.*, 1., 2., 3., 4., pois que o poder do tutor ou curador, quer em Juizo, quer fóra d'elle, é limitado e restricto tão sómente ao que póde ser util ao menor, L. 2. C. *si tut. vel curat. interv.*, L. 29. D. *de minorib.*

Adversus aditionem hereditatis. O maior, adindo ou acceitando a herança, por tal facto practica um quasi-contracto com os crédores do defuncto, legatarios, e fideicommissarios, de que a todos estes resultão direitos com obrigações correspondentes no herdeiro, que assim se constituio responsavel pelos encargos da herança. Ao menor porém, adindo a herança, ainda que auctorizado pelo tutor, e hoje pelo Conselho de familia, se a encontra onerosa, cabe a restituição, para se não responsabilizar pelos encargos, repondo-se as cousas no mesmo pé e estado, em que se achavão antes d'aquella adição, Ord. liv. 4. tit. 87. §. 3. Do mesmo modo, se o menor renunciou a herança, que lhe póde ser vantajosa, cabe-lhe a restituição contra a renúncia, L. 1. C. *si ut omiss. hereditat.* Se porém acceitou herança vantajosa, e acontece ao diante serem os bens diminuidos por occorrencias fortuitas, como pelo incendio d'edificios, ou outras perdas similhantes, pois que pela adição fez elle o que igualmente faria um homem sensato e prudente, não lhe póde valer neste caso a fraqueza da idade, nem a incuria do tutor, para ser restituido, e haver as sommas, que tiver pago aos crédores da herança, L. 11. §. 5. D. *de minorib.*

Praescriptionem. Se alguem deixa de possuir a sua

cousa, ou de exigir a satisfacção correspondente ao seu direito por todo o tempo, que a lei tem determinado; entende esta, por inducção d'uma tal negligencia, renúncia da propriedade, pagamento da divida, ou extincção da obrigação: donde resulta retirar ella toda a acção ao proprietario ou crédor, cujo direito neste caso se diz prescripto. Este modo porém de perder não prejudica o impubere, em quem a lei, pela fraqueza da idade, desculpa a ignorancia de Direito, e por isso a do prazo de tempo legal para proceder a prescripção, que tambem o não deve prejudicar, por lhe não ser imputavel a negligencia do tutor, donde vem dizer-se que dorme a prescripção, quando é contraria ao impubere, e que véla, quando lhe é favoravel, pois lhe obsta ás obrigações, sem lhe estorvar os direitos. Mas logo que o varão completa 14 annos, e a femea 12, corre contra elles o tempo da prescripção, bem que podem valer-se do beneficio da restituição, Ord. liv. 4. tit. 79. §. 2.

Divisiones et partitiones in judicio familiae erciscundae factas. As partilhas, ou a designação da parte, que na herança cabe a cada um dos coherdeiros, depois de feitas e julgadas, nunca podem desfazer-se, ainda que algum interessado as impugne por lesivas, Ord. liv. 4. tit. 96. §. 18.; salvo o caso do herdeiro, que tem idade imperfeita, ou menor de vinte e cinco annos, o qual, achando-se lesado, póde depois desfazel-as, querendo usar do remèdio da restituição, cit. Ord. §. 21.

Et generaliter adversus omne damnum dolo, culpave admissum. Não se deve entender, que ao menor cabe tão sómente a restituição, quando a lesão lhe proveio da culpa ou dólo d'alguem, pois lhe cabe fóra d'estas circumstancias, ou elle se obrigue para com outro n'um emprestimo, venda, sociedade, ou outro qualquer contracto, ou outro se obrigue para com elle, quando a obrigação não é tal, qual ella devia ser, tanto em razão da cousa devida, como das garantias e seguranças; não obstante a boa fé da pessoa, que se lhe obriga: de sorte que, em geral, o menor goza da restituição em tudo aquillo, que fez, ou que deixou de fazer, quando lhe resultou algum damno, ou prejuizo, que

não seja inteiramente desprezivel, pois que *de minimis non curat Praetor*, L. 1. C. *si adv. rem jud.*, L. 27. §. 2. D. *de minorib.* Parece-nos pois em resultado, que nas expressões, que transcrevemos do A., quiz elle excluir em geral da restituição do menor o damno inteiramente fortuito, e que como tal nunca póde attribuir-se a culpa ou dólo d'alguem; fóra do que procede a regra: *Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit*, L. 5. C. *de in integr. restitut.*

Non debet tamen concedi, nisi probata prius aetate et laesione, etc. Examinados alguns casos especiaes, e posta a regra geral, em que cabe aos menores o privilegio da restituição, diz aqui o Sr. Paschoal, quaes sejão os pontos da prova para ella ser concedida. Já dissemos ser a fraqueza da idade o fundamento das leis, concedendo a restituição: logo é evidente, que deve preceder a prova da menoridade, pois que constitue a qualidade pessoal, sobre que assenta o privilegio. Já dissemos igualmente ser a lesão a causa da restituição: logo fórma aquella o segundo ponto da prova para esta; e é expresso na L. 5. C. *de in integr. restitut.*, que acabamos de citar, *in quibus se captos probare possunt.*

Et non nisi semel in eadem causa et articulo peti potest, etc. Uma vez negada ou concedida por sentença a restituição, não póde ser repetida no mesmo pleito, nem conceder-se de novo; assim como tambem não póde abranger além do ponto, em que a lesão lhe serve de fundamento, cit. Ord. §. 7. Se a lesão já teve effeito, pede se a restituição por *acção*, exigindo a reparação do prejuizo; se o menor é accionado pela satisfacção, que o prejudica, oppõe a restituição por *excepção;* e póde oppôl-a finalmente por *embargos* á execução da sentença. Lobão *Notas* a este §.

Deve a restituição *in integrum* ser pedida por algum dos modos referidos, sem o que não tem ella realidade, pois não resulta *ipso jure* da lesão, mas depende do arbitrio do lesado o prevalecer-se, ou não, deste meio; o que faz que não possa ser elle ordenado pelo Juiz *ex officio*, ou sem a parte expressamente o requerer. Boehm. sobre o Digesto liv. 4. tit. 1. n. 4.

