JULIO DE VILHENA

As Segundas Nupcias

FRANÇA & ARMENIO - EDITORES

COIMBRA

Ao Exmo Snr. Doutor
Alvaro Villela

AS

SEGUNDAS NUPCIAS

NO

DIREITO CIVIL MODERNO

homenagem dos
editores
Franca & Armando

— Composição e Impressão: —
Empresa Gráfica A UNIVERSAL
— 111, R. Duque de Loulé, 111 —
PORTO

Coimbra
17-5-13

Reg 30263

JULIO DE VILHENA

Doutor em direito e socio effectivo da Academia das Sciencias

As Segundas Nupcias

NO

DIREITO CIVIL MODERNO

Commentario aos artigos 1233.º a 1239.º

DO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

Segunda edição augmentada

COIMBRA

FRANÇA & ARMENIO, EDITORES

77, Rua Ferreira Borges, 81

A primeira edição deste livro foi publicada em 1872 como dissertação para o acto de conclusões magnas do seu auctor.

O facto de terem decorrido apenas quatro annos depois da publicação do Codigo civil, o interesse que então despertava a interpretação da nova lei, as duvidas a que ella podia dar logar na comparação com o nosso direito antigo, a importancia que sempre se ligou á materia das segundas nupcias fizeram, mais do que o valor da obra, que essa edição rapidamente se exgotasse.

A procura continuou insistente no periodo decorrido até hoje, e isso determinou os editores a convidarem o auctor a que publicasse uma segunda edição do seu livro.

Publicado, porem, sem alteração alguma não corresponderia ao estado presente da sciencia juridica no capitulo de que elle se occupa.

Dois systemas havia, portanto a seguir: ou accrescentar novas notas ás já abundantes, e por vezes em demasia extensas, da edição anterior, ou additar a parte antiga com a exposição e resolução das questões que se têem suscitado durante o largo espaço de qua-

renta annos e que se acham registadas na imprensa juridica e nas resoluções conhecidas dos tribunaes.

Pareceu-nos preferivel o segundo systema que é o geralmente adoptado por auctores de trabalhos desta ordem. A introducção de novas notas e a sua sobreposição ás primitivas prejudicariam certamente a claresa da exposição que é a primeira condição indispensavel em assumptos de exegese juridica.

Assim, publicamos tudo quanto sahiu na primeira edição, com ligeiras correcções de termos, e accrescentamos em supplemento o que tem occorrido posteriormente em relação á materia, expondo e discutindo todas as questões emergentes das disposições reguladoras das segundas nupcias, sem esquecer as que derivam das leis do novo regimen e, em especial, dos decretos de 31 de outubro, de 3 de novembro e de 25 de dezembro de 1910.

Crêmos que, deste modo, a presente edição corresponderá ao estado actual do direito, não quanto ao merecimento do escripto, mas sem duvida quanto ás intenções do autor.

O auctor.

INTRODUCÇÃO

Summario. — O christianismo e as segundas nupcias — Heresias — O concilio de Nicêa condemna os que não admittem o segundo matrimonio — Doutrina dos Padres da Egreja — O direito canonico — Decreto de Graciano — Decretaes de Gregorio IX — Doutrina da Egreja grega — O direito romano — Suas principaes disposições ácerca das segundas nupcias — O Codigo Wisigothico — As *Leis das Partidas* de Castella — As leis do *Touro* — Providencias da antiga legislação portugueza: — Leis de D. Affonso II, de D. Affonso III e de D. Pedro I — As Ordenações do reino — Lei de 9 de setembro de 1769 — O Codigo Civil e as segundas nupcias — Fundamento das penas civis, impostas aos conjuges binubos e sua justificação pela philosophia do direito.

1. Sendo a virgindade considerada pelo christianismo como o estado mais perfeito do homem e da mulher (1), julgam muitos escritores modernos que po-

---

(1) Vejam-se os *Actos dos Apostolos*, cap. XXV vers. 29.º, cap. XXI vers. 25.º, cap. XV vers. 20.º e 25.º, *Epistola 1.ª de S. João*, cap. II vers. 15.º e 16.º, e outros logares.

dem encontrar no evangelho a condemnação do matrimonio e da legitima constituição da familia ([1]).

Levados por uma falsa interpretação da lei divina, não comprehendendo que a sanctificação da castidade involve um preceito altamente moral e social, porque tende a combater a prostituição nas suas variadas manifestações, pensam que o casamento é uma associação contradictoria com os principios elementares do

---

([1]) Fallamos, sobretudo, de Feuerbach, *La religion*, traduction par Joseph Roy, pag. 46 e seg., e de Proudhon, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, 10e *étude, Amour et mariage*, § XLI e seguintes.

O primeiro, partindo do principio de que o dualismo é o caracter essencial do christianismo, pretende destruir a sua salutar influencia na sociedade matrimonial. O segundo quer chegar pelo mesmo caminho a identico resultado.

Ambos suppõem antagonico o preceito, que recommenda a castidade e o desprendimento das cousas terrenas, com o que eleva o matrimonio á dignidade de sacramento. Não são sómente estes os preconisadores de uma reforma, que, tendendo a romper os vinculos consagrados pela religião, pela natureza e pelas leis, pretende, como ultimo fim, o desmoronamento de todas as instituições actuaes. Outros, que seguem o mesmo credo, não se esquecem de proclamar que o christianismo é um elemento de dissolução social e que exerce uma acção prejudicial na ordem domestica. É assim que Fourier, *L'harmonie universelle et le phalanstère*, tom. 2.o pag. 131, sustenta que o christianismo tem contribuido para a escravisação da mulher, e alcunha o casamento de uma condição aviltante. Felizmente para a religião catholica e para a civilisação, outros escriptores de não menor clientela têm defendido a verdadeira doutrina.

christianismo, e afigura-se-lhes que a familia é uma organisação artificial, sem fundamento na religião evangelica.

Embora falsa, não é original a opinião d'estes reformadores utopistas.

2. Acceitando os mesmos principios, interpretando do mesmo modo as passagens da escriptura,

---

São dignos de ver-se:

Ravignan, *Conférences*, tom. 4.º *conférence* 76e, onde discorre largamente sobre a castidade: «*Avec cette loi première de la chasteté et sans y déroger le moins du monde, Dieu institua le mariage, seule condition légitime de perpétuité et de famille,*» diz o notavel orador.

Felix, *Le progrès par le christianisme*, tom. 2.º *conférence* 2e, que considera a falta de castidade como a *força retrograda do progresso.*

Nicolas, *Études philosophiques*, cap. VII, que aprecia os fructos do christianismo na ordem social.

Lacordaire, tom. 2.º *conférence* 22º, *de la chasteté produite dans l'âme par la doctrine catholique.*

Balmes, *Le protestantisme comparé au catholicisme dans ses rapports avec la civilisation européenne.*

Veja-se tambem Thiercelin, *Principes du droit* cap. VI pag. 103; e não esqueça, para gloria do catholicismo, a homenagem que lhe presta Augusto Comte, senão o inventor, pelo menos o systematisador do positivismo, no *Cours de philosophie positive* tom. 5.º pag. 309, em que reconhece que a aptidão moral do catholicismo é, sobretudo, manifesta na feliz organisação da moral domestica.

em que se recommenda a castidade como um vitude, logo nos primeiros seculos do christianismo appareceram seitas, que, condemnando o matrimonio em geral, reputavam principalmente odiosas e illicitas as segundas nupcias (1).

Comprehende-se que o desejo de cumprir os man-

(1) Tanto os antigos Padres da Egreja, como os modernos, theologos e canonistas, registam muitas das heresias, a que nos referimos. S. Agostinho, *De bono viduitatis,* Antuerpiae 1701, *Opera omnia*, tom. 6.º coll. 273, falla dos *Cataphrygas* e *Novacianos* nos seguintes termos: «Hinc enim maxime *Cataphrygarum* ac *Novatianorum haereses* tumuerunt, quas buccis sonantibus non sapientibus, etiam Tertullianus inflavit, dum *secundas nuptias* maledico dente concidit.» O mesmo escriptor, *De haeresibus* tom. 8.º coll. 8, diz: «*Cataphryges... secundas nuptias por fornicationibus habent.*» Dos *Catharos* tracta ainda o referido Padre, *De haeresibus* tom. 8.º col. 9: «*Cathari*, qui se ipsos isto nomine, quasi propter munditiam, superbissime atque odiosissime nominant, *secundas nuptias non admittunt.*» Á mesma heresia se referem Belime, *Philosophie du droit*, tom. 2.º liv. 1.º sec. 1.ª § 3.º, e Pothier, *Du Mariage,* part. 7.ª cap. 2.º

Os *Encratitas*, que a Egreja condemnou desde os antigos tempos, tambem não admittiam o segundo casamento. Esta heresia é indicada por Monte, *Elementos de direito ecclesiastico,* tom. 2.º § 1037.º A mais importante de todas foi sem duvida o montanismo, que tinha por um dos artigos da sua lei egualmente a abolição das segundas nupcias. S. Epiphanio, *Opera omnia,* Coloniae 1682, *Adversus haereses* pag. 411 n.º 10.º, desenha assim este ponto da doutrina montanista: «Montanus vero, qui se Prophetam jactitat, ac sectatoribus illudit suis ea dicit quae sacris

damentos, impostos aos seguidores do novo dogma pelo seu augusto fundador, obscurecesse nos tempos heroicos da religião, em que a verdade christã não estava firmemente estabelecida, muitos espiritos esclarecidos de que se ufana a Egreja [1]. Exaggeravam a doutrina que collocava a castidade no numero das virtudes,

---

litteris nequaquam consentanea (á legitimação das segundas nupcias) videntur.»

«Montan condamnoit les secondes nôces, & les regardoit comme des adultères.» *Mémoires pour servir á l'histoire des égarements de l'esprit humain,* verbo — *Montan.* Vejam-se Riegger, *Institutiones jurisprudentiae ecclesiasticae,* tom. 4.º part. 4.ª tit. 21.º § 231.º; Bergier, *Dictionnaire de théologie,* verbo — *Montan;* Glaire, *Encyclopédie catholique,* verbo — *Montanistes,* que enunciam a doutrina do montanismo na materia em questão.

[1] Queremos fallar principalmente de Tertulliano e Origenes. São bem conhecidas nos fastos da Egreja as opiniões d'estes escriptores sobre a questão que nos occupa. Tertulliano, analysando os elementos que constituem o crime de adulterio, tem para si que se encontram inteiramente no segundo matrimonio.

No seu livro *De monogamia* (*omniloquium alphabeticum rationale, sive Tertulliani opera omnia,* Paris, 1658) tom. 3.º pag. 165, manifesta assim este pensamento: Videamus enim quid sit matrimonium apud Deum et ita cognoscemus quid sit aeque adulterium. Matrimonium est, cum Deus junxit duos in unam carnem, aut junctos deprehendens in eadem carne, conjunctionem signavit, adulterium est, cum quoquo modo disjunctis duobus, alia caro immo alinea miscetur, de qua dici non possit: *Haec est caro ex carne mea, et hoc os ex ossibus meis.*»

e, impellidos por um falso zelo religioso, desertavam em certos pontos para o campo da heresia.

A Egreja, porém, não trepidava diante dos que erradamente impugnavam as segundas nupcias. Os seus concilios e os seus escriptores mais preclaros evidentemente o confirmam.

A pag. 167 diz loc. cit.: «*Alium habebit in spiritu, alium in carne? Hoc erit adulterium unius faeminae, in duos viros conscientia.*» Este transviamento do escriptor explica-se pelo seu caracter austero. Vejam-se Bergier e Glaire nos logares citados, e Chateaubriand, *Études historiques* vol. 2.º, quando discorre sobre as heresias dos primeiros seculos do christianismo.

Origines tambem não escapou a este erro «... *et sunt alii, qui ad secundas convolare nuptias nolunt, quod eas damnabiles pulent.*» *Opera omnia,* Paris 1740, pag. 266 e 267, *Homilia 19.ª in Jeremiam.* Na *Homilia 17.ª e 18.ª in Luccam, Idem* pag. 953 diz: «*Nunc vero et secundae et tertiae, et quartae nuptiae, ut de pluribus taceam, reperiuntur, et non ignoramus quod tale conjugium egiciet nos de regno Dei.*» Pedro Huet, Originis *Opera omnia* tom. 4.º liv. 2.º pag. 251, referindo-se ao Decreto de Graciano, mostra que outros escriptores orthodoxos prolapsaram no erro: «Profecto non Montanistae, inter quos Tertullianus, nec Novatiani solum hac opinioni infecti sunt, *sed nonnulla etiam hujus affinia ex orthodoxis scriptoribus afferri solent,* quae in *Decretorum* part. 2.ª, caus. 31.ª quaest. 1 can. 8.º e 9.º, *retulit Gratianus.*» Tendo por fim o christianismo o reformar radicalmente o velho mundo, e, sendo a prostituição uma das principaes forças motoras da desmoralisação da antiga sociedade, não é para admirar que os campeadores mais audaciosos da religião elevassem a castidade a ponto de verem no segundo casamento uma especie de adulterio espiritual.

3. O concilio de Nicêa expulsava do gremio christão os falsos interpretes da lei (1); e um dos mais eminentes Padres, S. Agostinho, tractava largamente em suas obras da virgindade, da viuvez, da felicidade conjugal, e formulava os artigos do evangelho da familia (2). Philosopho e jurisconsulto profundo, não esquecia a questão das segundas nupcias, e dava o verdadeiro sentido á doutrina do apostolo (3). O casamento

(1) *Conciliorum tomus secundus,* Paris 1644, Concilio de Nicêa can. VIII: «*De his qui se nominant Catharos, id est, mundos, si aliquando venerint ad ecclesiam catholicam, placuit sancto et magno Concilio, ut impositionem manus accipientes, sic in clero permaneant*». Apollonio, bispo de Hierapolis, combate os *Cataphrygas*, como se vê da passagem de Eusebio, *Ecclesiasticae historiae* livro V cap. XVIII: «Quemadmodum Apollonius *Cataphrygas confutaverit* et quorum mentionem fecerit.» S. Epiphanio não se esquece tambem d'esta seita. Isto prova que os primeiros propugnadores do catholicismo se denodavam por estabelecer a verdade religiosa.

(2) Pode ver-se o tom. VI das suas obras: pag. 234 *De bono conjugali;* pag. 250 *De sancta virginitate;* pag. 271 *De bono viduitatis;* pag. 283 *De conjugiis adulterinis;* pag. 217 *De continentia.* Em todos estes livros a familia é estudada sob muitos pontos de vista, que não logrou attingir ainda a philosophia moderna.

(3) *Opera omnia,* tomo IV coll. 276, *De bono viduitatis:* «De tertiis et de quartis et de ultra pluribus nuptiis solent homines movere quaestionem... Fortassis, enim, affert aliquam rationem, *quare secundae nuptiae non damnentur,* tertiae damnentur. Ait (apostolus) enim: *Mulier alligata est quamdiu vir ejus vivit. Non dixit primus, aut secundus, aut tertius, aut quartus.*»

é para o grande lume da Egreja d'Africa uma instituição canonisada pelo sentimento religioso; e as segundas nupcias, longe de serem a revelação de um adulterio espiritual, como queriam os montanistas, tornam-se um bem concedido por Deus ao genero humano e revalidado pelas sentenças do velho e novo testamento (1).

4. Alem do bispo de Hippona, outros Padres, no louvavel empenho de cimentar a doutrina do christianismo em ponto tão convertido, se esforçam por demonstrar que jámais o apostolo, nos mandamentos, que editou, teve por fim involver o segundo casamento na condemnação imposta ás uniões adulteras.

S. Ambrosio, apezar de ter como principio que é mais agradavel a abstenção do casamento do que a sua realisação (2), entende, todavia, que os preceitos apostolicos se não oppõem á celebração do segundo matrimonio (3).

É certo que em outras passagens de suas obras parece desconhecer á sanctidade das segundas nupcias, sustentando que foram legalisadas unicamente para

(1) Haec ideo disputo ne arbitreris vel *secundas nuptias crimen esse, vel quascumque nuptias, cum sint nuptiae, malum esse. Log. cit.* coll. 276.

(2) *Opera omnia,* Paris, 1690, tom. 2.º pag. 203; *De Viduis: «Licet ergo nubere, sed pulchrius est abstinere.»*

(3) *Log. cit.* pag. 188: «Neque vero si qua in *secundas nuptias* inciderit, quasuti que *apostolica praecepta non damnant...»*

afastar as viuvas da incontinencia [1]. Mas d'estes erros, que, é força confessar, abundam em muitos escriptores das primeiras edades da Egreja, não pode aproveitar-se a critica moderna, para que, adoptando as indicações do protestantismo, censure esses vultos venerandos do catholicismo de terem impugnado o segundo casamento, admittido hoje pela philosophia e pelas leis positivas.

Demasiavam-se alguns na defesa do preceito moral da castidade, e esqueciam por vezes que o matrimonio está vinculado ao que ha de mais ideal e puro na religião catholica.

Não desconheciam, porém, a natureza do matrimonio; e no complexo de todas as suas doutrinas sobre este assumpto, que é onde transparece a indole d'estes combatentes da Egreja, ha sempre uma noção nobre e elevada do casamento e das leis organicas da familia.

---

(1) *Appendix ad opera S. Ambrosii,* tom. 2.º pag. 138: «Denique primæ nuptiæ sub benedictione Dei celebrantur sublimiter; *secundæ,* autem, etiam in presenti carent gloria; concessæ sunt autem *propter incontinentiam:* et quia solent viduarum juniores incurrere; *ac per hoc concedit secundas.* » Ácerca das razões por que as segundas nupcias não são abençoadas, veja-se Schenkl, *Institutiones juris ecclesiastici,* § 659.º *nota,* em que estão compendiados os argumentos fornecidos pela patrologia. Monte, tom. 2.º § 1037.º, explica este ponto do rito catholico, dizendo — que a Egreja, sem querer odiar as segundas nupcias, não as abençôa, porque não costuma repetir as suas bençãos. É a doutrina canonica, *X. Liv. 4.º, tit. 21.º, cap. 3.º*

S. Ireneu combate, em nome dos psalmos divinos, uma seita que preconisa a abstenção do casamento (1).

S. Hilario commenta a passagem de S. Paulo, que se refere ás viuvas, e diz que podem contrahir segundas nupcias sem incorrerem no crime de adulterio (2).

S. Clemente de Alexandria reconhecendo que as epistolas apostolicas ensinam a moderação e a continencia, e encerram muitos preceitos ácerca do matrimonio, da administração domestica e da procreação dos filhos, suppõe que nunca prohibiram o casamento honesto (3).

S. Epiphanio harmonisa habilmente os dois prin-

---

(1) *Adversus hæreses*, liv. 1.º cap. 28.º « .. qui vocantur *Continentes* abstinentiam a nuptiis annuntiaverunt, *frustrantes antiquam psalmationem Dei.*»

(2) *Opera omnia*, Paris, 1693, pag. 194: «Viduam enim quae a lege sit libera, *beatus Paulus transire ad nuptias alterius sine adulterii crimine docuit.*»

(3) *Stromatum*, Paris, 1572, pag. 149: «Et ut in summa dicant *omnes apostoli epistolae, quae moderationem docent et continentiam, cum et de matrimonio, et de liberorum procreatione, et de domus administratione innumerabilia praecepta contineant, nusquam honestum moderatumque matrimonium prohibuerunt, aut abrogarunt, sed legis cum Evangelio servantes convenientiam utrumque admittunt.*»

cipios, inconciliaveis no dizer de muitos — a castidade e o casamento (1).

É verdade que a Egreja entendia que o segundo casamento era uma irregularidade para as ordens ecclesiasticas (2); mas o proprio S. João Chrysostomo, que auctorisava esta doutrina, expressava-se de modo, que deixava perceber a necessidade, em que se encontravam as viuvas, de casarem pela segunda vez (3).

---

(1) *Opera omnia,* Colonia 1682, *Adversus haereses,* pag. 410, n.º 9.º: «At Ecclesia Catholica et *virginitatem* praedicat, et *coelibem vitam ac castimoniam, viduitatemque collaudat; et honestas nuptias colit et approbat;* stupra, vero, adulteria ac libidines prohibet...» P. 411, n.º 9.º, in fine: «Si enim ulli essent obnoxiae, cur dicent: *nubant, domui praesint.*»

(2) *Opera omnia,* Paris, 1734, tom. 2.º, pag. 738, *Homilia II, cap. I in epistolam ad Titum:* «Eademque opera impudicos castigat, *non sinens eos post secundas nuptias ad Ecclesiae regimen assumi.*»

Esta irregularidade, diz Monte, *log. cit.* tom. 2.º § 1037.º *nota*, é uma irregularidade de *defeito,* sem nenhum *crime ou peccado.* Vejam-se Aguirre, *Curso de disciplina ecclesiastica,* tom. 2.º n.º 356.º; Cavallario, *Institutiones juris canonici*, parte 1.ª, cap. XX, § 7.º; Phillips, *Du droit ecclésiastique,* tom. 1.º § 51.º

(3) *Ibidem.* pag. 150, *Homilia 20.ª, cap. V, in Epistolam ad Ephesios:* «Est sexus tuus quodammodo *imbecillior, multo egens auxilio, multa indulgentia ut tuae infirmitatis habeatur ratio.* Quid dixerint, qui secundis conjunguntur nuptiis? .. *Apostolus enim id concessit.*»

D'este excerpto transparece evidentemente o pensamento, de que as viuvas são equiparadas ás pessoas miseraveis, consignado nas leis portuguezas de 17 de julho de 1790 § 14.º de 17 de agosto de 1761 e no assento de 2 de dezembro de 1791.

5. O moderno direito canonico vai mais longe no favor prestado ao segundo casamento. Desapparecem as penas impostas aos conjuges binubos (1). Não é condemnada a polygamia successiva, e o *impedimentum ligaminis* sómente tem logar durante a vida do conjuge (2).

Urbano III funda-se na auctoridade do apostolo para abolir a infamia, que opprimia as binubas dentro do anno de lucto (3). O pontifice não quer, todavia, que os filhos do primeiro matrimonio sejam prejudicados com o segundo enlace; e, no dizer commum dos Canonistas (4), ficam subsistindo as penas, estabelecidas em beneficio dos mesmos filhos.

---

(1) Veja-se o *Decreto de Graciano*, parte 2.ª, causa XXXI, quest. II, cap. XII: «Deus masculum et faeminam propagandi generis humani causa nuptiali castitate conjunxit, et secundas nuptias, *quae in utroque testamento permittuntur*, licitas esse monstravit.»

(2) Que é necessaria a certeza da morte do conjuge prova-se nas *X. liv. 4.º, tit. 21.º, cap. 2.º, e liv. 4.º, tit. 1.º, cap. 19.º*

(3) *X. liv. 4.º, tit. 21.º. cap. 4.º* «Super illa quaestione, qua quaesitum, est, an mulier possit sine infamia nubere infra tempus luctus, secundum leges definitum. Respondemus, quod cum Apostolus dicat: *Mulier, viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui: in Domino nubat cui voluerit: per licentiam et auctoritatem Apostoli ejus infamia aboletur.*»

(4) Não são somente os canonistas, como Riegger; *Institutiones jurisprudentiae ecclesiasticae*, tom. 4.º, § 216.º, Schenkl, tom 2.º, § 659.º, que entendem que o direito canonico respeitou as penas estabelecidas pela lei civil em favor dos filhos do pri-

É o direito canonico sobremaneira mais benigno do que o romano.

Este facto explica-se.

A Egreja grega condemna em dois concilios as segundas nupcias, e o seu espirito exerce uma influencia notavel na legislação bysantina (1).

6. É esta uma das principaes razões, porque no direito romano a mulher não pode contrahir segundas nupcias dentro do anno de lucto (2), e, se transgride a disposição prohibitiva da lei, incorre na pena de infamia (3).

Além da comminação de graves penas, attinentes

---

meiro matrimonio. Os nossos civilistas antigos subscrevem á mesma opinião.

Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XIX, n.º 18.º, diz: «*advertendum tamen est non censeri sublatas a jure canonico paenas impositas in favorem filiorum.*»

Reynoso, *Observatio 43.ª n.º 4.º*, escreve: *praedictae poenae* (as impostas em beneficio dos filhos) *non sunt sublatae de jure canonico.* Que era esta a opinião commum vê-se em Phebo, *Decisão* 87.ª n.os 4.º e 5.º: «*Sed haec communis* displicuit *Abbati d. n.º 3.º*, quem sequitur Decius n.º 35.º, *arbitratur enim omnes paenas indistincte Jure Canonico emendatas esse, sive respiciant favorem filiorum, sive odium secundo nubentium.*»

(1) Foram os Concilios de Neocesarêa e Laodicêa. Vejam-se Walter, *Direito ecclesiastico*, § 317.º; Riegger cit., § 233.º

(2) L. 8.ª, § 4.º in fin., Cod. *de repudiis;* L. 9.ª Cod. *eod.*

(3) L. 1.ª, Dig. *de his qui notantur infamia;* L. 4.ª Cod. *Ad Sctum Tertullianum.*

aos lucros nupciaes (1), ás doações entre conjuges (2), á reserva dos bens herdados do filho do primeiro matrimonio para os irmãos germanos do fallecido (3), que pesam sobre o conjuge binubo, sem distincção de sexo, outras de não menor gravidade se dirigem exclusivamente á viuva que contrahe segundas nupcias (4).

Entendem os romanistas que não são penas no sentido rigoroso da palavra, mas simplesmente disposições restrictivas da propriedade, que têm por fim proteger os filhos nascidos do primeiro matrimonio (5).

Muitos entendem que as razões politicas dos romanos justificam o demasiado rigor com que eram tractados os que contrahiam segundas nupcias.

No decurso d'este trabalho teremos occasião de aquilatar as disposições do direito cesareo nas suas relações com os preceitos do nosso direito moderno.

7. As leis hispanicas são muito para notar neste

---

(1) L. 3.ª pr., L. 5.ª Cod. *de secundis nuptis*; Nov. 22.ª cap. 23.ª a 26.ª

(2) L. 6.ª pr., L. 9.ª Cod. *de secundis uuptis*, Nov. 2.ª, cap. 4.º, Nov. 22.ª, cap 27.º

(3) Nov. 2.ª, cap. 4.º, Nov. 22.ª, cap. 32.º

(4) L. 1.ª Cod. *Ubi pupilli educari debeant*, e, principalmente Nov 22.ª, cap. 22.º Que todas estas penas eram justificadas pelas razões politicas dos romanos, opinam Riegger, § 232.º, Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º, tit. 5.º, § 11.º nota, e outros.

(5) Makeldey, *Institutes de droit romain*, § 572.º

capitulo da jurisprudencia, que versa sobre as segundas nupcias.

O codigo wisigothico parece aproximar-se dos canones, admittindo o impedimento do vinculo unicamente no caso de não haver certeza da morte do conjuge. Parece facilitar, independentemente de restricções, ao esposo sobrevivo o contrahimento de outro matrimonio (1). Em outra parte refere-se em termos claros ao luto das viuvas (2).

8. Mais expressa e completa é, sem duvida, a doutrina das *Leis das Partidas* de Castella. Alli invoca-se e interpreta-se o que escreveu S. Paulo, e o legislador inspira-se do commentario dos Padres (3). Es-

---

(1) Codigo wisigothico, liv. 3.º, tit. 2.º *de nuptiis inlicitis* VI: «*Nulla mulier viro suo absente,* alteri viro se praesumat conjugere, neque dum de viro suo certis agnoscat judiciis, *si vere mortuus fuerit.*»

(2) *Idem* liv. 3.º, tit. 5.º *de incestis* IV: «Solet quarumdam infelicium viduarum astutia fraudem devotioni admiscere et permixta vestium simultate transgressionis sibi quum voluerint aditum reservare. *Agunt enim tempore luctus sui, ut religiosa veste forte se induant, et postea transgressionis meditantes insaniam, replicatos ab intus clavos suis tunicis induant, quos induisse subtili fraudum argumentatione contendunt.*»

(3) *Las siete partidas del rey Don Alfonso el sabio,* Madrid, 1807. Partida 4.ª, tit. 13.º pr ... «*el apostol sant Paulo establesció en la nueva ley que los homes podiesen casar mas de una vez: et esto fizo por desviar pecado de fornicio, porque tenie que menos mal*

tabelece-se para o homem e para a mulher a liberdade de casar, logo que tenha sido dissolvido o matrimonio anterior. Determina-se a differença na materia das segundas nupcias entre o direito canonico e o direito civil, e fundamenta-se no legitimo interesse dos filhos do primeiro matrimonio a obrigação da reserva (1).

9. As leis do *Touro* consagram o principio da reserva de uma maneira tal, que pode pleitear prefe-

---

era casar que facer tan grant pecado.» S. Thomaz não interpreta melhor a passagem do apostolo — *melius est nubere, quam uri.*

«Est autem hic attendendum, diz o grande escriptor da edade media, *Opera,* Venetiis 1746, tom. 6.º *In epistola ad Corinthios,* quod Apostolus utitur abusiva comparatione. *Nam nubere bonum est, licet minus, uri autem est malum. Melius est ergo, id est, magis tolerandum, quod homo minus bonum habeat, quam quod incurrat incontinentiae malum.»* É o pensamento de S. Jeronymo, *apud Gratianum,* can. X: «*Melius est enim, licet alterum et tertium, unum virum nosse quam plurimos.»*

(1) Partida 4.ª, tit. 13.º, ley 3.ª: «*Librada et quita es la muger del ligamiento del matrimonio despues de la muerte de su marido, segundo dixo sant Paulo:* et per ende non tovo por bien santa eglesia quel fuese puesta pena, si casare quando quisiere despues que su marido fuere muerto, solamiente que case como debe, non lo faciendo contra defendimiento de santa eglesia. *Pero el fuero de los legos defiendeles que non casen fasta un año et poneles pena a las que ante casan, et la pena es esta, que es despues de mala fama, et debe perder las arras et la donation que el fizo el marido finado et las otras cosas que el hubiese dejadas en su testamento, et debenlas haber los hijos que fincaron del, et si hijos non dejare los parientes que hubieren de heredar lo suyo.»*

rencias com as melhores legislações modernas, sobre assumpto tão debatido no foro (1).

É principalmente neste ultimo ponto, que a legislação hispanica se torna um repositorio fecundo para a interpretação da nossa legislação actual. Difficilmente se encontrará n'um monumento antigo jurisprudencia de maior quilate historico, do que nas leis citadas.

10. Sobre a materia em questão é imperfeita a primitiva legislação portugueza. Encontramos nas leis de D. Affonso II o principio de que os matrimonios devem ser celebrados sem coacção da parte de qualquer dos contrahentes (2). As leis de D. Affonso III consideram habeis para o casamento todas as pessoas que assim forem consideradas pelas leis da Egreja; (3) e do mesmo monarcha existe uma lei ácerca da partilha, em

(1) Lei 15.ª: «*En todolos casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primeiro matrimonio la propriedad de lo que ouier del primero marido o heredare de los hijos de lo primero matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda o tercera vez se es obligado a reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio.*»

(2) *Portugaliae Monumenta historica,* tom. 2.º pag. 175: «*Porque os matrimonios deuem a sser livres e os que ssoom per prema nom ham bõa cima.*».

(3) *Idem* pag. 262: «*Os casamentos todos se podem fazer per aquelas parauoas que a santa eygreia manda atando que seian taaes que possam casar sen peccado.*»

que são chamados á successão do pai fallecido os filhos do primeiro conjunctamente com os filhos do segundo matrimonio (1).

Afigura-se-nos, porém, abraçando a opinião do mais ilustre dos nossos jurisperitos, que existiu por muito tempo entre nós a prohibição imposta ás viuvas de casarem durante o anno de lucto, menos fundada nas leis escriptas, do que no direito consuetudinario, creado talvez por uma vaga tradição romanista (2).

É de suppor que, antes da lei de D. Pedro I, que aboliu a pena de infamia, comminada ás mulheres binubas, obedecendo á tendencia do direito canonico para generalisar o segundo casamento, e dar occasião á formação de novas familias, existisse o costume de respeitar a memoria do marido defuncto, não contrahindo a viuva uma nova união antes de ter decorrido o periodo do lucto.

E tão radicado estava este costume entre nós, qualquer que fosse a sua origem, que nem ainda as Ordenações posteriores conseguiram extinguir a infamia de

---

(1) *Idem* pag. 265: «*Quando o marido ou a molher que fforen cassados morrer huum deles qualquer aquel que ficar uiuo deue dar partiçon aos filhos do morto se os ouuer quer seian dambos, quer da parte daquel que ffor morto, se han dereyto derdar naquela bona, porque sson filhos liidimos.*»

(2) Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani,* liv. 1.º tit. 10.º § 17.º, not.: «Mulieres intra annum luctus nubentes antiquis legibus, vel moribus *(et hoc probabilius est)* tamquam infames habebantur.»

facto e a deshonestidade, provenientes, não só do casamento dentro do anno do lucto, mas ainda de todos os contractos de segundas nupcias (1).

A referida lei de D. Pedro faz expressa menção do direito pontificio e de algumas providencias de monarchas anteriores, as quaes não conhecemos, e nem o sabio Mello Freire descobriu (2).

