

INSTITUIÇÕES

DE

**DIREITO CIVIL  
PORTUGUEZ.**

POR

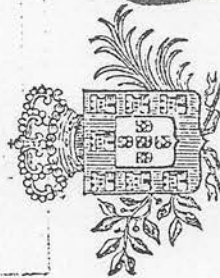
**M. A. Coelho da Rocha,**

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

PARA USO DOS SEUS DISCÍPULOS.

SEGUNDA EDIÇÃO

REFORMADA, E MUITO AUMENTADA.



COIMBRA:

NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1818.



## CAPITULO I.

## DOS ESPONSAES.

*Definição e fundamento dos sponsaes.*

§. 206. *Sponsaes* são o contracto, pelo qual duas pessoas de diferente sexo promettem contrahir entre si o matrimonio. *L. 1. D. de spons.* É o preliminar das nupcias, introduzido com o fim de tornar sollemnes e obligatorios os votos de duas familias, que se pretendem unir, e precaver que os esposos, ou essas familias não fiquem illudidas e ludibriadas. Serve tambem para dar tempó aos esposos de reflectir sobre a importância e difficuldades do estado, em que vão entrar. Em muitos casamentos omitem-se, e em outros celebrão-se juntamente com os pactos chamados *matrimoniaes* ou *antenuptiaes*, de que adiante fallaremos; mas na da obsta a que se estipulem em convenção separada.

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

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

sabio JClo Francez, que ellas querião intervir nos sentimentos dos esposos, e nas relações da sua felicidade domestica; julgar-se-hia que ellas exigião a manifestação anticipada do amor, como segurança de que este havia de acompanhar depois o matrimonio; que ordenavão aos esposos, que apprendessem os segredos reciprocos das suas paixões e das suas fraquezas; em fim que consideravão os sponsaes como educação da vida conjugal: quando tudo isto é bom, mas não para ser regulado por lei. Entre tanto achão-se regulados em quasi todos os codigos modernos; e do *da Prussia* principalmente extrahamos as disposições, que nos parecerão mais analogas aos nossos costumes, e opiniões dos Praxistas. Lei expressa não temos, senão a de 6 de Out. de 1784.

*Pessoas, que os podem contrahir.*

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

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

*Suas solemnidades essenciaes.*

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

*Acção dos sponsaes.*

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

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

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

*Sua dissolução.*

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

*Retractação dos esposados.*

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

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

#### *Effeitos da retractação e dissolução.*

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

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

## C A P I T U L O II.

### DO MATRIMONIO.

#### *Definição de matrimonio, e sua natureza.*

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

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

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

(Vej. no fim do Tom. 1. a Not. K.)

#### *Pessoas, que o não podem contrahir.*

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

do outro, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 8. §. 7. n. 6.* : 2.º os lucros dos negocios, ou actos principia- dos antes da dissolução, *Arouc. Alleg. 24. n. 2. 4.* e 10. : 3.º os fructos e rendimentos dos bens communs vencidos até ás partilhas, ou os lucros provenientes das negociações, que com elles fez o sobrevivente, á escolha dos herdeiros do defun- cto. *Ord. L. 4. tit. 96. §. 7. e 8.*

#### *Partilhas da mesma.*

§. 266. As partilhas da communhão dos ad- quiridos devem fazer-se pelo mesmo teor, que acima deixámos indicado para a communhão le- gal (§. 250.). Separão-se em primeiro logar os do- tes, entradas, ou bens, que pelo contracto, ou lei são pessoas. Cada um dos conjuges confere as reposições dos valores, que da massa commum forão applicados em utilidade dos proprios. Cada um preleva depois desta massa total as inde- minizações, a que tem direito, e o resto parte- se. Em quanto ás dividas, se estas não forão de- duzidas e separadas antes de apurada a massa, ficão pertencendo a ambos. A mulher póde re- nunciar neste caso nos mesmos termos, que na communhão universal (§. 252.). Vej. *Moracs de exec. L. 6. cap. 8. n. 64., Lob. cit. Diss. 10. n. 108.*

### CAPITULO VIII.

#### Dos dotes.

#### *Definição de dote, e bens dotaes.*

§. 267. Entre os contractos matrimoniaes o *dote* fórma um regimen especial, opposto ao da communhão. Esta palavra toma-se em duas

accepções. Na 1.ª, em sentido lato e vulgar, chama-se *dote* toda a doação, que os pais, ou outrem faz a qualquer dos esposos para casamen- to, ou aquelles bens mesmos, com que cada um destes declara entrar para o casal. 2.ª Em sentido stricto e juridico, chamão-se *dote* aquelles bens, que a esposa, seus pais, ou outrem por conta della, dão ao esposo para sustentar os encargos do matrimonio, com a clausula de se não com- municarem, e de serem regulados pelas leis dos dotes, quer esta se deduza expressamente, quer por legitima interpretação, do contracto anteu- pcial. E neste ultimo sentido que aqui a toma- mos, ainda que ás vezes por este nome designa- mos o contracto. Os bens assim sujeitos ao nex- ou direito dos dotes chamão-se *dotaes*: os ou- tros, com que a mulher casada por dote entra, ou reserva, chamão-se *parafernaliaes*, ou *extra- dotaes. Mell. L. 2. tit. 9. §. 2., Lob. ad eund. L. 2. tit. 8. §. 8. n. 4. e 5.*

A doutrina dos dotes fórma um artigo mui vasto e im- portante nos titulos *de jure dotium*, assim no *Dig.*, como no *Cod.*, aonde devemos recorrer, porque na nossa legislação é omissa.

O esposo mesmo algumas vezes dota a esposa, o que é uma rigorosa doação, por cujas leis deve ser regulada.

*Constituição do dote*: a) *em quanto ás solenni- dades.*

§. 268. Este contracto deve ser celebrado com as mesmas solemnidades, que acima (§. 256.) ficão indicadas para os contractos matri- moniaes. Nelle, como é fácil entender, além dos esposos, e seus pais ou tutores, se forem meno- res, devem intervir os dotadores. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 8. §. 8. n. 3.* Ainda que o contracto deva ser anterior ao matrimonio, nada obsta a que

ainda depois os conjuges possão receber legados, heranças, ou doações com a condição de seguirem a natureza de bens dotaes. *L. 48. §. 1. D. de jur. dot.* O dote, quando não é feito pela propria esposa, deve ser insinuado, excepto sendo *profecticio*; isto é, feito pelos pais ou avós, que devem legitima aos descendentes, em quanto não exceder essa legitima, e a taxa da lei (360,000 reis nas doações de varão, e 180,000 nas das mulheres). *Ass. de 21 de Julh. de 1797.*

Neste *Ass.* achase ainda adoptada a distincção do direito romano entre dote *profecticio*, o que é feito pelo pai, ou avô, ou por outrem em contemplação delle; e *adventicio*, o feito pela propria esposa, pela mãe, ou pessoas estranhas; a qual porém não pôde ter hoje o mesmo uso. Entre nós o pai e mãe são igualmente obrigados a deixar a legitima aos filhos: o dote por isso em taes casos não contém rigorosa doação, assim como o constituído pela esposa em seu proprio nome.