Et peti debet vel a Rege, vel a judice ordinario, etc. Antigamente podia o Rei conceder a restituição ao menor por simples informação, como dispõe a citada Ord. §. 6.: hoje porém é resultado de sentença sobre processo contencioso, para o que sómente é proprio o poder judiciario, com jurisdicção dada pelas leis; e não cabe no poder dado pelas partes aos Juizes arbitros ou compromissarios, posto que ella respeite á causa, de que elles tomão, ou tomárão conhecimento, pois que é a restituição um privilegio concedido pelas leis, e que, como tal, necessita, para ser applicada, do poder por ellas mesmas conferido, cit. §. 6., L. 3. C. *Ubi et apud quem cognit. in integr.*

Et intra quadriennium a legitima aetate, etc. Depois dos casos, em que a restituição tem lugar, e do poder proprio para a conceder segundo as leis, diz o A. nesta parte do §., o tempo, dentro do qual ella deve ser pedida. O menor de vinte e cinco annos deve pedir a restituição dentro d'elles; mas como o fundamento, por que a lei lh'a concede, é a fraqueza da idade, por coherencia a mesma lei lhe concede depois da maioridade quatro annos, devendo por isso pedil-a dentro dos 29. Maior espaço seria conservar, sem necessidade, fluctuantes e incertos os direitos dos interessados, com detrimento do bem público. Mas como os quatro annos para mais dos 25 são concedidos na idéa, ou presumpção d'o lesado já não ter durante elles impedimento, que lhe obste ao uso da restituição, e a presumpção em todo o caso cede á verdade; verificada a existencia de legitimo impedimento dentro dos mesmos, por exemplo, se o lesado cáe em demencia, antes d'elles acabarem, não se contão os primeiros quatro annos totalmente, mas sómente aquelle tempo, em que gozou da perfeição de juizo, cit. §. 6. da Ord., e L. 36. §. 8. D. *ex quib. caus. maj.*: *Rem tuam possedi, uno minus die, statuto in usucapionibus tempore; deinde Reipublicae causa abesse coepi; restitutio adversus me unius diei facienda est.*

Se o menor, por virtude da disposição da Lei, foi tido por maior antes dos vinte e cinco annos completos,

os quatro para pedir a restituição tem principio no dia mesmo, em que foi tido por maior. Silva á Ord. cit. n. 4. Se porém casou antes de ter vinte annos, só depois que acabou estes, se principião os quatro, em que expira o tempo para pedir a restituição; e casando depois d'aquelles, contão-se estes desde o dia do casamento, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 26. Mas á communhão e vantagens pactuadas antes das nupcias pelo menor, que contrahio o matrimonio antes de ter vinte annos, como ao tempo da convenção não era tido por maior segundo a lei, ficão na regra geral do tempo ou idade dos 29, para pedir a restituição contra ellas; direito, que passa aos herdeiros, se morreo antes desta idade completa, como advertimos com a generalidade dos Praxistas a pag. 386. deste escripto.

O direito, que o menor tem a ser restituido contra a lesão, transmitte-se a seu herdeiro, para o qual os quatro annos principião, sendo maior, no mesmo dia, em que adio a herança: mas se o defuncto já tinha menos dos quatro annos para usar da restituição, o menor tempo, que tinha, é o que cabe ao herdeiro, que nunca, por successão, póde ter melhor direito, do que aquelle, a quem succede: *Non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id dumtaxat tempus, quod habuit is, cui heres extitit*, L. 19. *in fin.* D. *de minorib.*

Restitutionis in integrum effectus is est, ut omnia ad pristinam causam reducantur, etc. Julgada procedente a restituição, ou obtida por sentença, tudo se deve repôr no antigo estado, ou n'aquelle, em que as cousas se achavão antes do facto, que lhe deo causa. Assim, se consistio na compra, que o menor fez, d'um predio, recebe elle tanto o preço, como os seus juros, do mesmo modo que entrega não só o predio, mas o valor de quaesquer fructos, que applicasse em seu proveito, L. 24. §. 4. D. *de minorib.*

Itaque revocatur quidquid, ea impetrata, fuerit innovatum. Como a restituição julgada por sentença destroe inteiramente a lesão, reduzindo ao estado antigo todas as cousas; vem d'aqui o ser ella um remedio

suspensivo. Por isso, logo que é pedida, nada se deve innovar; o que faz que sendo opposta por embargos á sentença, suspende a sua execução, como se d'ella a appellação fosse interposta: *Postulata in integrum restitutione, omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, perspicui juris est:* L. un. C. *in integr. rest. postul. ne quid novi fiat*, cit. Ord. liv. 3. tit. 41. §. 4.

Si vero dolo malo restitutio fuerit petita, etc. Quando porém a restituição é pedida com malicia, para espaçar a execução da sentença, ou porque não houve lesão, ou porque foi filha do acaso, ou porque o acto, de que resultou na menoridade, já foi approvado na maioridade pelo lesado, ou por outro algum principio, que a faz improcedente, e argúe dólo no que a pede, não produz tal petição o effeito suspensivo, Ord. cit. §. 5.; pois que o beneficio, que a lei concede aos menores, é um remedio extraordinario para prevenir a perda, que lhes póde causar sua fraqueza, e não um instrumento, que fraudulentamente empreguem em prejuizo dos outros: *deceptis enim, non decipientibus jura subveniunt;* como em caso analogo decide a Ord. liv. 4. tit. 61. §. 3.

Adverte na nota a este §. o Sr. Paschoal, que a nossa Ord. liv. 3. tit. 41., assento da legislação, que regula a restituição dos menores e quasi menores, como os furiosos e mentecaptos, foi buscar ás leis Romanas quasi todas as suas disposições; mas que a Authentica *Sacramenta puberum* C. *si adversus vendit* não tem lugar entre nós, pois que a Ord. liv. 4. tit. 73. prohibe e pune todos os contractos ou convenções, em que intervem juramento promissorio.

Esta Authentica é conforme com o Direito Canonico, segundo o qual não podem ser retractados os contractos firmados com juramento, menos quando da sua observancia corre risco para a salvação ou eterna felicidade. Mas pelo §. 87. do *Regimento dos Desemb.*, o Desembargo do Paço dispensava na Ordenação para os Tabelliães pôrem juramento nas escripturas, sem incorrerem em pena: podia pois neste caso ter observancia a mesma Authentica, pois cessava o estorvo opposto

pela Ord., entendendo-se o juramento do menor como renúncia da restituição. Não abonamos com tudo a conveniencia e justiça desta legislação na especie do menor em todos os periodos da puberdade.