A Ordenação affonsina comprehende nas auas prescripções a abolição da pena de infamia, e acceita,

---

(1) Mello Freire, *log. cit.* Esta opinião, diz o referido civilista, alludindo á que reputava infames as mulheres que casavam antes de ter decorrido o tempo do lucto, vóga ainda nas cidades e aldeias *et maxime in provincia Interamnensi, quod in illius incolarum laudem dico.*

(2) Se as tivesse descoberto, não teria fundado nos costumes uma doutrina, que tinha a auctoridade do direito escripto. Veja-se a cit. not. ao § 17.º tit. 16.º liv. 1.º Que essas leis existiram deduz-se da lei de D. Pedro, que vem na Ord. affonsina liv. 4.º tit. 17.º, e que foi promulgada nas côrtes d'Elvas. Queixavam-se os concelhos de que em alguns logares do reino os mordomos, rendeiros e outros, que ahi tinham jurisdicção, exigiam ás viuvas que casavam dentro de anno e dia certas quantias de dinheiro, «*o que he contra direito da Sancta Igreja e contra a Ordenançam de alguus nossos antecessores*» dizia o legislador, acabando por abolir a infamia e evitar o abuso dos officiaes de justiça nos seguintes termos:... «*respondemos que os nossos Moordomos, e Rendeiros nem outro nenhum, non leuem d'aqui em diante dellas penas de dinheiros, por casarem ante do anno e dia, nem consintão aas Justiças que as dellas levem; e querendo fazer graça e merce ao nosso Povoo, mandamos que por se casarem ante do anno e dia nom sejão infamadas taaes molheres, nem aquelles que com ellas casarem.*»

d'este modo, o principio da liberdade do segundo matrimonio, entrevista pelo Decreto de Graciano e abertamente proclamada pelas Decretaes.

Avassalado assim o direito civil portuguez pela legislação pontificia, a faculdade de contrahir casamento dentro do anno do lucto, embora opposta aos costumes do nosso povo, appareceu em todas as codificações posteriores.

A Ordenação manuelina resumiu a disposição da affonsina (1); e a philipina, ainda que se não esquecesse do direito romano nas penas concernentes á propriedade de certos bens, e deixassse enxergar a espaços, na definição dos direitos dos filhos do primeiro matrimonio, e das obrigações dos conjuges binubos, o rigor justificado das leis imperiaes, corroborou a legislação anterior na suppressão da pena de infamia (2).

Longe de nós o pensamento de desconhecer quão arrazoadas são as disposições deste ultimo codigo. Bastaria citar a Ordenação do *livro 4.º, titulo 91.º*, e do *mesmo livro, titulo 105.º*, para nos convencermos de que os philipistas não providenciaram superficialmente sobre o momentoso assumpto das segundas nupcias.

Apesar de tudo isto, a Lei de 9 de setembro de

---

(1) *Ord. man.* liv. 4.º, tit. 11.º: «*As viuvas que se casarem ante do anno e dia seer passado despois da morte dos maridos, nom sejam por isso infamadas, nem aquelles que com ellas casarem, nem lhes levem por isso penas alguãs de dinheiro.*»

(2) *Ord.* liv. 4.º, tit. 106.º

1769, que ampliou a Lei de 25 de junho de 1766, reconhecendo que a maior parte dos casamentos das viuvas eram prejudiciaes aos interesses dos filhos do primeiro enlace, e que nelles se não preenchia a elevada missão, assignada pela Egreja ao casamento, estabeleceu algumas disposições, tendentes a regular as obrigações das binubas, em geral, e, especialmente, das binubas quinquagenarias (1).

Quem estudar neste ponto a legislação portugueza, anterior ao Codigo Civil, convencer-se-á de que os interesses dos filhos do primeiro consorcio foram sempre a causa, invocada pelos legisladores, para estribar as penas civis, impostas aos esposos, que contrahiam segundas nupcias.

---

(1) O § 29.º d'esta lei foi suspenso na sua observancia pelo decreto de 17 de julho de 1778. Pela disposição d'aquelle § todas as mulheres, que, tendo filhos ou netos, passassem a segundas ou terceiras nupcias em edade de terem ainda successão, deveriam ser desapossadas dos bens das legitimas paternas e maternas d'esses filhos ou netos e de quaesquer outros bens a elles pertencentes, nomeando-se-lhes, sendo menores, um administrador abonado, e entregando-se-lh'os, quando fossem maiores. Para as viuvas, que casassem, tendo mais de cincoenta annos, se ordenava que não podessem alienar aquelles bens sob pena de nullidade, devendo ser os mesmos bens previamente inventariados. A lei de 23 de novembro de 1770 veiu explicar a de 1769, declarando que não era necessario que se effectuasse o segundo casamento, para se requerer ao desembargo do paço a nomeação do administrador, mas que bastava que o segundo casamento estivesse concertado, ou ajustado.

11. O Codigo Civil parece tambem inspirar-se dos mesmos dictames, aferindo grande parte das suas disposições pelo estalão da jurisprudencia mãe — a jurisprudencia romana.

É em nome dos interesses dos filhos do primeiro enlace que admitte a condição — *si non nupserit* (1), — que priva a mãe binuba do usufructo e administração dos bens dos filhos (2); que lhe prohibe casar, sem ter feito verificar o seu estado, dentro dos tresentos dias, posteriores á morte do marido (3); que prohibe á quinquagenaria alhear por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido o segundo matrimonio, a propriedade das duas terças partes da sua meação e dos bens que depois adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes (4); que priva o conjuge binubo, varão ou mulher, de communicar com o outro conjuge, ou doar-lhe mais do que a terça dos bens indicados (5); e que, finalmente, impõe ao conjuge binubo, não a obrigação da reserva, como se entendia

(1) Artigo 1808.º A questão da validade ou nullidade no antigo foro da condição — *si non nupserit,* encontra-se exuberantemente tractada em diversos numeros da *Gazeta dos Tribunaes.* No logar competente feriremos estes e outros pontos, aos quaes agora tão sómente alludimos.

(2) Artigos 162.º, 163.º, 164.º, 224.º, n.º 1.º

(3) Artigo 1233.º

(4) Artigo 1237.º

(5) Artigos 1235.º, 1109.º, n.º 4.º

geralmente no antigo direito, mas a completa privação da propriedade dos bens herdados do filho do primeiro leito, a qual, immediatamente, se radica nos irmãos germanos do fallecido ([1]).

12. A philosophia do direito não póde deixar de dar o seu assentimento a um complexo de disposições, que não têm por fundamento o odio ás segundas nupcias, nem a injuria feita ao conjuge predefuncto, mas unicamente os direitos dos filhos do primeiro matrimonio, que toda a lei positiva deve salvaguardar e respeitar ([2]).

([1]) Artigos 1236.º, 1109.º, n.º 3.º

([2]) Tres são as opiniões seguidas pelo jurisconsultos ácerca do fundamento das penas civis, impostas aos conjuges binubos. Uns assentam aquellas penas no odio ás segundas nupcias. «*Pelaez,* diz Reinoso na *Observação* 43, *qui asserabat leges illas latas esse in odium secundo nubentium.*» Esta opinião, não obstante ter sido abandonada no fôro, por se justificar com a antiga doutrina, que reputava illicitas as segundas nupcias, ainda é perfilhada por um advogado distincto, que escreve na *Gazeta dos Tribunaes,* 9.º anno, n.º 1202, o seguinte: «*A Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, da mesma sorte que a do mesmo liv., tit. 91.º § 2.º, só teve em vista o odio dos segundos matrimonios.*»

Outros julgam que as penas em questão têm por fim a punição de uma injuria feita ao conjuge fallecido. São d'este pensar Gama na *Decisão* 106.ª, que diz: «*per transitum ad secundas nuptias non censetur mulier esse sub praecedenti matrimonio, imo secundo nubendo facit injuriam priori marito*» e Escriche, *Diccionario de legislacion y jurisprudencia* verbo — *bienes reservables,* que, sem des-

É por isso que a philosophia juridica, determinando, na esphera elevada em que preceitua as suas leis, a natureza e fins da sociedade conjugal e admittindo, depois da dissolução da primeira, a constituição

---

prezar completamente os interesses, dos filhos do primeiro casamento, fundamenta as penas em *cierta especie de ofensa, que se supone hace el conyuge sobreviviente al difunto por el hecho de contraer otro matrimonio.*›

Aos que opinam d'este modo responde cabalmente Correia Telles no *Digesto portuguez,* tomo 2.º art. 444.º, *add.,* citando Voet *Ad Pandectas,* liv. 23.º, tit. 2.º n.º 107.º, e Lobão *Notas a Mello,* liv. 3.º, tit. 8.º, § 15.º, n.º 3.º: «*Dizem que a privação da propriedade é pena que a lei impõe ao pai binubo pela injuria que faz aos filhos do primeiro matrimonio, mas injuria sem se provar animo de injuriar é nulla.*» O argumento d'este escriptor, que prova para o caso de a injuria se referir aos filhos do primelro matrimonio, prova tambem contra aquelles que a referem ao conjuge fallecido. Em ambos os casos falta provar o animo de injuria.

É esta a razão, talvez, por que alguns entenderam que só ha injuria, quando o conjuge prohibiu em testamento ao sobrevivo o contrahimento de um novo enlace. Marta, *Summae totius successionis legalis,* part. II, quaest. IV, art. 2.º n.º 3.º, exprime assim este pensamento: «*et ita hac ratione omnes firmamunt, quia nullo jure probatur defuncti animam, per transitum uxoris ad secundas nuptias, contristari, nisi ipse testator prohibuerit ipsas secundas nuptias.*»

Os que adoptam, finalmente, a terceira opinião, têm para si que é o interesse razoavel dos filhos do primeiro matrimonio que justifica as penas em que incorrem os binubos. «*El objeto de esta disposicion,* diz Goyena no *Comentario* ao artigo 800.º do *Projecto do codigo espanhol, mas que vengar la pretendida injuria hecha a la memoria del difunto esposo, es el favorecer a los hijos del pri-*

de uma nova familia, não pode contestar estas restricções, que miram a garantir os direitos, que os filhos do primeiro matrimonio adquiriram, pelo simples facto de terem sido membros da associação dissolvida (1).

---

mero, generalmente postergados por el padre ó madre binubos.» Este, que é o pensar geral dos civilistas modernos, já recebia applauso de alguns dos nossos velhos reinicolas. Reynoso na *Observação* 43.ª, n.º 4.º, diz: «*Declaratur secundo ut praedictae constitutiones non intelligantur principaliter latae in odium secundarum nuptiarum, sed principaliter in favorem filiorum primi matrimonii.*» Mello Freire escreve tambem nas suas *Institutiones juris civilis,* liv. 1.º, tit. 10.º § 17.º, que as penas impostas ás viuvas têm por scopo o favor dos filhos do primeiro matrimonio, *et filiorum ex primo matrimonio susceptorum favorem respiciunt.*

(1) Impugnando a polygamia simultanea, a philosophia do direito admitte a successiva. Sr. Ferrer, *Elementos de direito natural.*

As relações familiares estabelecem uma solidariedade moral entre todos os seus membros, e o nascimento dá aos filhos o condominio do patrimonio da familia. Veja-se Schutzenberger, *Les lois de l'ordre social,* liv. 10.º, cap. 4.º: Os filhos, pelo facto de terem recebido de seus pais o sangue e a vida, têm o direito á educação, sem a qual não poderiam ser homens uteis, e aos bens dos mesmos pais, sem o que ficariam sem subsidios no meio da sociedade. Veja-se Lerminier, *Philosophie de droit,* vol. 1.º, cap. 5.º

Ora é este direito que elles têm á propriedade da familia, Darimon *Principes de l'organisation sociale,* (*Théorie de Krause,* cap. 3.º) que a lei deve rodear de garantias, não permittindo que seja lesado por um segundo matrimonio de qualquer dos seus progenitores.

PARTE PRIMEIRA

Direitos e deveres da mulher binuba

CAPITULO I

Summario. — Questões preliminares — Qual o maior periodo da gestação? — A physiologia e a medicina legal — Prescripções das duas sciencias sobre a questão — A tradição litteraria e historica — Doutrina do direito romano — Dos reinicolas — Dos Codigos extrangeiros — Providencia do Codigo Civil Portuguez — Qual o periodo mais curto da gestação? — Ensinamentos da sciencia medica — Do direito romano — Dos Codigos extrangeiros — Disposição do Codigo Civil Portuguez — Em que edade se torna a mulher inhabil para a geração? — Ainda a physiologia e a medicina legal — O direito romano — O antigo direito portuguez e a praxe — O Codigo actual — Necessidade de delinear estas questões para a fixação dos direitos e deveres da mulher binuba.

13. A sciencia do direito vai muitas vezes pedir aos outros ramos dos conhecimentos humanos os subsidios para a resolução dos seus problemas. No capitulo especial, que versa sobre as segundas nupcias, ha tres pontos fundamentaes, cuja investigação é necessaria para a determinação dos direitos e obrigações da mulher binuba, em face da legislação escripta.

Estes tres pontos, que são outras tantas questões nos dominios da physiologia e da medicina legal, enunciam-se assim:

a) Qual o mais largo periodo da gestação?

b) Qual o periodo mais curto?

c) Em que edade se torna a mulher inhabil para a geração?

São tres questões preliminares, amplamente tractadas pelos escriptores de medicina legal, (1) e rapidamente bosquejadas pelos civilistas. (2)

Estudemol'-as em harmonia com a indole e limites d'este trabalho.

14. Já entre os antigos se ventilava a questão de saber se a natureza tinha fixado, de uma maneira invariavel, o tempo necessario para a gestação, e já entre elles se dividiam as opiniões. (3).

---

(1) A gravidez é uma questão de medicina legal. As razões são apresentadas por Casper, *Traité pratique de médecine légale,* tom. 1.º, secção 2.ª: «*La grossesse est une question de médecine lé-«gale;* car toutes les circonstances au milieu desquelles elle se pro-«duit peuvent donner lieu á des contestations qui font intervenir «la justice, et par conséquent donnent lieu à des expertises me-«dico-légales.»

(2) Vejam-se os commentadores francezes, especialmente Duranton, *Cours de droit civil,* tom. 2.º, e Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation.*

(3) As duas escholas foram representadas na antiguidade por Hipocrates, que sustentava que a natureza fixara invariavelmente a epocha do parto para todos os animaes, incluindo a mulher, e por Aristoteles e Plinio, que defendiam a doutrina contraria. Mahon, *Médecine légale,* Paris, 1801, pag. 178.

O primeiro d'estes escriptores, cuja auctoridade era invocada pelo direito justinianeo (lei 3.ª, § 12.º Dig. *de suis et legitimis here-*

Entre os modernos a questão resuscitou em toda a sua plenitude; e é mister confessar que, apezar dos progressos da sciencia medica, não logrou conseguir ainda uma solução cabalmente satisfactoria.

No seculo passado dois escriptores notaveis pronunciaram-se pelos nascimentos tardios; (1) mas outro escriptor impugnou os partos tardios, considerando-os como excepções ás leis geraes que regulam a desinvolução do feto. (2)

Os argumentos principaes, em que os defensores dos partos tardios assentam as suas doutrinas, são os seguintes:

---

dibus, lei 12.ª Dig. *de statu hominum)*, tinha escripto: «*In decem «mensibus, quod longissimum est, nascitur foetus.*» O periodo de dez mezes era, por conseguinte, adoptado pelo fundador da medicina como o mais longo da gravidez.

Em opposição, Aristoteles (*Historia animal*, liv. 7.º, cap. 4.º) tinha admittido os partos tardios do seguinte modo: «*Uuum pa«riendi tempus statum omnibus est auimalibus, homini uni multiplex «datum est.*» Era egualmente o pensar de Plinio (*Historia naturalis*, liv. 7.º): «*Coeteris animantibus statutum pariendi et partus gerendi «tempus est, homo todo anno et incerto gignitur spatio.*»

(1) Queremos fallar de Petit e Lebas. O primeiro escreveu um livro, que tem por titulo—*Recueil de pièces, relatives à la question des naissances tardives, contenant:—1.er Une mémoire sur le Méchanisme et la cause de l'Accouchement, lue à la Académie Royale des Sciences; 2.º Des observations sur ce que Mr. Astruc a écrit touchant les naissances tardives; 3.º Lettre à Mr. Bouvart en réponse à la critique qu'il a faite de la consultation précédente.* Amsterdam, 1766. Este livro é um repositorio de factos, tendentes a justificar a opinião dos seguidores dos partos tardios. Lebas sustentava estes partos, fundando-se, principalmente, em que o utero, na occasião da fecundação, podia ser affectado de differentes maneiras, e que, por isso, devia haver variedade no tempo da gravidez. Veja-se Mahon, *logar citado*.

(2) Louis, *Oeuvres de chirurgie*, tom. 2.º

a) É indubitavel, por ser facto repetidas vezes registado pelas estatisticas medicas, que ha partos de que nascem seres sem fórma nem figura humana, e, por isso, não admira que possam existir partos, de que nasçam individuos, que tenham uma vida intra-uterina mais ou menos longa;

b) Existem nascimentos precoces; e se ha partos que dão ao mundo seres com sete mezes de vida uterina, não ha difficuldade em comprehender que existam egualmente nascimentos demorados, prolongando-se além do decimo segundo mez da vida uterina;

c) O licor seminal tem, em certas circunstancias, tão pouca actividade, que necessariamente o periodo da gravidez da mulher se ha de estender além dos limites ordinarios;

d) A falta de sustento, a miseria e as paixões tristes são causas capazes de demorar a epocha do parto, porque a saude da mãe torna-se fraca, e o féto é privado da alimentação necessaria para o seu desenvolvimento;

e) A experiencia mostra que pode dar-se a coexistencia de dois fétos, ou mesmo de um maior numero; e, por isso, porque não ha de admittir-se que o nascimento possa retardar-se?

f) O utero tem uma faculdade de dilatação mais ou menos variavel, e, por conseguinte, mais ou menos variavel deve ser o periodo da gravidez.

Os que sustentam que a natureza estabeleceu um termo prefixo para a gestação respondem triumphantemente ás razões indicadas. É innegavel que existem nascimentos tardios; (1) os factos, recenseados pelas

(1) Em 1695 foi sustentada na universidade de Caen uma these com este argumento: *An humani partus tempora ad decimum quartum mensem prorogari possunt?* Depois de ter citado muitos

estatisticas, provam a sua existencia; mas d'ahi a considerar esses phenomenos excepcionaes dignos de serem registados nos casos pathologicos como factos que constituem uma regra geral do organismo, medeia uma longa distancia.

A natureza escondeu alguns phenomenos da geração aos olhos da propria sciencia. (1) O momento, em que principia a gravidez, não pode determinar-se senão quando provém de uma só copula: (2) os signaes

---

exemplos de gravidez tardia, o auctor concluiu: *Ergo humani partus tempora ad decimum quartum mensem prorogari possunt.* Veja-se Foderé, *Traité de médecine légale et d'hygiène publique,* tom. 1.º, cap. 12º Aos factos, que já então se apontavam, podem accrescentar-se muitos outros. Heister, no seu *Tractado de anatomia,* falla de uma mulher para a qual o periodo de treze mezes era o termo ordinario da gravidez. Moreau, *Traité des accouchements,* citado pelo sr Macedo Pinto, *Tractado elementar de medicina legal,* cap. 6.º, refere o caso de uma prenhez de trezentos e vinte e oito dias. Alguns medicos, que foram consultados na questão Gardner, opinaram que Lady Gardner podia ter dado á luz aos trezentos e onze dias. Dewes cita outro parto, que teve logar aos trezentos e oitenta e tres dias. Riolan suppõe ter visto prenhezes de doze, treze, quatorze, quinze e mesmo dezoito mezes. Beaude, *Dictionaire de médecine usuelle,* verbo—*grossesse.* Vejam-se Foderé, logar citado; sr. Macedo Pinto; e, nomeadamente, Petit, *Recueil de pièces relatives à la question des naissances tardives.*

(1) A respeito da maior ou menor duração da gravidez diz Duranton, *Cours de droit civil,* tom. 2.º n.º 10.º: «Mais quelle est la «durée la plus courte ou la plus longue que puisse avoir la gros«sesse? *c'est encore un autre secret de la nature, que l'art a vaine«ment tenté de lui dérober.*» Vejam-se Rocha, *Instituições de direito civil,* § 290.º nota, Demante, *Cours de code civil,* tom. 2.º n.º 78.º; Picot, *Code Napoléon expliqué,* artigo 312.º.

(2) Sr. Macedo Pinto, *logar citado,* cap. 6.º, art. 2.º

indicativos da gravidez são de tal maneira falliveis, que podem illudir os medicos mais peritos. (1)

O facto, mais geralmente acceito, como indicativo da gravidez, é a cessação do fluxo catamenial; e, apezar d'isso, pode acontecer que o fluxo catamenial não deixe de apparecer durante a epocha da gestação. (2)

Sendo, por isso, completamente impossivel assegurar a duração da gestação, partindo de principios inconcussos, a sciencia limita-se a derivar de todos os

(1) Chailly Honoré, *Traité pratique de l'art des accouchements,* 1861, parte 2.ª, pag. 47, divide os signaes da gravidez em signaes de presumpção, de probabilidade e certeza; e, na sua opinião, antes do terceiro mez da gestação os signaes de certeza não podem ser devidamente apreciados: «Avant le troisième mois, ni «les modifications de l'utérus, ni celles qu'a subies le produit ne «peuvent être, comme je l'ai dit, facilement apreciées directement «sur la femme vivante.» Casper, *Traité pratique de médecine légale,* tom. 1.º, secção 2.ª § 1.º, divide os mesmos signaes em *subjectivos,* que só podem ser conhecidos pela mulher; e *objectivos,* que podem ser conhecidos por qualquer pessoa; e ainda em *individuaes,* que são os particulares a cada mulher, e *absolutos,* que não dependem da constituição peculiar da mulher e se dão em todas as que permanecem no estado de prenhez. Os proprios signaes absolutos são falliveis em muitos casos. «É preciso considerar como conjectural, escreve Magendie, *Précis élémentaire de Physiologie,* tom. 2.º, pag. 544, o que dizem os auctores sobre os signaes geraes da fecundação.»

(2) Elsaesser, citado por Casper, fez experiencias em cincoenta mulheres gravidas, que deram em resultado a demonstração de quanto é irregular a cessação dos menstruos. Toda a gente sabe, diz o mesmo escriptor, que, durante o periodo da fecundidade, os menstruos cessam por muitas razões que não são a gravidez; e, além d'isso, ha casos, é verdade muito raros, em que a prenhez pode existir sem o desapparecimento dos menstruos. As asserções de Casper são auctorisadas por muitos outros escripto-

factos que observa, uma lei geral, formulando as seguintes conclusões:

a) Que só em certos casos pode conhecer-se a epocha fixa da concepção; (1)

b) Que o periodo da gestação é variavel; (2)

c) Que a duração ordinaria da prenhez é de duzentos e setenta e cinco a duzentos e oitenta dias; (3)

---

res. «La gestation, diz Longet, *Traité de Physiologie,* tom. 2.º, pag. «732, suspend les règles: *c'est même presque à ce seul signe que les «femmes reconnaissent d'abord leur grossesse;»* e cita a opinião de Haller, que observou algumas mulheres, que ficaram menstruadas até ao oitavo mez, e ainda em todo o decurso da gravidez, em muitas prenhezes successivas.

Mahon, *logar citado,* considerando como os dois signaes mais certos a cessação dos menstruos e os movimentos do féto no seio materno, entende, comtudo, que estes signaes podem illudir os medicos mais experimentados. Este é o pensar commum dos physiologistas.

(1) Sr. Macedo Pinto, *obra citada.*

(2) Não pretendemos dizer com isto que a variabilidade constitua uma regra geral, e que se considerem verdadeiros todos os partos, qualquer que seja o periodo da gravidez. Seria isso defender os partos tardios e impugnar a disposição da lei civil, que estabelece um termo ordinario para a gestação. Ha phenomenos physiologicos na especie humana que são irregulares, mas esta irregularidade nunca pode exceder a certos limites. Comprehende-se que as influencias moraes e sociaes, que actuam nas mulheres, as molestias, a que vivem sujeitas, a continuação da copula, durante a prenhez, e muitas outras circumstancias, possam modificar a epocha do parto. O que não se comprehende é que essas circumstancias prolonguem a gestação além de um periodo inverosimil.

(3) Esta conclusão é de Casper, *logar citado.* Os factos comprovam esta doutrina. Hohl, depois de um numero consideravel de observações, estabelece a duração media da prenhez entre

d) Que a gravidez pode prolongar-se até aos trezentos dias; (1)

e) Que as durações mais longas e os nascimentos tardios de onze, doze e treze mezes ou são completamente regeitaveis, ou denotam factos extraordinarios,

---

duzentos e setenta e cinco e duzentos e oitenta e sete dias. «Immédiatement après la conception, diz Chailly-Honoré, *Traité pratique de l'art des accouchements*, parte 2.ª, pag. 47, commence le déve«loppement du produit, ou la grossesse, qui se termine par l'ac«couchement deux cent soixante-dix jours ou neuf mois après l'imprégnation. Veja-se tambem Magendie, *Précis élémentaire de Physiologie*, tomo 2.º, pag. 545; Rogron, *Code Civil expliqué*, artigo 228.º

(1) Merriman diz ter feito experiencias em cento e quatorze nascimentos, dando em resultado que só quatro nascimentos tiveram logar depois dos trezentos dias; sendo um depois dos trezentos e dois dias, outro depois dos trezentos e cinco, e dois depois dos trezentos e seis dias. Este computo podia facilmente errar-se. O começo da concepção é incerto. A sciencia procede por approximações, sendo o principio da gravidez contado de differentes modos. «Conta-se commummente a gravidez, diz o snr. Macedo Pinto na *obra citada*, do tempo em que a menstruação deixou de apparecer, e para o calculo é indiferente o contar-se ou da primeira evacuação mensal que se suspendeu ou da ultima que teve logar. Como termo medio preferem alguns auctores o contal-a do decimo quinto ou decimo dia antes da cessação dos menstruos; e outros, conformes ás idéas de Bischoff e Raciborski sobre o tempo e logar onde se realisa a fecundação, pensam que deve principiar a contar-se uma semana depois que terminou a ultima menstruação.» Havendo esta diversidade no modo de contar o termo da gestação, facilmente se comprehende que o medico mais perito possa enganar-se no calculo augmentando ou diminuindo alguns dias ao termo verdadeiro da prenhez. É por isso que Mahon, referindo-se á collecção de partos tardios recolhida por Schenchius, Schurigius e Halle, escreve, *Médecine légale*, pag. 171: «Nous croyons donc que, même lors'qu'il s'agit de «prononcer *sur une grossesse de dix mois, on est en droit de soupçon«ner sinon de la mauvaise foi, du moins un faux calcul.*»

em que a natureza por alguma das suas aberrações transgride as leis geraes que regulam a desinvolução do feto. (1)

15. Estas indicações da medicina legal acham-se plenamente confirmadas pelas tradições de todos os tempos. A historia e a litteratura encarregam-se de subsidiar a medicina. Desde a narração biblica até aos poetas do classicismo romano, todos cooperam em revalidar a doutrina da sciencia medica, ordinariamente perfilhada pelas leis civis. O periodo de trezentos dias é considerado como o mais amplo da gravidez. (2)

---

(1) Se nós admittissemos todos os factos referidos pelos auctores antigos e modernos sobre os nascimentos tardios em tempos indeterminados, como aos onze, doze, treze, quatorze, quinze e vinte e trez mezes, concederiamos ás mulheres uma ampla faculdade para defraudar os collateraes de seus maridos. Se a todos os recursos, que ellas têm para dar herdeiros necessarios a seus esposos, se junctasse a facilidade de fazer posthumos em todas as epochas, que garantias tinham os collateraes do defuncto? Estas considerações, de uma indole puramente juridica, acham-se no celebre impugnador dos nascimentos tardios, Louis, *Oeuvres de chirurgie*, tomo II, pag. 255; *et supplément*, pag. 322.

(2) Salomão no *Livro da Sabedoria*, cap. 7.º, diz: «*In ventre «matris figuratus sum caro decem mensium tempore.*»

Plautarcho *in Alexandro* refere que Leotychides, filho de Timea, rainha de Sparta, foi considerado como illegitimo e privado do direito de succeder no reino, porque tinha nascido na ausencia do rei, que durara mais de dez mezes. Era esta tambem a tradição romana:

Incipe, parve puer, risu cogoscere matrem:
Matri longa decem tulerunt fastidia menses.
Virgilio, *Bucolica. Ecloga* IV, vers. 60 e 61.
..... virgo ex eo
Compressu gravida facta: *mensis hic decimus est.*

16. Muitos têm ido procurar ao direito romano o fundamento legal dos partos tardios. Dizem que no direito pretoriano foi julgado legitimo um féto de onze mezes, e que pelo moderno direito imperial foi considerado apto para a successão paterna um féto de treze mezes. (1)

A sciencia medica não nega a existencia dos nascimentos demorados; sustenta, porém, que taes factos são aberrações das leis naturaes e, por isso mesmo, extraordinarios. O viver honesto das mães, os seus costumes e muitas outras circumstancias, que algumas vezes se podem averiguar, servirão para indicar, se o

---

Terencio, *Adelphis*. Act. III. Scen. 4.ª
.... illa quam compresserat
Decumo post mense exacto heic peperit filiam.
Plauto, *Cistellaria*. Act. I. Scen. 3.ª

(1) Nas notas de Godofredo *á Novella* 39.ª, cap. 2.º, encontra-se o seguinte: «Decemvivi decimo mense gigni hominem pu«tarunt, non undecimo, sed tamen divus Adrianus, *cum foemina «bonis atque honestis moribus undecimo mense post mortem mariti «peperisset, causa cognita, requisitis philosophorum et medicorum «sententiis,* decrevit undecimo quoque mense partum edi posse» Quem examinar esta passagem vê claramente que a decisão imperial teve logar em um caso especial e não representa uma providencia da legislação romana para todos os casos. O viver honesto da viuva auctorisava a providencia, que, todavia, não foi tomada, senão depois de terem sido ouvidos os philosophos e os medicos. Que se tractava de uma hypòthese especial, vê-se da referida *Novella* 39.ª, cap. 2.º, que diz assim: «Mulier, enim ad virum ve«niens, hunc extulit, ut apparet etiam superstite eo non caste vivere «cogitans: *nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto «peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus: «neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.*» O mesmo glossador cita o facto de ser considerado legitimo, por um douto advogado de Paris, um parto de quatorze mezes: «*Audio apud*

filho nascido além do periodo determinado é, ou não, legitimo.

O direito pretoriano e o direito imperial, que se invocam, regulam dois casos excepcionaes. A regra geral achava-se concebida em termos claros: o filho nascido além do decimo mez era, segundo o direito romano, reputado illegitimo. (1)

«*parisienses arbitrio doctissimorum advocatorum et inter eos Chappa-*«*carum domini admissam fuisse viduam, quae decimo quarto mense* «*peperisset.*» Ainda que o facto fosse verdadeiro, e que a legislação romana revalidasse a existencia dos nascimentos demorados, nem por isso deveria ser a questão unicamente decidida pelo testimunho dos legisladores. «*Mais la science,* diz Casper, *Traité pratique* «*de médecine légale,* tomo 1.º, secção 2.ª, § 2.º, *ne peut suivre les* «*lois et c'est à elle à pousser les législations à s'améliorer et à prou-*«*ver, s'il y a lieu, par des observations indélébiles, qu'elles sont* «*réelment dans l'erreur.*»

(1) Segundo o direito romano, o filho nascido depois do decimo mez não podia ser chamado á herança legitima. «*Post* «*decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam heredita-*«*tem.* Lei 3.ª, § 11.º, Dig. *de suis et legitimis heredibus.* Doutrina identica se encontrava na Lei 29.ª pr., Dig. *de liberis et posthumis heredibus instituendis,* que dizia: «Gallus sic posse institui pos-«thumos nepotes induxit: *Si filius meus, vivo me morietur, tunc si* «*quis mihi ex eo nepos, siveque neptis, post mortem meam in decem* «*mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit* «*heredes sunto.*» O mesmo dispunha a Lei 4.ª, Cod. *de posthumis* «*heredibus instituendis:* «*Quidnam cum testamentum faciebat his* «*verbis usus est: Si filius, vel filia intra decem mensium spatium* «*post mortem meam editi fuerint, heredes sunto.*»

Era ainda, seguindo o mesmo preceito, que a Lei 6.ª, Dig. *de his qui sui, vel alieni juris sunt,* perfilhando a opinião de Juliano, dispunha: «Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus «nascitur. *Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decen-*«*dium, reversum anniculum, invenisse in domo sua: placet nobis Ju-*«*liani sententia, hunc non esse mariti filium.*» A legislação romana consigna, portanto, a doutrina seguida pela medicina legal.

17. Com a opinião dos nossos praxistas não devem escudar-se os legisladores, que sanccionam os partos tardios. Escrevendo n'uma epocha, em que a medicina legal se achava em notavel atrazo, ignorando mesmo as doutrinas, que então preceituava, os nossos velhos reinicolas não podiam aproximar-se das verdadeiras indicações da sciencia.