#### b) Em quanto ao modo.

§. 269. O dote, ou em todo, ou em parte, pôde ser constituído *estimado*, ou *inestimado*. Diz-se *estimado*, quando na mesma escriptura, além da declaração dos bens, se designa o seu valor em dinheiro. Se a estimação tem por fim determinar o valor, que o marido deve restituir no caso de se desencaminharem os bens, diz-se *importar venda*: se porém tem por fim só melhorar clareza e descripção, então *não importa venda*. No caso de dúpida, a estimação dos bens moveis presume-se importar venda, a dos de raiz não. *Cod. Civ. Fr. art. 1551. e 1552.*

#### Objecto do doté.

§. 270. Podem ser objecto do dote: 1.º todos os bens moveis, e de raiz, direitos, acções, tenças, juros, usufructo, e em geral tudo o de que o marido pôde tirar utilidade, ainda que sejam litigiosos. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 11.; Ord. L. 4. tit. 10. §. 11. 2.º* Os bens vinculados, os prazos de geração, os fideicommissos, e outros, que tem successor especial, só podem ser dotados em favor das pessoas, a quem competem pela lei: porém os rendimentos durante a vida do dotador podem sel-o em favor de qualquer. *Carv. do testam. P. 2. n. 326.*

Quando o casamento se faz por dote, ficando sendo *dotaes* todos os bens, com que a mulher entra para o casal, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 3. n. 3.*; excepto: a) quando o dote não é *geral*, os que não forão nelle comprehendidos: b) os futuros, isto é, os obtidos depois do matrimonio, se não houve declaração a esse respeito. *Voet ad Pand. L. 23. tit. 3. n. 5.*

Se os esposos não declararão explicitamente, que casarão segundo o regimen dotal, ou não excluirão a communhão dos adquiridos, estes communicão-se (§. 262.).

#### Obrigações dos dotadores.

§. 271. Porque o fim do dote é segurar o desempenho dos encargos do matrimonio: 1.º os dotadores ficam responsaveis á evicção, excepto no dote adventicio, que é feito por mera liberalidade, não intervindo dolo do doador. *L. 1. Cod. de jur. dot., Dig. Port. 2. art. 93. e 94. 2.º* Deve-se desde o tempo, que se estipulou, e na falta de declaração, desde a celebração do matrimonio; e por conseguinte os fructos, ou ren-

dimentos pertencem ao marido desde então. *Val. de part. cap.* 29. n. 1. 3.º Dotando conjuntamente pai e mãe, entendem-se obrigados cada um por metade; e se não declarão, que dotão pela terça, taes dotes imputão-se na legitima do dotado, supprindo-se pela terça unicamente o excesso da legitima. *Ord. L. 4. tit. 97. §. 1. e 3. 4.º* No dote feito pelo pai, que administra bens proprios dos filhos, não se entendem comprehendidos estes, excepto: *a)* se assim se declarou; *b)* se sendo esses bens de legitima da mãe predefuncta, o dote é feito á conta das legítimas paterna e materna. *Cod. Civ. Fr. art.* 1545. e 1546. 5.º O dote prometido indeterminadamente deve ser liquidado conforme os teres do dotador, e circumstancias do dotado. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 12. n. 2.*

O *Cod. da Pr. P. 2. tit. 2. art. 245.* determina pelo contrato, que em dúvida se entenda o dote feito pelos bens proprios do filho.

#### *Direitos do marido sobre o dote.*

§. 272. Em virtude do poder marital, e do fim do dote, ao marido compete na constancia do matrimonio a administração dos bens, que constituem o dote; e por tanto: 1.º póde perceber os fructos, promover as acções competentes, embolsar, e dispendar. *L. 20. Cod. de jur. dot. 2.º* Não é obrigado a dar contas; nem caução, excepto se foi ajustada no contracto dotal. *L. 2. Cod. Ne fidej. dot. dent.* Além disto, 3.º se o dote consta de bens fungiveis, ou de outros dados em estimacão, que importe venda, o marido *a)* adquire a propriedade, *L. 10. §. 4. D. de jur. dot.; b)* e póde dispôr delles, considerando a mulher, se forem de raiz, *Ord. L. 4.*

*tit. 48. pr., Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 2. n. 88.; c)* e por conta delle corre o perigo e commodo, porque sómente é devedor da estimacão. *L. 10. cit. 4.º* Se porém os bens forão inestimados, ou a estimacão não importa venda, *d)* a propriedade fica residindo na mulher, *L. 30. Cod. de jur. dot.; e)* o marido é equiparado a um usufructuario, *Cod. Civ. Fr. art. 1362.; f)* e é reponsavel pela culpa leve. *L. 17. pr. D. cod.*

#### *Favores do dote: I. inalienabilidade dos bens de raiz.*

§. 273. 1. Os bens de raiz dotaes não podem ser alienados pelo marido, nem ainda consentindo a mulher. *Pr. Inst. quib. alien. lic., Mell. L. 2. tit. 9. §. 14.* Por dotaes para este fim entendem-se unicamente aquelles bens, que forão o objecto do dote; e não os que forão depois dados em satisfacção do mesmo, ou com elle commprados; excepto se no contracto dotal se estipulou outra cousa, ou forão expressamente subrogados. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 11. n. 2.* Na alienação comprehende-se a prescripção, a qual não corre contra a mulher nestes bens, excepto se tinha principiado antes da constituição do dote. *L. 16. D. de fund. dot.; L. 30. Cod. de jur. dot.*

No caso de alienação illegal, a mulher póde reivindicar os, mas sómente depois da dissolução do matrimonio, sem lhe prejudicar a prescripção: o marido póde reivindicar os ainda na constancia, ficando porém responsavel ao comprador por perdas e interesses, se no acto da alienação não declarou, que erão dotaes. *Voet ad Pand. L. 23. tit. 5. n. 5. e 8., Cod. Civ. Fr. art. 1560. e 1561.*

( *Veja. no fim do Tom. 1. a Not. O.* )

*Casos, em que se podem alienar.*

§. 274. Cessa este favor: 1.º se no contrato se declarou outra cousa, ou os bens serão dados em estimação, que importe venda. *Cod. Civ. Fr. art. 1557.* 2.º Podem pela mulher ser dados em dote, consentindo o marido, aos filhos do mesmo, ou de anterior matrimonio. *Maced. Dec. 21. n. 20.* Podem ser vendidos, com tanto que preceda sentença do juiz sobre a necessidade da alienação, e em praça, nos casos seguintes: 3.º para alimentos da família, ou livramento da prisão do marido, ou mulher, *L. 73. §. 1.º D. de jur. dot., cit. Cod. art. 1558.*; 4.º por dividas anteriores da mulher, ou dos dotadores, *Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 2. n. 95.*; 5.º para reparos de outros também dotaes, *cit. Cod.*; 6.º no caso de estarem *pro indiviso*, e não soffrerem commoda divisão, ou no de expropriações forçadas, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 14. n. 10.*; 7.º no caso de troca por outros também de raiz de igual, ou maior valor, consentindo a mulher *Cit. Cod. art. 1559.*

O A. do *Dig. Port. 2. art. 134.* entende que só ao Juiz de Direito deve competir o conhecimento das alienações, trocas e sobrogações dos bens dotaes, por ser em outro tempo da competência do Desembargo do Paço.