Cabe agora addicionar, que em muitos casos os menores não são restituidos contra as obrigações contrahidas ou por elles, ou por intervenção de tutores, o que acontece, quando se obrigão para assegurar aos parentes mais chegados, a quem são devidos, os alimentos segundo as suas faculdades: o mesmo é para os tirar da prisão, ou livrar do captiveiro. Tambem não são restituidos contra as obrigações, de que lhes veio proveito; pois que se não dá a lesão, causa da restituição. Nos crimes ou nos delictos póde a menoridade ser olhada por circumstancia attenuante, e dar fundamento ao Juiz para moderar a pena; mas não póde dispensar o criminoso da indemnização civil do mal, que fez: e a esta entendemos que se refere o *Cod. Civ.* de França, dispondo no art. 1310.: «O menor não é restituido contra as obrigações, que resultão do seu delicto, ou quasi-delicto.»

As leis Romanas, considerando haver delicto no menor, quando, com intenção d'enganar o seu crédor, falsamente se declarava maior, decidírão, que não fosse restituido contra o acto, em que practicou tal falsidade, sendo seu objecto favorecer a fraqueza, e não a fraude dos menores. Mas era facil o prever, que punindo deste modo uma especie de fraude, se auctorizava indirectamente outra. Por quanto os crédores, sobre tudo os mais avidos e ambiciosos, não deixarião de obrigar os menores a declarar-se maiores nos seus contractos, perdendo assim o direito á restituição, sem que n'estes se désse fraude, de que erão causa unica, ou pelo menos a principal, os crédores, convertendo o proprio dólo em seu proveito, contra a clara voz da moral e da justiça. Parece-nos que foi este inconveniente desmarcado o que fez crear a providencia do *Cod.* de Napoleão no art. 1307. «*La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.*» Providencia, que achamos se deve

observar entre nós, corrigida assim, e como é conforme á razão, a L. 3. C. *si min. se major. dixerit.*

Tambem ao menor não compete a restituição contra o damno, que lhe resultou do acaso ou acontecimento fortuito; pois que não é elle effeito da fraqueza da idade, unico fundamento da lei para conceder aquelle beneficio, como dispõe o *Cod. Civ.* de França no art. 1306., que não é mais do que o echo da L. 11. §. 4., e da L. 44. D. *de minoribus.* O mesmo Codigo parece que com o fundamento da pericia e destreza, que se deve presumir em cada um, nos objectos relativos á profissão, que adopta, retira, no art. 1308., a restituição ao menor em quanto ás obrigações, que contrahe em razão do commercio ou arte, que exercita, quer elle seja, quer não seja emancipado; pois que dispõe em geral e deste modo: « O menor commerciante, banqueiro ou artista, não goza da restituição contra as obrigações, que contrahe em razão do seu commercio ou arte. » Este artigo porém nos parece antinomico com o 487. do mesmo Codigo, segundo o qual tão sómente é reputado maior o menor emancipado em quanto aos factos relativos ao seu commercio, o que ainda é modificado pelo art. 2. do *Cod. Commercial* nestes termos: « Todo o menor emancipado, ou seja d'um, ou d'outro sexo, com idade de dezoito annos perfeitos, que quizer aproveitar-se da faculdade, que lhe concede o art. 487. do *Cod. Civ.*, para exercitar o commercio, não póde principiar suas operações, nem ser reputado maior em quanto ás obrigações relativas ao commercio: 1.° se não é anteriormente auctorizado por seu pai, na falta deste por sua mãi, e na falta d'um e outro por uma deliberação do Conselho de familia, ratificada (*homologuée*) pelo tribunal civil; 2.° se a autorização não tiver sido registada e affixada no Tribunal de Commercio do lugar, onde o menor quer estabelecer seu domicilio.

O art. 6. do mesmo Codigo declara, que os menores negociantes, auctorisados do modo que fica dito, podem obrigar e hypothecar os bens immoveis, e até mesmo alienal-os, observando as formalidades prescri-

ptas no art. 457. e seg. do *Cod. Civ.* Ora, no art. 487. deste Codigo e nos artt. citt. do Codigo Commercial, de que tractamos, falla-se *ex professo* do menor negociante, para ser havido por maior, e não ser por isso restituido contra as obrigações, que contrahir, exigindo-se n'elle a qualidade de emancipado; e pede a critica que com este se concilie o já examinado art. 1308. daquelle Codigo, entendendo-se negar a restituição aos negociantes, banqueiros e artistas, menores sim, mas emancipados. Sendo assim, a legislação de França não é nova; está conforme com a nossa, assim como com a Romana: e por isso (em nossa opinião) é mal trazido pelos nossos ultimos escriptores, o artigo ultimamente referido para com elle negarem absolutamente a restituição ao menor, quando negociante ou artista.

Restituição dos quasi menores.

§. 9. *Pro minoribus hac in causa habentur furiosus, mentecaptus, Respublica*, etc. O beneficio da restituição além dos menores pela idade, tambem cabe segundo as leis Romanas ás pessoas quasi menores, quer fysicas, quer intellectuaes ou juridicas, reputadas miseraveis, por isso que em razão de motivos especiaes e differentes, por que não podem administrar os seus bens, se lhes torna necessario syndico, como se em realidade fossem menores, o que os faz iguaes a estes em favor. São ellas as que o A. refere neste §., além d'outras; a todas as quaes a nossa legislação dá tambem a restituição, adoptando ou conformando-se inteiramente a seu respeito com o Direito Romano, como é expresso na Ord. liv. 3. tit. 41. §. 4. *in fin.*, que ampliando a restituição do menor ao furioso, prodigo e mentecapto, termina concedendo-a, quando pedida *per alguma pessoa, que conforme a Direito* (o Romano) *goze ao beneficio da restituição.* Esta adopção do Direito Romano ainda se repete no §. 7. *eod.* nas palavras: *e as restituições, que se concederem aos menores, ou outras pessoas, que conforme a Direito gozão do beneficio, ... não se*

concederão, senão nos casos e na fórma, que o Direito manda.