É por isso que alguns defendiam a legitimidade do filho, nascido depois do decimo mez da concepção. (1)

(1) Gama na *Decisão,* 325.ª n.º 2.º escrevia: «Nec obstat quod filius natus sit post decimum mensem, quia talis partus de jure non reprobatur ad legitimitatem flii... *Imo secundum philosophos et medecinae artis peritos tempus partus mulieris incertum est, licet in reliquis animantibus certum sit.*» Phebo na *Decisão* 51.ª n.º 5.º sustentava tambem que o parto podia demorar-se mais dos dez mezes, fundando-se n'um grande numero de doutores e respeitando sempre a opinião dos peritos — *in cujus sententiae confirmationem faciunt sequentia fundamenta et primo quod in hac materia peritus in arte credendum est.*»

Estes erros dos velhos chronistas do nosso direito são de facil justificação. A defeza dos partos tardios teve muitos seguidores. O proprio Rabelais tinha tractado a questão nas considerações sobre o nascimento de Pantagruel, accumulando um grande numero de citações em seu abono. As universidades mesmo deram assentimento á defeza. Em 1689 a Faculdade de Giessen reputou legitimo o filho de um homem, que, oito dias antes de morrer, estava já summamente debilitado, tendo a gravidez da mulher durado por espaço de dez mezes e vinte e trez dias, fundando-se em que Pedro Aponense dissera de si que nascera depois do undecimo mez, e em que Caldanus escrevera que seu pae viera á luz depois do decimo terceiro mez. Em 1727 a Faculdade de Halle pronunciou-se pela legitimidade de um filho nascido onze mezes e quinze dias depois da partida de seu pae, apoiando-se em exemplos de casos analogos. Do mesmo modo, a Faculdade de Leipsick admittiu como fructo tardio o filho de uma viuva de um anno e treze dias, dizendo que este nascimento pertencia ao numero d'aquelles — *quae rarissime et prœter naturam accidunt.* Veja-se Cas-

18. O termo de trezentos dias pode dizer-se que é reputado por toda a legislação moderna extrangeira como o maior periodo da gravidez. Com raras excepções, os Codigos civis extrangeiros adoptam aquelle periodo. (1)

---

per, *Traité pratique de médecine légale* tomo 1.º, secção 2.ª Que admira, pois, que os nossos praxistas, que decidiam as questões juridicas principalmente pelas opiniões dos doutores e pela auctoridade dos casos julgados, se tornassem defensores dos partos tardios? Bartholo na glosa á lei *Gallus*, (29.ª Dig. *de liberis et posthumis instituendis* in pr. n.º 12) tinha assentido á opinião vulgar e isto era sufficiente para que a legitimidade dos nascimentos demorados fosse recebida no fôro.

(1) Na legislação civil da Turquia, artigo 140.º (Saint-Joseph, *Les Codes étrangers*) o maior periodo da gestação é de vinte e quatro mezes. Referindo-se a esta disposição, diz o mesmo Saint-Joseph: «*Les juristes modernes ont soin de faire observer que ces «dispositions, relatives au terme des couches et au sort des enfants, «furent dictées, non par l'ignorance des lois de la nature, mais pour «un sentiment de humanité.*» Não apoiamos este sentimento de humanidade para com os filhos, que pode redundar na violação dos direitos dos parentes chamados, na sua falta, á herança de seus pais. A lei, que encerra uma disposição d'esta natureza, cria uma paternidade ficticia, e pode originar a completa desorganisação da sociedade domestica. Que importa que a lei imponha os deveres paternaes a um homem, quando este tem a certeza de que o filho lhe não pertence? Pode impor-lhe o affecto e o amor para com o filho adulterino? Não por certo. A lei, que assim dispõe, é contraria aos dictames da natureza, e dará em ultimo resultado o odio entre o chefe da familia e aquelles que a mesma lei considera por uma ficção seus filhos.

O Codigo do Tessino no artigo 76.º estabelece o termo de onze mezes; o Codigo da Baviera, liv. 1.º, cap. 3.º, artigo 2.º, e o Codigo da Prussia, parte 2.ª, tit. 2.º, secção 1.ª, marcam o prazo de trezentos e dois dias. Na Russia, segundo o ukase de 6 de fevereiro de 1850, artigo 1.º, é admittido o prazo de trezentos e seis dias.

Assim legislam os Codigos, de França artigo 315.º, da Sardenha artigo 154.º, das Duas Sicilias artigo 237.º, do Cantão de Vaud artigo 165.º, da Austria artigo 138.º, da Bolivia artigo 207.º, da Hollanda artigo 310.º, das Ilhas Jonias artigo 216.º, da Luisiana artigo 206.º, de Modena artigo 114.º, de Friburgo artigo 154.º, de Lucerna artigo 57.º, de Neuchatel artigo 218.º, de Soleure artigo 247.º, de Vallais artigos 123.º a 128.º, da Servia artigo 118.º, da Argovią artigo 159.º, e as leis da America do Sul artigo 2.º (1)

19.º O codigo civil portuguez, portanto, legalisando o periodo de trezentos dias como o mais longo espaço para a gestação (2), obedeceu ás prescripções da sciencia e trasladou dos Codigos extranhos uma providencia geralmente acceita pelas leis civis das nações civilisadas.

20. Assim como difficilmente se pode fixar o maior periodo da gestação, do mesmo modo é sobremaneira difficil fixar o periodo mais curto. Em ambas as questões a sciencia medica, recolhendo os factos, calcula

(1) Por semanas se conta o tempo da gestação no cantão de Zurich e na Noruega. O Codigo do primeiro d'estes povos diz no artigo 292.º: «*On suppose qu'un enfant ne doit pas être conçu «avant la quarante deuxième et aprés la trente-huitieme semaine qui «précède la naissance.*» Na Noruega é a materia regulada pela Garta do ministro da justiça de 31 de outubro de 1823, onde se estabelece o prazo de quarenta semanas como o maior da gravidez.

(2) Artigos 6.º, 11.º, 1776.º § unico, 101.º, 103.º, 104.º, 130.º, § 3.º e 1233.º

aproximadamente sobre elles, formulando um principio geral, que, em alguns casos, póde ter excepções. (1)

O legislador não deve attender aos phenomenos extraordinarios, porque, se tal fizesse, a lei consideraria legitimos muitos filhos que o não são. A paternidade e a filiação constituem um complexo de direitos sagrados, que a lei deve sempre salvaguardar. Para isto é mister que a sua provisão inspire confiança e seja concebida, não em vista de factos anormaes, mas segundo a generalidade dos casos.

Podem apparecer fétos perfeitamente viaveis com menos de seis mezes de vida intra-uterina, (2) mas nem por isso o legislador deve considerar um tão curto espaço de tempo, como o minimo da gravidez.

---

(1) Assim pensa Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, ao artigo 312.º Diz o illustre commentador: «*Quant à l'époque de la conception, la loi ne pourrait la déterminer «qu'approximativement, en indiquant le délai le plus court possible, «et le délai le plus long possible de la grossesse.*»

(2) Foderé na obra que temos citado § 235.º diz, determinando as idades do desenvolvimento do féto: «*Depuis le cent vin-«gtième jour, jusqu'au cent cinquantième, il se devient de la longueur «de neuf pouces, mais les os de la tête sont encore imparfaits. Du «deux cent dixiéme jour au deux cent quarantième il croît de quatre à «cinq pouces et il a déja acquis une longueur médiocre...*» Com esta analyse das diversas phases por que o féto vai passando no ventre materno pretende o escriptor indicado provar que um féto de cento e cincoenta dias não tem ainda condições de vida. Apezar d'isto, Bronzet cita a historia de um féto de cinco mezes, que se desinvolveu á força de cuidados. La Mothe, no seu *Tractado dos partos*, liv. 1.º, cap. 15.º, pag. 122, aponta muitos exemplos de partos precoces.

Na opinião de Foderé, comtudo, não pode haver questão alguma relativa ao producto da concepção antes dos cento e cincoenta dias, porque até essa época o féto está de tal modo fraco

21. O praso de seis mezes, ou de cento e oitenta dias, é adoptado por quasi todos os Codigos modernos. (1)

Foi esta a doutrina, que acertadamente inseriu o Codigo civil portuguez. (2)

---

e pouco consistente, que é muito raro não perder a vida no proprio momento em que os seus involucros se despegam do utero. «*L'on assure* diz este auctor, *en avoir conservé de six, de cinq et «même de quatre mois et demi de conception, qui, malgré la faiblesse «et l'imperfection attachées naturellement à ces époques n'ont pas «laissé que de parvenir a une vieillesse extrême.*» Similhantes exemplos, julga o notavel tractadista, que devem antes ser considerados como effeito da ignorancia das mulheres sobre o verdadeiro termo da prenhez, podendo concluir-se todas as vezes que taes fétos chegam a viver, que ha engano sobre o tempo, desde o qual começou a concepção.

(1) Seguem este prazo os Codigos de França artigos 312.º e 314.º, das duas Sicilias artigos 234.º e 236.º, da Sardenha artigo 151.º, do Cantão de Vaud artigos 162.º e 164.º, da Bolivia 204.º, da Luiziana 205.º, de Modena 113.º, de Friburgo 149.º, de Lucerna 57.º, do Tessino 76.º, de Vallais 123.º e 128.º, de Neuchatel 215.º, de Soleure 243.º e 244.º, de Parma 77.º, da Servia 113.º, da Argovía 159.º, as leis civis da Turquia artigo 140.º, e o ukase da Russia de 6 de fevereiro de 1850 artigo 7.º O Codigo da Baviera liv. 1.º, cap. 3.º, artigo 2.º marca o prazo de cento e oitenta e dois dias; de sete mezes o Codigo da Austria artigo 138.º, e as leis da America do Sul artigo 4.º

Na legislação romana considera-se nascido em justo tempo o féto de cento e oitenta e dois dias na lei 3.ª § 12.º Dig. *de suis et legitimis heredibus: «De eo autem qui centesimo octogesimo se«cundo die natus est Hipocrates scripsit et divus Pius pontificibus «rescripsit, justo tempore videri natum.»* Falla-se no periodo de sete mezes na lei 12.ª *Dig. de statu hominum: «Septimo mense nasci «perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi «viri Hiprocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis «septimo mense natus est, justum filium esse.»*

(2) Artigos 101.º, 102.º, 103.º, 107.º, 125.º, 130.º e 1234.º

22. Resta-nos fallar da terceira questão enunciada. A sciencia na fixação da epocha em que a mulher se torna inhabil para a geração emprega o mesmo processo que nas questões anteriores. Examina um grande numero de factos, e, pondo de lado as excepções, fixa a epocha da esterilidade aos cincoenta annos. (1)

Esta epocha coincide com a da cessação do fluxo catamenial, que póde variar com as leis especiaes da mulher, (2) com o clima (3) e com muitas outras circumstancias.

---

(1) Haller menciona o caso de duas mulheres, das quaes uma teve um filho aos sessenta e tres annos e a outra aos setenta. Marc falla de uma outra, que tivera o primeiro filho aos quarenta e cinco annos e o setimo aos sessenta. Sr. Macedo Pinto, *Tractado elementar de medicina legal,* cap. 2.º, artigo 7.º — Ha mulheres que continuam a ser menstruadas até aos cincoenta e cinco e mesmo sessenta annos. *Biblioth. med.,* 1829, tom. 3.º, pag. 394. — Outras deixam de ter os menstruos na epocha ordinaria, e são de novo menstruadas aos setenta e dois annos. Ryan, *Manual of midwif,* pag. 44. Dupeyron falla de mulheres, que tinham capacidade para conceber aos oitenta annos; e Blancard cita factos de mulheres menstruadas aos noventa e cinco, e ainda aos cento e cinco annos. Estas são as excepções a que nos referimos. De taes excepções diz Velpeau, *Traité complet de l'art des accouchements,* liv. 2.º, secção 2.ª, artigo 6.º, que devem antes considerar-se como signal de uma doença do que como uma renovação do menstruo. «Todavia, accrescenta o mesmo escriptor, o facto pode ser com«prehendido pelas leis do organismo. *De même que certaines plan«tes reverdissent quelquefois un instant à l'automne, de même une «femme peut dans quelques cas se rapprocher pour un moment de «son jeune âge, quand elle touche au déclin de la vie.*»

(2) Veja-se Foderé, na *obra citada,* tomo 1.º, cap. 11.º § 316.

(3) Longet, *Traité de Physiologie,* tom. 2.º, pag. 732, alludindo á questão de saber, se o clima influe na menstruação, diz que é impossivel admittir a este respeito uma opinião positiva. É certo, todavia, que esta influencia é geralmente reconhecida.

É certo, porém, que as mulheres quinquagenarias são consideradas habitualmente, como inhabeis para a concepção. (1)

O sr. Macedo Pinto diz que a cessação dos catamenios tem logar nos *paizes temperados* na edade de quarenta a quarenta e cinco annos, nos *frios* de quarenta e cinco aos cincoenta, e nos *quentes* dos trinta aos quarenta: vindo pois a menstruação a durar cerca de trinta annos.

«O apparecimento da puberdade, escreve o sr. J. J. Mello, «*Primeiras linhas de physiologia,* § 367.º, varía nos dois sexos, «sendo mais cedo no feminino. *Tambem depende do clima, tempe-«ramento, modo de vida e influencias moraes, sendo mais prematuro «nos climas calidos.*» É tambem o pensar do sr. Costa Simões, *Elementos de physiologia humana,* § 220.º: «A menstruação marca «a epocha da vida em que a mulher se acha com aptidões repro-«ductoras. Começa ordinariamente dos treze aos quinze annos e «termina dos quarenta aos cincoenta, *mas o clima tem muita in-«fluencia na epocha da primeira menstruação.*»

Os escriptores estrangeiros abraçam a mesma opinião. Magendie, *Précis élémentaire de physiologie,* tom. 2.º, pag. 569, diz: «*Vers cinquante ans, plus tard dans le Nord, plus tôt dans les pays «chauds, les règles cessent et avec elles finit l'aptitude à la génération.*» Podem ver-se tambem Velpeau, *Traité des accouchements,* liv. 2.º, secção 2.ª; Debay, *Hygiene et Physiologie du mariage,* cap 35.º; e outros.

Não podemos deixar de mencionar um escriptor que nega a influencia do clima na menstruação. É Becquerel, *Traité élémentaire d'hygiène privée et publique,* parte 7.ª, cap. 3.º Quando se provasse que as mulheres chegam mais cedo á puberdade em alguns povos, isso, no dizer d'este hygienista, não seria uma prova em favor da influencia do clima. As observações provam que na Jamaica, em Antigoa, nas Barbadas e em Nova Granada a menstruação não apparece mais cedo do que em Inglaterra, e deve-se attribuir essa differenra no Indostão á differença de raça e não á acção do clima.

Não escrevendo sobre assumpto da nossa especialidade, contentamo-nos em seguir a opinião commum dos physiologistas.

(1) «*Habituellement,* diz Longet, *vers quarente ans du trouble*

23. Já no direito romano se encontrava esta doutrina. (1) Tinha a confirmação do direito portuguez (2) e era unanimemente seguida na praxe do fôro. (3)

«*survient dans la périodicité des menstrues, on observe des alterna-*«*tives entre de grandes pertes sanguines et de longues suppressions* «*et, vers cinquante ans, les régles cessent entièrement.*» Vejam-se os escriptores, que temos citado, onde se segue geralmente a mesma opinião.

(1) A lei 12.ª Cod. *de legitimis heredibus* suppõe o parto de uma mulher de cincoenta annos *mirabilis et rarus:* «Si major «quinquagenaria partum ediderit, si debet hujusmodi soboles suo «patri succedere, et hereditatem ejus nancisci, a Caesariana adro-«gatione interrogati sumus. *Et sancimus licet mirabilis hujusmodi* «*partus inveniatur et raro contingat.*»

(2) A Ordenação affonsina no liv. 4.º, tit. 102.º legislava sobre o modo de deferir a successão do filho defuncto a seu pai ou mãe—*De como o Padre, ou Madre herdam do filho e nom o Irmão*—sem providenciar sobre os casamentos das quinquagenarias binubas; a Ordenação manuelina no liv. 4.º, tit. 75.º accrescentou: —*E da molher que casou sendo de hidade de cincoenta annos.* É a origem da Ordenação philipina do liv. 4.º, tit. 105.º Nenhuma d'estas leis diz, porém, o fundamento das penas impostas ás binubas quinquagenarias. Na lei de 29 de setembro de 1769, § 29.º, é que se lê o seguinte: «Para as que casarem, tendo mais de cincoenta «annos, *nos quaes cessa a fecundidade*, se manda que sejam os «bens inventariados e lhes seja prohibida toda a alienação d'elles...»

(3) Não pareça estranha esta asserção. A doutrina abraçada hoje pela medicina legal era seguida por todos os nossos praxistas. Lima, *Ad ordinationem*, liv. 4.º, tit. 46.º, ad pr. n.º 15.º dizia: «Dispositio supra (*a que prohibia a communhão de bens entre o* «*marido e a mulher quinquagenaria)* non habet locum in viro «quinquagenario, qui licet descendentes habeat bona communicat, «*vir enim quinquagenarius habilis est ad generandum, quamvis mu-*«*lier non sit.*» Cabedo na *Decisão* 114.ª, n.º 2.º escrevia: «Secundus «casus est quando si vir aliquis quinquagenarius uxorem ducit, «non quinquagenariam, tunc namque ord. haec non locum habet, «nec correlativorum ratio, quae hoc eam diversa est illi adaptari «potest: *vir namque quinquagenarius ad generandum habilis est,*

O Codigo civil portuguez, em vista do que deixamos dicto, subscreveu ainda neste ponto aos mandamentos da sciencia medica e aos preceitos historicos da jurisprudencia. (1)

Em todas as tres questões o Codigo está modelado pelo parecer commum e fundado dos physiologistas e escriptores de medicina legal. Basta o rapido exame das suas disposições para nos convencer que a discussão d'estas questões está ligada á determinação dos direitos e deveres da paternidade e filiação e ás penas civis, impostas ás viuvas que contrahem segundas nupcias.

«*mulier autem quinquagenaria ad concipiendum regulariter non «ita.*» Guerreiro, *Tractatus secundus de divisionibus,* cap. 1.º, n.º 121.º, empregava quasi as mesmas palavras: «Restringitur primo ut «non procedat in viro quinquagenario, qui licet descendentes »habeat bona communicat; *quia vir quinquagenarius habilis est «ad generandum licet mulier non sit.*» Caldas, *De nominatione emphyteutica,* Quaestio 20.ª, n.º 39.º dizia: «Verum haec in foemina «decrepita et quinquagenaria praesertim muliere admitti possunt, «*quoniam in ea aetate constituta sterilis reputatur et conjugio non «apta.*» O mesmo escriptor, *De potestate eligendi,* liv. 3.º, cap. 2.º, n.º 50.º, exprimia-se assim: «... animadverto, legem Regiam non «simpliciter loqui in muliere secundo nubente, *sed in quinquage«naria procreandae sobolis spe jam omnino carente quo casu magis «luxuriae libidines, quam suscipiendae prolis causa matrimonium «contraxisse censetur.*» E finalmente, para não accumular mais citações, era com este fundamento que Pinheiro, *De emphyteusi,* dispositio VI, sectio II, n.º 23.º, tractando a questão de decidir se o marido, tendo poder de nomear para a emphyteuse, podia nomear a mulher e vice-versa: «*utrum maritus habens potestatem «nominandi ad Emphyteusim* possit nominare uxorem, vel e con«tra uxor virum?—seguia a negativa nestes termos: «*Quatenus «viduae quinquagenariae filios habenti, si iterum nubat, speciatiter «interdicit, ne maritum nominare possit ad Emphyteusim.*»

(1)- Artigo 1237.º

CAPITULO II

Summario. — A mulher que contrahir segundas nnpcias, sem terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido, é obrigada a verificar se está, ou não, gravida — Provisão do artigo 1233.º do Codigo Civil — Fundamento d'esta obrigação — Doutrina do direito romano — O direito francez e os outros Codigos extrangeiros — Sancção do artigo 1233.º — Perda dos lucros nupciaes para a mulher que casar, desobedecendo á prescripção da lei — Intelligencia d'esta disposição comparada com as suas fontes — Ainda o direito francez e o romano — Presumpção da paternidade estabelecida pelo Codigo: — Artigo 1234.º — Systemas propostos pelos Jurisconsultos — Sua discussão — Systema do Codigo — Fundamentos d'este systema.

24. Segundo o Codigo Civil, (1) a viuva, que contrahir segundas nupcias, (2) antes de terem decor-

---

(1) Artigo 1233.º

(2) A expressão — *segundas nupcias* — na secção do Codigo, que se inscreve — *Das segundas nupcias,* não deve tomar-se no seu sentido litteral. Aquella expressão comprehende as terceiras, quartas e todas as nupcias posteriores. Na linguagem juridica chamam-se — *segundas nupcias* — todos os casamentos que forem precedidos de outro ou outros. Veja-se Chabrol, *Dictionnaire de législation usuelle,* verbo — *noces.*

rido trezentos dias depois da morte do marido, [1] é obrigada a verificar se está, ou não, gravida.

O Codigo não prohibe á mulher o contrahimento de uma nova união dentro dos dez mezes subsequentes á morte do marido; sómente lhe impõe a obrigação de fazer verificar o seu estado. Esta obrigação funda-se

[1] Como deve ser contado este praso? Variam as opiniões no direito francez ácerca do modo como devem contar-se os cento e oitenta dias da gestação mais curta e os trezentos da gestação mais longa. Ha quatro systemas. O primeiro systema manda contar o *dies a quo* nos cento e oitenta dias: o primeiro dos cento e oitenta dias é o da celebração do casamento; e manda excluir o *dies a quo* na contagem dos trezentos dias. Assim, no computo dos cento e oitenta principia a contar-se desde o dia do casamento inclusivamente, e no computo dos trezentos desde o dia seguinte ao do casamento. Este systema funda-se no artigo 314.º do Codigo Civil francez nas palavras — *l'enfant né avant le quatre vingtième jour* — e no artigo 315.º nas palavras — *l'enfant né trois cents jours après.* — É força confessar que a redacção dos dois artigos dá origem á distincção. O segundo systema, que é seguido por Toullier, manda começar a contar do *dies a quo* em ambas as hypotheses, de sorte que o primeiro dia é sempre o da celebração do casamento. O terceiro sistema, que é o de Demolombe, manda excluir nos dois casos o *dies a quo,* principiando sempre a contagem no dia seguinte ao do casamento. O quarto systema, emfim, seguido por Valette, citado por Arntz, *Cours de droit civil français,* n.º 303.º, manda contar o periodo de hora a hora, e isso desde o casamento (Cod. Civ. fr., art. 314.º), desde a dissolução (art. 315.º), desde a impossibilidade physica da cohabitação e da cessação d'essa impossibilidade (art. 312.º). Este ultimo systema é geralmente impugnado. «*La durée de la gestation ne se détermine,* diz «Demante e Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code Civil,* «tom. 2.º, n.º 38.º, *ni par heure ni par mois, elle se compte par jours «et le calcul a pour base le chiffre 300 comme maximum et 180 «comme minimum*». Com effeito, se póde fixar-se o momento da dissolução e da celebração do casamento, é difficil fixar o momento do começo da impossibilidade physica de cohabitação e da cessação d'essa impossibilidade. Por isso impugnamos tambem o

na necessidade de evitar a confusão do parto e de assegurar ao filho os direitos da paternidade legitima. (1).

Se a mulher está gravida, nomeia-se curador ao ventre, que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro (2) e protegidos

---

ultimo systema por inapplicavel ao artigo 103.º do nosso Codigo, e parece-nos que, em vista dos artigos 101.º, 102.º, 103.º, 104.º e 1234.º, deve sempre excluir-se na contagem o dia do casamento. A palavra — *depois* — empregada naquelles artigos assim o indica. Na hypothese do artigo 1233.º deve excluir-se na contagem o dia da morte. Veja-se Acollas, *Cours élémentaire de droit,* ao artigo 312.º; Duranton e Demolombe, quando tractam da paternidade e da filiação; Picot, *Code Napoléon expliqué,* ao artigo 228.º; e outros.

(1) Bélime, *Philosophie du droit,* tom. 2.º, liv. 1.º, cap. 10.º, diz que a prohibição do casamento pela legislação romana dentro do anno de lucto, que comprehendia o espaço de dez mezes na lei de Numa, era sanccionada *propter turbationem sanguinls.* Lei 11.ª, § 1.º Dig. *de his qui notantur infamia.* Marcadé, *Explication du Code Civil,* liv. 1.º, tit. 5.º, artigo 228.º, diz tambem que o impedimento estabelecido por este artigo tem por fim evitar a confusão do parto, *turbationem sanguinis,* e prevenir a incerteza em que se estaria de saber se é ao precedente marido, ou ao marido actualque deve ser attribuida a paternidade do filho nascido nos primeiros mezes do novo casamento. Ao mesmo respeito escreve Salvador, *Lecciones elementares de historia y derecho civil, mercantil y penal de España,* tom. 1.º, parte 2.ª, lecc. 7.ª, § 2.º:... «*sin embargo, como el objeto de estas leyes no es otro sino el evitar el peligro de confusion en la prole, y de que no se ingiera en una familia el que realmente no pertenezca á ella*».— A mesma idéa se encontra em Duranton, *Cours de droit civil,* tom. 1.º, n.º 762.º, em Acollas, ao artigo 228.º; e em Delvincourt, *Cours de Code Civil* tom. 1.º, pag. 65.

(2) Codigo Civil, artigo 157.º O assento d'esta materia, antes do Codigo Civil, eram as ordenações do liv. 3.º, tit. 18.º, § 7.º e do liv. 4.º, tit. 95.º, § *inicial.* A viuva, que ficava gravida do marido defuncto, constando o casal de bens em que ella não po-

d'este modo os direitos do embryão, [1] nada impede que se realise o segundo matrimonio. A providencia do Codigo é, pois, digna de notar-se. Se o compararmos com as disposições das outras legislações civis, facilmente nos convenceremos da sua excellencia. Não se prohibe absolutamente o segundo casamento dentro

---

dia ter a posse nos termos da Ordenação do liv. 4.º, tit. 95.º, implorava o officio do juiz para entrar na posse dos bens de que o posthumo era legitimo successor, verificada que fosse a prenhez. Todavia a legislação moderna, attendendo aos inconvenientes que d'aqui resultavam, e ao nenhum titulo de que podia lançar-se mão para fundamentar esta posse da viuva antes de nascido o filho, alteraram completamente as leis antigas neste ponto. Como poderia conceder-se á mãe um direito eventual? Este direito depende do nascimento do filho com vida, porque, se nasce sem ella, os bens passam aos herdeiros do pae defuncto e não aos do filho, para quem não passaram taes direitos, visto a capacidade juridica só se adquirir pelo nascimento (Codigo Civil, artigo 6.º); e nem esta posse póde estribar-se no patrio poder da mãe, direito que esta sómente adquire, depois do nascimento do filho com vida. Logo que o filho é procreado, fica debaixo da protecção da lei; e o artigo 157.º é uma das disposições que protegem o individuo procreado. Vê-se da doutrina d'este artigo que a mãe não póde tomar posse em nome do ventre, sendo d'este modo revogadas as citadas Ordenações, bem como o artigo 293.º n.º 5.º da Novissima Reforma Judiciaria. Vejam-se as *Actas da Commissão Revisora,* pag. 32, o Projecto do Codigo hespanhol, artigos 786.º-789.º, o Codigo Civil francez, artigo 393.º, o Codigo da Luisiana, artigos 414.º-417.º, e o Codigo da Austria, artigo 270.º Veja-se tambem Goyena, no appendice ao tom. 2.º, n.º 13.º, pag. 381-383; Rocha, *Instituições de direito civil portuguez*, § 361; Lobão, *Acções summarias,* §§ 401.º-405.º Emquanto ao processo, que devia seguir-se na posse em nome do ventre, acha-se em *Pereira e Sousa,* nota 1023.º; Correia Telles, *Manual de processo civil,* § 602.º; e sr. Innocencio de Sousa Duarte, *Novissima Practica Judiciaria,* n.os 705.º e 706.º

[1] Codigo Civil, artigos 110.º, 1234.º, 1479.º, 1777.º, 1824.º

do anno de lucto; prohibe-se unicamente que, dentro de certo tempo, a mulher o contráia, sem se ter previamente sujeitado ao exame dos peritos, tendente a verificar se está, ou não, gravida.

25. O direito romano prohibia o casamento dentro do anno de lucto (1) e o direito francez actual, conservando a tradição historica; (2) preceitua que a

---

(1) A viuva que casava dentro do anno do lucto incorria na pena de infamia. A lei 1.ª Dig. *de his qui notantur infamia* diz: «*Infamia notatur... Qui eam, quae in potestate ejus esset, genero «mortuo, cùm eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere «virum moris est antequam virum elugeret, in matrimonium collo«caverit.*» Do mesmo modo preceituava a lei 1.ª Cod. *de secundis nuptiis: «Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro «nuptiarum festinatione praestiterit: ex jure quidem notissimo sit «infamis.*» A lei 4.ª Cod. *ad SCtum Tertullianum* nas palavras — *ex jure quidem notissimo infamis* — e a *Novella* 22.ª, cap. 22.º nas expressões — *ut non ante annale tempus ad secundum veniant matrimonium* — exprimem o mesmo pensamento.

(2) A disposição da legislação romana, que prohibia á viuva o casar dentro do anno do lucto sob severas penas, esteve em vigor em França até á promulgação do Codigo de Napoleão. Veja-se Dalloz, *Répertoire de jurisprudence,* verbo--*mariage,* n.º 965.º

Dumoulin sobre o antigo costume de Paris tinha dicto que se abandonaram em França as penas introduzidas pelas leis romanas contra as mulheres, que se casavam durante o anno do lucto; mas Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* verbo — *deuil,* estudando a jurisprudencia observada a este respeito nos differentes tribunaes soberanos até ao começo do seculo XVIII, encontra muitos exemplos de viuvas, que perderam as vantagens nupciaes por casarem no primeiro anno da viuvez, e cita muitos decretos dos parlamentos de Grenoble, de Dijon e de Aix, em que se comminam penas ás mulheres que casam dentro do anno de lucto. Referindo-se ás penas em questão diz Crivelli, *Dictionaire du droit civil commercial et criminel,* verbo — *noces: «Ces peines ont*

mulher não póde contrahir um novo casamento, senão passados dez mezes depois da dissolução do casamento anterior. (1)

Em outros Codigos fixa-se um praso mais ou menos longo, durante o qual é prohibida á mulher a celebração de um novo enlace. (2)

Estes Codigos entendem que a decencia publica obriga a mulher a conservar-se de lucto durante um certo periodo, respeitando assim a memoria do marido defuncto.

Não acceitamos uma doutrina, que se fundamenta em um principio, desprezando-lhe as consequencias. Desde que se considerou como esteio da prohibição o

---

«été abrogées par la loi du 17 nivóse an II, *art. 12e, et par celle du 9 «fructidor suivant, art. 28e».*

É pois certo que a prohibição de casar dentro do anno da viuvez existiu desde longa data no direito francez, acompanhada, além d'isso, de severas penas para as binubas que a transgredissem.

(1) O artigo 228.º dispõe: *«La femme ne peut contracter un «nouveau mariage qu'après dix mois révolus, depuis la dissolution «du mariage précédent.»*

(2) O Codigo do Haïti, no artigo 213.º, o Codigo do Cantão de Vaud, artigo 127.º, e o Codigo das Ilhas Jonïas, artigo 146.º, estabelecem o praso de um anno. O praso de dez mezes é estabelecido pelo citado artigo do Codigo francez e pelos Codigos da Sardenha artigo 145.º, de Vallais artigo 102.º, de Bade artigo 228.º, da Bolivia artigo 179.º e de Brunswick artigo 18.º O praso de nove mezes é estabelecido pelo Codigo da Servia artigo 105.º e pelo do Hanovre artigo 10.º; o de seis mezes pelos Codigos de Francfort artigo 15.º, de Saint-Gall artigo 8.º e de Wurtemberg artigo 52.º O praso de tres mezes é fixado pela Ordenação dinamarqueza de 30 de abril de abril de 1824 para as viuvas dos camponezes e das pessoas da classe inferior.

pretendido desprezo pela morte do marido pelo facto de um segundo casamento, deve admittir-se egual prohibição para o marido viuvo.

Se a decencia publica não tolera que uma mulher contráia um novo matrimonio, pouco tempo depois da morte de seu marido, tambem não deve consentir que um homem contráia uma nova união, pouco tempo depois da morte de sua esposa. Ha perfeita analogia de hypotheses. (1).

---

(1) Concordamos plenamente com Acollas, *Cours élémentaire de droit*, ao artigo 228.º, quando diz: «*S'il y a une morale et «une décence publiques pour la femme, il y a une autre pour l'homme, «mais c'est assurément affaire de conscience et de sentiments indivi-«duels, de décider de la question de savoir, si après la dissolution «d'un premier mariage, il y a lieu de s'engager promptement ou tar-«divement dans une nouvelle union.*» Effectivamente, alguns Codigos têm imposto tambem uma prohibição ao marido viuvo de casar dentro de um certo periodo, depois da viuvez. Assim o Codigo de Wurtemberg dispõe: «*Le veuf ou la veuve ne peuvent se re-«marier que six mois après le décès de leur conjoint.*» O Codigo da Dinamarca, artigo 75.º, estabelece que o marido não póde contrahir um novo casamento, senão passados tres mezes depois da morte de sua mulher, e a mulher só depois de decorrido um anno. Pela Ordenação dinamarqueza, de 30 de abril de 1824, fixa-se o praso de seis mezes para o marido e de tres mezes para a mulher, sendo camponezes ou pessoas da classe inferior. As leis civis de Francfort, artigo 15.º e do Hanovre artigo 10.º, marcam o periodo de tres mezes, e as Leis de Saint-Gall, artigo 8.º, o praso de dois mezes para o marido. Estes Codigos são coherentes. O principio da decencia publica que se invoca é tão susceptivel de se applicar á mulher como ao marido.