*II. Hypotheca sobre os bens do marido.*

§. 275. II. A mulher tem 1.º hypotheca privilegiada sobre o preço dos bens dotaes, que foram dados estimados, ou de outros comprados com esse preço. *L. de 20 de Junho de 1774. §. 40.*; 2.º hypotheca legal simples pelo seu dote sobre os bens, que o marido tinha ao tempo do matrimonio; e por tanto neste caso não prefere aos crédores hypothecarios anteriores, *Cod. Civ.*

*Fr. art. 1572., Dig. Port. 2. art. 142.,* nem aos privilegiados, ainda que sejam posteriores. Estas hypothecas devem ser registadas, *Decr. de 26 de Out. de 1836 art. 3.* O direito da hypotheca transmite-se a quaesquer successores; mas o privilegio só compete á mulher, e seus descendentes. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 19. not.*

*Restituição do dote: a) em quanto ao tempo.*

§. 276. 1.º Na constancia do matrimonio a mulher não pôde pedir o dote, senão: a) no caso de separação de bens, *Lob. a Mell. L. 2. tit. 9. §. 21. n. 4.*; b) ou de separação perpetua *quoad thorum. Guerr. Tr. 2. L. 6. cap. 8. n. 40. e seq., Cod. Civ. Fr. art. 311. 2.º* Dissolvido o matrimonio pela morte do marido, a mulher levanta o dote: pela morte da mulher, passa este aos filhos, ou successores, ou ás pessoas, a quem deva reverter conforme o contracto dotal. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 22. 3.º* Se o dote consta de bens não estimados, ou dados em estimação, que não importe venda, podem os herdeiros pedil-o immediatamente: se foi dado em estimação, que importe venda, só pôde ser pedido, passado um anno desde a morte. *L. un. §. 7. Cod. de rei. ux. act., Cod. Civ. Fr. art. 1564. e 1565.*

*b) Em quanto ao modo.*

§. 277. 1.º O dote consistente em dinheiro, ou quantidades fungiveis, deve ser restituído em igual somma da mesma especie. *L. 42. D. de jur. dot. 2.º* Se consiste em não fungiveis, ou immoveis dados inestimados, ou em estimação, que não importe venda, devem ser

restituidos os proprios bens no estado, em que se acharem, ficando o marido responsavel sómente pelas deteriorações, ou perdas providas de culpa leve. *L. 17. eod.*, *Cod. Civ. Fr. art. 1561. 3.º* Se foram dados em estimação, que importe venda, tem o marido a escolha de restituir o preço, ou os bens *in specie*, repondo o que menos valerem. *L. 10. §. 6. D.*, *L. 5. Cod. eod.* 4.º No dote do usufructo, créditos, ou acções, satisfaz, entregando os titulos. *L. 7. §. 2. D. eod.* 5.º Finalmente o marido só restitue aquillo, que recebeu; e o que deixou de receber por sua culpa. A prova da recepção incumbe á mulher, ou seus herdeiros, em quanto não passárão dez annos desde o matrimonio, ou desde a epocha fixada para a solução: passado este prazo, a presumpção é contra o marido. *Nov. 100. cap. 1., Cod. Civ. Fr. art. 1569.*

#### c) Em quanto aos fructos.

§. 278. Para satisfazer os encargos do matrimonio, o marido percebe todos os fructos vencidos na constancia delle; e por tanto: 1.º só é obrigado a repor os que recebeu, vencidos antes da celebração, ou depois da dissolução do matrimonio. *L. 20. Cod. de jur. dot.* 2.º Os fructos do ultimo anno partem-se entre o marido e herdeiros da mulher, *pro rata* do anno, contado, não desde a colheita, ou vencimento, mas sim desde a celebração; ou da entrega do dote, se foi posterior. *L. 5. 6. e 7. D. solut. matr.*, *Barb. á L. 8. D. eod. P. 1. n. 12.*, *Val. de part. cap. 29. n. 19.*, *Mell. L. 2. tit. 9. §. 22. not.*

Esta ultima disposição do direito romano, seguida pelos nossos Praxistas, é juridica; porque sendo o dote dado para sustentar

sustentar os encargos do matrimonio, o marido não deve receber mais do que os rendimentos proporcionados ao tempo, em que desempenhou esses encargos. A ratcação feita por outra maneira, muitas vezes daria em resultado uma desigualdade e injustiça manifesta. Supponhamos o matrimonio contrahido no 4.º de Julho e dissolvido no 1.º de Novembro, em cujo espaço o marido percebeo uma colheita inteira. Contando o anno segundo o direito romano, finda no 1.º de Julho seguinte; o marido só lucra a terça parte daquella colheita, quando, se o anno se contasse de colheita a colheita, elle a lucraria inteira. Este methodo mais justo, ainda que difficil, é rejeitado por *Lobão a Mell. cit. n. 8.*, fundado na auctoridade de *Voet ad Pand. L. 24. tit. 3. n. 12.*, e de *Domat des loix L. 1. tit. 10. introd.*, os quaes sómente allegão não ser elle usado em algumas provincias. O *Cod. Civ. Fr. art. 1571.* adoptou-o unicamente a respeito dos fructos dos bens: de raiz dotaes: não é facil conceber a razão da differença; porque o mesmo principio de igualdade e justiça, que o faz applicavel aos bens immoveis, pôde verificar-se nos moveis, v. gr., nos fructos dos rebanhos. O *Cod. da Sard. art. 1563.* ampliou esta disposição a todos os bens.