Que o furioso, o desasisado e o prodigo gozão entre nós, como entre os Romanos, do beneficio da restituição, é expresso naquella Ord., que até mesmo individualiza taes pessoas neste sentido. Cabe porém accrescentar, que o quadriennio, para ellas recorrerem a este meio, se conta desde que cessou o impedimento, que lhes prohibia administrar os seus bens, L. 7. *in princ. de tempor. in integrum restitut.*; o que procede do mesmo modo no ausente, que o é por serviço do Estado, e não deixou procurador: *Si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.* L. 39. D. *ex quib. caus. major. restit.* Comprehende-se porém no tempo da justa ausencia no serviço do Estado não só o necessario para a viagem depois de finda a commissão, mas o em que houve impedimento involuntario para a vinda se realizar, como a molestia do ausente, ou a inclemencia do tempo, L. 38. D. *eod.*

Respublica, Fiscus. Compete o beneficio da restituição, á Real Corôa e Fazenda Nacional, L. 4. C. *ex quib. caus. major.*, L. 3. C. *de in integr. restitut.*, e ás Cidades, L. 13. §. 1. D. *de Publican.*, L. 3. C. *qui pot. in pignor.*; o que se amplia por identidade de razão ás Corporações e Universidades, que estão a cargo de Administradores e Reitores, Struv. e Mul. *exerc.* 31. thes. 61. Tem o mesmo privilegio as Igrejas, tanto pelo Direito Romano, L. 35. C. *de Episcop. et Cleric.*, como pelo Canonico, Cap. 1. X. *de restit. in integr.*, Cap. 1. *eod.* in 6.°, e *Clement.* unic. *eod. tit.*; assim como os Collegios d'Orfãos, Hospitaes e Casas pias, L. 32. C. *de Episcop. et Cleric.*

Viduae. As viuvas porém, que o A. refere no §., não gozão hoje, como taes, da restituição, pois assim o declarou o Assento de 29 de Março de 1814. As pessoas moraes, a quem as Leis Romanas a concedem, achão-se, como já dissemos, comprehendidas, para entre nós gozarem deste beneficio, na Ord. cit. liv. 3. tit. 41. §. 4. *in fin.* e §. 7.; e é tambem concedido sobre mate-

rias civís importantes ao preso em cadêa pública, ou debaixo de homenagem, na Ord. do mesmo liv. tit. 9. §. 12.

Quod peti debet intra quadriennium a tempore negotii, vel scientiae. Fecha o Sr. Paschoal este §. dizendo, que o quadriennio para as Corporações, Communidades, ou pessoas moraes usarem da restituição, principia a contar-se, ou desde o dia do negocio ou facto, que lhes causou a lesão, ou desde aquelle, em que seus Administradores, ou chefes, tiverão sciencia do mesmo facto ou negocio; para o que se funda no Cap. 1. e 2. *de restitut. in* 6.°

Lobão, *Notas* a este lugar, argúe o nosso A. por hesitar, e não decidir fixamente, qual é o dia, que deve ser attendido; e decide elle, que deve ser o da sciencia, e não o da existencia do facto. Não devemos dissimular, que procede a advertencia sobre a indecisão do A.; mas sem animo d'arguir, e sómente com o de advertir. Procede tambem notarmos, que Lobão, remettendo-se a sete AA. differentes, nem uma só razão nos dá, para que deva ser preferida a sua opinião.

Não vamos nós ler essés AA., que não escrevemos com repouso e vagar; mas consultando as leis, como objecto principal, por não dizermos unico, do Interprete, adoptamos a opinião de Lobão. Por quanto no Cap. 1. *de restit. in* 6.° decide Gregorio IX., que o quadriennio corre contra a Igreja para usar da restituição, e que se o deixa passar por negligencia, não póde depois ser admittida a pedir tal beneficio: *et negligenter omiserit, non est ad beneficium hujusmodi admittenda.* No Cap. 2. *eod.* toma Bonifacio VIII. o mesmo fundamento (a negligencia) para decidir, que perde a Igreja o beneficio da restituição, se a ella não recorre dentro do quadriennio: *intra quadriennium . . . . petere negligenter omittet.*

As espécies d'um e outro destes Capp., como elles por si mostrão, contém factos, de que a Igreja teve sciencia logo que acontecêrão: procedeo por isso desde então o conhecimento da lesão e a negligencia, unico fundamento d'ambas as decisões. Mas quem dirá negli-

gente a pessoa, que não praticou a diligencia contra um facto, cuja existencia ignora, na impossibilidade de poder avaliar, se lhe é, ou não, lesivo? Ninguem por certo. Logo os Capp. 1. e 2. *de restitut. in 6.°* mandão, que o quadriennio, para prescrever nas pessoas moraes ou juridicas o direito a usar da restituição, principie no dia, em que começa a negligencia, que não é o da existencia, mas sim o da sciencia do facto e da sua qualidade, bem que possa coincidir em muitos casos o tempo da sciencia com o da existencia.

Dos maiores.

§. 10. *Qui XXV. annum excedunt, sub majorum nomine veniunt*, etc. Examinámos quaes sejão os menores, suas especies, como se obrigão criminal e civilmente, comprehendidos nesta relação os assumptos judiciaes e extrajudiciaes: examinámos tambem, que pessoas as leis considerão como menores; terminando com o beneficio da restituição concedido a uns e outros. Tracta agora o Sr. Paschoal dos maiores, que com fundamento no mais largo tempo da existencia, que lhes dá qualidade natural, formão classe distincta e contraposta á dos menores; sendo por isso distinctas e contrapostas, ou contrarias as providencias legaes a respeito d'uns e outros, o que dá a characteristica a seu estado diverso.

É *maior* o que tem a idade prescripta pelas leis para usar e gozar de seus direitos, com livre disposição de seus bens, faculdade de contractar validamente, e aptidão para servir os empregos e cargos públicos, — *et ad omnia in Republica munera admittuntur*; o que acontece pelo contrario no menor, e faz que a maioridade seja o estado da pessoa ou individuo, que completou a idade, em que a lei o declara capaz dos actos da vida civil, que segundo a actual legislação o isenta do poder patrio (o que não se entende da consideração, respeito, amor e honra para com seu pai e mãi), e que finalmente obsta a que elle rescinda as obrigações, que

contrahir, excepto se procedeo por erro proprio, ou foi constrangido por violencia, dólo e fraude de outrem.