Antes de encerrar esta nota, não podemos deixar de mencionar a opinião de Delsol, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, ao artigo 228.º: «*Le véritable motif de la disposition du Code «est qu'il convient d'empêcher une veuve de céder à l'entraînement «d'affections nouvelles, et de convoler en secondes noces, lorsque la «cendre de son premier mari est à peine refroidie, et que son souve-*

O Codigo Civil portuguez, pois, permittindo o contrahimento de um novo enlace em qualquer epocha, uma vez que seja satisfeita a exigencia da lei, justificada pelo interesse do filho das primeiras nupcias, comprehendeu melhor, que a generalidade dos outros Codigos, a natureza da restricção, imposta á liberdade dos conjuges. (1)

26. Mas supponha-se que a mulher contrahiu um

«*nir est encore vivant dans tous les esprits.*» É realmente de admirar que o verdadeiro motivo da disposição do artigo 228.º do Codigo francez seja o indicado por este escriptor, e que elle não comprehenda todo o alcance do seu principio. A moralidade exige que a mulher não desacate as cinzas ainda quentes do marido, cuja lembrança está no espirito de todos, e consente que o marido contráia um novo consorcio no dia seguinte ao da morte de sua esposa! Além de tudo isto, Delsol accrescenta: «*Le Code «n'impose pas au mari le même veuvage qu'à la femme, probable«ment pour ne pas l'exposer à une trop grave perturbation dans ses «affaires pour la prolongation de son isolement.*» Isto quer dizer que a lei não impõe a viuvez ao marido, porque o marido necessita para os seus negocios de contrahir um novo casamento; mas a mulher viuva deve sujeitar-se á viuvez legal, porque não precisa do auxilio de um novo marido. Por outras palavras: a mulher viuva tem mais capacidade para gerir os seus interesses e os dos filhos do primeiro matrimonio do que o homem viuvo. Parece-nos esta proposição evidentemente absurda.

(1) É digna de referir-se a disposição do Codigo da Servia no artigo 105.º: «*La femme qui a obtenu son divorce, ou sera de«clarée libre, ne pourra se marier avant son accouchement, si elle est «enceinte. Si son état de grossesse n'est pas connu, elle ne pourra se «marier qu'après neuf mois du jour du divorce. Toutefois dans le cas «où il serait établi par les certificats des docteurs, devant le tribunal, «qu'elle n'est pas enceinte, elle pourra se remarier après six mois ré«volus.*» Esta doutrina approxima-se da disposição do nosso Codigo; comtudo, ainda quando a mulher verifique que não está

novo casamento dentro dos trezentos dias posteriores á morte do marido, sem ter feito verificar previamente se está, ou não, gravida. Em tal caso, a mulher binuba perde todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber da parte do marido anterior, os quaes passarão aos legitimos herdeiros d'este; e o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho que nascer passados cento e oitenta dias, depois do seu casamento, tendo, comtudo, o filho o direito de reclamar a paternidade do marido anterior, podendo proval-a. (1)

A primeira disposição do Codigo, preceituando a perda dos lucros nupciaes em favor dos herdeiros legitimos do marido defuncto, imposta á viuva que casa, desobedecendo á lei, é sanccionada por alguns Codigos extrangeiros. (2)

---

gravida, não póde contrahir casamento no periodo da viuvez legal, que é de seis mezes. Segundo as Leis civis da Toscana, artigo 75.º, modeladas neste ponto pelos dictames do direito canonico, tanto a mulher como o marido viuvo podem contrahir segundo casamento n'uma epocha qualquer depois da dissolução do anterior: «*On peut se remarier à une époque quelconque après «la dissolution du mariage précédent.*» A mesma liberdade existe nas Leis da Gran-Bretanha, artigo 157.º Vejam-se na collecção de Saint Joseph.

(1) Cod. Civil artigo 1234.º

(2) O Codigo da Sardenha, artigo 145.º, diz: «*La femme qui «contracte un nouveau mariage avant dix mois révolus depuis le dé«cès de son mari, perd tous les gains nuptiaux, établis par la loi ou «convenus avec le premier mari, ainsi que les autres libéralités, qu'elle «tient de lui.*» Esta disposição, que foi a fonte do primeiro alinea do artigo 1234.º do Codigo portuguez, é mais lata do que a do mesmo artigo. Não falla só dos lucros nupciais estabelecidos pela lei ou convenção, falla tambem de quaesquer outras liberalidades

O direito francez dá logar a questionar-se a validade do segundo casamento contrahido em desprezo da lei [1], e póde dizer-se que não encerra uma disposição completa.

---

que a mulher tivesse do marido. Parece-nos, todavia, que é este egualmente o sentido da phrase — *todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior* — empregada no citado artigo 1234.º Todas as liberalidades feitas pelo marido á mulher com acceitação d'ella implicam convenções; e uma vez que os herdeiros legitimos do conjuge fallecido possam provar a convenção, têm o direito de sucessão nos bens sobre que versou a mesma convenção. O Codigo do Cantão de Vallais, no artigo 102.º, estabelece a perda de — «*tous les avantages qu'elle avait obtenues de son premier mari, tant «en vertu des conventions matrimoniales, que par dispositions de der«nière volonté.*»—O artigo 1234.º do nosso Codigo comprehenderá tambem os bens deixados á mulher por disposição da ultima vontade do marido defuncto?

Cremos que sim, embora o Codigo se não refira expressamente a este caso. A identidade da razão existe tanto no caso da convenção feita em vida do marido, como no caso da disposição testamentaria.

(1) O Codigo Civil francez limita-se a prohibir o casamento nos dez mezes posteriores á morte do marido, sem estabelecer uma sancção para a sua transgressão. Questiona-se se o impedimento será dirimente, ou tão sómente impediente. Delvincourt, *Cours du Code Civil,* tom. 1.º, pag. 65, menciona o impedimento e nas *Notes et explications* segue o parecer de que este impedimento é dirimente, embora não traga comsigo a nullidade do casameuto. Rogron, *Code Civil expliqué,* ao artigo 228.º, sustenta que o casamento contrahido em inobservancia da lei nem por isso fica nullo, e cita o Aresto do Tribunal de Cassação, de 29 de outubro de 1811. Este é o pensar commum dos escriptores. O Codigo Penal francez impõe uma multa de 16 a 300 francos ao official civil, que celebrar tal casamento. Veja-se Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal,* artigo 194.º; Dalloz, *Répertoire de jurisprudence* verbo—*mariage* n.º 966.º; Duranton, *Cours de droit civil,* n.º 763.º; Acollas, ao

27. Não assim o direito romano. Neste está claramente estabelecida para as viuvas, que casam dentro do anno do lucto, a perda dos bens adquiridos da parte do marido defuncto, quer por direito esponsalicio, quer por vontade do defuncto, (1) além de outras penas, taes como a prohibição de doar ao segundo marido mais do que a terça parte dos seus bens e a inhibição

---

artigo 228.º; e Marcadé, ao mesmo artigo, que resume a questão nestas palavras: «*Du reste, le chapitre des nullités, n'indiquant «point cette circonstance parmi les causes d'annulation du mariage, «il s'en suit que l'union contractée par la femme avant l'expiration «des dix mois ne pourrait être déclarée nulle sur ce motif, et que la «défense de notre article ne constitue qu'un empêchement prohibitif.*» Sendo assim, pelo direito francez, a pena recáe unicamente sobre o oficial que celebra o casamento em contravenção ao disposto na lei. Para a mulher estabelecem algumas leis tambem a pena pecuniaria da multa. O Codigo do Grão-Ducado de Bade castiga a viuva, que casa no espaço marcado pela lei, com uma multa de 15 a 50 florins. Em Hespanha, além da perda das doações feitas pelo marido, o Codigo Penal impõe á mesma viuva a multa de 20 a 200 duros. Veja-se Salvador, *Lecciones elementares,* tom. 1.º, part. 2.ª, licç. 7.ª, § 2.º

(1) A Lei 2.ª, Cod. *de secundis nuptiis,* diz: «*...atque omnïa «quae de prioris mariti bonis vel jure sponsalitio, vel judicio defuncti, «conjugis consecuta fuerat, amittat*» Isto mesmo se deduz da lei 8.º § 4.º, in fine Cod. *de repudiis: «Si vero causam probaverit intenta-«tam: tunc eam et dotem recuperare et ante nuptias donationem lucro «habere, aut legibus vindicare censimus, et nubendi post annum ei «(ne quis de prole dubitet) permittimus facultatem.*» D'esta lei se infere que, quando não provasse a causa intentada, perdia a mulher o dote e a doação ante nupcial. A Novella 22.ª, cap. 22.º, tractando das viuvas dizia: «*... aut sciunt, quia si quid tale gesserint* (o casa-«rem dentro do anno do lucto) *et immaturas contraxerint nuptias «subeunt poenas; alias quidem si sine filiis ex prioribus sint matri-«moniis: majores autem si etiam filii sint. Si enim nom est sobolis, «infamia mox sequetur: et erit omnino mulier propter nuptiarum fes-*

de acceitar dos extranhos doação, herança, fideicommisso ou legado. (1)

O direito romano, por isso, pode ser um valioso elemento de interpretação na analyse da disposição do nosso Codigo Civil. (2)

«tinationem infamis, et neque percipiet aliquid bonum quae a priore «relicta sunt ei consortio neque fructus sponsalitia largitate...»

É pois manifesto que todos os lucros nupciaes eram por direito romano perdidos para a mulher, que casava dentro do anno do lucto, ainda quando não tivesse filhos de matrimonio anterior.

(1) Isto parece concluir-se da citada *Novella* 22.ª, cap. 22.º Além das penas indicadas, a Novella accrescenta: «... *neque «marito secundarum nuptiarum ultra tertiam suae substantiae offeret «partem; sed neque extrinsecus sentiet largitatem; neque percipiet «penitus ab ullo extraneorum, non hereditatem, non fideicommissum, «non legatum, non mortis causa donationem.»* As doações, heranças, legados e fideicommissos das pessoas extranhas deveriam passar aos herdeiros do defuncto nestes termos (citada *Novella): «sed «haec veniant aut maneant apud heredes defuncti, aut coheredes ejus, «si poterat heres esse, utpote ea nullam utilitatem habente. Sed si «scripti et alii sunt heredes, sive etiam ab intestato vocentur: ad illos «veniens quae tali mulieri derelicta sunt: non enim fiscus haec vin-«dicabit.»*

(2) Já dissemos que, em nossa opinião, o Codigo no artigo 1234.º comprehendia tambem os bens deixados pelo marido em testamento á esposa binuba, como aquelles que a esposa adquiria por convenção com o marido na constancia do matrimonio. Não são unicamente as vantagens antenupciaes que a mulher perde. Os esposos podem estipular, antes da celebração do casamento e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens, Codigo Civil, artigo 1096.º, sendo as convenções celebradas em escritura publica, artigo 1097.º; ora, todas as vantagens estipuladas nestas convenções antenupciaes, que a mulher recebeu ou haja de receber por parte do marido anterior, são perdidas em beneficio dos herdeiros legitimos d'elle. Podem

28. A disposição do Codigo, [1] estabelecendo que o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho, que nascer passados cento e oitenta dias depois do seu casamento, não é, em verdade, uma pena imposta á viuva binuba. Pode, em alguns casos, ser até uma pena, cujos effeitos recáiam sobre o filho do primeiro casamento.

Comprehende-se que seja mais conveniente para o filho ser chamado á successão do marido anterior e gozar dos direitos inherentes á paternidade d'elle, do que ficar sujeito ao poder paternal do segundo marido

---

egualmente, depois da celebração do matrimonio, fazer novas convenções, pelas quaes a mulher seja beneficiada, Codigo Civil, artigo 1178.º-1183.º; todas as vantagens provenientes d'estas convenções são do mesmo modo perdidas pelo segundo consorcio da mulher.

A Novella 22.ª cap. 22.º fallava das liberalidades esponsalicias —*sponsalitia largitate*—e entre estas liberalidades estão comprehendidas aquellas de que tractamos.

O artigo 1234.º refere-se tambem ás vantagens que a mulher recebeu ou haja de receber por *lei*. Supponhamos que o casamento foi contrahido com communhão de bens, e que a mulher foi beneficiada com essa communhão; se a mulher passar a segundas nupcias, perde os beneficios da communhão e fica unicamente com os bens que levou para o casal? Parece-nos que sim, visto que a *lei* lhe conferiu na partilha metade dos bens do casal, e por isso lhe conferiu lucros sobre os bens do marido, que devem passar aos seus herdeiros. Mas supponha-se que a mulher, em vez de ser beneficiada com a communhão, foi, pelo contrario, prejudicada? Em tal caso, não houve lucros e, por isso, não pode applicar-se a disposição do Codigo. Já o pensamento do direito romano consistia em privar a mulher de todos os beneficios do casamento anterior, transmittindo-os para os herdeiros do conjuge fallecido. É este tambem o espirito dos Codigos, que encerram disposição identica, e afigura-se-nos ser o espirito do nosso Codigo.

(1) Citado artigo 1234.º *alinea* 2.º

de sua mãe. Pode mesmo dizer-se que, em certas hypotheses, tanta razão ha para declarar que o filho pertence ao primeiro, como que pertence ao segundo marido, e que, portanto, não pode a lei impôr-lhe a paternidade d'este.

Effectivamente, pode acontecer que a mulher case no primeiro mez, por exemplo, depois da morte do primeiro marido e que o filho nasça no septimo ou oitavo mez depois da casamento.

Neste caso, o filho, em face da lei, tanto pode ser do primeiro marido, visto que nasceu sem terem decorrido trezentos dias, depois da sua morte, como pode ser do segundo marido, visto que nasceu, passados cento e oitenta dias depois do seu casamento.

29. Diversos systemas têm sido apresentados pelos jurisperitos para resolver a questão.

O primeiro systema sustenta que as duas presumpções se neutralisam e que o filho não pertence nem a um, nem a outro marido. (1)

---

(1) D'este systema faz menção Voët, *Ad Pandectas*, liv. 1.º, tit. 6.º, n.º 9.º nos seguintes termos: «... *aliis contra visum fuit «partum talem neutrius mariti liberis ob incertitudinem accensendum «esse, ac ab utriusque hereditate depellendum»*. É tambem referido por Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, n.º 93.º, e Duranton, tom. 2.º n.º 63.º Este systema, querendo destruir duas presumpções, dá origem a uma outra presumpção mais inconveniente que as primeiras. Por este systema a lei presume que pode existir um filho sem pai. Nenhum legislador sensato se lembraria por certo de collocar sob a egide da lei uma supposição d'esta natureza. A presumpção é um raciocinio, que a lei faz, e quando o raciocinio é de tal ordem, que dá em resultado a conclusão de que pode existir um filho sem pai, é evidentemente absurdo.

Além d'isso, que culpa tinha o filho, por causa do casamento de sua mãe, que fizesse com que fosse privado da successão do

O segundo propõe que o filho adopte a paternidade dos dois maridos, porque, collocado á sombra das duas presumpções que o protegem, deve gozar dos seus beneficios. (1)

O terceiro deixa ao arbitrio do filho a escolha de paternidade. (2)

---

primeiro e do segundo marido? A lei, que acolhesse este systema, deixaria desherdada, ao abandono, sem propriedade, nem familia uma pessoa completamente innocente. Não encontramos, felizmente, este systema perfilhado pelos Codigos dos paizes civilizados.

(1) Voët na *obra citada* expõe assim este systema: «*Sunt «enim quibus placuit talem habendum esse utriusque mariti filium, «ex utriusque alendum patrimonio et ad hereditatem utriusque admit-«tendum.*» Esta nova presumpção, tendo por fim conciliar as duas presumpções oppostas da lei, cria uma doutrina, tão condemnavel como a do primeiro systema. Assim como é absurdo suppor que o filho não tenha pai, é egualmente absurdo suppor que o filho tenha dois pais. É mister reconhecer, porém, que o segundo systema não despreza, como o primeiro, os direitos dos filhos nascidos durante os primeiros mezes do segundo casamento. Bastava este facto para que a sua superioridade fosse reconhecida. Não obstante, comtudo. esta concessão que faz aos filhos, não o abraçamos, porque dá origem a duas paternidades, uma das quaes ha de ser necessariamente ficticia.

(2) Este systema é seguido em Inglaterra, e já era enunciado por Voët: «*Sunt et qui arbitrio prolis tribuunt electionem, utrum de-«functi an superstitis haberi cupiat.*» O mesmo Voët alcunha-o de ridiculo e repugnante á natureza: «*et ridiculum sit atque naturae repugnans ut quis vel hunc, vel illum suo arbitratu haberet genitorem.*» Que motivos teria, com effeito, o filho para se determinar na escolha? Deixar-se-ia levar pelas vantagens resultantes de uma ou outra paternidade? Em tal caso, a disposição da lei era immoral, porque facultaria ao mesmo filho o gozo de uma paternidade, que podia não lhe pertencer, simplesmente porque lhe era mais conveniente ser chamado á successão do pae escolhido, do que á

O quarto alvitra que a questão seja decidida pelas similhanças physicas entre o filho e o pai. (1)

O quinto concede aos tribunaes a faculdade de investigar qual dos maridos se deve reputar pae, em harmonia com as circumstancias e com o legitimo interesse do filho. (2)

---

d'aquelle que na realidade o era. Em muitos casos, o proprio filho vacillaria na escolha da paternidade, e quando se determinasse, teria, durante toda a vida, no seu espirito a duvida de que o pai escolhido não era aquelle que lhe dera o ser.

(1) Diz ainda Voët: «*Nec magis placet illorum sententia, qui «ex vultu partus ac lineamentis defunctum maritum superstitemve «magis referentibus, dignoscendum putant, utrius filius is sit habendus.*» Este systema é assim apreciado por este escriptor: «*Quam «fallax tamen hoc sit fundamentum, dum non minus frequenter dis«similes parentibus gignuntur nati; forma, robore, ingenio, moribus, «matri vel extraneis magis assimilati a natura, quam patri experien«tia testis est.*» Podia acontecer muitas vezes que o filho se não assimilhasse nem a um nem a outro dos paes, e que, então, fosse impossivel applicar este systema. As similhanças physicas, portanto, representam uma indicação da paternidade demasiado contingente.

(2) Este systema tem mais seguidores do que os antecedentes. O Codigo da Austria no artigo 157.º dispõe que a legitimidade de um nascimento prematuro ou tardio não pode ser provada, senão por peritos, que, depois de um maduro exame do estado da criança e da mãe, indiquem claramente a causa d'esse facto extraordinario. Rogron, *Code Civil expliqué,* ao artigo 228.º, escreve: «*Mais si elle accouchait huit mois après, quel serait le père de l'en«fant? c'est aux tribunaux à se guider d'après l'intérêt de l'enfant, et «principalement d'après les circonstances, qui le plus souvènt feront «attribuer l'enfant au second mari.*» Marcadé na annotação ao artigo 228.º parece perfilhar tambem este systema. Diz elle, fallando do modo de decidir a paternidade: «*... il faudra décider en fait «et d'aprés le témoignage des gens de l'art, si l'enfant est venu aprés «une courte ou une longue gestation.*» Picot, *Code Napoléon expliqué,*

O sexto defende que o filho deve pertencer ao primeiro marido. (1)

---

no mesmo artigo tambem perfilha este systema: «*Si la veuve s'est «remariée dans le mois qui a suivi la mort de son mari, et accouche «quand il est ecoulé moins de trois cents jours, depuis la dissolution «du premier mariage et plus de cent quatre vingt jours depuis la cé- «lébration du second, les tribunaux, qui décideront d'après les circons- «tances quel est le père de l'enfant, auront généralement des raisons «puissantes pour attribuer cette enfant au second mari*». Segundo se vê de Demolombe, *Traité de la paternité,* parece ser este tambem o systema de Valette, Duvergier, Zachariae, Aubry, Rau, Massé e Vergé. Lacombe, *Recueil de jurisprudence,* verbo—*enfant,* n.º 8.º fazia já menção deste systema. «*Si l'on n'est pas d'accord au temps «de la conception,* dizia Lacombe, *on ordonne que les Médecins, Chi- «rurgiens, et Sages-femmes seront ouis.*» É egualmeute a opinião de Demante e Colmet de Santerre, *Cours de Code Civil,* artigo 311.º Os civilistas, que perfilham este systema, concordam que as mais das vezes o filho ha de ser attribuido pelos peritos ao segundo marido. Isto seria sufficiente para provar que a lei que adopte o systema, que concede a paternidade do filho ao segundo marido, se funda na generalidade dos casos em que tem logar o exame dos peritos. Tal lei não faz mais do que confirmar o resultado geral dos casos observados. É por isso qne este systema tem proximas affinidades com aquelle que confere a paternidade ao segundo marido.

(1) Richefort, que segue este systema, ensina que o filho pertence ao primeiro marido, fundando-se principalmente na nullidade do segundo casamento. Já vimos que a nullidade do segundo casamento, contrahido durante o periodo legal da viuvez, era questionada na jurisprudencia franceza, sendo a opinião, que considera valido o casamento, geralmente recebida. Entre nós, a validade de tal casamento não é susceptivel de questão. Se o artigo 1233.º é transgredido pela viuva, e esta contrahe um novo enlace no praso fixado, não está sujeita a outras penas, que não sejam as determinadas no artigo 1234.º Este encerra a sancção d'aquelle. Não pode, portanto, sustentar-se no nosso direito este systema com as razões indicadas.

O septimo, finalmente, estabelece que o filho deve pertencer ao segundo marido. (1)

O Codigo impõe ao filho a paternidade do segundo marido, (2) mas concede-lhe a faculdade de reclamar a

(1) Já Voët na *obra citada* dava preferencia a este systema. É assim que se exprime: «*Probabilius ergo et analogiae juris con-«venientius videtur, marito secundo partum attribui.*» Modernamente tem-se prestado assenso a este systema. Demolombe não contesta que, em certos casos, possa o filho pertencer ao primeiro marido. «*Mais je ne conteste pas que l'enfant ne pût être dans certains cas «fondé à prétendre qu'il appartient au premier mari.*» Mas entende que por outras razões se deve attribuir a paternidade ao segundo marido. «*L'enfant*, diz elle, *est né dans le second mariage, et cette «circonstance importante fortifie au plus haut degré la nouvelle pre-«somption légale, qui s'est en quelque sort superposée sur la première «et qui a pour elle tout ensemble le droit et le fait*» Com effeito o principio do direito romano—*pater is est quem nuptiae demonstrant*—ou—*il marito é padre del figlio concepito durante il matrimonio*—do artigo 159.º do Codigo italiano, recebido como um principio de interesse particular do filho e, alem d'isso, de ordem social, leva-nos a esta conclusão.

(2) Em vista da Ordenação do liv. 4.º, tit. 106.º a mulher podia casar depois da morte do marido em qualquer epocha sem por isso ser infamada. Em face da Ordenação, podia ter logar o nascimento de um filho, algum tempo depois do segundo casamento. Como decidir a questão?

Correia Telles, *Digesto Portuguez*, vol. 2.º, art. 462.º, cuja opinião foi abraçada por Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, § 292.º mandava attender ao periodo ordinario da gravidez. Se o filho nascia nos nove mezes depois da morte do primeiro marido, presumia-se d'este: se depois, presumia-se do segundo. É em ultima analyse um novo systema. É facil de ver, porém, que tem contra si fortes argumentos. Comprehende-se que o filho nasça depois do nono mez do fallecimento do primeiro marido e que seja gerado por elle, assim como se comprehende que um filho nascido no oitavo mez depois da morte do primeiro marido e no septimo depois do segundo casamento pertença ao segundo ma-

paternidade do marido anterior, podendo proval-a. É certo que a prova é difficil de obter em muitos casos, e que, por isso, será inefficaz a concessão do Codigo, mas o defeito está na propria natureza do phenomeno, para o qual se legisla e, em casos d'esta ordem, a lei perfeita é a que menos defeitos contém. (1)

---

rido. Similhantes factos, que podem dar-se muitas vezes, destróem o systema indicado.

Mello Freire, inclinando-se para o systema que deixa a questão á decisão dos peritos, approximava-se mais da verdade. Eis como este escriptor se exprime: «*quaestio haec potius ex Me-*«*dicorum et Medicae facultatis judicio, quam ex juris romani aucto-*«*ritate decidenda est.*»

Antes do Codigo estava, pois, a jurisprudencia incerta neste assumpto.

(1) A maxima em que se basêa a presumpção da paternidade, de que tracta o artigo 1234.º do Codigo Civil, é uma maxima de ordem publica. Vicenzo Cattaneo e Borda, *Il Codice civile italiano annotato,* artigo 159.º chamam-lhe — *massima affermativa* «*e tutelare dello stato degli uomini e delle famiglie, ed il piú bel dono* «*che la legge abbia potuto immaginare e fare alla societá ed alle na-*«*zioni, poiché la sua disposizione abbraccia, si puó dire il genere* «*umano*» Demolombe, *obra citada,* n.º 96.º, diz: «*Les dispositions* «*qui confèrent à l'enfant la légitimité sont des lois d'ordre public* «*établies non pas seulement dans l'intérêt particulier de l'enfant,* «*mais encore dans l'intérêt général de la société.*» Apezar d'isso, o filho pode reclamar a paternidade do primeiro marido de sua mãe, e illudir assim a presumpção da lei, fundada na maxima referida. O Codigo Civil, pois, quiz, por uma parte, respeitar o principio de que o casamento suppõe a paternidade dos individuos nascidos na constancia do matrimonio, e, pela outra, deixar liberdade ao filho para provar a paternidade do primeiro marido. Cremos que legislou o mais acertadamente possivel sobre este difficillimo assumpto.

CAPITULO III

Summario. — Prohibição de alienar imposta á mulher quinquagenaria — Provisão do artigo 1237.º do Codigo Civil — Fontes d'este artigo na legislação portugueza — A doutrina da Ordenação do livro 4.º, tit. 105.º seria applicavel á solteira quinquagenaria? — E tendo filhos ou outros descendentes successiveis? — E sendo a quinquagenaria viuva, sem descendentes? — Seguimos a negativa — Estas questões estão fóra da discussão forense em face do Codigo Civil — O segundo marido communica com a viuva quinquagenaria todos os seus bens, ou sómente a terça parte d'elles? — Sustentamos que communica todos os seus bens, assim segundo a Ordenação, como segundo o Codigo Civil — Este casamento é contrahido segundo o costume do reino, ou com separação de bens? — Prova-se que pela Ordenação e pelo Codigo se admitte o regimen da communhão — Por morte dos filhos ou outros descendentes do primeiro matrimonio, as duas terças partes dos bens, em que se dá a prohibição de alienação, entram, ou não, na communhão dos conjuges? — Defendemos a affirmativa no direito antigo e no direito vigente.

30. Legislando para a mulher quinquagenaria, o Codigo preceitua [1] que a mulher, que contrahir segundas nupcias, depois de completar cincoenta annos de edade, não poderá alheiar por titulo algum, desde o dia

---

[1] Artigo 1237.º

em que haja contrahido o segundo matrimonio, a propriedade das duas terças partes dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus descendentes ou de outros parentes, emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver.

A fonte d'esta disposição encontra-se, no antigo direito portuguez, na Ordenação do livro 4.º, titulo 105. (1)

(1) Antes da Ordenação philipina a que nos referimos, já a Ordenação manuelina do liv. 4.º, tit. 75.º, § 7.º, legislava sobre a materia. É digna de lêr-se a sua providencia: «E mandamos que «quando alguas molheres casarem sendo de cincoenta annos e di «pera cima, tendo filhos ou outros descendentes, que por Dereito «lhe possam soceder, que em tal caso as taes molheres nom pos«sam emalhear por ninhũu titulo que seja assi em sua vida como «ao tempo de sua morte, as duas partes dos bens que tinham ao «tempo que concertaram de se casar nem menos as duas partes «dos bens, que despois de assi serem casadas ouerem por qual«quer titulo dos seus ascendentes ou descendentes, e soomente «poderam despoer da terça dos ditos bens aa sua vontade,.... e «se ao tempo de sua morte nom teuer ascendentes, ou descenden«tes, as ditas duas partes que assi mandamos que nom possa «emalhear ficaram aos parentes mais cheguados...» Quem comparar esta disposição com a do actual Codigo Civil vê claramente que, pela jurisprudencia manuelina, era mais restricta a faculdade de communicação que tinha a quinquagenaria. O Codigo prohibe-lhe a alheação dos bens emquanto tiver *filhos e descendentes que os possam haver,* emquanto a Ordenação manuelina lhe prohibe a alheação, ainda quando não tenha filhos ou outros descendentes; em tal caso os bens iriam para os parentes mais proximos da viuva. Isto por um lado. Pelo outro, vê-se que a prohibição do Codigo actual comprehende mais bens, porque se estende a todos os bens adquiridos, depois do casamento, que provenham dos descendentes e outros *parentes,* emquanto a Ordenação sómente comprehendia os que a viuva adquiria de seus ascendentes ou descendentes. Estas differenças acham-se egualmente, comparando o artigo 1237.º do Codigo com a Ordenação philipina do livro 4.º, tit. 105.º, que conserva a doutrina da anterior.

A doutrina da Ordenação dava origem a diversas questões, muitas das quaes podem ainda hoje suscitar-se em face do Codigo Civil. Questionava-se, se a disposição da Ordenação era applicavel á mulher solteira de mais de cincoenta annos, que se casasse, não tendo filhos, (1) ou tendo filhos que, por direito, lhe succedessem. (2) Estas duas questões estão, segundo a legislação actual, fóra da discussão forense.

---

(1) Tracta-se esta questão na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1415.º Parece-nos que a doutrina da Ordenação não poderia ser em rigor applicada ao casamento da solteira quinquagenaria. A citada Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, inscreve-se — *das mulheres viuvas que casam de cincoenta annos, tendo filhos* — e isto basta para demonstrar que a mesma Ordenação se refere ás viuvas e não ás mulheres solteiras. É verdade que as primeiras palavras da Ordenação dizem — *quando alguma mulher se casar* — mas isto deve entender-se em harmonia com a epigraphe, que evidentemente se refere ás viuvas.

(2) Esta outra questão vem enunciada na *Gazeta dos Tribunaes*, n.os 1199 e 1415. Sustenta-se alli que a mulher solteira de mais de cincoenta annos de edade, que se casa tendo filhos successiveis por direito, não communica com o marido mais do que a terça parte dos bens, que tinha, quando se casou. Não perfilhamos esta opinião, e parece-nos que, tendo a Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º um caracter de excepção e penalidade, deve ser applicada restrictamente, e, por conseguinte, sómente ás viuvas, como se deduz da sua inscripção.

Assim nos parece em vista do artigo 1237.º do Codigo. Este artigo falla da — *mulher que contrahir segundas nupcias* — d'onde se conclue que só é applicavel ás viuvas e nunca ás solteiras. Segundo a doutrina do Codigo, as solteiras podem ter filhos successiveis porque podem (artigo 124.º) perfilhar os illegitimos, não exceptua, dos no artigo 122.º n.º 2.º, e com o facto da perfilhação vem o direito de successão (artigo 129.º n.º 3.º). Em tal caso, a solteira quinquagenaria póde communicar com o marido todos os bens, e o filho perfilhado não tem outros direitos, que não sejam o de succeder a sua mãe na conformidade dos artigos 1785.º 1989.º-1992.º do Codigo.

Discutia-se tambem se a quinquagenaria, que casava, não tendo descendentes alguns communicava, ou não, com o marido os bens, que trazia para o casal. (1)

Esta questão está egualmente dirimida em face do Codigo vigente. (2)

Outras, porém, que então se levantavam podem ainda hoje suscitar-se.

31. A primeira d'estas questões consiste em saber, se o segundo marido communica com a viuva quinquagenaria todos os seus bens, ou simplesmente a terça parte d'elles. (3)

---

(1) Veja-se a *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1374.º Entendemos que este ponto não podia duvidar-se no antigo direito A citada Ordenação diz expressamente—*tendo filhos ou outros descendentes que os possam haver*—d'onde se infere que, todas as vezes que a viuva não tivesse filhos ou outros descendentes que podessem haver os bens, já não tinha logar a disposição da Ordenação.

(2) O artigo 1237.º termina com estas palavras—*emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver*. Parece-nos, pois, claro que, logo que deixa de ter filhos e descendentes que possam haver os bens, não tem logar a restricção do artigo. O fim da lei, como deixamos escripto em outra parte, é o interesse dos filhos do primeiro matrimonio ou de seus descendentes, e, por isso, desde que taes filhos ou descendentes não existam, não póde ter applicação a sua doutrina.