#### d) Em quanto ás benfeytorias.

§. 279. O marido, porque é equiparado ao usufructuario, deve satisfazer pelos rendimentos os encargos, despesas e reparos ordinarios dos bens dotaes, mas não as *benfeytorias* propriamente ditas, das quaes: a) sendo *necessarias*, pôde pedir a indemnização, e tem o beneficio da retenção, *L. 4. e 5. D. de imp. in rem. dot.*; b) sendo *uteis*, pôde pedir a indemnização, mas não tem a retenção, *L. iii. §. 5. Cod. de rei uxar. act.*; c) sendo *voluptuarias*, pôde levantal-as, se isso não causar detrimento, ou a parte as não quizer pagar. *L. 9. D. de imp. in rem dot.*

#### Dos bens parafernals.

§. 280. Todos os bens da mulher, que no casamento feito por dote se não comprehendem

dem neste, são *parafernaes*. *Cod. Civ. Fr. art. 1574*. A' mulher compete não só o dominio, mas tambem o usufructo e administração delles, salvo o poder marital: e por tanto é nulla a alienação, assim como o comparecimento em juizo, sem auctoridade do marido, *Ord. L. 3. tit. 47. pr. e L. 4 tit. 48. cit. Cod. art. 1576*. Porém se o marido os administra: 1.º sendo por procuração, deve dar contas á mulher, como qualquer procurador estranho. *Cit. Cod. art. 1577*. 2.º Se sem procuração, nas sem opposição della, ao tempo das contas, ou da dissolução, é obrigado a restituir sómente os fructos existentes, e não os consumidos. *Id. art. 1578*. 3.º Se contra vontade della, deve restituir tns e outros. *Id. art. 1579*. Pelos bens parafernaes tem a mulher hypotheca legal sobre os bens do marido. *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 19. n. 8*.

#### *Clausulas dotaes.*

§. 281. Assim como os esposos podem alterar o regimen da communhão, tambem, ainda que casem por dote, podem alterar este regimen por meio de quaesquer clausulas, as quaes todas são permitidas. Porém se ellas destroem a natureza e fim do dote, é claro, que então não terão applicação as leis proprias deste regimen. Nestes casamentos tambem com os bens dotaes podem concorrer bens communs; e taes se presumem os *adquiridos*, se no contracto se não declarou explicitamente outra cousa, ou se estipulou clausula, que os excluísse, como a de *arrhas*. *Veji. Mell. L. 2. tit. 8. §. 10. not., e Lobão ad eund.*

## CAPITULO IX.

### DAS ARRHAS E APANAGIOS.

#### *Noção de arrhas.*

§. 282. A palavra *arrhas*, no sentido lato e commum, significa as prestações, ou bens, que a mulher tem direito a pedir da casa do marido por morte deste: neste sentido comprehendem tambem os *apanagios*. Em sentido stricto porém dizem-se *arrhas* aquelles bens, que no contracto antenupcial o esposo promette á esposa para depois do matrimonio, no caso de ella lhe sobreviver. *Dig. Port. 2. art. 182. p.º*. Pelos nossos costumes só se estipulão nos matrimonios por dote, e indicão que a mulher renuncia a toda a communhão, ainda mesmo dos *adquiridos*. *Id. art. 172*.

*Veji. a nota. ao §. 287.*

Em *Port. de 7 de Jul. de 1843* reputou-se illegal uma promessa de arrhas, por não ser a esposa entrado com dote.

#### *Seus requisitos.*

§. 283. As arrhas podem consistir em quaesquer bens moveis, ou de raiz, dados por uma só vez, ou em tenças, prestações annuaes, ou usufructo; com tanto que: 1.º seja cousa certa, ou sujeita a liquidação; 2.º não exceda a terça parte do dote, que a mulher trouxe, *Ord. L. 4. tit. 47. pr.*; 3.º não exceda a terça do marido, se elle tem herdeiros necessarios. *Mell. L. 2. tit. 9. §. 30*. Passão para quaesquer herdeiros da mulher, excepto: a) se ella deixar filhos do marido, que as constituiu, *Lobão a Mell. L. 2. tit. 9. §. 31. n. 2, L. 3. Cod. de secund. nupt.*; b) se forão deixadas debaixo de condição,

v. g., de reversão, ou durante a viuvez; c) ou se consistem em prestação vitalícia.

#### *Noção de apanagios.*

§. 284. *Apanagios* são os rendimentos annuaes, que a mulher, durante a viuvez, tem direito a receber da casa de seu defuncto marido. Differem das arrhas propriamente ditas: 1.º em que os apanagios só tem logar durante a viuvez, e cessão pela morte, ou segundas nupcias; 2.º em que podem ser estipulados, quer a mulher entre com dote, quer não; 3.º em que as arrhas são sempre convencionadas, e os apanagios muitas vezes são determinados por lei.

#### *Quando se devem os apanagios legaes?*

§. 285. As leis assignão ás viúvas, unicamente das casas mui distinctas, a título de apanagios desde a morte do marido, a decima parte do rendimento liquido da casa deste. *Decr. de 17 de Ag. de 1761* §. 7., e *de 17 de Jun. de 1778*. Porém: 1.º se o marido morreu antes de succeder na casa de seu pai, só se devem desde a morte deste ultimo; 2.º se a casa está ainda gravada com outros apanagios, como se concorrem sogra e nora, ou duas cunhadas, a sogra, ou a cunhada viúva do primogenito, recebe os apanagios, e a outra os *alfinetes*. *L. de 4 de Fev. de 1765*. §. 1. 2. e 3.

#### *Como se processão?*

§. 286. Os apanagios legaes processão-se summariamente á manciara dos alimentos: e de-

vem ser consignados nos rendimentos mais solidos da casa, e liquidos de encargos, quando pelos dos bens allodiaes e prazos, e na falta destes pelos dos vinculados e da Corôa. As viúvas podem conservar-se na posse de toda a casa, até que os apanagios lhes sejam definitivamente adjudicados. *Cit. Decr. de 17 de Ag. §. 7., Ref. Jud. art. 281. e 283*

#### *Dos alfinetes.*

§. 287. Chamão-se *alfinetes* certas mesadas, que nos casamentos dos nobres o esposo promette á esposa para os seus ornatos, ou bolsinho, ainda mesmo na constancia do matrimonio. As leis não os regulão: apenas determinão, que devem continuar-se ás viúvas, a quem foram promettidos, em quanto ellas não recebem apanagios. *Cit. L. de 4 de Fev. 1765*. §. 1. Pro-cessão-se da mesma fórma, que estes. *Cit. Decr. de 17 de Ag.*

#### SECÇÃO 3.ª

#### DOS PAIS E FILHOS.

#### *Razão de ordem.*

§. 288. Considerando os cidadãos no estado de pais e filhos, as leis providencião sobre dois objectos principaes: a verificação deste estado, ou a *paternidade*; e os direitos e deveres reciprocos, que delle resultão, isto é, o *poter paternal*: dos quaes vamos tractar nos Capítulos seguintes.