Entre nós, á imitação dos Romanos, a idade de 25 annos completos, em um e outro sexo, constitue a maioridade, ou a idade *justa*, *legitima*, *perfeita e cumprida*, Ord. liv. 3. tit. 42. §. 5. Com tudo em não poucos Estados d'Allemanha e Italia, adoptado o costume dos Longobardos, marcão os dezoito annos a maioridade, Stryck. liv. 4. tit. 4. §. 5., os vinte e um na Saxonia, Prussia e Inglaterra, §. 6., o que, como por vezes temos notado, foi recebido no *Cod. Civ.* de França art. 488., que renovou nesta parte a disposição da lei de 20 de Setembro de 1792. São notaveis a tal respeito as expressões de Mr. Émery, Conselheiro d'Estado, dirigidas ao Corpo Legislativo: « Os progressos da civilização, tanto no bem, como no mal, determinárão a innovação feita sobre este ponto ha doze annos: não se tem observado inconvenientes capazes de motivar uma nova alteração. A Constituição concede nos 21 annos ao cidadão o exercicio de seus direitos politicos; não póde a lei negar-lhe na mesma idade o exercicio dos civís. » Com tudo nos actos civís, para que este numero d'annos habilita, faz excepção o matrimonio, pois que póde ser contrahido pelo homem, que passa os dezoito, e pela mulher, que passa os quinze, cit. art. 488., e art. 144.

Para os Principes ou successores da Real Corôa geralmente se adoptou uma maioridade mais curta, com que finda a sua tutoria. Na Allemanha os dezoito annos a completão, Stryck. cit. §. 3.: na França os quatorze começados: na Hespanha os vinte: na Suecia os dezoito: na Saxonia os vinte e um, §. 6.: entre nós os dezoito acabados, Cart. Const. art. 91. Nos Estados Electivos póde recaír a eleição sobre qualquer idade.

Speciale tamen est in Judice Orphanorum, etc. Adverte o A. nesta parte do §., que ainda que, como vimos, os 25 annos acabados formem a idade justa para os cargos públicos, alguns destes por excepção a exigião mais comprida, fixada nos 30 pelo menos, como dispõe a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 1. ácerca do Juiz dos

Orfãos (jurisdicção hoje accumulada na do Juiz de Direito), que servindo sem esta qualidade, perdia o emprego para sempre, e ametade dos bens. Igualmente os Alcaides Móres (hoje extinctos no poder, e mantidos os actuaes como honorarios, o que já observámos), tendo de saír fóra dos Castellos, não devião deixar em seu lugar Governadores, que não tivessem pelo menos 30 annos.

Esta idade de 30 annos perfeitos, ou já passados, alterada a disciplina dos Decretos do Papa Siricio, que exigia para o Episcopado a de 45 cheios, foi adoptada pelos canones dos Concilios Agasthense e Aurelianense IV, e conservada pelo Lateranense III. Cap. 6. X. *de elect.*, tem permanecido até hoje sem mudança na Igreja do Occidente.

Quasi maiores.

§. 11. A Ord. liv. 3. tit. 41. §. 8., em que se tracta da necessidade do curador *in litem*, para defender o menor em juizo civil ou criminal, sob nullidade do processo e sentença, declara, na sua parte final, não procederem taes disposições no menor, que, tendo vinte annos, é casado, ou obteve carta de supplemento de idade; e dá a razão, *verbis*: « *porque estes taes são havidos por maiores.* » Logo é evidente, que o menor de 25 annos, dada a idade dos 20 com o matrimonio, ou a dispensa dos restantes annos, era tido como maior. Hoje o casamento, a ordem sacra, os gráos academicos, a patente militar no que tem vinte e um annos assim como a emancipação feita pelo pai, mãi tutora, ou Conselho de familia, com o indispensavel Alvará do Juiz de Direito, pelos art. 453. até 457. da *Noviss. Reform. Jud.* constituem o menor quasi maior; mas com a limitação nos actos, que temos por vezes visto lhes prohibem os artt. 458. e seg., que constituem direito geral, não sujeito á dispensa, que o A. lembra na nota; de sorte que o menor entre nós nunca póde só por só exercitar a plenitude dos direitos, que a

maioridade confere, é porém quasi maior em quanto pela emancipação tem exercicio de direitos, que sem esta não teria.

Subdivisões dos menores e maiores, ou outras divisões de pessoas.

§. 12. *Jam vero majores et minores vel masculi sunt, vel feminae*, etc. Sem perdermos de vista as qualidades, que se dão naturalmente nas pessoas, estas, que já dividimos, com fundamento na diversa idade, em maiores e menores, partem-se em outras classes, em razão d'outros estados, que as distinguem. Pois que os maiores e menores, pela diversidade do sexo, ou são homens ou mulheres, *masculi vel feminae:* tanto estas, como aquelles, em razão do vigor ou abatimento de forças pela idade, ou são jovens, *juvenes*, ou já velhos, *senes*, ditos assim aquelles *a juvo*, *quia juvant*, ou prestão auxilio em razão do vigor, que lhes dão os menos annos, contrapostos aos velhos, *senes*, *a senio*, correspondente a *morbo*, pois que não podem prestar auxilio pelas doenças, companheiras da longa idade ou velhice. Dividem-se tambem as pessoas, comprehendidos os homens e mulheres, os velhos e os novos, em solteiros, casados e viuvos, *caelibes*, *nupti*, *nuptaeve*, *et uxore viduati*, *vel marito viduatae;* ditos os primeiros *caelibes*, *celibatarios*, porque observão o celibato, nome formado de duas palavras gregas, que significão *lectum relinquo*, pois não tem leito ou tóro conjugal, origem preferivel á que outros lhe attribuem em *Caelo*, pai de Saturno, por ter sido castrado pelo filho. Finalmente omittindo outras muitas divisões, que ainda se dão por virtude de qualidades naturaes, attendidas pelas leis como a de parentes e estranhos, amigos e inimigos, doentes e sãos, por exemplo, fecha o A. o §. dividindo as pessoas, em razão do seu procemento, em pessoas, que gozão da estimação geral e bom conceito, e outras que ao contrario o perdêrão, e lhes cabe por isso o nome e qualidade de *infames.*

Direitos correspondentes ás ultimas divisões das pessoas.