(3) Na analyse da Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, que é a origem proxima do Codigo, temos sempre partido do principio de que a sua disposição prohibe a communhão de bens, estabelecida pela Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º, entre os conjuges quando a mulher é viuva quinquagenaria. Este principio foi sempre acceito no fôro. Um unico escriptor se propoz sustentar que esta Ordenação se referia sómente á disposição de bens feita pela viuva a favor de terceiras pessoas, e nunca á disposição feita a favor do marido. «*Quod prohibitio alienandi*, diz Pegas, *Forenses*, cap. 8.º, n.º 24.º,

No antigo direito havia quem sustentasse que o marido não communicava mais do que a terça parte dos seus bens. (1)

«*duas partes bonorum, quae habebat, non restringitur ad alienationem* «*factam in maritum, sed comprehendit quemlibet extraneum, etiam* «*posse alienare bona acquisita constante matrimonio, nisi ex ascen-* «*dentibus vel descendentibus ad eam pervenire. Item legem nostram,* «*dict. tit. 105.º, non exprimere communicationem inductam a Lege* «*Regia inter maritum et uxorem prohibitam esse inter quinquagena-* «*riam descendentes habentem et maritum cum quo in ea aetate con-* «*trahit.*» A opinião contraria tinha por si todos os outros reinicolas. Sirvam de exemplo: Valasco, que na *Consulta* 103.º, n.º 6.º, dizia: «*Et comprobatur haec opinio quia etiam in praxi apud nos servatur* «*quod mulier quinquagenaria secundo nubens, habens filios, non* «*communicat cum illo secundo viro duas partes bonorum... Et ita* «*vidi saepe judicatum.*»

Gama, que na *Decisão* 320.º, n.º 2.º, dizia: «*Nec hoc dicitur* «*contra libertatem matrimonii, quia lex regia nullam imposuit poenam* «*mulieri quinquagenariae nubenti, sed tantum impedit beneficium* «*communicationis, quod alias ipsa lex concessit conjugibus.*» Cabedo, que na *Decisão* 150.º, n.º 3.º, escrevia: «*Facit optime exemplum de* «*muliere quinquagenaria nubente, quae non communicat cum marito* «*nisi tertiam partem suorum bonorum.*» Os escriptores modernos seguem o mesmo pensar. Veja-se Correia Telles, *Digesto Portuguez,* tom. 2.º, artigo 272.º, e Rocha, § 245.º Na continuação da analyse da mesma Ordenação, necessaria para a intelligencia do Codigo, admittiremos ainda a mesma doutrina.

(1) Veja-se a *Gazeta dos Tribunaes,* n.os 908, 1545, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 3092, 3094, onde esta opinião é abraçada pelo seu distincto redactor. D'esta questão falla Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* tom. 2.º, § 158.º, nos seguintes termos: «Commummente se afirma e se tem julgado pela regra «da reciprocidade, que os respectivos bens do que casou com a «quinquagenaria, não se communicam com ella, assim como os «dictos bens da quinquagenaria não se communicam com elle.» No *Jornal de Jurisprudencia,* 1.º anno n.º 48.º, sustenta-se que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º, relativa á communhão é a regra

Asseveravam os seguidores d'esta opinião:

a) Que a idéa de communicação é reciproca; (1)

b) Que sempre foi esta a praxe do fôro. (2)

---

geral, e que, por isso, o marido que casa com a viuva quinquagenaria, que tem filhos, communica todos os bens que leva para o casal.

(1) A idéa da communicação, sendo reciproca, não quer dizer que sómente se possa dar entrando os conjuges com bens de egual valor. Se assim fosse, o casamento por carta de metade não teria razão de ser, senão quando os conjuges tivessem exactamente a mesma propriedade. A reciprocidade da idéa da communhão apparece no consorcio da quinquagenaria communicando com ella o marido todos os seus bens, embora ella não possa communicar mais do que a terça parte.

(2) Effectivamente Phebo, na *Decisão* 93.ª, diz que foi julgado em 1612, e já tinha sido julgado em 1604, que não ha communhão entre as conjuges: «*Haec sententia senatus fulcitur in eo, «quod sicut bona uxoris quinquagenariae non communicantur cum «marito, sic nec bona mariti simpliciter quinquagenariae ducentis «cum uxore communicabuntur.*» Gama, na *Decisão* 320.º, n.º 4, diz tambem:... «*quia in hoc casu mulier ista non potest duas partes «patrimonii sui marito communicare, ita et maritus non poterit duas «bonorum suorum partes praedictae mulieri communicare.*»

Meirelles, no *Repertorio Juridico,* verbo—*communião* adopta o mesmo modo de pensar da maneira seguinte: «Tambem com «tal mulher (a quinquagenaria) se não communicam os dois terços «dos bens do marido, porque, sendo reciprocos os direitos de um «e outro, não é justo que degenere em leonina uma sociedade em «que deve haver egualdade.»

É facil responder ao argumento de Meirelles.

Que importa que a sociedade degenere em leonina? Em leoninos, neste sentido, degeneram todos os casamentos em que ha desegualdade de haveres. O marido, que sabe perfeitamente que a esposa quinquagenaria não póde communicar com elle mais do que a terça parte dos seus bens e, apezar d'isso, levado exclusivamente pelo interesse contrahe uma nova união desfavorecida

c) Que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º não pode ser applicada a esta hypothese, visto que ahi se tracta dos conjuges que são meeiros, ou do casamento celebrado por carta de metade e, no caso da Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, só um conjuge fica meeiro, o que é absurdo. (1)

---

pela lei, não tem razão para queixar-se de que a mesma lei o obrigue a communicar com ella todos os seus bens. «*Quem violentou o inventariado a casar com a mulher de edade avançada e «mãe de filhos?*» Pergunta um illustre advogado na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 1553. É por isso que Borges Carneiro dizia acertadamente: «Porém, como se não póde ampliar a lei além das «pessoas de que tractou, nem sem ella induzir uma pena, é im«provavel esta opinião; *inda quando a restrinjamos áquelle que, «quando casou com a quinquagenaria, tinha de outra mulher filho «successivel, e sómente aos bens, taes como aquelles de que a quin«quagenaria não pode dispor: nos quaes termos a dita opinião é «mais toleravel por haver a mesma razão do favor dos primeiros «filhos do dicto marido.*» Neste ultimo caso, de que tracta Borges Carneiro, ainda se não pode estabelecer a communhão dos bens do marido sómente na terça parte, porque a Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º só tracta da mulher e não do homem quinquagenario.

Segundo o Codigo Civil actual, o marido, nestas circumstancias, isto é, tendo filhos successiveis de matrimonio anterior, não communicaria com a quinquagenaria mais do que a terça parte dos seus bens, não em virtude do artigo 1237.º, mas pela força do artigo 1235.º, que legisla para o marido e para a mulher.

(1) A primeira vista se descobre que este argumento, que trasladamos da *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 1545, involve uma petição de principio. É como se dissesse que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º não pode ser applicada ao caso da Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, porque n'aquella falla-se dos esposos que são meeiros, e nesta os esposos não o são. É precisamente isto que se pretende demonstrar. Como se prova que os esposos não são meeiros na hypothese da Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º? Era por aqui que devera principiar a demonstração. Prohibe esta Ordenação a communhão de bens na hypothese sujeita? A Ordenação diz

Fundados nestes argumentos alguns jurisconsultos perfilharam a opinião de que o marido não communicava senão a terça parte dos bens que levava para o casal. (1)

32. Segundo o Codigo Civil, o marido communicará com a quinquagenaria todos os seus bens? Parece-nos que sim:

1.º Porque o fim da lei é desfavorecer os casa-

---

assim: «*Quando alguma mulher casar, sendo de cincoenta annos, «ou d'ahi para cima, tendo filhos ou outros descendentes, que per «Direito lhe possam succeder, não poderá alhear, per titulo algum «que seja em sua vida, nem ao tempo de sua morte, as duas partes «dos bens, que tinha ao tempo, que concertou de se casar, nem as «duas partes dos bens, que depois de ser casada houve per qualquer «titulo de seus ascendentes, ou descendentes, e sómente poderá dis-«por da terça dos dictos bens á sua vontade.*» Aqui não se prohibe a communhão, prohibe-se sómente a disposição das duas terças partes dos bens: a communhão pode dar-se na terça parte restante. «*Et tamen tertiam,* diz Valasco na *Consulta* 103.º, n.º 10.º, *de «quo nihil est actum bene communicat, quia manet sub generali con-«suetudine regni.*» Dos bens do marido não falla a Ordenação, d'onde se conclue que, não estando comprehendidos na excepção, se acham sujeitos á regra geral da Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º, pela qual «*todos os casamentos... se entendem serem feitos por car-«ta de metade.*»

(1) A Relação de Lisboa, em accordão de 22 de fevereiro de 1851, transcripto na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 1154.º, confirmava uma sentença de primeira instancia em que se estabelecia a communhão de todos os bens do marido. Depois, em accordão de 17 de março de 1860, transcripto na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 3094.º, adopta a Relação a mesma opinião, que é sustentada por tres juizes, os srs. Neto, Quirino Chaves e Silva Pereira. A opinião adversa é seguida pelos srs. Moura Coutinho e Ferreira Lima. Os primeiros eram seguidores de Borges Carneiro, os segundos de Mello Freire.

mentos contrahidos nestas circumstancias, que são, de ordinario, celebrados mais pelo desejo de riqueza do que pelo affecto dos conjuges; (1)

2.º Porque teriamos de estabelecer a mesma doutrina para a mulher, embora não quinquagenaria, que contrahisse segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, e isso era prejudicial aos interesses dos mesmos filhos ou descendentes, que a lei se propõe defender; (2)

---

(1) Este pensamento encontra-se claramente expresso no § 29.º da lei de 9 de setembro de 1769, que diz: «Ainda têm sido «mais prejudiciaes as desordens causadas pelas mulheres, que, «ficando viuvas com filhos ou com netos, *se deixam alliciar, para «passarem a segundas nupcias, pelos vadios e cubiçosos que não «buscam o estado do matrimonio para os sanctos fins que a Egreja «ensina, mas sim e tão sómente para se arrogarem a administração, «usurpação e delapidação dos bens das dictas viuvas e dos orphãos «seus filhos ou seus netos.*» Sendo este o fim da lei, é claro que, se concedesse ao marido a faculdade de communicar unicamente a terça parte dos seus bens, a lei favoreceria o contrahimento de casamentos, que pretende evitar.

(2) A mulher não quinquagenaria, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não poderá, segundo o artigo 1235.º, *communicar* com o outro conjuge mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que depois venha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

Admittindo o principio da reciprocidade da communhão, no sentido em que o entende o redactor da *Gazeta dos Tribunaes*, seguir-se-ia que o marido não poderia communicar com a esposa mais do que a terça parte dos seus bens.

Em tal caso os casamentos das viuvas realisar-se-iam em maior numero; e os filhos do primeiro matrimonio, que, em regra, seriam chamados á herança de todos os bens desua mãe, ficariam privados da terça parte d'elles. É verdade que a mãe tem a faculdade legal de dispôr da terça (Cod. Civ., art. 1784.º), e com esta disposição não offende os direitos que os filhos têm á legitima;

3.º Porque taes casamentos viriam estabelecer um novo regimen matrimonial, que a lei não quiz admittir; (1)

4.º Finalmente, porque da analyse de algumas das suas disposições se infere ser esta a verdadeira opinião. (2)

---

mas é mais consentaneo á moral e á boa razão que a terça pertença aos filhos do que a pessoas extranhas. Alem d'isso, os interesses dos filhos resentem-se sempre do segundo casamento; a tutela ou passa para pessoas extranhas, ou fica pertencendo á binuba, depois da confirmação do conselho de familia, e, ainda que ambos os conjuges sejam responsaveis no exercicio da tutela, é facil de conceber que o segundo marido anteponha os seus proprios interesses e os dos seus filhos aos dos seus enteados. Em todo o caso e, em geral, as segundas nupcias são sempre desfavoraveis á educação e aos interesses dos filhos menores do primeiro matrimonio. Toda a lei, que der latitude ás segundas nupcias, ha de ir affectar mais ou menos a sorte dos menores.

(1) O Codigo admittiu sómente quatro regimens na celebração do casamento: o costume do reino (artt. 1099.º, 1108.º-1124.º), a simples communhão de adquiridos (artt. 1100.º, 1130.º e 1133.º), a separação de bens (artt. 1101.º, 1125.º-1129.º), e o regimen dotal (artt. 1102.º, 1134.º-1165.º). Se entendessemos que o marido da quinquagenaria communica com ella sómente a terça parte dos seus bens, aconteceria crear-se por este facto um novo regimen matrimonial. Tal casamento não seria contrahido segundo o costume do reino, porque o casamento segundo o costume do reino consiste na communhão entre os conjuges de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei (art. 1108.º), e, entre os exceptuados, não se acham indicadas as duas terças partes dos bens do esposo da mulher quinquagenaria. Não haveria simples communhão de adquiridos, porque havia communhão da terça; não haveria, finalmente, separação de bens nem regimen dotal, porque não appareciam neste casamento as caracteristicas d'estes regimens. Ora, o Codigo não sancciona, senão os quatro systemas indicados.

(2) O artigo 1238.º preceitua que o varão, ou a mulher, com filhos do anterior matrimonio, que casar com pessoa que os não tenha, presumir-se-á casado, *não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino,* salvo o disposto *nesta secção,*

33. Havia tambem quem defendesse que, segundo o antigo direito, o casamento da viuva quinquagenaria era contrahido com separação de bens, não havendo communicação nem mesmo da terça parte. (1) Dizia-se:

---

que será sempre mantido. D'aqui conclue-se que os conjuges podem casar com separação de bens, com simples communhão de adquiridos ou pelo regimen dotal, uma vez que façam as necessarias convenções; quando as não fizerem, entende-se que casam, segundo o costume do reino, *salvo o disppsto na secção em que se tracta das segundas nupcias.* Ora, como segundo o disposto nesta secção, a mulher não pode alhear senão a terça parte dos seus bens, segue-se que em tudo o mais o casamento é contrahido na conformidade do costume do reino, e por isso com a communhão de todos os bens do marido. Ainda mais: O artigo 1239.º manda applicar ao segundo matrimonio *tudo o mais que fica disposto relativamente ao primeiro;* e, como não se prohibe nesta secção a communhão de todos os bens do marido, infere-se que esta materia está sujeita á disposição geral do contracto matrimonial, que estabelece a communhão na totalidade dos bens dos conjuges. Parece-nos que, se o Codigo quizesse isentar da communhão as duas terças dos bens do marido, não deixaria de indicar estes bens na disposição do artigo 1109.º Elle só exceptua as duas terças partes dos bens que possuir o conjuge que passar a segundas nupcias, ou dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior matrimonio, filhos ou outros descendentes, comprehendendo assim as duas terças partes dos bens que tiver a quinquagenaria na hypothese do artigo 1237.º, as quaes não pode communicar, nem pode alhear por titulo algum. É claro que as duas terças dos bens do marido não estão exceptuadas da communhão no caso (e é esta a nossa hypothese) em que o marido não seja viuvo tendo filhos do matrimonio anterior, porque, em tal caso, tambem não communica com a quinquagenaria mais do que a terça dos seus bens por virtude do artigo 1235.º

(1) Veja-se a *Gazeta dos Tribunaes,* n.os 2517.º, 3308.º, 3309.º, 3310.º, 3311.º, 3312.º, 4147.º e 4181.º, onde o eminente advogado, sr. Antonio Gil, sustenta que este casamento é feito com separação de bens.

a) Que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º, nas palavras — *não poderá alhear por titulo algum que seja em sua vida nem ao tempo da sua morte as duas partes dos bens* — dava a entender que podia a mulher na constancia do matrimonio alhear a outra terça parte, o que sómente se podia realisar, sendo o casamento contrahido com separação de bens. (1)

b) Que era este o pensar do reformador do nosso direito, Mello Freire, que sustentava abertamente esta opinião. (2)

---

(1) Este argumento *a contrario sensu*, que é fundamental para os que defendem esta opinião, parece-nos de facil refutação. Das palavras da Ordenação não se conclue que a mulher possa dispor, durante o novo matrimonio que contrahe, da terça dos seus bens. Em face da lei, desde o dia em que a mulher se concertou para casar, não póde alhear as duas terças dos bens em questão, mas póde alhear a outra terça; e como a communicação involve uma especie de alienação, segue-se, e esta é a regra geral, que póde communicar com o marido essa porção de bens. O que a lei pretende é salvaguardar os interesses dos filhos do primeiro matrimonio com duas terças dos bens. Isto consegue-se prohibindo a alienação de taes bens, e procedendo-se a inventario d'elles para que em todo o tempo os mesmos filhos saibam quaes são os bens a que têm direito. De resto, o casamento deve ser contrahido segundo o costume do reino, por ser esta a formula commum do matrimonio.

(2) Mello Freire, nas suas *Instituições de direito civil*, liv. 2.º, tit. 8.º, § 12.º dizia: «*Idem fere dicimus de muliere quinquagenaria, quae secundò nupsit; nam eadem aeque communio ex hoc secundo matrimonio, resultat non exstantibus liberis, et iis exstantibus in bonis tantum adventitiis, post secundas nuptias adquisitis.*» Pelo que toca ao dizer que a disposição da Ordenação só se refere á quinquagenaria que passa a segundas nupcias, tendo filhos do matrimonio anterior, e não áquella, que os não tem, estamos completamente de accordo. Ainda ha pouco, já depois da publicação do Codigo Civil, decidiu a Relação do Porto, em accordão de 23 de maio de 1871, transcripto na *Revista de legislação e de*

c) Que, finalmente, a Ordenação do liv. 4.º, tit. 81.º, permittindo ás binubas quinquagenarias a disposição livre da terça, manifestamente attestava que essa terça se não communicava. (1)

jurisprudencia, 4.º anno, n.º 173.º que o facto de uma mulher quinquagenaria ter, ao tempo da celebração do primeiro matrimonio, um filho natural, não perfilhado nem reconhecido, havido de outro homem, não prejudica os direitos do marido á meação nos bens de sua mulher, *porque o artigo 1236.º do Codigo Civil sómente se refere ás segundas nupcias*. O que não podemos defender é que haja sómente communhão nos bens adventicios, adquiridos depois do segundo matrimonio. Nem da Ordenação manuelina do liv. 4.º, tit. 75.º § ultimo, nem da philipina liv. 4.º, tit. 105.º, se póde concluir isto. Da primeira, não, porque, approximando-se da segunda, prohibe ás viuvas quinquagenarias—*emalhear por nenhũu titulo que seja assi em sua vida como em sua morte as duas partes dos bens*— d'onde se infere que podem alhear a outra terça, e por isso que a podem communicar. Da segunda tambem não, como acima deixámos exposto.

(1) Esta razão é apresentada pelo sr. Antonio Gil na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2517.º A Ordenação do liv. 4.º, tit. 81.º, tracta das pessoas a que não é permittido fazer testamento, e é certo que, entre essas pessoas, não refere a binuba quinquagenaria. Parece, á primeira vista, que tendo esta Ordenação um caracter de disposição penal, deve sempre ser entendida restrictamente e que nunca póde ser applicada a outros casos senão os taxados na lei, não devendo, pois, applicar-se á binuba quinquagenaria.

Seria facil sustentar que a binuba quinquagenaria não tem a facção testamentaria por virtude da Ordenação do liv. 4.º tit. 105.º, que legisla especialmente para ella, e não por virtude da Ordenação do liv. 4.º, tit. 81.º, que providencia ácerca de outras pessoas. Mas, em boa fé, parece-nos que, effectivamente, a binuba quinquagenaria não está privada da facção de testamento, e que nem isto altera o regimen da communhão, preceituado na lei. O segundo matrimonio da viuva de mais de cincoenta annos é em tudo o mais equiparado ao primeiro, salva a restricção imposta á liberdade de disposição de bens. Ella não communica com o segundo marido, senão a terça parte dos seus bens; o marido todos. Forma-se assim uma nova sociedade, em que o marido e a mulher têm o

34. Já depois do Codigo Civil foi de novo levantada a questão. (1)

Parece-nos que, em face do Codigo, não póde deixar de se sustentar que o casamento é contrahido segundo o costume do reino, e não com separação de bens. É verdade que o artigo 1237.º está redigido de modo diverso do que o artigo 1235.º; mas cremos que esta diversidade de redacção não póde auctorisar o parecer indicado, (2) e nem do artigo 1109.º se póde tirar illação favoravel. (3)

---

mesmo direito de testar, emquanto aos bens da communhão, que têm os conjuges do primeiro matrimonio. É claro, pois, que, ainda havendo descendentes do segundo matrimonio, a mãe tem a faculdade de testar e de dispor da terça da sua meação no novo casal. Sendo esta a doutrina da lei, como nos quer parecer, não póde argumentar-se com a Ordenação do liv. 4.º, tit. 81.º Apezar d'isso, a Relação do Porto, em accordão de 21 de março de 1862, transcripto na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 3081.º, sustentou a opinião contraria.

(1) Veja-se a *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 4181.º

(2) Pretende argumentar-se com a redacção dos dois artigos dizendo-se, que o Codigo, no artigo 1235.º, emprega as palavras—*não poderá communicar,* emquanto no artigo 1237.º emprega as palavras—*não poderá alhear.*

Esta diversidade de termos já se encontrava no primitivo Projecto do sr. visconde de Seabra, nos artigos 1285.º e 1287.º, que correspondem aos citados artigos do Codigo vigente. A mesma diversidade explica-se pelas origens historicas das disposições em questão. O Codigo, no artigo 1235.º, introduzia uma doutrina nova, emquanto no artigo 1237.º se limitava com ligeiras modificações a trasladar o que dispunha a Ordenação; não admira, pois, que se deixasse influenciar pela sua terminologia. Demais, a opinião mais geralmente seguida no antigo direito era a que defendia o regimen da communhão; e, por isso, ainda quando o Codigo perfilhe, como de facto perfilhou, a linguagem da Ordenação, nem assim póde, em rigor, concluir-se que admitta o regimen da separação.

(3) O artigo 1109.º, fallando dos bens exceptuados da com-

Além de que, de outros artigos deriva directamente a doutrina de que a separação de bens não existe na hypothese sujeita, senão quando foi estabelecida em convenção antenupcial. (1)

35. Mas supponha-se que faltam os filhos ou descendentes, que possam haver os bens? As duas terças partes, isentas da communhão, entram de novo na mesma communhão, ou continúam fóra d'este regimen, podendo, todavia, a mulher dispor d'ellas, como lhe aprouver? (2)

Ha quem sustente que as duas terças partes dos bens ficam fóra da communhão:

a) Porque as viuvas quinquagenarias estão em peiores circumstancias do que aquellas de que falla o artigo 1236.º; (3)

---

munhão, não tracta das duas terças partes dos bens da binuba quinquagenaria. Não necessitava isso. Desde que a lei lhe prohibia a alienação, prohibida estava a communhão d'elles.

(1) Referimo-nos aos artigos 1238.º e 1239.º As palavras do primeiro d'estes artigos—*o varão ou a mulher com filhos de anterior matrimonio que casar com pessoa que os não tenha*—dão a entender que a mulher quinquagenaria que casar, tendo filhos de matrimonio anterior, com pessoa que os não tenha, *presumir-se-á casada, não havendo convenção em contrário, segundo o costume do reino.* O mesmo se deduz do artigo 1239.º

(2) Na *Gazeta dos Tribunaes*, n.os 4147.º e 4181.º, tracta-se esta questão, em face do Codigo Civil.

(3) Este argumento, apontado na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4181.º, prova contra a doutrina do auctor. Pois se, por hypothese, a viuva quinquagenaria está em peiores condições do que aquella que o não é, segue-se que é mais conveniente obrigal-a a communicar com o segundo marido do que conceder-lhe a liberdade com-

b) Porque a forma do casamento não póde alterar-se na constancia do matrimonio, segundo o artigo 1105.º do Codigo; (¹)

pleta de disposição das duas terças. Conceder-lhe a plena liberdade de dispor é evidentemente outorgar-lhe um favor maior do que a obrigação da communhão. Além de que, podendo a mulher dispor em favor de qualquer, póde egualmente dispor em favor de seu marido; e em tal caso a lei, pretendendo desfavorecel-a, negando-lhe a communhão, vai ao mesmo tempo permittir-lh'a, porque nada impede que ella faça doações ou legados ao marido. Quem póde com esta doutrina ficar prejudicado são os enteados, se os houver, que assim ficarão privados da parte dos bens da madrasta que entrariam na communhão e lhes viriam a pertencer na meação paterna, quando o casamento tivesse sido contrahido segundo o costume do reino.

O que é certo é que a facção de testamento, concedida nestes termos á quinquagenaria, a collocaria em melhor situação do que aquella em que ficaria a binuba, que o não é, pois esta teria de communicar com o outro conjuge os bens herdados, por virtude do artigo 1235.º

(¹) Seja assim; mas a forma do casamento não se alterava na hypothese sujeita. O artigo 1105.º dispõe assim: «As convenções antenupciaes não podem ser revogadas, nem alteradas por «nova convenção, depois da celebração do casamento.» Ora, no nosso caso, a forma do casamento não se alterará, porque, tendo sido, por convenção expressa ou tacita, celebrado segundo o costume do reino, do mesmo modo continuava, depois da morte dos filhos do primeiro matrimonio. Augmentavam os bens da communhão, e nisto se cifrava toda a modificação resultante d'aquelle facto. Poderá, em verdade, dizer-se que um casamento, contrahido segundo o costume, fica alterado na sua forma, pelo facto de qualquer dos conjuges ter augmentado os bens do casal, em virtude de um contracto, ou de uma herança? Cremos que não. Por outro lado, tambem poderiamos demonstrar, ainda quando o facto do fallecimento dos filhos do primeiro matrimonio viesse alterar a forma do casamento, que o artigo em questão não é applicavel ao nosso caso. Nelle prohibem-se as revogações e alterações fei-

c) Porque este casamento é contrahido com separação de bens. (1)

Taes argumentos, porém, não provam; e outros de maior importancia se podem adduzir em sustentação da opinião adversa.

O casamento segundo o costume do reino torna communs todos os bens presentes e futuros, não exceptuados por lei. (2)

A binuba communica com o seu consorte os bens adquiridos por successão do filho do primeiro matrimonio, que fallecer sem descendentes e irmãos germanos, e, por isso, deve communicar aquelles de que póde dispôr e estavam exceptuados da communhão por causa do direito do mesmo filho. (3)

---

tas *por nova convenção, depois da celebração do casamento.* Ora aqui não ha uma nova convenção: ha simplesmente a força de uma disposição legal.

(1) Já demonstrámos que este casamento é contrahido segundo o costume do reino, entrando a mulher na communhão do novo casal com a terça dos seus bens e o marido com a totalidade os seus haveres.

(2) A palavra —*futuros*— empregada no artigo 1108.º evidencia que a communhão se dá não sómente nos bens existentes em poder dos conjuges ao tempo da celebração do casamento, mas ainda em outros, que depois se adquirem. Sendo assim, nada obsta a que as duas terças partes entrem na communhão.

(3) Dos artigos 1098.º, 1238.º, 1993.º, 1236.º e 2014.º, conclue-se que, na falta de qualquer accordo ou convenção, o casamento é feito, segundo o costume do reino, e que, então, os bens herdados pela mãe da parte do filho do primeiro matrimonio, fallecido sem deixar irmãos germanos nem descendentes, entram na communhão na qualidade de bens futuros; egual, senão maior, razão haverá, para que o mesmo aconteça ás duas terças partes, que a quinquagenaria adquiriu por successão de seus filhos.

Por isso, entendemos que, segundo o Codigo Civil, depois da morte dos filhos do primeiro matrimonio ou outros descendentes, que possam haver as duas terças sujeitas á prohibição da alienação, entram ellas na communhão dos conjuges.

CAPITULO IV

Summario.—Outras penas civis, impostas ás mulheres binubas, não referidas na secção do Codigo em que se tracta das segundas nupcias—A perda do usufructo dos bens dos filhos menores—A perda da administração—Restricção imposta ao poder paternal da binuba na nomeação do tutor—Doutrina do antigo direito portuguez ácerca d'estes assumptos—Jurisprudencia do Codigo vigente.

36. Além das penas comminadas ás binubas, de que temos fallado nos capitulos anteriores, outras lhes são impostas pelo Codigo Civil, embora não se encontrem designadas na secção especial, que legisla sobre o segundo matrimonio.

Assim, a mãe, que passa a segundas nupcias, perde:

a) O usufructo dos bens dos filhos menores;

b) A administração dos mesmos bens, se nella não for mantida por deliberação do conselho de familia; e

c) Se nomear tutor seu segundo marido, deve esta tutela ser confirmada pelo mesmo conselho. (1)

O Codigo, conferindo o poder paternal ao conjuge

---

(1) Codigo Civil, artigos 162.º, 193.º § unico e 224.º n.º 5.º

sobrevivo sem distincção de sexo, (1) e dando, por conseguinte, á mulher as garantias, que lhe andam inherentes, não quer, comtudo, deixar de estabelecer algumas restricções, em nome, ainda, dos interesses dos filhos do primeiro enlace.

37. Desde que seja contrahido o segundo matrimonio, perde a mãe o usufructo dos bens dos filhos menores, que sómente poderá recobrar no caso de fallecer o segundo marido. (2)

Esta privação do usufructo não tem logar, quando o pai sobrevivo passa a segundas nupcias. (3)

---

(1) Codigo Civil artigo 155.º

(2) É a doutrina do artigo 164.º, que diz: «Se a mãe tornar «a enviuvar recobrará o *usufructo* e administração dos bens dos «filhos, se d'esta se achar egualmente privada.» Esta perda do usufructo tem sempre logar, havendo segundo casamento. A este respeito diz a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 7.º: «Concordamos com o douto correspondente em que, pelo artigo «162.º do Codigo Civil portuguez, a mãe, que passar a segundas «nupcias, perde, *além do usufructo dos bens dos filhos menores*, a «administração d'estes bens; e que, se o conselho de familia en«tão organisado a mantiver nesta administração, a mãe *perde sim «o usufructo dos bens dos seus filhos menores*, mas conserva d'elles «a administração.» É esta a illação que nos parece ser ajudada pela lettra do Codigo; o segundo casamento involve sempre a perda do usufructo para a mãe, e o conselho de familia não póde mantêl-a no usufructo dos bens.

(3) Isto conclue-se não só do artigo 162.º, mas do artigo 149.º, em que se diz que se extingue o usufructo concedido aos *pais*... se a *mãe* passa a segundas nupcias. Os pais usufructuarios dos bens dos filhos não são obrigados a prestar caução para a restituição dos bens ou seu valor, salvo quando passam a segundas nupcias, ou quando a herança deixada aos filhos consiste em bens immobiliarios de consideravel importancia e fôr julgada ne-

Neste ponto o Codigo revalidou a doutrina do direito anterior. A concessão do usufructo ao pai era no direito philipino uma das prerogativas mais importantes, originarias do patrio poder, de que as mães se achavam esbulhadas. (1)

Ainda, quando o pai contrahisse um segundo casamento, não ficava privado do usufructo dos bens de seus filhos. (2)

---

cessaria a caução. Esta opinião do *Direito*, 2.º anno, n.º 6.º, funda-se nos artigos 148.º e 2221.º n.º 2.º, § 1.º do Codigo Civil, e parece-nos acceitavel. O Codigo da Prussia, part. 2.ª, tit. 1.º, *addition* § 89.º, estabelece que, quando o pai, que tem o usufructo dos bens do filho, torna a casar, deve dar caução e hypotheca. Pensamos ser esta a unica restricção imposta ao direito de usufructo pertencente aos pais.

(1) A Ordenação do livro 1.º tit. 88.º, mandava por morte da mãe proceder ao inventario de todos os bens dos menores, accrescentando: «E tanto que o inventario for feito, fará as parti-«lhas e avaliações, como dicto é. *E deixará os bens em poder do «pai, porque elle per Direito é seu legitimo administrador.* Porém é «obrigado conservar os bens a seus filhos quanto á propriedade, «*e sómente póde gastar as rendas e novidades dos dictos bens, em-«quanto tiver seus filhos em poder, e é obrigado a entregar-lh'os pelo «inventario, quando forem emancipados ou casarem*» A Ordenação do liv. 4.º, tit. 97.º, § 19.º concedia esse direito de usufructo nos bens adventicios dos filhos d'este modo: «E, se o filho, estando «sob o poder de seu pai, ganhasse alguns bens por outra alguma «via que se chama em direito adventicia, haverá o filho a proprie-«dade d'elles, e o *pai os usos e fructos*, emquanto o filho estiver «sob o seu poder...» Era principio geral que, além dos casos excepcionaes da Ordenação do liv. 4.º, tit. 98.º, em todos os outros haveria o pai o usufructo dos bens dos filhos. Emquanto as Ordenações citadas empregam a palavra—*pai*,—o Codigo Civil nos artigos 144.º e seguintes emprega a palavra—*pais*.—Fazendo o Codigo partilhar a mãe das prerogativas do patrio poder, concedeu-lhe este usufructo, que o antigo direito lhe negava.