*Nota B ao §. 43. pag. 23.*

SOBRE O SUBSIDIO DOS CODIGOS MODERNOS NA NOSSA JURISPRUDENCIA.

*Providências da Ord. Manoelina sobre os casos omissos.*

Pela *Ord. Manoelina L. 2. tit. 5.* o direito romano, e o canonico, são autorizados para supprir os casos omissos nas leis e nos costumes patrios: a saber, o romano para os casos, que não contivessem peccado, e o canonico para os outros. Se o caso não apparecia decidido nos textos destas duas legislações, ou a sua intelligencia era disputada, devia o juiz recorrer ás Glossas, preferindo a opinião de Accursio, e na falta desta a de Bartolo. Por esta gradação o juiz tinha sempre á mão o texto ou lei positiva, e raro seria o caso, em que elle podesse substituir-lhe o arbitrio. Os subsidios da Glossa, fossem ou não seguros, são os unicos, que o legislador podia indicar, porque então ainda não havia outros commentarios ás leis romanas, ou imperiaes.

*Renovadas na Ord. Filipp. L. 3. tit. 64.*

Pelo decurso do seculo 16, Cujacio e outros commentadores da sua eschola, applicando na interpretação das leis romanas a critica, e o recurso do conhecimento das antiguidades, patentearão os absurdos, e erros grosseiros dos Glossadores em muitos lugares. Por esta maneira decaio o crédito de Accursio e de Bartolo, para o que devião tambem concorrer não pouco os escriptos dos nossos distinctos JCs do mesmo seculo, discipulos, ou ao menos imitadores dos Cujacianos. Mas apezar disto na *Ord. Filippina L. 3. tit. 64.*, publicada nos principios do seculo 17, appareceo ainda textualmente transcripta a providencia da *Manoelina*, com a unica differença para peor, que na *Manoelina* resalvavão-se os erros da Glossa nas palavras: *salvo se a commun opinião dos Doutores, que depois escreverão, for contraria*; e na *Filippina*, omitindo aquellas palavras, autorizava-se tal qual ella era na sua origem.

*Fatal consequencia desta medida.*

Quando as disposições das leis vão de encontro ás idéas da epocha; quando querem dar auctoridade a cousas, que a não merecem; o resultado é não se executarem, e por tudo

em desordem. Eis aqui o que aconteeo com a renovação daquelle providencia antiga. Desde então os juizes e os JCs ficaram envolvidos em um labyrintho. Além das difficuldades, que já encontravão para decidir, se o caso omisso pertencia aos costumes, se ao direito romano, se ao canonico, accrescia agora o embarço entre a auctoridade legal de Accursio e de Bartolo, e a moral ou juridica dos Cujacianos. E não podendo decidir-se, acabavão por abandonar a indagação e exame da lei, e commetter a decisão do caso aos votos dos Doutores, isto é, de todos aquelles, que escrevião sobre direito ou moral, attendendo não ás suas razões, mas ao numero. A balança da justiça cedia a favor daquelle, que apresentava maior columna de auctoridades, a qual então se honrava com o nome de *opinião communis*. Foi este o melhodo dos nossos escriptores de Direito do seculo 17 até *Pegas e Guerreiro*, e os outros posteriores. Não havia no foro injustiça, que se não defendesse com a auctoridade dos Doutores; assim como em moral não havia erro, que se não desculpasse com uma serie de Casuistas.

*Reforma estabelecida na Lei de 18 de Ag. de 1769.*

Desde o seculo 17 todas as sciencias se tinham emancipado do jugo da auctoridade: a philosophia e a razão erão os seus unicos guias; e invocando estas divindades tutelares, fazião progressos espantosos. Na Jurisprudencia especialmente Grocio, e depois Puffendorf elevavão o direito natural a sciencia, que foi logo seguida de grande séquito, e acompanhada de cursos publicos na maior parte das Academias. As legislações positivas, até mesmo a romana, apezar do respeito, que geralmente se lhe consagrava, não pôde escapar a ser aferida pela nova sciencia, e por este contraste soffreco grande quebra na sua auctoridade. Foi neste movimento da intelligencia que o Marquez de Pomal tentou reformar tudo entre nós, sem exceptuar a legislação e a jurisprudencia. Prevenido contra o direito romano, e fascinado pelo applauso do direito natural, que talvez em algum momento imaginou capaz de dispensar as leis positivas, na *Lei de 18 de Ag. de 1769 §. 9.* privou os textos do direito romano de toda a auctoridade externa na nossa jurisprudencia, permitindo unicamente invocal-os nos casos omissos, quando as suas disposições fossem conformes á boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes; á excepção das materias economicas, mercantis, e maritimas, nas quaes declara exclusivamente subsidiarias as leis das nações modernas. Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juizes, para decidirem na maior parte dos negocios da vida civil, ficavão desligados de lei positiva, abando-

nados aos principios geraes do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar idéa exacta, e por conseguinte precipitados na arbitrariedade.

*Os Estatutos da Universidade mandão consultar o uso moderno das nações.*

Ainda não crão passados tres annos, já os sabios redactores dos *Estatutos da Universidade de 1772 no L. 2. tit. 5. cap. 2. e 3.* lamentavão esta fatal consequencia: proclamavão a necessidade de fixar antes para a administração da justiça uma norma positiva, ainda que menos exacta, do que deixal-a abandonada ao indefinido da razão. Incutindo sempre a auctoridade das leis romanas, para coarctar o arbitrio do juiz na selecção das que crão conformes á boa razão, prescreverão-lhe como regra, que examinasse o uso moderno, que dellas fazião as nações civilizadas, consultando as obras dos seus JCloz a esse respeito. E na verdade ao mesmo tempo que Montesquieu e outros á luz da razão depuravão as leis antigas, e abrião um novo caminho para a reforma da legislação, eminentes interpreses segregavão na infinita collecção do corpo do direito civil os fragmentos, e textos antiquados, daquelles, que ainda crão applicaveis nas suas respectivas nações, reunindo estes em tractados especies ou observações, com o título de *uso moderno*. Por este methodo escreverão *Strickio, Thomasio, Bochnero, Sturio, Hubero, Voet, Heinzeio*, e ultimamente *Pothier*, a cada passo citados pelos nossos escriptores.