§. 13. *Feminae ob sexus verecundiam, et fragilitatem aliquando melioris, quam masculi, conditionis sunt; namque in carcerem non nisi ob grave delictum injiciuntur.* Sem negarmos ás mulheres o pejo que lhes é proprio e natural, e que sem duvida póde ser considerado como o melhor dote que a natureza lhes conferio: sem lhes negarmos tambem maior fragilidade e fraqueza, e até menos robustez nos seus orgãos, mais delicados que os dos homens, o que faz que no mesmo crime deva a pena ser para ellas mais branda: e reconhecendo tambem que com estes fundamentos ellas tem especialidades em Direito: não podemos acompanhar o A. na opinião de que as mulheres não são presas no carcere público, senão por graves delictos. Por quanto a Ord. liv. 3. tit. 31. §. 4., com que elle argumenta, prova, especialmente, para não poderem ser presas por causa de dividas civís, ainda que n'ellas sejão condemnadas; e a Ord. tambem cit. do liv. 4. tit. 76. §. ult. repete a mesma disposição, exceptuando do seu favor a prostituta, ou mulher pública solteira, salvo se a divida consistir em alugueres de joias ou vestidos. Em todos os mais casos ou especies procede a prisão nas mulheres, do mesmo modo que nos homens, pelas nossas Ordd.; e depois do Ass. de 18 d'Agosto de 1774, que confessa as oppressões, que contra os principios da humanidade os crédores fazião aos devedores, demorando-os nos carceres até perderem a vida, o não ser preso por dividas civeis ou crimes é disposição geral, que comprehende os homens igualmente.

Per procuratorem alios adcusare possunt tam in prima, quam in secunda instantia. É expressa a Ord. liv. 5. tit. 124. §. 16. verso — *Porém*, permittindo ás mulheres accusar por procurador em uma e outra instancia, com obrigação de darem fiança ás custas, e ao damno, que causarem, e de comparecimento pessoal em Juizo, quando o Julgador lh'o ordenar. Mas tambem esta especialidade se não dá actualmente: por quanto, qualquer que seja o crime, é facultada a todos a accusação por

meio de procurador, devendo assistir o accusador pessoalmente nos dous casos, ou d'o réo expressamente o requerer, ou d'o Juiz o ordenar, aos termos, em que o réo é obrigado a comparecer, e que n'outro lugar já notámos, *Noviss. Reform. Jud.* art. 937. §§. 1. e 2.

Non tenentur, si pro aliis intercedant. Diz-se *interceder*, em linguagem juridica, o intervir entre o crédor e o devedor, responsabilizando-se por este para com aquelle pela obrigação alheia, que todavia subsiste e permanece; e acontece quando um dá em penhor cousa sua, para que outro contráia a divida; pois que o penhor fica sujeito ao pagamento, que continúa a ser incargo e obrigação do devedor. Intercede tambem aquelle, que mandou ou influe directamente para que outro faça um emprestimo a terceiro, pelo qual fica obrigado; o que do mesmo modo acontece no fiador, pois que igualmente se obriga em segurança do direito do crédor, accedendo com a sua á obrigação, que se conserva no devedor. Ora as mulheres *non tenentur, si pro aliis intercedant*, isto é, ou dem penhor, obrigando-o por outrem, ou influão positiva e directamente para que se lhe faça emprestimo, ou finalmente se responsabilizem pela satisfacção e cumprimento da obrigação alheia, quer tomando-a em si principalmente, quer em subsidio do proprio, e neste caso principal devedor, não dão direito ao crédor; pois que a nossa Ord. liv. 4. tit. 61. §. *inic.*, attendendo á fragilidade de seu sexo, e á maior susceptibilidade, que por isso tem, de serem seduzidas, lhes confere o beneficio do Velleiano, que acceitou das leis Romanas, beneficio, que releva ou salva as molheres da obrigação de fiadoras, e das mais, a que se sujeitão por outras quaesquer pessoas. No que se dá uma especialidade, que lhes é propria; e porque não cabe aos homens, tem o nome e qualidade de privilegio.

Este privilegio com tudo nem sempre voga, isto é, soffre excepções; o que acontece, quando a mulher se obrigou como fiadora da promessa do dote, que alguem fez, pois fica perfeitamente obrigada, em favor do matrimonio, como em outro lugar já notámos, e é expresso na cit. Ord. §. 2. O mesmo é, por motivo de favor

especial, se ella é fiadora do resgate de um captivo, §. 1. E tambem não goza do privilegio, se para enganar o crédor se vestio d'homem, ou falsamente se lhe declarou herdeira do devedor, tomando sobre si a sua divida, §. 3., pois que *deceptis, non decipientibus jura subveniunt*, como já notámos com o A. no §. 8. deste Titulo.

In delictis paulo minus puniri debent. As mulheres, mais frageis do que os homens, e menos reflectidas em suas resoluções, tem comparativamente menos espontaneidade, e por isso menos moralidade em suas acções; o que faz que n'ellas o mesmo crime, em quanto á causa, seja inferior em gravidade, ainda que sejão iguaes e os mesmos os effeitos no público ou no particular offendido, que quando tem homem por agente; isto em quanto á commensuração do delicto. Por outra parte são as mulheres mais delicadas em seus orgãos, mais melindrosas e sensiveis; do que resulta, que nellas a pena exactamente a mesma, que nos homens, importa maior mal de soffrimento: e como esta deva estar em proporção com a maior ou menor gravidade do delicto em relação ao agente, e conter tambem a quantidade de mal, que unicamente baste para operar, como motivo, a emenda do delinquente; segue-se que a pena correspondente ao delicto, commettido por mulher, deve ser mais branda, do que a que corresponde ao mesmo crime, praticado por varão; assim como que n'este caso, a que se applicar a um velho, deve ser mais branda, do que a d'um moço commettendo o mesmo maleficio. Os Romanos já conhecêrão esta differença das penas, em razão da diversidade do sexo dos criminosos, L. 38. §. 7. D. *ad Leg. Juliam de adulteri.*, L. 6. *pr.* D. *ad Leg. Juliam peculat.*, L. 5. §. 3. C. *ad Leg. Juliam majest.*; assim como a devida consideração com idade, L. 23. §. 2. D. *de Aedilit. Edict.* L. 22. *pr.* D. *ad Leg. Corneliam de fals.*

Caelibes ad officia civitatis non admittuntur, etc. Por occasião da divisão das pessoas em solteiras e casadas, refere aqui o A. a providencia da Ord. liv. 1. tit. 94. §. 1., que exige a qualidade de casados nos homens,

que servem as magistraturas e cargos públicos; lei, que geralmente se acha antiquada ou em desuso, como já notámos.