(2) Cremos ser esta a doutrina verdadeira na legislação

Não vemos razão para que se não imponha ao marido binubo a perda do usufructo. O fim da lei consistindo no interesse dos filhos menores, e a doutrina de alguns Codigos extrangeiros corroboram esta opinião. (1)

philipina. A Ordenação do liv. 4.º, tit. 98.º, entre os seis casos, em que o pai não podia haver o usufructo dos bens do filho, não fallava do segundo casamento. Além d'isso, a Portaria de 7 de novembro de 1840, declarava—que os pais, quando passassem a segundas nupcias, nem por isso ficavam privados do usufructo dos bens dos filhos menores, porquanto, sendo-lhes esse usufructo concedido expressamente na Ordenação do liv. 1.º, tit. 88.º, § 6.º, liv. 4.º, tit. 98.º, § 7.º e tit. 97.º, § 19.º, emquanto os filhos estão debaixo do patrio poder, a perda de tal direito seria uma pena que só póde ser applicada por lei que expressamente a estabeleça, a qual não apparece nem na antiga nem na novissima legislação. Egualmente a Portaria de 27 de abril de 1840 já tinha declarado que, competindo aos pais pela Ordenação do liv. 4.º, tit. 98.º, § 7.º, tit. 97.º, § 19.º e liv. 1.º, tit. 88.º, § 6.º o usufructo dos bens adventicios dos filhos, emquanto sujeitos ao patrio poder, e não estando o segundo matrimonio comprehendido na primeira d'aquellas Ordenações, entre os casos em que cessa este direito, nem acabando pelas segundas nupcias o poder paternal, que é o seu fundamento, não ha razões sufficientes para o esbulhar de um direito que está assegurado expressamente na lei anterior e de que não foi privado pela novissima lei. A interpretação authentica auctorisa, pois, o pensamento que deixamos exarado no texto.

(1) O interesse dos filhos menores tanto pode ser lesado com o casamento de sua mãe, como com o casamento de seu pai. Porque se ha de, pois, impôr a pena da perda do usufructo á mulher, e não ao marido binubo? O Codigo de Friburgo encerra uma doutrina digna de notar-se. No artigo 76.º dispõe: «*S'il n'y pas «des enfants du mariage, ni d'un autre mariage antérieur de l'époux «prédécédé, le survivant des époux a la jouissance de la totalité des «biens de l'époux prédécédé.*» No artigo 77.º diz: «*Si l'époux prédé«cédé a laissé des enfants d'un mariage antérieur, mais aucun du der«nier mariage, le survivant des époux a la jouissance du quart des*

É mister confessar, porém, que a generalidade dos Codigos extrangeiros, preceituando diversos systemas ácerca do usufructo dos bens dos filhos, favorece mais o marido, do que a esposa binuba. (1).

Sendo esta a tendencia da legislação geral, e um

«*biens du prédécédé.*» O gozo do usufructo concedido, nas hypotheses dos dois artigos citados, cessa quando o *marido* sobrevivo contrahe segundas nupcias, quando a viuva torna a casar, quando dá á luz um filho illegitimo, ou quando, em logar de permanecer em honesta viuvez, se entrega a uma vida licenciosa. Aqui encontramos o principio de que o segundo casamento equipara a mulher ao marido para o effeito da perda do usufructo. O mesmo principio se vê no artigo 207.º do Codigo do Cantão de Vaud.

(1) Pelas leis da Gran-Bretanha, artigo 208.º, o pai e a mãe não têm sobre os bens dos filhos outro poder que não seja o que pertence aos tutores ordinarios: recebem os rendimentos durante a menoridade dos filhos, mas são obrigados a dar conta d'elles apenas chegam á maioridade. Na Dinamarca segue-se um systema similhante: o usufructo legal da fortuna de um filho não pertence aos pais — «*ils sont au contraire,* diz Saint Joseph, *com-«ptables des biens dont ils n'ont pas la jouissance dans les formes «prescriptes pour les tutelles.*» Huc, *Le Code Civil italien,* tom. 1.º, pag. 101, impugna d'este modo as leis que esbulham o pai do poder paternal, reduzindo-o a um simples tutor, pelo facto das segundas nupcias: «*Il n'est pas possible,* disait Buniva, *de faire «dépendre l'autorité paternelle du maintien du mariage, d'admet-«tre que, par la mort de la femme, le père soit déchu du rôle «de chef de la famille, réduit à la condition d'un tuteur ordinaire, «soumis comme tel à fournir des garanties qu'on ne devait exiger de «lui. Une pareille situation ne peut que nuire aux intérêts moraux de la famille...*» Nas ilhas Jonias, segundo o artigo 279.º das leis civis, a mãe tem a metade do usufructo depois da morte do marido, a qual deixa de possuir pelo segundo casamento: «*Quand «le père sera mort, la mère aura la moitié de cet usufruit pendant le «temps fixé ci-dessus, et cessera d'en jouir en se remariant.*» O Codigo de Modena concede tambem a metade do usufructo á mãe, durante a menoridade do filho. Os que mais se approximam do

principio assentado na jurisprudencia franceza, não deve causar admiração achar-se a providencia indicada no nosso Codigo Civil.

38. Ácerca da administração dos bens dos filhos menores é o Codigo menos rigoroso. A mãe perde, pelo segundo matrimonio, essa administração; mas o conselho de familia tem a faculdade de a confirmar, ficando o segundo marido solidariamente responsavel com ella pelos prejuizos, que resultarem da sua gerencia. (1)

---

nosso Codigo são os codigos, de França artigos 384.º e 386.º, da Sardenha artigo 235.º, da Hollanda artigos 371.º e 372.º, das Duas Sicilias artigos 298.º-300.º, e de Vallais artigos 168.º, e 169.º Correia Telles no *Digesto portuguez*, tom. 2.º, artigo 615.º, dizia: «A mãe viuva, que fôr tutora dos filhos, terá a fruição dos bens «d'elles até aos dezoito annos completos, se elles se não emanci«parem casando-se; *mas perderá este usufructo logo que se torne a «casar ou dê justa causa de ser expulsa da tutela.*» Na nota a este artigo o mesmo escriptor declarava que a sua fonte era o artigo 384.º do Codigo francez, e que a falta d'elle era uma grande imperfeição do Decreto de 18 de maio de 1832. Isto prova que a fonte immediata do nosso Codigo sobre o usufructo das mães é o citado artigo do Codigo francez, e que já Correia Telles perfilhava a sua doutrina.

(1) Codigo Civil, artigos 163.º e 224.º n.º 1. No caso de a mãe binuba ser mantida por deliberação do conselho de familia na administração dos bens dos filhos, é obrigada a dar caução que ao mesmo conselho pareça necessaria, se elle não julgar conveniente dispensal-a. Uma vez que preste essa caução, não póde ser removida senão por abuso de auctoridade e com prévia audiencia, segundo se deprehende dos artigos 141.º, 161.º e 236.º do Codigo. É este o parecer do *Jornal de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 21.º Emquanto á dispensa da caução, sendo esta uma faculdade concedida ao conselho de familia a favor de qualquer tutor, (Codigo Civil, artigos 224.º n.º 9, 908.º e 921.º, explicados pelo artigo

Já no nosso antigo direito philipino (1) se concedia á mãe a faculdade de ser tutora de seus filhos, depois

154.º do Regulamento do registo predial de 14 de maio de 1868, póde o mesmo conselho escusar a mãe binuba, quando assim o entender.

(1) A Ordenação do liv. 1.º, tit. 88.º § 5.º, preceitua que a mãe póde ser tutora dos filhos, e o mesmo se acha na Ordenação do liv. 4.º, tit. 102.º, §§ 3.º e 4.º Da *Novella* 22.ª, cap. 40.º, conclue-se o mesmo: «*Si autem tutelam gerat mulier filiorum, ju-«rans non ad secundas venire se nuptias, deinde contemnens et prius «connubium ei jusjusrandum ad maritum veniat secundum, non prius «tutorum petens, et rationem reddens, et exsolvens omne quicquid «hinc debet.*» Em vista do direito patrio e romano, dizia Alexandre Caetano Gomes, *Manual Practico judicial, civel e criminal,* part. 1.ª, cap. 52.º, n.º 9.º: «Não sendo deixado tutor aos orphãos me-«nores pelo pay e tendo mãy ou avó, *que vivão honestamente e não «forem já segunda vez casadas,* poderão em tal caso ser tutores «de seus filhos ou netos, obrigando-se por termo assignado pelo «Juiz e por tres testemunhas a administrar bem e fielmente as pes-«soas dos menores, renunciando tambem em primeiro todos os «privilegios concedidos por direito ás mulheres, e *não tendo bens «de raiz as ditas mãys, ou avós, basta que dêm fiança segura, que «será escrita pelo mesmo escrivão dos orphãos e valerá como se fosse «escriptura publica; mas outras mulheres não serão tutoras ainda «que o quei'ão ser.*» Isto, porém, era facultativo, e no dizer do citado escriptor, fundado em Gomes, no *Commentario ás Leis do Touro,* lei 14.ª, n.º 10.º, *as mãys não podem ser obrigadas para tutoras contra sua vontade.* Liz Teixeira, *Curso de Direito Civil portuguez,* part. 1.ª, pag. 538, diz tambem que pelo direito romano e pela Ordenação se tornava necessario que a mãe e a avó consentissem e quizessem a tutela, pois seria violencia obrigal-as a ceder do Velleiano e mais privilegios das mulheres com repugnancia sua. Correia Telles, no *Digesto Portuguez,* tom. 2.º, artigo 608.º, adopta a mesma idéa. Diz o eminente escriptor: «*Por morte do «marido a mãe é a tutora d'elles* (os filhos), *emquanto se não escu-«sa de o ser, requerendo ao juiz de paz reunião do conselho de fami-«lia para lhes dar tutor.*» Veja-se a Novissima Reforma Judiciaria, artigo 424.º

do fallecimento do outro conjuge, sendo o segundo casamento um facto que originava a perda da tutela. (1)

Pela legislação posterior de processo (2) foi modi-

(1) A Ordenação do liv. 4.º, tit. 102.º, § 3.º, era expressa: «E se algum orphão não tiver tutor, ou curador, que lhe fosse dei-«xado em testamento, *tiver mãe ou avó que viverem honestamente «e não forem já outra vez casadas e quizerem ter as tutorias ou cura-«dorias de seus filhos...»* Mais terminante ainda era a mesma Ordenação no § 4.º: «E se alguma mulher, *sendo viuva,* fôr por tu-«tora, ou curadora de seus filhos ou netos na maneira que dito é, *«e se casar, e por isso lhe for removida e tirada a tutoria ou curado-«ria, se ella depois viuvar, e quizer tornar a ser tutora ou curadora «dos ditos seus filhos, ou netos, não lhe será consentido.»* Á doutrina das Ordenações correspondem as breves palavras de Gama, *Decisão* 105.ª, n.º 4.º: *«Hoc etiam convinci potest quia mulier secundo «nubens perdit administrationem tutelae.»* O mesmo diz Voët, *Ad Pandectas* liv. 23.º, tit. 2.º, n.º 137.º: *«Praeter paenas hactenus expo-«sitas adhuc aliae sunt, puta, quod mater (non item pater) amittat «liberorum tutelam ac educationem.»*

(2) Referimo-nos ao Decreto de 18 de maio de 1832 e ao Decreto de 21 de maio de 1841. O primeiro dispunha: «O pai «ou mãe que quizer passar a segundas nupcias fará nomear o «conselho de familia antes de as contrahir para se dar tutor aos «filhos menores. Se as contrahir sem o ter feito, ao juiz incumbe «este dever. *O pai ou mãe poderá ser nomeado, se o futuro esposo «se responsabilisar solidariamente pela tutela.»* O segundo trasladava esta disposição no artigo 425.º

Depois do Decreto de 18 de maio tinham-se levantado algumas duvidas sobre o facto de saber se o pai, confirmado tutor pelo conselho de familia depois das segundas nupcias, era, ou não obrigado a prestar contas. O artigo 53.º, do citado Decreto era claro: «O pai, dizia elle, não é obrigado a dar contas da «administração de seus filhos, *excepto passando a segundas nupcias, «e tendo sido então nomeado pelo conselho de familia.»* Isto tambem declarava a Portaria de 7 de novembro de 1840, fundando-se no citado artigo 53.º — *o qual procurou por esse meio evitar a má administração, deterioração ou dissipação dos bens do filho, sem*

ficado o rigor das Ordenações; e a mulher, que depois do segundo casamento, não podia em caso algum ser chamada á tutela, ficou gozando d'este direito, quando o conselho de familia a confirmasse.

O Codigo adoptou este principio, que recebia egual approvação dos nossos civilistas, (1) e concedendo á mãe binuba o poder materno no que diz respeito ás pessoas de seus filhos, foi mais benigno e justo do que o direito anterior. (2)

---

comtudo privar o pai do saldo das contas, que por direito lhe compete, depois de alimentado e mantido o filho menor. No Codigo actual parece-nos, quanto á mãe, que, não tendo o usufructo dos bens dos filhos, deve prestar contas nos termos estabelecidos para os tutores. É verdade que o Codigo no artigo 185.º diz que *na falta ou impedimento dos pais, é o poder paternal supprido pela tutela,* d'onde se infere que a mãe não é uma verdadeira tutora, visto que a tutela só tem logar na falta de ambos os pais; é verdade tambem que os artigos 162.º, 163.º e 224.º, n.º 1.º, empregam a palavra—*administração*—em vez da palavra—*tutela;*—mas apezar de tudo isso, a obrigação da prestação de contas parece-nos indeclinavel para a mãe. O Decreto de 1832 e a Novissima Reforma Judicial impunham a obrigação de prestar contas ao pai, que passava a segundas nupcias, ainda que ficasse com o usufructo dos bens dos filhos; e, sendo assim, por maioria de razão a legislação moderna deve impôr a mesma obrigação á mãe que perde o usufructo. Veja-se o artigo 152.º do Codigo Civil. Pelo que diz respeito ao pai, como, segundo o referido artigo 152.º, os pais só são obrigados a dar contas da sua gerencia no tocante aos bens de que forem meros administradores, segue-se que, emquanto aos bens, cujo usufructo lhes pertence, basta a caução a que se refere o artigo 148.º n.º 1.º

(1) Basta citar Correia Telles, que na *obra citada* dizia, artigo 612.º: «*O conselho de familia poderá confiar a tutela á mãe* «*que outra vez se casar, responsabilisando-se o marido solidaria-*«*mente, como contutor dos enteados.*»

(2) O artigo 162.º, concede á mãe binuba o poder maternal emquanto ás pessoas dos filhos, podendo exigir que o conselho

39. O mesmo deve dizer-se ácerca da faculdade que a mãe binuba tem de nomear tutor a seus filhos: O direito antigo não lhe permittia esta nomeação; (1)

de familia lhes arbitre mezadas convenientes. Na jurisprudencia romana a mulher, que passava a segundas nupcias, perdia o direito de educar os filhos. Isto evidenciava-se da lei 1.ª Cod, *Ubi pupilli educari debeant* e da *Novella* 22.ª, cap. 38.º A primeira dispunha: «*Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, «si non vitricum eis induxerit, committenda est.*» A segunda dizia: «... *omnino mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur... «nisi ad secundas accesserit nuptias.*» A Ordenação do liv. 1.º, tit. 88.º, parece inspirar-se da mesma doutrina.

Em vista do 10.º §, se ficassem alguns orphãos, nascidos de legitimo matrimonio, em tão pequena edade, que houvessem mister criação, *dal-os-iam a criar a suas mães, se as tiverem, emquanto ellas se não casarem.* É evidente, pois, que tanto segundo o direito romano, como segundo o direito phillipino, as mulheres binubas perdiam o direito de crear e educar seus filhos. Era de mais. Não é de suppôr que o segundo matrimonio escureça no coração da mãe o sentimento da maternidade para com os filhos do matrimonio anterior, a ponto de abandonar a educação dos mesmos filhos. Entregar a educação d'elles a uma pessoa estranha é contribuir para a destruição de um vinculo estabelecido pela natureza entre a mãe e o filho. É, porém, facil de comprehender a disposição do direito romano e phillipino. A mãe não gosava do poder paternal: o direito inspirava-se nas reminiscencias odiosas do romanismo, que assignavam á mulher uma posição humilde na hyerarchia da familia. O Codigo, modelado pelos dictames de uma philosophia mais elevada, comprehende melhor, embora não tire todas as legitimas consequencias dos seus principios, a missão da mulher na familia moderna.

(1) Alexandre Caetano Gomes, no já citado *Manual Pratico judicial,* part. 1.ª, cap. 52.º, n.º 6.º, fundando-se em Baldo no *Commentario* á lei *Proecibus* Cod. *de impuber.,* diz: «*Se a mãe que «se casou nomear tutor aos filhos em seu testamento não deve o juiz «approval-o, antes nomeará outro que seja capaz.*» Não se casando a mãe, vê-se da Ordenação do liv. 4.º, tit. 102.º, § 2.º que podia nomear tutor e curador a seus filhos, devendo esta tutela e curatela ser confirmada pelo juiz dos orphãos: «*E... se a mãe deixasse*

mas o direito actual, concedendo-lhe a nomeação do tutor, independentemente de qualquer restricção, quando recáia em pessoa que não seja o segundo marido, exige, comtudo, a confirmação do conselho de familia, quando elle seja o tutor nomeado. ([1])

Deveria o Codigo levar o respeito para com o poder paternal, outorgado ás mães, a ponto de lhes conceder a nomeação de qualquer tutor, para os filhos do primeiro matrimonio, incluindo o segundo marido? Cremos que sim. A confirmação do conselho de familia, neste caso, involve uma limitação ao poder das mães, que não apresenta um fundamento estavel. Desde que o tutor nomeado prestasse a caução hypothecaria e cumprisse religiosamente os seus deveres, o conselho de familia tinha cumprido a obrigação de velar pelos interesses dos menores, não o removendo da tutela.

Se porventura o segundo marido, nomeado tutor,

«*Tutor, ou Curador em seu Testamento a seus filhos, estas taes «Tutorias, ou Curadorias devem ser confirmadas pelo Juiz dos Or«phãos, se vir que os taes Tutores e Curadores são para isso per·tencentes.*»

([1]) Pelo decreto de 18 de maio de 1832, artigo 35.º, o tutor nomeado pelo pai, que passou a segundas nupcias, devia ser confirmado pelo conselho de familia. Actualmente, pelo artigo 193.º do Codigo, o pai pode nomear em testamento, ou por acto authentico entre vivos, tutor ao filho menor ou interdicto, se a mãe é fallecida ou se acha inhibida de exercer o poder paternal. Ainda quando passa a segundas nupcias, não perde este direito e nem elle está sujeito a restricção alguma. O artigo 427.º da Novissima Reforma Judiciaria perfilhava a disposição do decreto de 18 de maio. D'aqui conclue-se que o Codigo Civil adoptou para a mulher binuba a doutrina estabelecida pela legislação de processo para o marido, alargando os direitos d'este na nomeação dos tutores e não lhe impondo restricções nem mesmo no caso de haver um segundo consorcio.

prejudicasse com a sua administração os interesses dos menores, a lei offerece meios sufficientes para lhe tornar effectiva a responsabilidade e para castigar os tutores, que procedem mal na sua gerencia, tanto em relação ás pessoas, como em relação aos bens dos tutelados. (1)

(1) Vejam-se os artigos 235.º, 248.º, 249.º-257.º, 258.º-262.º, 224.º, n.º 9.º, 921.º e 924.º

PARTE SEGUNDA

Direitos e deveres do homem e da mulher binubos

CAPITULO I

Summario.—Restricção á liberdade de communhão, imposta ao conjuge binubo, varão ou mulher, que tiver filhos ou outros descendentes successiveis do matrimonio anterior—Artigo 1235.º do Codigo Civil—Evolução historica da jurisprudencia neste ponto—Necessidade de recorrer ao direito romano—Suas disposições—O antigo direito portuguez e a praxe—O velho direito francez—Edicto de 1560—Opiniões de Pothier—Questões do direito francez actual—Os Codigos extrangeiros—Duvidas que origina a providencia do Codigo portuguez.

40. Encetamos a segunda parte d'este trabalho com a exegese do artigo 1235.º do Codigo Civil, que encerra uma providencia inteiramente nova no nosso direito. Esta providencia estabelece que o varão, ou a mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

Para entrarmos devidamente na apreciação d'esta disposição do Codigo é de todo o ponto conveniente estudarmos as suas origens na jurisprudencia classica. Comecemos, portanto, pelo direito romano, que é para este artigo do Codigo uma fonte abundante de principios.

41. Neste direito era doutrina corrente que o pai ou mãe, que passava a segundas nupcias, tendo filhos do primeiro matrimonio, não podia dar ao segundo conjuge mais do que pertencia ao filho do primeiro consorcio. (1)

O mesmo direito, concedendo a faculdade de augmentar ou diminuir o dote ou a doação *propter nuptias*, no primeiro matrimonio, sómente concede esta faculdade no segundo, quando d'aquelle não existem filhos. (2)

---

(1) A lei 6.ª pr. Cod. *de secundis nuptiis*, negava a liberdade de disposição em favor do segundo conjuge, qualquer que fosse o titulo de que se servisse o esposo que contrahia segundas nupcias: «*Hac editali lege in perpetua valitura sancimus, si ex «priore matrimonio procreatis liberis, pater, materve ad secunda vel «tertia aut alterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei «licitum novercae, vel vitrico, testamento, scriptura seu codicillis, «sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut «ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, «conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus quam filio, vel «filiae, si unus, vel una, exstiterit.*»

(2) Isto conclue-se da lei 19.ª Cod. *de donationibus ante nuptias*, que diz: «*.... exceptis videlicet his casibus in quibus aut «maritus ex priore matrimonio liberos habens ad secundas migraverit «nuptias: aut uxor similiter anteriore matrimonio liberis extantibus «secundo marito se junxerit: in hoc enim secundo matrimonio vel a «parte mariti, vel a parte mulieris, vel ab utraque (si hoc etiam acci-«derit) interdictam esse diminutionem dotis; vel ante nuptias dona-*

A legislação romana era tão severa para com a mulher, que contrahia um segundo casamento, tendo filhos do primeiro, que a obrigava a transmittir para esses filhos todos os bens adquiridos da parte do marido, (1) ficando o direito dos filhos garantido por uma hypotheca legal nos bens da mãe binuba. (2)

Além d'estas, outras restricções havia (3), que se

«tiones, ne aliquid adversus filios prioris matrimonii machinari videatur, censemus.» Com esta doutrina coincide a da *Novella* 22.ª, cap. 31: *«Sed hoc quod de diminutione dictum est, si secundae fiant «nuptiae non permittimus, ut non aliquo modo Leonis piae memoriae «offendamus constitutionem, cum filii ex prioribus fuerint nuptiis.»*

(1) É digna de ler-se a disposição da lei 3.ª pr. Cod. *de secundis nuptiis: «Foeminae quae susceptis ex priore matrimonio filiis «ad secundas (post tempus luctui statutum) transierint nuptias, «quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalitium jure, «quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid «mortis causa donationibus factis, aut testamento jure directo, aut «fideicommissi vel legati titulo, vel cujuslibet munificae liberalitatis «praemio ex bonis (ut dictum est) priorum maritorum fuerint adse«cutae; id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex prae«cedente conjugia habuerint, transmittant.»* Estes lucros nupciaes deviam ser distribuidos pelos filhos do primeiro matrimonio: *«Lucrum hoc,* diz a Auth. lei 3.ª Cod. *de secundis nuptiis, aequa«liter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur.»* O mesmo na *Novella* 22.ª cap. 25.º pr.: *«Venient autem talia lucra «ad filios omnes ex prioribus nuptiis.»*

(2) Isto deduz-se da lei 8.ª, § 4.º, Cod. *de secundis nuptiis: «In illo etiam veterum sanctionem adimplentes praecipimus exemplo «matris, cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio «natis (in hypotheca) suppositae sunt, ad conservanda eis lucra, «quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt...»* Veja-se a lei 6.ª, § 2.º, Cod. *de secundis nuptiis* e a lei 4.ª, § 4.º, Cod. *de bonis quae liberis in potestate.*

(3) Assim, nos casos a que se refere a lei 6.ª pr., § 1.º, Cod. *Ad Sctum Trebellianum,* póde cessar a satisdação para a con-

não davam quando o conjuge binubo não tinha filhos do consorcio anterior. (1)

Isto basta para demonstrar que já no direito romano os interesses dos filhos do primeiro matrimonio restringiam grandemente a faculdade de dispôr, que tinham os esposos binubos.

42. No velho direito portuguez entendia-se que o

servação dos fideicommissos, excepto quando o testador especialmente recommenda a satisdação,—*vel cum secundis se pater vel mater matrimoniis junxerit.* Do mesmo modo os paes, segundo uma constituição do imperador Zenão, não eram obrigados a prestar a caução *legatorum servandorum causa* pelo legado deixado aos filhos *sub conditione aut die,—nisi secundas pater contraxerit nuptias: sit enim et haec secundo nubentibus poena. Novella* 22.ª, cap. 41.º Além d'isto, a mãe, tendo, em regra, o direito de revogar as doações feitas aos filhos por causa de ingratidão, perdia o direito quando passava a segundas nupcias. A *Novella* 22.ª, cap. 35.º, dizia: «... *mater tamen donans aliquid filio de suo, si ad se-«cundas venerit nuptias, non poterit per occasionem ingratitudinis «revocare quod datum est.*» Identica doutrina era legalisada pela Auth. *quod mater,* lei 7.ª Cod. *de revocandis donationibus: «Quod «mater filio donat ex ingratitudine non revocatur, post-quam transit «ad secundas nuptias, nisi ex tribus causis: Prima si vitae ejus «insidiatur. Item, si manus impias in eam intulerit. Tertia, si totius «substantiae molitus est jacturam.*»

(1) Não tendo havido filhos do primeiro matrimonio, ou tendo elles morrido, a mulher tinha o pleno direito de propriedade sobre todos os seus lucros nupciaes. É o que dispunha a lei 3.ª, § 1.º in fine Cod. *de secundis nuptiis: «Quod si nullam ex priore matri-«monio habuerit successionem, vel natus native decesserint: omne «quod quoquo modo perceperit pleno proprietatis jure obtineat.*» A *Novella* 22.ª, cap. 23.º, fallando tambem da mulher, que passava a segundas nupcias depois do anno de lucto, dizia: «... *si quidem «non habeat filios* (*dicatur etiam denuo*) *sine periculo est totum ex hoc.*»

regimen da communhão tinha logar tambem no segundo matrimonio, ainda quando existiam filhos do primeiro. (1)

Esta era a regra da Ordenação do liv. 4.º, tit. 46.º, (2) que era confirmada pelas excepções da Ordenação do mesmo livro, tit. 91.º e tit. 105.º (3)

A Lei de 9 de setembro de 1769, modelada, em certo modo, pelo Edicto francez de 1560, (4) prohibiu a communhão nos segundos matrimonios, doutrina

---

(1) Mello Freire, liv. 2.º, tit. 8.º, § 9.º escreve: «*In secundis «quoque nuptiis bona communicantur inter conjuges, filiis etiam «exstantibus prioris matrimonii...*»

(2) «*Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios,* «dizia a citada Ordenação, *se entendem serem feitos per Carta de «ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada.*»

(3) «Excipiuntur paterna maternave bona, in quae pater «materve filio successit, quae secundo matrimonio non commu«nicantur et servari debent filiis prioris matrimonii ord. 4,91, §§ «2, 3, 4: «*haec autem exceptio quae speciali ratione nititur... pro«bat regulam de bonis communicandis tam in primis quam in secun«dis nuptiis.*» Mello Freire, citado liv. 2.º tit. 8.º, § 9.º Á excepção da Ordenação do liv. 4.º, tit. 105.º se refere Liz Teixeira, *Curso de direito civil portuguez,* part 1.ª, pag. 396: «Resta ainda mencionar «a ultima advertencia da nota, e é que a especialidade das provi«dencias das mesmas 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 genera«lidade do direito que faz proceder do matrimonio a communhão «geral de bens entre os conjuges.*»

(4) É para nós ponto de fé que esta lei se inspirou na doutrina do celebre Edicto de Francisco 2.º, conhecido vulgarmente no fôro francez por *l'édit des secondes noces.* Basta ler o preambulo d'esta medida legislativa e comparal-o com o da lei de 9 de setembro de 1769 para nos convencermos d'isto. Eis como reza o

que não permaneceu por muito tempo na nossa jurisprudencia. (1)

43. No antigo direito francez era recebida a disposição do Edicto de 1560, elaborado em harmonia com o direito romano.

As viuvas, que passassem a segundas nupcias, tendo filhos ou netos, não poderiam doar por titulo algum os seus bens moveis proprios ou adquiridos por outra via, que não fosse o seu primeiro marido, ao segundo conjuge, directamente ou por interposta pessoa, em porção superior á que pertencia a um d'aquelles filhos ou netos. (2)

---

indicado preambulo: «*Comme les femmes veuves ayant enfans, sont «souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et ne connaissant pas «être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles «abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et «faveur du mariage; leur font des donations immenses mettant en «oubli le devoir de nature envers leurs enfans, de l'aucun desquels «tant s'en faut qu'elles se dussent éloigner par la mort du père, que «les voyant destitués du secours et aide de leur père, elles devraient «par tous moyens s'exercer à leur faire double office de père et de «mère.....*»

(1) Pela nova lei de 9 de setembro foi prohibida a communhão dos bens, existindo filhos do primeiro matrimonio,—«*jus «tamen antiquum,* accrescenta Mello Freire, *reductum fuit et novum «praefata constitutione inductum abrogatum.*» Refere-se ao decreto de 17 de julho de 1778. A isto respeitam as seguintes palavras da *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 1382.º: «*Deve-se notar mais que a lei de 9 «de septembro de 1769, § 27.º prohibia a communicação de bens entre «os conjuges que tivessem passado a segundas nupcias; este § ficou «suspenso por Decreto de 17 de julho de 1778 até á publicação do «novo codigo.*»

(2) O Edicto dizia: «*Ordonnons que les femmes veuves, ayant «enfans ou enfans de leurs enfans, si elles passent à nouvelles noces,*

Quando a mulher transgredisse a disposição da lei, doando ao segundo marido mais bens do que aquelles que a lei lhe permittia, taes doações deveriam ser reduzidas ao valor da parte do filho do primeiro matrimonio, que menos houvesse. (1)

Embora a lei fallasse unicamente das viuvas, e alguns jurisconsultos sustentassem que devia ser litteralmente entendida, (2) era doutrina corrente que a sua

---

«ne pourront en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens «meubles, acquêts, ou acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier «mari, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, père, mère «ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer «être par dol ou fraude interposées, plus que l'un de leurs enfans, ou «enfans de leurs enfans.»

(1) *«... et s'il se trouve division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations par elles «faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la rai«son de celui des enfans qui aura le moins.»* Era, como se vê, o disposto na lei 6.ª Cod. *de secundis nuptiis*, que já citámos, Pothier, que analysou detidamente a doutrina do Edicto, *Du mariage*, part. 7.ª, cap. 2.º, n.º 544.º, mencionava d'este modo os bens sujeitos á reducção: *«Tous les dons et avantages, qu'une femme fait à ses «seconds, et ultérieurs maris, ou un homme à ses secondes et ultérieures femmes, sont sujets à la réduction de l'Édit; les donations «rémunératoires y sont sujettes aussi bien que les donations simples «quelque grands et signalés que soient les services, lorsque ce sont «des services, qui, par leur nature ou par la qualité de la personne «qui les a rendus, ne sont pas appréciables à prix d'argent.»*

(2) Pothier apresenta os argumentos d'estes jurisconsultos, dizendo: *«La raison de douter était que, l'édit étant une loi qui con«tient des peines, et qui restreint la liberté naturelle, est, dit'on, une «loi pénale, qui n'est pas par conséquent de nature à recevoir exten«sion: l'édit, n'ayant parlé dans ce premier chef, que des femmes il «ne doit pas, dira-t-on, être étendu aux hommes, d'autant plus que, «dans le préambule, le législateur par ces termes, nous entendant «l'infirmité du sexe, se fond sur une raison qui est particulière aux*

providencia se devia applicar egualmente aos viuvos. (1)

Além d'isto, as viuvas não podiam doar ao segundo marido os lucros, que tinham auferido do precedente consorcio, sendo egualmente prohibido aos viuvos doar os lucros nupciaes ás segundas esposas. (1)

«femmes. Enfin l'édit, ayant expressément compris les hommes dans «le second chef de ses dispositions; et, au contraire, n'ayant, dans «ce premier chef, parlé que des femmes, il semble que le législateur «n'ait pas voulu y comprendre les hommes, puisque, s'il y voulu les «y comprendre, il s'en serait expliqué, comme il a fait dans le se«cond chef.»