#### *Codigos modernos.*

As reformas parciais, que se publicavão na legislação de todas as nações, e esta separação, que fazião os JCloz, das leis romanas, mostrava a necessidade, e ao mesmo tempo era o preludio dos novos codigos. Foi na Alemanha, o paiz classico da Jurisprudencia, que se fizeram as primeiras tentativas dos codigos civis, de que especialmente nos limitamos a fallar. Pelo meado do seculo 18 foi publicado o codigo de Baviera: e ao mesmo tempo na Prussia por ordem de Frederico o Grande trabalhava o celebre Cocceio em outro, cuja primeira parte, que não contém mais do que uma parafrase do uso moderno do direito romano, foi publicada com o nome de codigo Frederico, hoje abrogada. Por morte de Cocceio suspendeo-se este trabalho, até que depois de muitos ensaios, em 1791 foi finalmente mandado executar o *Codigo geral dos estados da Prussia*. Este codigo obteve um applauso immenso, assim pela abundancia das doutrinas, como pelo methodo, e pela redacção concisa e tet-

minante dos artigos, inteiramente despidos das apparencias da legislação romana, ainda quando della são extrahidas as disposições. Foi mandado traduzir em Francez para o uso da commissão encarregada do novo codigo.

Seguiu-se depois nos principios do seculo actual o *codigo civil Francez*, ou *codigo Napoleão*, promulgado em 1804, que tem servido de modelo aos outros posteriores das nações do meio dia da Europa e da America, a saber, dos differentes Cantões da Suissa, das Duas Sicilias, e da Sardenha publicado ainda em 1838, que se não deve confundir com outro antigo citado por *Lobão*. Na Austria depois de differentes ensaios publicou-se tambem um novo em 1810, e outro na Hollanda em 1838.

#### *Caracteres destes codigos.*

Deixando de parte as infinitas variações, em que todos ou combinão, ou differem uns dos outros, e attendendo unicamente aos elementos mais pronunciados, podemos reduzil-os a dois caracteres, ou typos: o character Allemão, e o character Francez. Os Allemães, entre os quaes se póde contar o da Hollanda, ainda considerão os actos do estado civil, principalmente o matrimonio, nas suas relações ecclesiasticas: contém o artigo dos esponsaes; e nas doutrinas sobre as cousas afastão-se menos do direito romano: conservão as mesmas definições, as mesmas divisões geraes, e os mesmos principios sobre servidões, sobre successões, sobre prescripções, e sobre contratos. No Francez, filho da revolução, não se encontra nem a mais leve allusão á intervenção ecclesiastica; este Codigo não cogitou dos esponsaes; empregou um esquecimento affectado das formas e systema da legislação romana; proscreveo a prescripção nos bens moveis; e attribuiu immediatamente aos contratos o effecto da transferencia do dominio, que por direito romano resultava da tradição. Os codigos das Duas Sicilias, e da Sardenha seguirão o modelo Francez, ainda que delle se separarão em quanto ás relações ecclesiasticas.

Porém a mais importante nota distinctiva entre os dois typos é o systema do *registro*. Na Alemanha a transferencia da propriedade, ou aquisição de qualquer direito real sobre bens de raiz, não se effectua senão pela inscripção no registro publico. Na França e nas nações do meio dia sómente está introduzido o registro nas hypothecas. Os Francezes não desconhecem a vantagem do systema Allemão; mas encontrão ainda grandes difficuldades para o adoptar.

*Prática dos nossos escriptores de jurisprudencia.*

A regra estabelecida pelos Estatutos para a selecção das leis romanas foi immediatamente seguida pelo sabio *Mello Frère*, o nosso JClo, que primeiro escreveu depois daquella epocha, o qual na sua obra de Direito Patrio a cada passo actualiza as suas opiniões com as doutrinas dos escriptores do uso moderno, *Boehmer*, *Strickio*, *Thomasio*, e outros. Seguio-se *Lobão*, o qual invocando muitas vezes autoridades sem critica, a cada passo com tudo recorre ás leis modernas das nações, e foi o primeiro, que citou os codigos, porque ainda então começavam a ser conhecidos: nas suas ultimas obras encontra-se já mencionado o Codigo Civil Francez. O Codigo da Prussia apparece pela primeira vez citado no *Tractado dos Testamentos de Gouvéa Pinho*. Finalmente o distincto JClo o Sr. *Correia Telles* na redacção do *Digesto Portuguez* teve sempre diante de si o Codigo Civil Francez e o da Prussia, abertos ao lado dos volumes do corpo de direito romano. Na verdade se pelos Estatutos era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus JClos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis.

*Uso, que fizemos dos codigos.*

Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na prática dos nossos escriptores, enumeramos entre os subsidios da nossa jurisprudencia civil as leis ou codigos das nações modernas. Sendo ellas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir, se aquellas, se estas, tem maior auctoridade entre nós: limitamo-nos aqui sómente a expôr o nosso systema, e o uso, que dellas fazemos nesta obra.

Um tractado de Jurisprudencia entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis patrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsidios. A dificuldade de obter os elementos, que se nota no todo do quadro, encontra-se depois na deducção de cada um dos artigos. Em toda a parte o primeiro subsidio deve ser o dos escriptos dos nossos Praxistas, porque nelles se achão indicados os estilos, a prática de julgar, ou direito consuetudinário, e até nos modernos o uso actual do direito romano. E ainda que na sua selecção se deva marchar com muita cautela, porque muitos escreverão sem critica, outros são contradictorios, e as opiniões de alguns estão em parte revogadas, ou em desharmonia com as reformas posteriores; com tudo em certos artigos são elles o unico recurso: como no da commu-

nicação dos bens entre os conjuges, nos morgados, na emphytuse, e nos mais, que tem por fonte os antigos costumes, ou leis da meia idade. Os outros subsidios não podem aqui ser chamados, senão por analogia.

Alguns artigos tem já por fontes subsidiarias os codigos modernos. Assim o artigo das tutelas na *Reforma*, e o dos principios geraes sobre contractos no *Codigo Commercial* são tirados directamente do Civil Francez: e nós fomos extraher do da Prussia as doutrinas sobre obrigações, que resultão dos actos illicitos, sobre expensas, sobre testamentos de mão commun, e sobre as obrigações dos criados, e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos Praxistas, talvez pela frequente leitura dos JClos Allemaes.

Finalmente grande numero de artigos apresentão ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como o das obrigações, sua extincção e provas, das diferentes especies de contractos, dotes, modos de adquirir, prescripções, etc.; outros já mui desfigurada, como o artigo do patrio poder, e o dos testamentos. Em todos estes é que nos pareceo indispensavel usar da faculdade dos Estatutos, collocando os Codigos ao lado do Digesto. Todos sabem quanto na jurisprudencia romana é difficil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a illação geral necessaria para a coordenar pelo methodo synthetico; assim como decidir entre os diferentes sentidos, que os interpretes dão a alguns textos. Ora nós não temos o desvanecimento de nos julgar hoje capazes de ser juizes entre Acurcio e Cujacio, ou entre Vinio e Heineccio: nestas difficuldades decidimo-nos pela opinião, ou antes pela fórmula enunciada em um codigo, o qual, além da auctoridade dos seus redactores, tem em seu abono o assenso de uma nação civilizada. Não queremos encobrir, que muitas vezes vamos encontrar entre um codigo e outro codigo estas mesmas diversidades de opiniões; e então (é necessario confessal-o), como não temos regra, decidimo-nos por aquella disposição, que nos parece mais analoga ao nosso systema de legislação, aos nossos costumes e estilos, e talvez a alguma auctoridade, que nos deva melhor conceito.