Majores LXX annis, etc. Em quanto aos velhos, que formão classe contraposta aos jovens, lembra o Sr. Paschoal a idade de 70 annos, que, como tambem já vimos, é causa para escusa voluntaria da tutela, Ord. liv. 4. tit. 104. §. 3., e *Noviss. Reform. Jud.* art. 438.; assim como lembra a Ord. liv. 2. tit. 54. §. *un.*, que declara que os velhos nesta idade são attendidos pelo Soberano com carta d'aposentados, isto é, desobrigados do seu officio com as honras, e todo ou parte do ordenado; ao que corresponde no effeito a reforma militar, e a jubilação literaria.

Conjuges inter se eisdem juribus fruuntur, etc. Ainda que o marido seja o chefe da familia, e n'ella tenha superioridade, a que a mulher é subordinada e sujeita, os conjuges todavia, absolutamente considerados, ou em relação a si mesmos, devem-se iguaes soccorros, assistencia e officios; o que importa identidade em seus direitos reciprocos. Alem disto por virtude da communhão, que a todos os respeitos se deve dar entre marido e mulher, como por vezes temos notado ser natural e proveitoso á sociedade, que tão estreitamente os liga e une, participa cada um delles nas venturas, bens e interesses do outro. Até mesmo isto procede nos favores concedidos pelas leis, como acontece com o privilegio da restituição *in integrum*, de que fallámos; pois que a Ord. liv. 3. tit. 42. §. 4., que temos idêa de já em outro lugar haver examinado, dispõe que a mulher de vinte annos, casada com marido superior a esta idade, quando lesada nos contractos, juizos ou sentenças, tem direito a pedir a sua restituição, que lhe deve ser concedida, e aproveita ao marido. O que igualmente se realiza, sendo este o menor e o lesado, caso, em que na sua restituição interessa e aprovcita a mulher, que excede na idade os vinte annos: e entendemos que isto não varia, quer o matrimonio fosse contrahido por communhão ou carta d'ametade, quer o fosse por dote e arrhas, porque n'aquelle communicão-se os bens, e neste os fructos e rendimentos.

Vidua jure mariti utitur, et eisdem gaudet privilegiis, etc. Esta communhão entre os conjuges, esta reciproca participação entre os casados, aproveita ás mulheres, ainda quando viuvas, ou depois que a morte as tem separado dos maridos, como tambem em outro lugar notámos, e se demonstrou, além d'outras, pela Ord. liv. 2. tit. 59. §. 15., que continúa nas dos Desembargadores das Casas da Supplicação e de Porto, em quanto viuvas forem e honestas, todos os privilegios, prerogativas e isenções, que em razão de seus empregos e officios gozárão aquelles, de quem são viuvas.

Et sive conveniat, sive conveniatur, potest in causa, etc. Tambem, ainda com respeito á qualidade de viuva, refere o A. o privilegio do fôro que a Ord. liv. 3. tit. 5. §. 3., e outras muitas concordantes, concedêrão ás mulheres, em quem este estado ou qualidade se dava, consistindo em poderem escolher para o julgamento de seus litigios, quer activos, quer passivos, o Corregedor da Côrte, ou o Juiz das acções novas da Casa do Porto, sendo do seu districto, ou o Juiz ordinario do lugar, a quem, a não ser o privilegio, sempre competira o conhecimento e decisão de taes causas. Este privilegio tambem cabia ao orfão impubere varão ou femea, ás mulheres de toda a idade solteiras, mas honestas, e geralmente ás pessoas miseraveis, cit. Ord. §§. 3. e 5. Acha-se porém hoje extincto, Carta Const. art. 145. §. 16., e regulada a competencia na *Noviss. Reform. Jud.* tit. 6. *per totum*, de cujas disposições tão sómente se exceptuão os litigios dos Estrangeiros, que por Tractados tem Juizes Conservadores, e as causas, que por sua natureza especial tem Juizo privativo pelas leis, art. 178. §. um.

Infames ab omnibus in Republica muneribus et honoribus arcentur. Deixou o Sr. Paschoal para o fim e ultima parte deste §., com que conclue o seu Livro do Direito das Pessoas, os *infames*, pois que tambem são elles os ultimos na gradnação e escala social.

Já em outro lugar deste escripto definimos a *infamia*, ou a pena, que distingue e dá qualidade aos *infames*; e vimos que aquella se divide em *infamia juris*,

ou de direito, ou pela lei, e de feito ou facto, *infamia facti*, divisão, que é recebida das leis Romanas na Ord. liv. 4. tit. 90. §. 1. *verbis — infamia de direito, ou de feito.* Dispensamo-nos pois aqui, para não nos repetirmos, tanto da descripção geral desta pena, como da paticular de cada uma das duas especies d'ella. Tambem não examinaremos neste lugar o computo da gravidade deste mal, que as leis e a pública opinião empregão em castigo das acções ou factos torpes; nem quaes são os crimes em que por sua especial natureza esta pena assenta como propria: por quanto ainda que nas primeiras linhas da nota a este §. o A. algum tanto nos excita aos exames referidos, elles muito nos deterião, por dependerem do desenvolvimento d'algumas das theorias mais complicadas e difficeis sobre a legislação criminal, que certamente ficarião aqui deslocadas, quando temos lugar proprio para ellas, ainda que fique distante.