(1) Segundo se lê em Pothier, alguns jurisconsultos francezes tinham recolhido arestos em que se sanccionava esta doutrina: «... *les arrêts rapportés par Chopin, Mornac, et Bacquet ont «jugé que le premier chef de l'édit avait lieu à l'égard des hommes «qui se remarient, de même qu' à l'égard des femmes, et cela n'est «plus revoqué en doute.*» Parece-nos ser esta a doutrina verdadeira, visto que os argumentos dos jurisconsultos, indicados por Pothier, que sustentavam a doutrina contraria, não provam. É verdade que o edicto falla na *fraqueza do sexo* no preambulo; mas a fazer-se obra por esta expressão deveriamos concluir que a segunda parte do mesmo edicto não pode referir-se aos viuvos, visto que a sua doutrina está sujeita áquella expressão, o que é manifestamente adverso á lettra da lei e ao parecer dos jurisconsultos. É certo tambem que a lei franceza diz aqui — *les veuves*, — mas esta expressão deve entender-se em harmonia com a já citada lei 6.a Cod. *de secundis nuptiis*, que diz — *pater materve*. O outro argumento, que diz ser esta lei penal e, por isso, dever applicar-se restrictivamente, teria logar, se se pretendesse applical-a por identidade ou maioria de razão, mas applica-se por ser esta a doutrina das leis romanas, que o legislador acceitou, como se vê das palavras do preambulo — *à quoi les empereurs ont voulu pourvoir par plusieures bonnes lois et constitutions, sur ce par eux faites, et nous... avons loué et approuvé icelles lois.*

(1) «*Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et «libéralités de leurs defunts maris, icelles ne peuvent et ne pourront*

Os mais auctorisados escriptores comprehendiam nos lucros nupciaes, não só o que as mulheres tinham adquirido por titulo de doação formal, mas todas as vantagens provenientes das convenções matrimoniaes. (1)

O moderno direito francez, tractando das doações entre os conjuges, circumscreveu a liberdade de dispôr, no caso do segundo casamento, seguindo a doutrina da lei antiga. (2)

Pela provisão do Codigo o homem ou a mulher que, tendo filhos do matrimonio anterior, contrahir um segundo casamento, não pode doar a seu segundo conjuge mais do que a parte que pertenceu ao filho

---

«faire part à leur nouveau mari, ainsi elles seront tenues les réserver «aux enfans communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité «desquels iceux biens leur seront advenus: le semblable voulons être «gardé ès biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de «leurs defuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à «leur seconde femme; mais seront tenus les réserver aux enfans qu'ils «auront eus de leur première.» É extrahida esta doutrina da lei 3.ª Cod. de *secundis nuptiis.*

(1) Basta que citemos a opinião de Pothier, que comprehendia na disposição do edicto nas palavras — *dons et libéralités* — não sómente os que a mulher adquiriu por titulo de doação propriamente dicta, feita pelos maridos precedentes, *«mais encore «tout ce qui lui est provenu des avantages résultans des conventions «matrimoniales de ses précédens mariages et en général tous les biens, «dont ses précédens maris ont disposé directement ou indirectement à «son profit, à titre gratuit.»*

(2) É este o pensar de Demante e Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil,* n.º 278.º: *«Notre Code adoptant «sur ce point les principes de l'édit des secondes noces basé lui même «sur la loi hac edictali, borne la faculté de disposer au profit du «nouvel époux.»*

legitimo menos favorecido, não podendo essas doações exceder a quarta dos bens. (1)

Esta disposição é dictada pelos interesses dos filhos do primeiro matrimonio (2) e tem dado logar a multiplicadas questões, que são alheias ao nosso proposito. (3)

---

(1) Diz o artigo 1098.º: «*L'homme ou la femme, qui, ayant «des enfants d'un autre lit, contractera un second mariage, ne pourra «donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins «prenant, et sans que, dans ces cas, ces donations puissent excéder le «quart des biens.*»

(2) «*La quotité desponible est diminuée dans l'intérêt des en«fants issus d'un premier mariage, on a craint que le père ou la «mère ne fussent trop facilement entrainés en convolant à des secon«des noces, à gratifier leur nouvel époux au détriment de leurs en«fants et l'on a diminuée à cet égard leur faculté de disposer.*»

(3) Nós pretendemos unicamente enunciar a doutrina do direito francez para que se possa conhecer a affinidade mais ou menos proxima que tem com o nosso. Ha muitas questões que nos devem ser extranhas. No direito francez discute-se se, morrendo antes do pai doador todos os filhos do primeiro matrimonio, será ou não applicavel o artigo 1098.º? Duranton, tom. 5.º, edição de Bruxellas n.º 611.º, segue a negativa, dizendo: «*D'où il «faut tirer la conséquence que si tous les enfants du premier lit «meurent avant leur père donateur, l'art. 1098.º devient inapplica«ble. Ceux du second lit ne peuvent attaquer, en invoquant cet arti«cle, une donation sans laquelle le mariage au quel ils doivent le «jour n'aurait peut-être pas être contracté. Ils ne peuvent se plain«dre que de ce qui a été donné au delá du disponible de l'article «1094.º Telle était l'opinion générale des auteurs dans l'ancienne «jurisprudence.*» Discute-se tambem se a reducção das doações feitas por via dos filhos do primeiro matrimonio deve aproveitar a elles sómente ou tambem aos filhos do segundo casamento. No direito consuetudinario adoptava-se a doutrina da lei 9.ª Cod. *de secundis nuptiis,* que fazia participar da reducção todos os filhos indistinctamente, ainda os do segundo matrimonio; no direito

O Codigo da Sardenha merece especial referencia na materia de que tractamos.

O homem ou a mulher, que contrahem um segundo matrimonio, tendo filhos do primeiro matrimonio, são obrigados a reservar-lhes a propriedade de tudo o que receberem do esposo predefuncto, em virtude de convenções matrimoniaes, ou por doações, instituições ou legados. (1)

A propriedade d'estes bens passa, apezar de toda

---

escripto, porém, seguia-se a *Novella* 22.ª, cap. 27.º, segundo a qual sómente os filhos do primeiro enlace podiam aproveitar-se da reducção das doações. O mesmo Duranton sobre esta questão escreve: «*Nous pensons dans le silence du Code que la question «doit se décider d'après les principes du droit coutumier. Si la do-«nation successive ne doit pas nuire aux enfants du premier lit, elle «ne doit pas non plus leur profiter; or elle leur profiterait au détri-«ment des enfants du second lit, si la reduction n'était pas pronon-«cée que dans leur seul intérêt. En effet si leur père donateur êut «donné tout son bien à sa seconde femme, il ne resterait rien aux «enfants du second mariage, ce qui serait absurde.*» Discute-se egualmente se a lei concede a reducção aos filhos sem exigir que tomem a qualidade de herdeiros. Ricard e Pothier, perfilhando a disposição da lei *Hac edictali,* concedem a reducção da doação aos filhos, sem exigir que tomem a qualidade de herdeiros. Duranton segue a opinião opposta, dizendo: «*Ainsi nous ne saurions «souscrire à leur sentiment sur ce point.*» Sobre estas e outras questões vejam-se, além dos referidos, Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments,* tom. 6.º, n.os 566.º e seguintes, Delsol, *Explication élémentaire du Code de Napoléon,* tom. 2.º, liv. III, tit. II, cap. IX, Acollas, aos artigos 1094.º e 1098.º e outros.

(1) Veja-se o artigo 146.º, que diz assim: «*Celui qui, ayant «des enfants d'un premier mariage en contracte un second, est tenu «de leur réserver la propriété de tout ce qu'il aurait reçu de l'époux «prédécédé à titre de don, en vertu de conventions matrimoniales, ou «par donations, institutions ou legs.*» Segundo a collecção de S. Joseph.

a renuncia geral, aos filhos do primeiro matrimonio, sem distincção de sexo, ou a seus descendentes, (1) e o esposo, que tiver contrahido um segundo casamento, não póde deixar ao novo conjuge por titulo lucrativo, quer por acto entre vivos, quer por disposição da ultima vontade, uma parte superior á do filho do primeiro leito, que menos houver. (2)

Em outros Codigos encontram-se tambem disposições similhantes. (3)

---

(1) O artigo 147.º accrescenta: «... *pourvu qu'ils survivent «au père ou à la mère qui a convolé, bien qu'ils ne soient pas ses «héritiers ni ceux du père ou de la mère prédécédé. Cependant si l'un «des enfants a été justement exhérédé par l'époux prédécédé, sa por«tion accroit aux autres enfants du premier lit. Mais si l'exhérédé «était l'unique enfant ou descendant qui eût survécu, la propriété des «biens susdits sera acquise nonobstant son exhérédation.*»

(2) É o que dispõe o artigo 149.º, que, como se vê, é similhante ao artigo 1098.º do Codigo francez. Segundo o Codigo Sardo, o que o esposo tiver recebido de mais pertence a todos os filhos do primeiro leito indistinctamente, em conformidade do artigo 147.º, o que tem logar, não obstante toda a disposição contraria do conjuge binubo e, ainda, quando o novo conjuge tiver renunciado em favor de outras pessoas as vantagens das doações.

(3) O Codigo do Cantão de Valais, artigo 103.º, está em harmonia no pensamento com o artigo 146.º do Codigo Sardo, accrescentando: «*Il ne recouvre pas la propriété même en cas de «prédécès des dits enfants.*» O artigo 104.º harmonisa-se egualmente com o artigo 148.º da Sardenha, e o artigo 105.º com o artigo 1098.º do Codigo francez. O Codigo de Vurtemberg dispõe: «*L'époux qui se remarie ne peut donner à son second époux plus «d'une part d'enfant du premier lit.*» Nas Leis de Francfort, artigo 24.º, lê-se disposição identica, e o Codigo da Hollanda no artigo 237.º traduz o que dispõe o Codigo francez. O Projecto do Codigo Hespanhol no artigo 800.º estabelece: «*El viudo ó viuda que «pasase á segundo matrimonio, estará obligada á reservar a sus*

44. A disposição do nosso Codigo póde dar logar a algumas questões. Que direitos têm os conjuges binubos, sobre as duas terças partes dos bens, que levaram para o casal, ou que depois adquiriram por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes? Podem dispôr d'elles? São usufructuarios, como acontece com os bens de que falla o artigo 1236.º? (1)

«hijos ó hijas y descendientes legitimos del primero la propiedade de «todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por tes«tamento, donacion, ú otro cualquier titulo lucrativo, incluso el de «su legitima, pero no su mitad de bienes gananciales.» Ácerca d'esta propriedade diz Goyena: *«... la propiedad de su mitad de ganan«ciales desde luego que se hacen, y la adquiere por su derecho pro«pio por la sola disposion de la ley á virtud de un contrato de so«ciedad, y muchas veses el cónyuge binubo habrá sido el autor de las «ganancias.»*

(1) Com effeito estas duvidas podem originar-se em vista do artigo 1235.º Tractando da mulher quinquagenaria, estabeleceu o Codigo no artigo 1237.º que ella não poderá *alhear* por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido o segundo matrimonio, *as duas terças partes dos bens mencionados* no artigo 1235.º, emquanto tiver filhos ou descendentes que os possam haver.

Fallando do varão, ou mulher que não é quinquagenaria, diz simplesmente o Codigo no referido artigo 1235.º, que não *poderá communicar.* Quererá isto dizer que poderá alhear? Sendo assim, os interesses dos filhos do primeiro consorcio não encontram segurança na disposição da lei, porque o conjuge binubo poderá dispor, quando lhe aprouver, das duas terças partes dos bens indicados. Quererá isto dizer que não poderá alhear? Mas, sendo assim, que differença existe entre o segundo casamento, contrahido pela quinquagenaria, e aquelle que é contrahido pelo varão ou mulher que não chegaram a cincoenta annos? Parece-nos que, sempre que tenha logar um segundo casamento, havendo filhos do matrimonio anterior, devem ser inventariados os bens do conjuge binubo, e isto para que se saiba, no caso da viuva quinquagenaria, quaes são as duas terças partes que não pode alhear, e, no caso do artigo 1235.º, quaes são as duas terças par-

O Codigo não se exprime com a devida clareza sobre este objecto. Comprehende-se que o conjuge binubo não possa communicar com o novo esposo nem doar-lhe mais do que a terça parte dos bens a que se refere o artigo, (1) mas convinha extremar bem as differenças entre os bens de que tractam os artigos 1235.º,

---

tes que o conjuge não póde communicar, e parece-nos tambem que o unico meio de explicar os artigos 1235.º e 1237.º é dizer que o primeiro d'estes artigos encerra uma *reserva,* que o conjuge binubo tem obrigação de respeitar, em quanto que no segundo ha uma prohibição de alienação. Por outras palavras: No caso do artigo 1235.º o conjuge binubo não fica privado da propriedade das duas terças partes dos bens em questão: sómente tem a obrigação de os reservar para os filhos do primeiro matrimonio. No caso do artigo 1237.º os filhos adquirem a propriedade dos bens desde que a quinquagenaria contrahiu o segundo casamento. É por isso que a binuba não póde alienar por titulo algum os mesmos bens. No estudo do artigo 1236.º exporemos mais largamente a nossa opinião ácerca d'estes artigos.

(1) A pessoa, que tem filhos, não póde dispor em testamento de mais da terça parte dos seus bens (Codigo Civil, artigo 1784.º); os direitos, portanto, que os filhos têm á legitima de seus pais, devem restringir-lhes a faculdade de disposição em um segundo casamento. Não podendo, no caso sujeito, os conjuges dispor senão da terça parte dos seus bens, ficam perfeitamente protegidos os direitos dos herdeiros legitimarios. É por isso que o Codigo, legislando sobre as doações entre esposados, estatue no artigo 1167.º: «*Se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do «casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e «algum destes fôr vivo ao tempo da dissolução do matrimo-«nio, não poderá a dita doação ou deixa exceder a importancia «da terça dos bens que então possuir.*» Este artigo prova, egualmente, que os filhos só adquirem o direito ás duas terças partes, quando tiver logar a dissolução do segundo matrimonio, e que, por isso, o conjuge binubo só tem a obrigação da reserva.

1236.º e 1237.º, que, a nosso ver, regulam hypotheses distinctas. Estudando o artigo 1236.º, que é, sem duvida, o mais difficil da materia das segundas nupcias, veremos se no capitulo seguinte, na discussão das variadas questões a que dá ampla margem, conseguimos esclarecer o pensamento do Codigo.

CAPITULO II

Summario.—Os bens herdados do filho do primeiro matrimonio pelo pai ou mãe binubos, existindo irmãos germanos do fallecido — Artigo 1236.º — Fontes d'este artigo — Questões — A propriedade dos bens radica-se desde logo nos filhos do primeiro matrimonio? — A disposição da lei refere-se a todos os bens do filho predefuncto, incluindo aquelles que obteve de seu irmão? — A lei refere-se sómente á successão legitima, ou comprehende tambem a successão testamentaria? — O conjuge binubo pode ser instituido pelo filho herdeiro da quota disponivel? — Estarão comprehendidas na providencia legal as terceiras, quartas e outras nupcias posteriores, ou sómente as segundas nupcias? — Refere-se esta providencia aos irmãos germanos, ou tambem aos consanguineos e uterinos? — Comprehende, ou não, os binubos, durante a viuvez do segundo casamento? — Deve applicar-se sómente aos bens que o binubo adquiriu na constancia do segundo matrimonio, ou tambem aos que houve durante o periodo da viuvez? — Cessará a disposição da lei, quando o conjuge predefuncto permittiu ao binubo as segundas nupcias? — E sendo o consentimento dado pelos filhos do primeiro matrimonio? — Terá logar a disposição da lei nos avós, que segunda vez se casarem? — Deverá o conjuge binubo dar caução pelo usufructo? — Doutrina geral, sobre estas questões, do direito antigo e moderno.

45. O varão ou a mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de matrimonio anterior, tem, ainda, outras restricções nos seus direitos, segundo o Codigo Civil.

Assim: se ao dicto varão ou mulher ficarem de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios bens, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pai ou mãe, e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pae ou mãe só terá o usufructo. (1)

Esta providencia da nossa legislação civil tem as suas origens no direito romano e no antigo direito portuguez.

46. O direito romano preceituava que a mãe, que contrahia segundas nupcias, sendo chamada *antes* ou *depois* do segundo casamento, á successão de um filho do primeiro leito com os irmãos d'esse filho, não deveria receber, nos bens de origem paterna, senão o usufructo da sua parte, ficando a propriedade nos irmãos do fallecido. (2)

---

(1) É a disposição litteral do artigo 1236.º

(2) Isto conclue-se da *Novella* 2.ª cap. 4.º e da *Novella* 22.ª cap. 46.º A primeira, tractando da successão — *si filius intestatus mortuus fuerit* — e do modo como os conjuges binubos são chamados á herança dos filhos, dispõe: «*Si vero intestatus decesserit, «reservans illius partem, si quidem habuerit filios proprios, ad filios «venire, sin autem non habuerit quidem filios proprios, sit fratrum «vocatio et matris una cum fratribus* (*secundum quod a nobis san«citum est*) *ad hereditatem venientis et eam firme habentis, sive ad «secundas vellet venire nuptias, sive non..... Proinde quod pa«tres habent, sive ad secundas venientes nuptias, sive non, hoc etiam «matres habeant, voceturque mater ad filii hereditatem, sive jam ad «secundas venit nuptias, sive postea veniat.*» A segunda, legislando sobre a successão das mães nos bens dos filhos — *de successione matrum in bonis filiorum pro qua parte fiat et quomodo* — era ainda mais explicita: «*Si autem intestatus filius moriatur* jam ad secun«das veniente matre nuptias, aut postea veniente: vocetur quidem «et ipsa cum filii aut filiae fratribus secundum nostram constitutio«nem ab intestato ad ejus successionem. *Sed quanta quidem ex*

O antigo direito portuguez dava assento especial á materia na Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, largamente discutida no fôro. (1)

Estudemos as principaes questões, que se suscitavam no antigo direito e que apparecem no direito moderno, para apreciarmos devidamente o quilate da providencia do Codigo.

«*paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solummodo habeat* «*usum ad secundas omnino, sive prius, sive postea veniens nuptias:* «in residuis vero omnibus rebus, quae aliunde erant filio praeter «paternam successionem, veniat secundum vocationem nostram, «quam statim dicemus, quadam correctione et ea indigire.» Estas duas disposições, sendo a fonte da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, têm grande importancia na fixação do seu verdadeiro sentido.

(1) Como temos de recorrer muitas vezes ao texto da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, é conveniente enunciar a sua disposição na parte respeitante aos direitos da mãe binuba nos bens dos filhos do primeiro matrimonio. O § 2.º d'esta Ordenação dizia: «Porém se o filho, ou filha, que tiver bens, *que houve do patrimo-* «*nio, ou herança de seu pai, ou do avô da parte do pai*, se finar «abintestado sem descendentes, e sua mãe lhe succeder nos dictos «bens e *se ella se casar com outro marido, ou já ao tempo, que succe-* «*deu, era casada,* se ella do primeiro marido tiver outro filho, ou «filhas, irmãos do filho defunto, haverá sua mãe *o uso e fructo* só- «mente dos dictos bens em sua vida; os quaes não poderá alhear «nem obrigar, nem haverá o segundo marido parte na *propriedade* «d'elles. E por fallecimento d'ella os haverão livremente os filhos «do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãe ficarem «vivos, *sem os filhos do segundo matrimonio em os dictos bens po-* «*derem succeder, nem haver n'elles parte alguma.* E se ao tempo do «fallecimento de sua mãe não ficarem filhos vivos do primeiro «matrimonio *posto que fiquem netos,* filhos de algum dos dictos fi- «lhos, não haverá logar a disposição d'esta Lei. Porém ficando «filho ao tempo do fallecimento de sua mãe e algum neto de ou- «tro filho já morto, o dicto neto concorrerá na successão do tio «morto com o tio vivo; e se o filho, ou filha, que se finou de cuja «sucessão se tracta, se *finar com testamento, guardar-se-ha o Di-*

47. A primeira questão que se ventilava, e que póde, ainda hoje, agitar-se no direito vigente, consistia em saber, se a propriedade dos bens herdados pelo pai binubo do filho do primeiro matrimonio fallecido, existindo irmãos germanos, se radicava immediatamente nos mesmos filhos, ou se era necessario para isso que se verificasse a morte do conjuge binubo. Alguns dos nossos civilistas entendiam que, nos termos da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, o esposo, que contrahia segundas nupcias, era simplesmente usufructuario dos bens do filho do primeiro matrimonio, e que desde o facto do segundo casamento, quando o binubo tinha herdado durante a viuvez, ou desde a morte do filho predefuncto, quando esta se realisava na constancia do segundo matrimonio, se radicava a propriedade dos bens nos irmãos do fallecido; (1) outros, pelo con-

«*reito Commum neste caso.*» O que o § 2.º estabelecia para a mãe era egualmente applicavel ao marido binubo. Dizia o § 4.º da Ordenação: «*E o que dito he na mãe haverá isso mesmo lugar no pai, «que succeder ao filho, ou filha nos bens que lhe vieram da fazenda «da mãe, ou dos avós da parte d'ella, se elle se casar com outra mu«lher, e lhe ficarem por sua morte filhos da primeira, irmãos do filho «defunto a que elle tiver succedido.*»

(1) O *Jornal de Jurisprudencia,* 1.º anno, n.º 45.º, sustenta que a propriedade dos bens a que se refere a Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º se radica logo nos filhos do primeiro matrimonio. Na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 872.º, um advogado, o sr. Teixeira Guedes, defende tambem a opinião de que a propriedade se separa do usufructo, ficando este na mãe e aquelle nos filhos do primeiro matrimonio. Na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 889.º, segue a mesma opinião o consulente Nogueira Pimentel, fundando-se no direito romano, *Novella* 22.ª, cap. 26.º, § 2.º nas palavras — *in quibus solum mater habeat usumfructum* — e Auth. *ex testamento,* lei 3.ª Cod. *de secundis nuptiis,* nas palavras — *sed ab intestato eorum solum usumfructum percipit.* O *Direito,* 3.º anno, n.º 11.º parece inclinar-

trario, entendiam que o binubo tinha a obrigação de reservar para os filhos do primeiro matrimonio os bens herdados, cuja propriedade só por sua morte passava para estes filhos. (1)

Esta ultima opinião é que nos parece verdadeira:

1.º Porque, se a propriedade se radicasse desde logo nos filhos do primeiro matrimonio, não teria logar a disposição da Ordenação, quando nega aos netos o direito de serem chamados á successão d'aquelles bens, que pertenceriam a seus paes, se por ventura fossem vivos; (2)

---

se á mesma opinião, dizendo que o pai casado em segundas nupcias só é usufructuario dos bens dos filhos do primeiro matrimonio, e *que isto é sem duvida em vista da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º e artigo 1236.º do Codigo Civil.*

(1) O distincto redactor da *Gazeta dos Tribunaes* sustentou sempre esta opinião. No n.º 4347.º d'este jornal diz elle: «D'aqui «é consequencia necessaria que a mãe binuba, segundo a dicta «Ordenação, não era simples usufructuaria... *mas tinha tambem «a propriedade, como n'uma especie de fideicommisso em favor uni-«camente dos filhos do primeiro matrimonio que lhe sobrevivessem.»* No n.º 1227.º da *Gazeta dos Tribunaes* tinha tambem dicto que a mãe, que passa a segundas nupcias, era herdeira usufructuaria e não proprietaria dos bens profecticios dos filhos do primeiro matrimonio, que falleceram, deixando irmãos vivos. A sabia redacção da *Revista de legislação e de jurisprndencia,* 3.º anno, n.º 125.º, sustenta egualmente que os filhos do primeiro matrimonio, segundo a Ordenação, tinham apenas um direito eventual, dependente da condição de serem vivos á morte do pai ou mãe binubos porque, não podendo o direito de propriedade estar suspenso, era consequencia que, não residindo nos filhos, devia residir na mãe, embora debaixo de uma condição resolutiva.

(2) A citada Ordenação no § 2.º dizia — *e se ao tempo do «fallecimento de sua mãe não ficarem filhos vivos do primeiro matri-«monio, posto que fiquem netos, filhos d'esses filhos, não haverá lo-*

2.º Porque a obrigação da reserva dos bens, que era a isto que se reduzia a disposição da Ordenação, se achava sanccionada pelas suas fontes; (1)

«*gar a disposição desta lei.*» Esta doutrina não teria applicação, admittindo-se o radicamento da propriedade nos filhos do primeiro matrimonio, porque, então, elles transmittiriam por sua morte a propriedade, que tinham, a seus filhos, netos do conjuge binubo. Veja-se a *Gazeta dos Tribunaes*, n.os 4347.º, 3308.º-3312.º Bem sabemos que se pode argumentar contra isto indicando as palavras da Ordenação—*uso e fructo sómente dos dictos bens em sua vida*—mas respondemos que estas palavras devem ser entendidas em harmonia com as que deixamos mencionadas, e que a sentença extrahida de todas vem corroborar a opinião, que sustentamos.

(1) É verdade que a Auth. *ex testamento* Cod. *de secundis nuptis* dizia: «... *ab intestato quoque vocatur, sive ante mortem fi-*«*lium, sive postea secundas ineat nuptias: sed ab intestato eorum* «*solum usumfructum percipit, quae ex paterna substantia ad filium* «*pervenerunt,*» mas esta lei deve ser entendida na sua comparação com outras; e d'ellas se conclue que só depois da morte da mãe é que os filhos ficariam com os bens, que ella herdara do irmão d'elles. A lei 3.ª § 1.º Cod. *de secundis nuptiis* emprega fallando de taes bens, as palavras—*omne his qui supererunt, ex priore susceptis* «*matrimonio filiis relinquat*—d'onde parece inferir-se que só depois de a mãe ter deixado por sua morte os bens aos filhos é que elles adquiriam a propriedade. Além d'isso, é innegavel que o direito romano inspirou notavelmente o edicto francez de 1560. Desde Domat e Pothier todos os escriptores francezes o reconhecem. Ora, não só o edicto fallava expressamente em reserva, mas sempre os mesmos escriptores assim o entenderam. «Nous n'avons «pas admis en pays coutumier cette *réserve* des biens auxquels la «femme qui a convolé en secondes noces, a succédé à quelqu'un «de ses enfants du premier mari par le canal de cet enfant...» Isto diz Pothier, que escreve em outro logar: «Par ces termes *se-*«*ront tenues de les réserver* l'édit charge la femme d'une espèce de «substitution fideicommissaire envers les enfants de ce mariage.» O que deixamos dicto serve para mostrar que o direito romano foi interpretado pelos jurisconsultos francezes no sentido de favorecer a reserva dos bens. Entre nós, Valasco na *Consulta* 6.ª n.º 6.º,

3.º Porque foi esta a doutrina geralmente seguida na praxe do fôro, como se vê dos nossos civilistas antigos. (1)

---

sustentando a opinião de que a mulher binuba não é obrigada a reservar para os filhos do primeiro matrimonio as arrhas, que o marido lhe deu, recorre á lei *foeminae* (3.ª Cod. *de secundis nuptiis*) dizendo: «*Ego vero ad hoc ex eo maxime adducor, quia l. foeminae, «quae reservationem inducit, loquitur tantum in habitis titulo lucra«tivo ut patet ibi: Quidquid etiam nuptiarum.*»

(1) Portugal, *De donationibus,* liv. 3.º, cap. 19.º diz: «...quan«do mater habens filios ex priore matrimonio, post annum luctus «secundo nupsit. Tamen *privatur successione filiorum quoad pro«prietatem,* si exstant alii fratres ex priore matrimonio *et solum«modo ad eam pertinet usufructus pro ipsius vita...* Intellige supe«rius tradita *ut mater teneatur reservare filiis prioris matrimonii* «quae habuit ex successione filii, si tempore mortis matris alii «extiterint liberi ejusdem matrimonii...» Phebo na *Decisão* 87.ª n.os 4.º e 5.º é da mesma opinião: «*In secundo dubium fuit decisum* «quod si mater convolavit ad secundas nuptiias privaretur succes«sione filio intestato, saltem quoad proprietatem bonorum quae a «patre ipsi filio obvenerunt, *et quod tenetur omnino reservare eodem «bona filiis prioris matrimonii, emanente sibi usufructu solo talium «bonorum dum vixerit.*» Reinoso chama ao principio da reserva uma regra de direito muito conhecida. Na *Observação* 43.ª, n.º 1.º diz elle: «Regula juris est notissima patrem ad secunda vota tran«seuntem eo ipso amittere proprietatem bonorum quae habuit a «filio praemortuo, *tenerique hujusmodi bona reservare filiis ex eodem «primo matrimonio procreatis.*» Gomes no *Commentario* á lei 15.ª do *Touro,* n.º 2.º, diz tambem que a doutrina da reserva é de direito antigo: «Advertendum tamen est quod, licet *de jure antiquo* «tenebatur *reservare* etiamsi habuisset praedicta bona ex testa«mento filii, tamen hodie non tenetur illo casu *reservare* sed tantum «eo casu quo ab intestato successit.» Dos modernos basta citar Correia Telles, que no *Digesto portuguez,* tom. 2.º artigo 444.º, perfilha o mesmo pensamento nas palavras finaes do artigo, ainda que não empregue o termo *reserva.* Diz este escriptor: «Porem o «pai ou mãe, que herda de algum filho do antecedente matrimonio

No que respeita ao Codigo Civil, entendemos que a propriedade dos bens, de que tracta o artigo 1236.º, se radica immediatamente nos irmãos germanos do filho fallecido. (1)

«bens que a este provieram do conjuge predefuncto, ou de seus «ascendentes, pelo facto de tornar a casar-se perde o direito de «propriedade d'aquelles bens e conserva somente o usofructo em «sua vida, *se acaso por sua morte ha irmão germano ao qual se de-«volva a propriedade.*» Temos além d'isto os casos julgados de alguns tribunaes. O accordão da Relação do Porto de 11 de janeiro de 1850, publicado na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 1179.º, decidiu que os filhos do segundo matrimonio não foram aggravados por não serem chamados á successão de bens que sua mãe binuba tinha herdado de um filho do primeiro matrimonio, existindo irmãos germanos d'elle; e o accordão da mesma Relação de 7 de julho de 1865, transcripto no *Jornal de Jurisprudencia,* 1.º anno, n.º 45.º chamava incerto e eventual ao direito dos irmãos, negando, por isso, que a propriedade dos bens se radicasse nelles.

(1) Este é o pensar dos jurisconsultos, que têm tractado a questão, depois do Codigo Civil. A *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 125.º, indicando as differenças entre a disposição da Ordenação e o artigo 1236.º do Codigo Civil, dizia que uma d'estas differenças estava em que pela Ordenação não tinha logar a providencia d'ella, quando ao tempo do fallecimento do pai ou mãe, não ficasse filho ou filha, irmão do predefuncto, posto que ficassem netos, emquanto que o silencio do Codigo a tal respeito dá logar a inferir que, se ao tempo do fallecimento do filho predefuncto existir vivo outro filho do mesmo matrimonio, irmão germano do predefuncto, *se radica nelle o direito de propriedade dos bens, de tal sorte, que, dado o caso de fallecer em vida do pai, ou mãe sobrevivo, transmitte esse direito a seus descendentes.* O *Jornal de Jurisprudencia,* 1.º anno, n.º 45.º, apontando a questão da Ordenação, diz que, felizmente, o Projecto do Codigo Civil poz termo á duvida que existia. O *Direito,* 1.º anno n.º 39.º, e 3.º anno, n.º 11.º, e a *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 4347.º, são tambem de opinião que os pais, segundo o artigo 1236.º do Codigo, são simples usufructuarios dos bens dos filhos, radicando-se a propriedade nos irmãos do mesmo filho.

1.º Porque, relativamente aos netos, o Codigo estabelece doutrina diversa da Ordenação; (1)

2.º Porque, empregando alguns Codigos modernos a palavra—*reserva,*—o nosso Codigo abandonou esta terminologia, que é seguida ainda por aquelles, que lhe serviram de fonte; (2)

3.º Porque a doutrina da reserva dá aos bens a natureza de fideicommissos, e o Codigo apresenta uma

---

(1) Como mostraremos adeante, não ha duvida de que, segundo o Codigo, os netos sobrevivos têm a propriedade dos bens; isto prova que seus pais a adquiriram e que por morte d'elles lhes foi transmittida. A *Revista de legislação,* 3.º anno, n.º 125.º, diz que contra a transmissão do direito para os netos parece argumentar-se com as palavras—*e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido.* Existirem ao tempo da morte da mãe, ou ao tempo da morte do irmão predefuncto? Parece-nos que não póde haver duvida sobre isto. O Codigo diz—*ficarem* de algum dos filhos do primeiro matrimonio bens, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pai ou mãe e *existirem*...—D'onde se infere que estando os dois verbos no mesmo tempo, significam duas idéas coevas, e, por isso, o Codigo falla dos irmãos do fallecido, que *existirem,* quando *ficarem* os bens ao pai ou á mãe binubos. Quer dizer, refere-se ao tempo da morte do irmão predefuncto.

(2) A palavra *reserva* apparece só em dois Codigos modernos, o Codigo da Sardenha artigo 146.º, e o Projecto hespanhol artigos 800.º e 801.º Este ultimo diz no citado artigo 801.º: «*La «disposicion del articulo anterior* comprende tambien los bienes que «el viudo ó viuda adquirió de uno de los hijos ó hijas del primer «matrimonio por alguno de los titulos expresados, y los que hubo «de los parientes del difunto consorte por consideracion á este.» Ora a disposição do artigo anterior principia assim:—*el viudo ó viuda que pasase á segundo matrimonio estará obligado á reservar.* —Tendo o nosso Codigo acceitado como fonte muitas das disposições do Projecto hespanhol, parece-nos que, se por acaso quizesse perfilhar a doutrina da resvrva, não deixaria de adoptar mais esta disposição.

tendencia manifesta contra as substituições fideicommissarias, (1) devendo, por isso, admittir-se sómente no caso do artigo 1235.º, que não é susceptivel de interpretação diversa; (2)

(1) O artigo 1867.º prohibe para o futuro as substituições fideicommissarias, excepto sendo feitas por pai ou mãe nos bens disponiveis, em proveito dos netos nascidos ou por nascer, e sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro gráu, de irmãos do testador. O Codigo quer a completa desvinculação da terra, pensa que a economia politica e a philosophia do direito condemnam todas as restricções que impedem a facil transmissão da propriedade. Por isso não admitte os fideicommissos, senão nos dois casos excepcionaes a que se refere. Que necessidade temos, pois, de admittir a reserva, que tinha a natureza fideicommissaria na hypothese do artigo 1236.º, furtando ás transacções a propriedade dos bens? Parece-nos que a doutrina, que admitte o radicamento da propriedade nos irmãos do filho predefuncto, está mais em harmonia com o espirito do Codigo.