Não temos podido obter, além do Civil Francez, senão o da Prussia, o da Austria, e o da Sardenha vertidos em Francez: em quanto aos outros, que algumas vezes citamos, servimo-nos da *Concordance entre les Codes Civils par Mr. Authoine de Saint-Joseph*.

Nota C ao §. 70. pag. 45.

Sobre a MORTE CIVIL.

A morte civil reconhecida pelas nossas leis.

Os direitos das pessoas acabaráo pela morte civil? A *Ord.* L. 4. tit. 81. §. 6.<sup>o</sup> expressamente declara, que os condemnados á morte ficarão *servos da pena*, e por tanto *privados de todos os direitos*, isto é, mortos civilmente; com a qual concorda a outra do L. 2. tit. 26. §. 23. Porém Mallo L. 2. tit. 1. §. 11., levando da sua filantropia e odio á servidão, julga aquella *Ordem* antiquada e inexecutable, excepto no caso de ter sido na sentença expressamente declarado, que o réo fique privado de todos os direitos, ou morto civilmente. A pezar de tão respeitavel auctoridade nós não achamos inconveniente em sustentar a disposição generica da *Ord.*, não só por ser terminante e expressa, mas porque achamos ainda indicada a morte civil no art. 848: do novissimo *Cod. Comm.* Ella é tambem admitida na legislação franceza. *Cod. Civ. art.* 22. e 23. Póde na pratica dar occasião a importantes discussões, principalmente no caso de se não executar a sentença de morte, por fugir, ou ser ausente o réo; ou demorar-se por qualquer causa, e o réo nesse intervallo adquirir alguns direitos; porque na verdade fiera destes casos de certo, não tem lugar, a não ter sido declarada na sentença.

Sua justificação.

Não ignoramos que este effeito, a *capitis minutio maxima* imposto pelas antigas leis romanas ao condemnado á morte em virtude da sentença, foi abolido por Valentiniano na L. 8. *Cod. Theod. de poenis*, e por Justiniano na *Nov. 22. cap. 8.* Sabemos igualmente, que a morte civil tem sido excluida em muitos dos códigos modernos: e temos lido as censuras por esta causa feitas ao *Civil Francez*. Mas a pezar disto não a achamos tão absurda, que se não possa justificar. A morte civil não priva o condemnado dos simplicies direitos da humanidade, sómente o priva des civis, isto é, de poder implorar a protecção das leis sociaes para obter o cumprimento dos primeiros: fica abandoado á moral dos outros homens. Na verdade quem se não quer sujeitar aos deveres impostos pelas leis sociaes, e com seus crimes perturba a boa ordem da sociedade, com que fundamento se ha de queixar, se o privááo das vantagens, que lhe creáo

promettidas pelas leis, que elle offende? A morte civil tem na sociedade os mesmos effeitos, e sua analogia com a excomunição da sociedade religiosa.

Termos, em que deve entender-se.

Quando justificamos esta disposição, não queremos defendel-a senão nos termos razoaveis; e por tanto não defendemos o effeito da dissolução do matrimonio, que o direito francez lhe attribue, e que os Francezes mesmo reconhecem immoral e inexecutable, não só por attacar o vinculo religioso, mas por lançar a nela de impureza sobre o amor dos esposos, e a da illegitimidade sobre os seus fructos, se elles se não quizessem separar, factos que todas as leis ainda em epochas de barbaridade tem sempre respeitado. Vej. a not. ao §. 237.

Da profissão religiosa.

A profissão dos votos nas ordens monasticas importa tambem uma especie de morte civil: porque os Religiosos reputão-se como mortos para o mundo, cortão-se todas as relações, que os ligavão ás suas familias; não succedem *ab intestato*, nem *ex testamento*; e apenas podem receber tenças vitallicias a titulo de alimentos. L. de 9 de Set. de 1769 §. 10., e de 17 de Julh. de 1778. Hoje, que estão extinctas entre nós as casas das ordens religiosas, estas disposições sómente podem ter lugar a respeito das Freiras, cujos Conventos ainda existem. Os egressos das extinctas ordens forão restituidos a todos os direitos civis, excepto o de succederem *ab intestato* aos seus parentes, ou virem prejudicar as legitimas destes. L. de 30 de Abr. de 1835.

Nota D ao §. 100. pag. 67.

Sobre o ERRO DE DIREITO.

Quando tem lugar a allegação do erro?

Se um acto juridico qualquer é reprovado pelas leis, ou lhe falta alguma solemnidade essencial, póde annullar-se por esse fundamento, sem necessidade de recorrer á ignorancia ou erro. Tem porém lugar esta questão, quando o erro entrou como motivo do consentimento, ou, o que val o mesmo, quando se errou na causa da obrigação; e aqui é que tem lugar a distincção entre *erro de facto* e *erro de direito*.

nos, e se practica nas Diocêses do Ultramar, e em muitas nações catholicas.

*Nota M ao §. 241. pag. 164.*

SEBRE O REGIMEN DOS BENS MATRIMONIAES.

*Diversidade das leis antigas a este respeito.*

Talvez se não encontre na legislação das diferentes nações outro artigo tão variado, como o do regimen, ou sorte dos bens entre os conjuges. Entre os antigos povos da Europa, assim como entre aquelles, que ali se vierão estabelecer sobre as ruínas do Imperio romano, os bens dos conjuges erão communs: é o systema proprio da simplicidade dos costumes da primeira idade das nações: porque as clausulas dos dotes supõem já uma longa serie de observações sobre os abusos do poder marital, contra os quaes foi necessario prevenir. Pelo contrario no corpo do Direito Civil Romano não se encontra nenhuma da communicação; mas o artigo dos dotes achase completamente desenvolvido. E como este direito se generalizou por toda a parte, veio um e outro systema encontrar-se na legislação de todas as nações modernas, ainda que com muitas variações.