Illius autem in foro effectus nullus est, nisi judicis sententia declaretur. É com tudo importante seguir a nota desde as transcriptas expressões, em que se contêm a doutrina de que a infamia *juris*, ou imposta pela lei, não produz effeito algum no fôro, isto é, nos Juizos e Tribunaes, em quanto não ha sentença, que a declare incorrida pelo réo; doutrina, que para ser exacta, nos parece necessita de se attribuir á sentença a qualidade de ter passado em julgado. Pois que, em quanto cabe defesa ao réo, é elle um ente infeliz, e não um criminoso; o que faz indispensavel, ou que succumba na instancia superior, ou que renuncie os recursos contra a sentença, para que a infamia de direito, ou qualquer pena, se execute e tenha effeito; o que importa o mesmo, que dizer que nunca a pena deve anticipar-se á sentença definitiva e sem remedio. Cabe porém notar a exactidão, com que o Sr. Paschoal se explica, limitando ao fôro o não-effeito da infamia *juris*, em quanto na sentença o réo não é declarado incurso nella. Por quanto, como a lei toma para fundamento da infamia um facto torpe, póde este excitar, ainda antes da sentença, a pública opinião contra o réo, com effeitos

anticipados da infamia, o que é inevitavel: mas por então não os produz ella em Juizo.

Esta circumstancia de que a infamia de direito é dependente da sentença declaratoria e definitiva, que transita em julgado, distingue principalmente a infamia desta especie, da outra, que resulta immediatamente do *feito* ou facto, pois em quanto a esta procede o que nos diz Ferrier: « Ainda que nenhum processo haja, nem sentença, os que praticão uma acção baixa, vil e indigna, são banidos da sociedade da gente honesta, que os olha com desprezo, e por excluidos da vida civil, e politica, a qual consiste na integridade da reputação e da honra, cujas feridas são mortaes, ou pelo menos incuraveis. » Concordão com este pensamento as expressões da L. 2. D. *de obsequiis parentibus et patronis praestandis: Verbis quidem Edicti non habentur infames, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt Infamiae notam.*

Et cum solum ex facto turpi et improbo nascatur, sequitur infames non esse lictores, etc. Como a infamia é um resultado ou effeito do facto e acção torpe, conceituada tal pela lei, ou pela opinião geral e pública, deve entender-se esta existente, quando é formada pelos sabios e prudentes, e nunca pelo vulgo, ignorante e inculto. O que faz não serem infames os que servem officios e occupações, que este tem em desprezo, e a que attribue vileza; como são os agarradores ou belleguins, os porteiros, castradores, carniceiros, e outros, que exercitão occupações proveitosas e necessarias na sociedade; o que em quanto aos cortadores dos açougues se acha declarado na Prov. de 18 de Junho de 1758. O mesmo declarou ácerca dos comediantes o Alv. de 17 de Julho de 1771, *quando por outros principios não tenhão contrahido a infamia;* aos quaes certamente não erão applicaveis as leis Romanas, declarando infames os histriões e outros, que por dinheiro davão ao público espectaculos deshonestos e indecentes, pois que o nosso theatro, bem regulado, é escbola de moral e educação. É tambem notavel a Lei de 15 de Dezembro de 1774, que estabelece como regra, que os arrependidos

arrependidos do Judaismo e outros erros, que, dispostos a cumprir as penitencias, são recebidos pela Igreja em seu gremio, não tem nota alguma d'inhabilidade e infamia em si, e por isso a não transmittem á sua posteridade ou descendencia; assim como os Decrett. de 4 de Novembro de 1755, e de 27 de Janeiro de 1757, declarando que as penas de calceta nos vadios não lhes conferem infamia.

Cumpre fazer agora com o A. no seu §. a exposição dos effeitos da infamia. São os infames excluidos de todas as honras, dignidades e empregos, e inhabeis para lhes serem conferidas, *salvo sendo primeiramente restituidos á sua primeira fama ou estado*, Ord. liv. 5. tit. 6. §. 13. Assim não póde o infame ser Juiz, Vereador, ou occupar cargo público, como são os que refere a Ord. liv. 1. tit. 67. §§. 10. e 14.; é-lhe prohibido advogar, e ser em Juizo procurador d'outra pessoa, quem quer que seja, Ord. do mesmo liv. tit. 48. §. 25.; não póde ser tutor, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 102. §. 1.; não póde herdar por testamento ou ab-intestato, nem a parente, nem a estranho, nem haver cousa alguma por doação *inter vivos*, ou *mortis causa*, t. Ord. liv. 5. tit. 6. §. 13.; perde o direito para contradizer como inofficioso o testamento, em que o irmão o desherda, Ord. liv. 4. tit. 90. §. 1.; e finalmente o seu depoimento como testemunha está sujeito á contradicta, que lhe faz perder toda a força, Ord. liv. 3. tit. 58. §. 5.

Segundo as leis disciplinares da Igreja, os infames são excluidos perpetuamente de todas as dignidades e officios públicos: *Infamibus portae non pateant dignitatum*, Cap. 87. *de regul. jur.* in 6.°, comprehendidos na generalidade desta disposição os infames d'ambas as especies, donde vem serem uns e outros irregulares para as ordens, reputando-se taes os Hereges, Scismaticos e Apostatas, e aquelles, cujo pai ou avó permanece, ou morreo na heresia, sem a ter abjurado, Cap. 15. *de haereticis* in 6.°; providencia de prevenção, pelo receio de conferir poder sagrado ao que por influencia do ascendente póde ser, ou achar-se já abalado na firmeza da

fé ou crença pura. A gravidade do sacerdocio, o desinteresse, mansidão e pureza, que elle deve respirar, faz com que a Igreja considere como infames, e por isso irregulares, os usurarios, sediciosos, os publicamente incontinentes, e outros mais em identica razão.

Resta-nos, terminando, observar que algumas das nossas citt. Ordd. se explicão fazendo procedentes os effeitos da infamia, tanto na de direito, como na de feito ou facto, e que as outras se explicão em geral, ou sem distinguir as especies, argumento de que as comprehendem ambas: assim como que, segundo a nossa antecedente legislação, a infamia do criminoso de lesa Majestade, réo de morte, se estendia aos filhos varões com todos os seus effeitos, sem que participassem no delicto, adoptadas assim as barbaras e detestaveis disposições dos Imperadores Harcadio e Honorio na L. 5. C. *ad Leg. Juliam majest.*, em contradicção deshumana com a justa e infinitamente proveitosa disposição das verdadeiras leis dos Romanos: *Unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur*, hoje adoptada, sem que tenha uma unica excepção, na nossa *Cart. Constit.* art. 145. §. 19.

FIM DA 1.ª PARTE.