*Legislação das nações modernas.*

Entre os francezes antes do *Codigo Civil* erão diferentes os costumes das provincias. Em algumas estava em uso a communhão, ainda que não fosse convencionada; em outras era necessario convenccionar-se; e em outras prevalecia a practica dos dotes. Os redactores do *Codigo Civil* quizerão uniformizar estas variações. São curiosos e dignos de ser lidos principalmente os discursos do orador do governo *Berlier*, e do membro do *Tribunato Carion-Nisas*, sobre qual dos dois systemas receberia mais favor na legislação, se o da communhão, se o dos dotes? Os que defendião a communicação, encarahão somente a boa harmonia entre os conjuges, a igualdade e união, a *divini et humani juris communicatio*. Os seus adversarios consideravão a questão mais pelo lado do interesse publico e das familias: o dote da mulher era na opinião delles o deposito inviolavel dos alimentos da familia, garantido contra as dissipações do pai, e ali certo ponto contra as adversidades da fortuna. A final regularão-se no *Codigo* miudamente ambos os systemas: deixon-se aos esposos a liberdade de convenccionarem como qui-

zessem; e só no caso de nada convenccionarem se estabeleceo a presumpção da communicação, a que por isso se deu o nome de *legal*. Na Prussia mandão-se observar os differentes costumes das Provincias. Em muitos outros codigos não se pôde dar communicação senão por convenção; de maneira, que na falta desta cada um dos conjuges levanta os bens, com que entrou.

*Antiga legislação patria.*

Entre nós antigamente acontecia o mesmo, que nas outras nações: em uns logares a communicação resultava immediatamente do casamento; em outros porém sómente tinha logar sendo convencionada. Não só isto consta da *Ord. Affons. L. 4. tit. 12.*; mas é facil de concluir da variedade das expressões ainda hoje usadas = *por carta de ametade* = isto é, por título, ou convenção expressa; e da outra = *segundo o costume do Reino*. = Porém depois na *Ord. Manoelina L. 4. tit. 7.* poz-se termo a esta diversidade, determinando-se a communhão legal, se os esposos nada convenccionassem: e assim passou para a *Philippina tit. 46. do mesmo livro*. Cumpre porém estar prevenido, que a nossa communhão legal é mui differente da dos Francezes. Entre estes só se communicão por força da lei os moveis anteriores ao casamento, e os adquiridos depois, ou sejam moveis, ou de raiz, *Cod. Civ. Fr. art. 1401.*; porém os immoveis anteriores não se communicão: a communhão universal não se dá senão sendo convencionada. Legislação similhante á nossa sómente a encontramos no *Codigo da Hollanda*.

*Subsidios, a que recorremos*

Nas leis pouco mais encontramos sobre este artigo, do que a regra geral, que acabamos de indicar, no *tit. 46. e 95. do L. 4. da Ord.* Não temos outro subsidio para encher este quadro, senão alguns principios dispersos pela obras de *Gama, Valasco, Cabedo, Moraes, Guerreiro*, e de *Pegas*, porém mui difficéis de pôr em harmonia, não só por serem apontados isoladamente, mas, o que é peor, por se acharem a cada passo confundidos, ou autorizados com os textos relativos ao systema do dotes do direito romano inteiramente opposto. Maior conceito nos merecêrão as obras de *Lobão*, principalmente nas *Notas a Mello*, extractadas em grande parte de um auctor, cuja lição lhe era mui familiar, *Foed. JClo Hollandez*, o qual escrevia os costumes da sua nação, mais similhantes aos nossos.

*Nota N ao §. 250. pag. 172.*

SOBRE AS PARTILHAS DOS BENS DOS CONJUGES.  
*Justificação da forma das partilhas, que indicamos.*

As nossas leis ainda que implicitamente contêmão a doutrina, que deixamos exposta neste §. sobre as partilhas e repartição reciproca dos conjuges, com tudo não indicão senão por indução a fórmula practica para a executar. Os Praxistas tambem não derão a esta operação a importancia, que ella mereçe; e tratando das partilhas entre os conjuges, não figurão pela mór parte senão os dois casos: da perfeita communhão sem bens pessosos; e da partilha dos adquiridos no matrimonio por dote; como se pôde vêr de *Val. de part. cap. 23.*, e *Guerrier. 2. l. 7. cap. 15. e 16.* Para supprir esta falta é que nos aproveitamos da fórmula do *Cod. Civ. art. 1468.*, que nos parece mais precisa e mais desembaraçada; ainda que ella se pôde fazer igualmente por uma outra fórmula, por meio de dedução, que é a unica, de que os nossos Praxistas dão noticia. Ambas se podem vêr em *Polhier Traité de communauté* n. 701. e 702.

*Exemplo.*

Para melhor esclarecimento figuramos o seguinte exemplo. Os conjuges casarão segundo o costume do reino: mas um e outro tinham bens proprios; a saber, o marido um vinculo, em que fez beneficiorias, e um prazo, que na constancia do matrimonio comprou em seu nome só: a mulher herdou uma casa com a condição de se não communicar, composta de moveis, immoveis, créditos, e dividas. Morreo o marido; fazem-se as partilhas na forma seguinte:

|                                                                             |             |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Bens communs existentes . . . . .                                           | 600 \$000   |
| Os herdeiros do marido repõem:                                              |             |
| Pelo preço do prazo comprado na constancia do matrimonio . . .              | 200 \$000   |
| Pelas beneficiorias no vinculo . .                                          | 400 \$000   |
| Pelo dote feito a um filho espurio .                                        | 300 \$000   |
| Por uma divida anterior, que foi paga na constancia do matrimonio . . . . . | 50 \$000    |
|                                                                             | <hr/>       |
|                                                                             | 650 \$000   |
|                                                                             | <hr/>       |
|                                                                             | 1.250 \$000 |
|                                                                             | <hr/>       |
|                                                                             | A           |

Transporte dos bens communs, e repartição dos do marido . . . . .

1.250 \$000

A viuva repõe:

|                                                            |           |
|------------------------------------------------------------|-----------|
| Pelas beneficiorias nos bens proprios da herança . . . . . | 200 \$000 |
| Por uma divida da mesma, paga pela communhão . . . . .     | 200 \$000 |
|                                                            | <hr/>     |
|                                                            | 400 \$000 |
|                                                            | <hr/>     |

Porém tem a prelevar da massa commun:

|                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Pelos moveis da herança, que o marido vendeo, e consumio na communhão . . . . . | 100 \$000 |
| Por um crédito da mesma, que o marido igualmente recebeu, e gastou. . . . .     | 600 \$000 |
|                                                                                 | <hr/>     |
|                                                                                 | 700 \$000 |
|                                                                                 | <hr/>     |

Deduzida nesta quantia a outra, que devia repór, sómente preleva . . . .

300 \$000

E deduzidos estes na massa commun, vem este a ficar de . . . . .

950 \$000

que repartidos, toca a cada um 475 \$600.

*Pagamento.*

Cada um lavanta livres os seus bens proprios, dos quaes por isso se não fez cumulo para a massa.

A viuva tem a receber:

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| Pela sua meação . . . . . | 475 \$000 |
| Pelo que preleva. . . . . | 300 \$000 |
|                           | <hr/>     |
|                           | 775 \$000 |
|                           | <hr/>     |

20