(2) Admittir a reserva ou o fideicommisso no caso do artigo 1235.º é uma necessidade para a interpretação do Codigo. Se podessemos interpretar satisfactoriamente e de outro modo aquelle artigo, por certo que não acceitariamos uma doutrina, que, em these, condemnamos. Effectivamente podemos nós, em boa fé, admittir que a propriedade dos bens, sobre que legisla o artigo 1235.º, se radica desde o segundo casamento, nos filhos ou outros descendentes successiveis do matrimonio anterior? Pois não existe uma notavel differença na redacção dos dois artigos? O artigo 1235.º diz, simplesmente, que o binubo não poderá *communicar*, emquanto que o artigo 1236.º diz que aos irmãos *pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pai ou a mãe só terá o usufructo.* Se não admittirmos o fideicommisso nas duas terças dos bens no caso do artigo 1235.º, a sua disposição torna-se inefficaz. De que serviria o prohibir o Codigo que não possam entrar na communhão do novo casal as duas terças dos bens, de que tracta, se, ao mesmo tempo, não désse garantias aos filhos do primeiro matrimonio de que elles seriam chamados, quando tivesse logar a morte do binubo, á successão dos mesmos bens na parte que le-

4.º Emfim, porque não encontramos razões philosophicas, que justifiquem a doutrina da Ordenação.

48. A segunda questão, que se tractava, consistia em saber, se a Ordenação se applicava unicamente aos bens, que o filho predefuncto herdara directamente de seu pai, ou tambem áquelles que o filho obtivera por outra via, como quando os tinha adquirido por herança de seu irmão. Alguns entendiam que se devia attender á origem remota dos bens e que, assim, estavam sujeitos á disposição da Ordenação os bens, que o filho predefuncto houvera de qualquer dos seus irmãos; (1) outros, e estes constituiam o maior numero, pensavam

galmente lhes pertencesse? Se não existisse a obrigação da reserva, a mãe poderia alienar, quando lhe aprouvesse, os bens incommunicaveis, sophismando a lei e defraudando os interesses dos filhos tanto do primeiro, como do segundo matrimonio.

(1) Muito poucos opinavam d'este modo. Não esqueceremos Correia Telles, que, não admittindo o principio de que a obrigação da reserva cessava pela Ordenação nos bens de origem fraterna, dizia a respeito dos prazos, n'uma consulta, publicada na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 874.º: «... é sempre verdade que elles «(os prazos) vieram do pai commum. A lei é geral, e não distin«gue se um filho ou filha tem succedido ao pai mediata ou imme«diatamente. Restringir a nossa lei por causa das restricções das «leis romanas é abuso condemnado pela lei de 18 de agosto de 1769.»

Os que seguiam a opinião contraria não restringiam a lei, davam-lhe o sentido natural. A Ordenação fallava em—*bens, que houve do patrimonio ou herança de seu pai.*—Ora, no caso em questão, os prazos não eram da herança do pai, eram da herança do irmão. Se é certo que não se devem restringir as leis com subtilezas do direito romano, é tambem certo que as leis, limitativas dos direitos civis, nunca devem ampliar-se aos casos não especificados.

que se devia attender á origem proxima dos bens, e que, portanto, os bens herdados de seu irmão pelo filho predefuncto, estavam fóra da acção da lei. (1)

---

(1) Se pretendessemos citar todos os auctores, que seguiam esta opinião, teriamos de fazer uma longa lista de citações. Fallaremos apenas de

Bersano, *De Viduis,* cap. 3.º, quaest. 2.ª, n.º 25.º, que, alludindo ao direito romano, dizia: «... *plane consequens est in hanc «reservationem ea non venire, quae filius succedendo fratri consecutus «est, quamvis a patris substantia originem sumpserint, quia quo «ad hoc successio filii dicitur fraterna, non autem paterna, ut ait textus.*»

Voët, *Ad Pandectas,* liv. 23.º, tit. 2.º, n.º 102.º, que, tendo declarado que o conjuge binubo é obrigado a reservar certos bens, exceptua d'essa obrigação aquelles que não provêm immediatamente do conjuge predefuncto: «*Quin etsi non immediate a «parente praedefuncto bona liberis prioris matrimonii quaesita fue«rint... magis est ut parens superstes liberis in ea succedens ab in«testato plenissimam eorum proprietatem etiam post nuptias secundas «contractas sibi retineat.*»

Cyriaco, que na *Controversia* 367.ª, n.º 50.º diz: «*Secundo «respondetur quod mater non excluditur nisi a bonis quae prove«niunt a patre, in coeteris vero pleno jure succedit, ut in dict. auth. «ex testamento* Cod. *de secundis nuptiis, quam intelligunt doctores «de bonis immediate a patre in filium, cui mater succedere intendit, «devolutis; sed si provenerunt a patre in unum filium et ex eo in «alium, ut hic, tunc dicunt matrem posse succedere huic filio postremo «defuncto pleno jure in bonis quae habuit, a suo fratre, licet origine «essent paterna.*»

Pedro Barbosa, que, no *Commentario á lei Post dotem* 4.º Dig. *soluto matrimonio,* n.º 76.º, se exprime assim: «*Sed his non «obstantibus opinio Pauli verior et magis conformis juris principiis «est, nam hereditas paterna, postquam acquisita est filio, non con«sideratur amplius tamquam hereditas paterna, sed tamquam hereditas adeuntis...*» O mesmo parecer adoptam Strikio, *De successione ab intestato, Dissertatio XII,* cap. III, § XVI e Reynoso, *Observação 43.ª, n.º 13.º* Segundo se vê da *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 406.º, a associação dos advogados sustentou sempre que a

Nós abraçamos o ultimo parecer por ser mais conforme á lettra e ao espirito da Ordenação. No direito vigente cremos ser esta a verdadeira opinião, advertindo, que, se taes bens estão fóra da providencia do artigo 1236.º do Codigo, estão, todavia sujeitos á disposição do artigo 1235.º (1)

49. A terceira questão tinha por objecto saber, se a Ordenação se referia sómente ao caso de successão legitima, ou se comprehendia tambem a successão testamentaria. Emquanto a esta questão, temos para nós, que, na hypothese da successão legitima, o conjuge binubo tinha obrigação de reservar para os irmãos do fallecido todos os bens que havia do filho prede-

---

obrigação da reserva para os filhos do primeiro matrimonio, irmãos do fallecido, se dá sómente nos bens que este herdou do seu pai immediatamente, e não nos que herdou de seu irmão, porque assim o auctorisava a lettra da Ordenação philippina, 4.º, 91.º § 2.º, manuelina 4.º, 75.º, affonsina 4.º, 102.º

(1) O artigo 1236.º menciona os bens que o filho *houvesse herdado de seu fallecido pai ou mãe*, d'onde se infere que não estão comprehendidos na provisão do artigo 1236.º os bens que vieram ao filho *aliunde*, ainda quando lhe proviessem de seu irmão. Cremos, porém, que taes bens estão sujeitos á disposição do artigo 1235.º, porque, herdando-os o binubo de um *parente*, deve-lhe ser applicado o que o citado artigo estabelece.

Antevemos que se pode combater esta opinião, dizendo que os *parentes* de que tracta o artigo 1235.º não são os filhos; mas nós respondemos que os filhos estão com effeito comprehendidos na designação generica de *parentes*. Além de que, não se comprehenderia como os bens, herdados pelo conjuge binubo da parte de um parente em gráu afastado, estivessem sujeitos á obrigação da reserva, de que falla o artigo, e não o estivessem os bens, que o binubo herdara de um filho, e que são excluidos da disposição do artigo 1236.º

functo, e que, havendo testamento, nunca o filho podia dispôr de mais da terça dos seus bens, residindo para o binubo a obrigação da reserva nas outras duas terças partes, de que não podia ser preterido. Esta opinião está em harmonia com o direito commum, a que a Ordenação manda recorrer, (1) e com o espirito geral da mesma Ordenação. (2)

No Codigo Civil inclinamo-nos a opinião identica, e afigura-se-nos que, no caso d'o filho do primeiro matrimonio morrer sem testamento, os irmãos adquirem desde logo a propriedade de toda a herança, cujo usufructo pertence á mãe ou ao pai binubo, e, no caso de haver testamento, nunca o filho póde dispôr de porção excedente á terça dos seus bens, ficando o usufructo das outras duas terças ao binubo e a propriedade aos irmãos. Perfilhamos este modo de pensar:

a) Porque, consistindo o fim da lei na protecção

(1) No final do § 2.º estabelecia a Ordenação que, *se o filho que se finou, de cuja successão se tracta, se finar com testamento, guardar-se-ha o direito commum neste caso.* Ora, o direito commum dispunha na Auth. *ex testamento* Cod. *de secundis nuptiis: «Ex testamento quidem succedit mater liberis suis, quae convolavit ad secundas nuptias, sicut institutus quilibet.»* Qualquer pessoa instituida não o podia ser, no caso de o testador ter pai ou mãe, em mais da terça dos bens do mesmo testador. Era, pois, sómente d'esta terça que o filho podia dispôr em favor de qualquer pessoa, e, por isso, quando assim lhe aprouvesse, em favor de sua mãe.

(2) O § 1.º da Ordenação estabelecia: «E fallecendo o filho «ou filha com testamento... *deve necessariamente deixar as duas «partes de seus bens a seu pai, ou a sua mãe, se os tiver, e da terça «parte poderá ordenar, como lhe aprouver.»* D'isto se conclue que o pai ou mãe binubos nunca perdiam os direitos de herdeiros legitimarios, e que a unica restricção, que pesava sobre a legitima, era a obrigação da reserva, quando existiam filhos do primeiro enlace.

aos interesses dos filhos do primeiro matrimonio, sómente d'este modo se póde tornar efficaz essa protecção; (1)

b) Porque, alargando o direito de testar do filho a ponto de poder dispôr de toda a propriedade dos seus bens, iriamos admittir uma doutrina em completa desharmonia com o systema testamentario do Codigo; (2)

---

(1) O que a lei quer é que não sejam chamados á successão dos bens os filhos do segundo matrimonio de preferencia aos filhos do primeiro. Isto consegue-se não negando ao binubo os direitos de herdeiro legitimario no usufructo das duas terças dos bens, e dando a propriedade d'ellas aos irmãos do filho predefuncto.

(2) Referimo'-nos ao que diz a *Revista de legislação*, 3.º anno, n.º 125.º, que encerra o seu parecer nestas palavras: «Entendemos o artigo 1236.º para o caso de successão legitima e de «modo algum importando a privação da facção testamentaria, «quanto ao filho que chegou á maioridade legal. *O segundo ma-«trimonio do pai ou mãe, em vez de lhe cercear as faculdades legaes, «pelo contrario, augmenta-lh'as, pois que, se até ali podia dispôr da «terça (1786.º), por virtude d'aquelle acontecimento cabe-lhe a livre «disposição da propriedade nos termos e limites que mais abaixo in-«dicaremos.*» Este jornal entende que o filho, nas circumstancias referidas, póde dispôr da terça do usufructo e de toda a propriedade dos seus bens. Não adoptamos esta opinião. Se assim fosse, onde ficavam protegidos os interesses dos filhos do primeiro matrimonio? É claro que, admittida esta interpretação, o filho podia deixar a quem quizesse a propriedade de todos os seus bens, e então a lei, que pretendia proteger os interesses dos irmãos do testador, consentiria que elle, preterindo os irmãos, fosse beneficiar pessoas extranhas. Sabemos que se pode dizer contra isto que os irmãos não são herdeiros legitimarios, e que, por isso, não podem ter direito á legitima das duas terças da propriedade. Mas respondemos — que, no caso sujeito, elles estão pela lei subrogados nos direitos do pai ou mãe binubos, e que o pensamento da lei é transferir aquelles direitos do binubo para os filhos e não

50. Podendo o filho dispôr da terça dos seus bens em favor de qualquer pessoa, pode, por conseguinte, instituir o pai binubo herdeiro d'essa porção. Neste caso o binubo tem a propriedade plena d'esses bens: isto, segundo a Ordenação. (1) Segundo o Codigo, pensamos que taes bens, não estando comprehendidos no artigo 1236.º, estão, apezar d'isso sujeitos á disposição do artigo 1235.º (2)

---

para pessoas extranhas. Depois, similhante interpretação não se harmonisa com o systema da lei: o Codigo permitte á pessoa, que tem herdeiros legitimos no primeiro gráu da linha ascendente e em todos os gráus da linha descendente, que sómente disponha da terça dos seus bens (artigos 1784.º, 1786.º e 1787.º); nunca póde dispôr de mais: de menos sim, como no caso d'o testador ter ao mesmo tempo filhos legitimos ou legitimados, e filhos perfilhados (artigos 1785.º, 1991.º). E, quando houvesse alguma hypothese, em que o testador podesse dispôr de mais da terça dos seus bens, por certo que se não esqueceria de a mencionar quando tracta *da legitima e das disposições inofficiosas*, assim como ahi indica a hypothese em que o mesmo testador não pode dispôr da terça. Em vista d'isto, como se ha de sustentar que o filho, no caso do artigo 1236.º, pode dispôr, além da terça do usufructo, de toda a propriedade dos seus bens?

(1) Podendo o binubo ser instituido como qualquer pessoa — *sicut institutus quilibet* — e, tendo essa pessoa a propriedade dos bens, a cuja successão era chamada, o mesmo se dava, quando o filho em seu testamento deixava a quota disponivel ao pai ou mãe, que tinha contrahido segundo casamento.

(2) Neste ponto, seguimos a opinião da *Revista de legislação*, que diz no logar citado: «... *se porém o filho quer deixar os seus «bens a pai ou mãe, que contrahiu segundas nupcias, nenhum obsta«culo se oppõe, porque não ha lei, nem principio que declare tal her«deiro como incapaz.*» Ora, não estando estes bens sujeitos á disposição do artigo 1236.º, devem-n'o estar á do artigo 1236.º, pelas razões, que deixamos expostas acima, ácerca dos adquiridos *aliunde* pelo filho fallecido.

51. Além d'estas, muitas outras questões havia no antigo fôro sobre a intelligencia da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º Assim:

Perguntava-se, se a doutrina d'esta Ordenação nos §§ 2.º e 4.º era applicavel ás terceiras, quartas e outras nupcias posteriores, ou se era, unicamente, applicavel aos segundos casamentos. (1)

A mesma duvida se tem originado no Codigo Civil. (2) Nós cremos que não ha logar para duvidar que, tanto segundo a Ordenação, como segundo o Codigo vigente, estão debaixo da acção da lei todos os matrimonios subsequentes ao primeiro. (3)

---

(1) No *Direito,* 1.º anno, n.º 39, diz o sr. Alexandre de Seabra que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, dava logar a duas duvidas, consistindo a primeira em saber, se a Ordenação se restringia aos filhos do primeiro matrimonio, ou se comprehendia tambem os de qualquer outro, anterior ao ultimo.

(2) Veja-se o *Direito,* citado n.º 39.º e 2.º anno, n.º 5.º

(3) Emquanto á Ordenação póde dizer-se que sómente se refere ao segundo casamento, e que isto se deduz das expressões —*primeiro marido, segundo marido, primeiro matrimonio, segundo matrimonio*— empregadas no § 4.º É facil comprehender, porém, que a Ordenação, inspirando-se do direito romano e canonico, estende a expressão — *segundo casameuto* — a todos os matrimonios subsequentes ao primeiro. Depois, a identidade de razão fazia com que se applicasse a disposição da lei a todos os casamentos.

Pelo que toca ao Codigo Civil, entende o sr. Alexandre de Seabra que a duvida desapparece, porque o artigo 1236.º diz — *filhos de qualquer dos matrimonios.* Parece-nos que a expressão do artigo 1236.º não tem a significação, que o distincto jurisconsulto lhe quer dar no n.º 39.º do *Direito.* O que o Codigo pretende dizer é que, assim como os filhos do segundo matrimonio não podem ser chamados á successão dos bens, que a mãe binuba herdou do filho do primeiro matrimonio, porque taes bens

50. Podendo o filho dispôr da terça dos seus bens em favor de qualquer pessoa, pode, por conseguinte, instituir o pai binubo herdeiro d'essa porção. Neste caso o binubo tem a propriedade plena d'esses bens: isto, segundo a Ordenação. (1) Segundo o Codigo, pensamos que taes bens, não estando comprehendidos no artigo 1236.º, estão, apezar d'isso sujeitos á disposição do artigo 1235.º (2)

---

para pessoas extranhas. Depois, similhante interpretação não se harmonisa com o systema da lei: o Codigo permitte á pessoa, que tem herdeiros legitimos no primeiro gráu da linha ascendente e em todos os gráus da linha descendente, que sómente disponha da terça dos seus bens (artigos 1784.º, 1786.º e 1787.º); nunca póde dispôr de mais: de menos sim, como no caso d'o testador ter ao mesmo tempo filhos legitimos ou legitimados, e filhos perfilhados (artigos 1785.º, 1991.º). E, quando houvesse alguma hypothese, em que o testador podesse dispôr de mais da terça dos seus bens, por certo que se não esqueceria de a mencionar quando tracta *da legitima e das disposições inofficiosas*, assim como ahi indica a hypothese em que o mesmo testador não pode dispôr da terça. Em vista d'isto, como se ha de sustentar que o filho, no caso do artigo 1236.º, pode dispôr, além da terça do usufructo, de toda a propriedade dos seus bens?

(1) Podendo o binubo ser instituido como qualquer pessoa — *sicut institutus quilibet* — e, tendo essa pessoa a propriedade dos bens, a cuja successão era chamada, o mesmo se dava, quando o filho em seu testamento deixava a quota disponivel ao pai ou mãe, que tinha contrahido segundo casamento.

(2) Neste ponto, seguimos a opinião da *Revista de legislação*, que diz no logar citado: «... *se porém o filho quer deixar os seus «bens a pai ou mãe, que contrahiu segundas nupcias, nenhum obsta«culo se oppõe, porque não ha lei, nem principio que declare tal her«deiro como incapaz.*» Ora, não estando estes bens sujeitos á disposição do artigo 1236.º, devem-n'o estar á do artigo 1236.º, pelas razões, que deixamos expostas acima, ácerca dos adquiridos *aliunde* pelo filho fallecido.

51. Além d'estas, muitas outras questões havia no antigo fôro sobre a intelligencia da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º Assim:

Perguntava-se, se a doutrina d'esta Ordenação nos §§ 2.º e 4.º era applicavel ás terceiras, quartas e outras nupcias posteriores, ou se era, unicamente, applicavel aos segundos casamentos. (1)

A mesma duvida se tem originado no Codigo Civil. (2) Nós cremos que não ha logar para duvidar que, tanto segundo a Ordenação, como segundo o Codigo vigente, estão debaixo da acção da lei todos os matrimonios subsequentes ao primeiro. (3)

---

(1) No *Direito,* 1.º anno, n.º 39, diz o sr. Alexandre de Seabra que a Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, dava logar a duas duvidas, consistindo a primeira em saber, se a Ordenação se restringia aos filhos do primeiro matrimonio, ou se comprehendia tambem os de qualquer outro, anterior ao ultimo.

(2) Veja-se o *Direito,* citado n.º 39.º e 2.º anno, n.º 5.º

(3) Emquanto á Ordenação póde dizer-se que sómente se refere ao segundo casamento, e que isto se deduz das expressões —*primeiro marido, segundo marido, primeiro matrimonio, segundo matrimonio*— empregadas no § 4.º É facil comprehender, porém, que a Ordenação, inspirando-se do direito romano e canonico, estende a expressão — *segundo casamento* — a todos os matrimonios subsequentes ao primeiro. Depois, a identidade de razão fazia com que se applicasse a disposição da lei a todos os casamentos.

Pelo que toca ao Codigo Civil, entende o sr. Alexandre de Seabra que a duvida desapparece, porque o artigo 1236.º diz — *filhos de qualquer dos matrimonios.* Parece-nos que a expressão do artigo 1236.º não tem a significação, que o distincto jurisconsulto lhe quer dar no n.º 39.º do *Direito.* O que o Codigo pretende dizer é que, assim como os filhos do segundo matrimonio não podem ser chamados á successão dos bens, que a mãe binuba herdou do filho do primeiro matrimonio, porque taes bens

52. Perguntava-se, egualmente, se a Ordenação se referia sómente aos irmãos germanos, ou tambem aos uterinos e consanguineos. (1) Nós pensamos que se referia a Ordenação sómente aos irmãos germanos, e que é tambem para estes que legisla o Codigo Civil. (2)

---

pertencem aos irmãos do fallecido, do mesmo modo os filhos do primeiro matrimonio não podem ser chamados á successão dos bens, que a mãe binuba herdou do filho do segundo matrimonio, porque taes bens pertencem aos irmãos do predefuncto. Se admittissemos a interpretação dada pelo sr. Alexandre de Seabra á expressão — *de qualquer dos matrimonios* — o artigo 1236.º não fazia um sentido perfeito. Devemos confessar, comtudo, que no *Direito,* 2.º anno, n.º 5.º, o mesmo jurisconsulto parece já dar outra significação á expressão de que tractamos, e por isso entende que o pai binubo não tem a propriedade, nem dos bens herdados do filho do primeiro matrimonio, porque ella pertence aos irmãos d'elle, nem dos bens herdados do filho do segundo matrimonio, porque ella pertence aos irmãos do mesmo filho, e isto porque assim o dá a entender a generalidade da expressão — *qualquer dos matrimonios* — e porque o principio da reciprocidade das successões estabelece que, assim como os filhos do segundo não têm nada dos filhos do primeiro, assim tambem os filhos do primeiro não devem herdar nada dos filhos do segundo. Veja-se tambem o *Direito,* 3.º anno, n.º 13.º

Neste ponto estamos de accordo. Já na *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 4393.º entendia o seu redactor que, se os filhos da primeira cama não passam bens aos filhos das camas posteriores, os posteriores não os podem passar aos das camas anteriores, isto sobre a Ordenação liv. 4.º, tit. 91.º Emquanto, porém, ao objecto da questão, temos para nós que o Codigo tracta de todos os casamentos posteriores, simplesmente porque esta é a accepção juridica da expressão — *segundas nupcias.* É, por isso, que o artigo 1235.º diz — *de anterior matrimonio* — e não — *do primeiro matrimonio.*

(1) Veja-se o citado jornal o *Direito,* n.º 39.º, 1.º anno.

(2) A Ordenação não falla claramente em irmãos germanos, mas é facil ver que era a estes que ella se referia. Das palavras—

53. Questionava-se, se a pena imposta por esta Ordenação cessava quando o conjuge binubo ficava novamente viuvo pela morte do outro conjuge, ou se, pelo contrario, tinha logar, embora o binubo permanecesse no estado vidual. (1)

O parecer mais geralmente seguido alvitrava que, nesta hypothese, não tinha logar a disposição da Ordenação, (2) sendo este pensamento confirmado pela

---

se ella do primeiro marido tiver outro filho ou filhos, irmãos do filho defuncto — se vê que se tracta dos irmãos germanos. No Codigo não ha logar para questão. O artigo 1236.º falla expressamente em *irmãos germanos;* o mesmo se encontra no artigo 1109.º n.º 3.º

(1) Alguns entendiam que, sendo a pena da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, imposta ás viuvas, que celebravam um segundo matrimonio, devia esta ser applicada, ainda no caso em que, ficando a mulher viuva do segundo marido, herdasse, então, alguns bens de um filho do primeiro matrimonio. Dizia-se, por isso, que em tal caso ainda a mulher tinha obrigação de reservar para os irmãos germanos do fallecido os bens comprehendidos na herança. Esta opinião parece ser abraçada por Bersano, *De Viduis,* cap. 3.º, quest. 2.ª, n.º 19.º, que dizia: «*Amplia poenam predictam,* «*ut neque admittatur mater renupta ad liberorum successionem in* «*proprietate, etiamsi post secundas nuptias denuo vidua efficiatur,* «*quia cum praesumatur adhuc durare in secundo matrimonio, ae-* «*quum non est ut reintegretur ad successionem...*»

(2) Do mesmo Bersano se vê que este parecer tinha muitos seguidores: «*Contrariam tamen sententiam,* logar citado n.º 20.º, «*defendunt... ubi concludit successionem filiorum a matre amis-* «*sam ob transitum ad secundas nuptias recuperari post resolutas* «*secundas nuptias, quia sufficit, quod de tempore apertae sucessio-* «*nis vidua reperiatur nec habeat qualitatem exclusivam.*» Mais expresso era Cyriaco, *Controversia* 367.ª, n.º 44.º, onde escrevia: «Respondetur primo quod praedicta procedunt, quando mater «succedit filio, dum est nupta, vel transit ad secunda vota, post-

analyse da lei. (1) Tractando a questão, segundo o Codigo Civil, cremos, do mesmo modo, que a sua disposição não é applicavel, quando o conjuge binubo permanece em viuvez. (2)

«quam habuit illius successionem... *Sed si semel convolavit ad se-*
«*cunda vota et deinde fiat vidua et succedat filio, nec post successio-*
«*nem amplius nubat, ut est praesens casus, quod tunc quoque te-*
«*neatur reservare proprietatem nec jura aliqua hoc dicunt, nec ullus*
«*ex antiquis, aut modernis doctoribus, quod ego viderim, excepto*
«*Menoch. Cons. 278.º...*»

A mesma opinião abraçava Paiva, *Da Orphanologia practica*, cap. 1.º, n.º 97.º: «*Circa hanc legem* pode haver caso em que fal-
«leça o filho do primeiro matrimonio, *estando já o pai ou mãe viuva*
«*das segundas ou terceiras nupcias*, e não se tornou a casar, em
«cujos termos *securior mihi videtur opinio* de que a mãe ou pai
«pode succeder ao filho (fallecido do primeiro matrimonio), não obstante o haver-se casado mais vezes, estando (*tunc temporis*)
«viuvo.»

(1) Á primeira vista parece que a Ordenação favorece a opinião contraria, porque dispõe para as mulheres que contrahirem segundas nupcias, e a viuva, no caso sujeito, contrahiu segundas nupcias. Todavia, quem attentar nas expressões da Ordenação verá que ella não comprehende este caso. Das palavras — *e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo, que succedeu, era casada* — se vê que só tem a obrigação da reserva, quando se casa com outro marido ou já está casada, d'onde se conclue que não tem essa obrigação, e por consequencia que não está comprehendida na disposição da Ordenação, quando permanece em viuvez.

(2) Isto conclue-se das palavras — *que contrahir segundas nupcias* — do artigo 1235.º e que se applicam ao artigo 1236.º Entendendo por — *segundas nupcias* — todos os casamentos posteriores ao primeiro, é manifesto que o segundo, terceiro, ou outro consorcio posterior é que dá logar á applicação da disposição do Codigo, e que, conseguintemente, estando a binuba no estado vidual, succede aos filhos dos matrimonios anteriores nos termos geraes da lei.

54.º Mas póde perguntar-se: a disposição do Codigo deve applicar-se sómente áquelles bens, que a binuba adquiriu na constancia do segundo matrimonio, ou tambem aos que houve do filho do primeiro matrimonio, durante o periodo da viuvez, tendo, depois, passado a segundas nupcias? Este ponto não admittia questão no direito antigo, porque a Ordenação era expressa. (1) Modernamente têm apparecido opiniões diversas, (2) e nós inclinamo'-nos áquella que sustenta estar em vigor, segundo o Codigo, a doutrina do antigo direito. (3)

---

(1) Com effeito, a Ordenação, no citado § 2.º, dizia—*e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo que succedeu era casada;* —d'onde se infere que a mesma Ordenação comprehendia não só os bens, que a viuva tinha adquirido na viuvez, mas ainda os que tinha adquirido na constancia do segundo matrimonio. A *Novella* 22.ª, cap. 46.º, dava a entender o mesmo nas palavras—*sive prius sive postea veniens nuptias.*

(2) O *Direito,* 2.º anno, n.º 4.º, diz que a disposição do artigo 1236.º comprehende na sua generalidade tanto a especie de o pai ou mãe succeder ao filho antes, como depois, de passar a segundas nupcias, em harmonia com a Ordenação do livro 4.º, tit. 91.º, § 2.º, e com a doutrina do artigo 1235.º do mesmo Codigo, que é analoga. A *Revista de legislação e de jurisprudencia,* 3.º anno, n.º 27.º, segue a opinião contraria, dizendo: «*A citada Ordenação «refere-se tanto aos bens herdados antes, como depois das segundas «nupcias, porém o Codigo está redigido por modo que apenas com-«prehende a herança posterior. E com justo fundamento.*»

(3) Não nos parece que o Codigo esteja redigido de maneira que dê logar a defender-se que a sua disposição sómente abrange os bens, que a binuba adquirir na constancia do segundo matrimonio. Elle refere-se ao varão ou melhor a quem *ficarem* bens e *contrahir* segundas nupcias, e, por isso, comprehende os bens que o binubo adquiriu antes do segundo casamento. Se por acaso houvesse duvida sobre isto, lá estava o artigo 1109.º n.º 3.º, que diz, fallando d'estes bens,—*os bens herdados pelo pai ou mãe*

55. A disposição do artigo 1236.º cessará, quando o conjuge predefuncto permittiu ao sobrevivo segundas nupcias?

Havia no direito antigo quem defendesse que, nesta hypothese, não tinha logar a pena da Ordenação do

---

viuvos por morte do filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido;—d'onde se infere que os bens herdados pela mãe *viuva* estão fóra da comunhão do segundo casamento e sujeitos á disposição do artigo 1236.º Pode dizer-se contra isto que os conjuges viuvos adquirem o dominio e posse dos bens herdados, de que, por isso, podem dispor como lhes aprouver, como diz a *Revista de legislação,* perguntando: «*Será racional «reter taes bens na mão dos pais ou sujeital-os a caução pela sus-«peita de segundas nupcias? Não seria uma restricção inconveniente «e que se prestaria a um sem numero de demandas?*» Parece-nos, comtudo, que contra o parecer da *Revista* protesta a lettra do artigo 1109.º n.º 3.º, e a doutrina da Ordenação e do direito romano, que vigoraram por muitos seculos no nosso fôro. «*Hoc «autem poena non tantum procedit,* diz Portugal, *De Donationibus,* «liv.º 3.º, cap. 19.º, n.º 18.º, *quando filius mortuus est post secundas nuptias; sed etiam quando ante illas.*» Por isso afigura-se-nos que a mãe tem de prestar caução, quando assim o entendam os filhos do primeiro matrimonio; a não se admittir esta caução, os interesses dos mesmos filhos podiam ser defraudados e sophismada a providencia da lei. O conjuge, algum tempo antes de contrahir o segundo casamento, poderia alienar todos os bens, que tinha adquirido da parte do filho predefuncto, e d'este modo eximir-se á obrigação legal. Isto é a doutrina nova. Pelo que respeita á antiga já Correia Telles, *Theoria da interpretação das leis* § 113.º escrevia: «que dado o caso de o pai ou mãe binuba terem vendido «antes do segundo casamento os bens herdados do filho do pri-«meiro matrimonio, a venda ficaria valida, mas dependente de «uma condição resolutiva, qual era o segundo matrimonio, pois «que, verificado este, a venda da propriedade fica nulla, e tanto «que os irmãos do morto do primeiro matrimonio depois da morte «do pai ou mãe vendedora podem ir tirar estes bens vendidos a «quem os possuir.»

liv. 4.º, tit. 91.º (1) A opinião contraria era mais geralmente seguida, (2) e é esta a que se nos afigura sustentavel, attendendo, maiormente, ao principio justificativo

(1) Eis como se exprime Bersano, *De Viduis*, cap. 3.º, quest. 3.ª, n.º 53.º: «*Ali limitabant in vidua, cui primus maritus facultatem dedit secundo nubendi ea ratione moti, quia censetur maritus remisisse poenas secundo nubenti inflictae, si tamen post emensum luctus annum ad alias venerit nuptias.*» Cyriaco, *Controversia* 135.ª, n.º 13.º, parece adoptar esta opinião: «*Tum et tertio, quia hujusmodi poenae cessant, quando etiam per conjecturas tantum constare potest primum virum permisisse secundas nuptias uxori.*» Reynoso, *Observação* 43.ª, n.º 9.º, tambem perfilha o mesmo pensamento: «*Declaratur quinto ut poenae impositae mulieri secundo nubenti locum non habeant, si ipsa mulier contrahat de licentia mariti, tunc enim ex illa facultate evitat supradictas paenas.*» Gabriel, *Communes Conclusiones, De secundis nuptiis*, n.ºs 29.º e 32.º, diz: «*Sexto limita si mulier nubat de consensu primi viri... Primo sublimita, ut consensus mariti operari possit ad remittendas poenas quas incurrit mulier transiens ad secunda vota, post annum luctus, non autem est potens talis consensus mariti remittere poenas nubentis mulieris infra annum luctus.*» Escriche, *Dicc. de legislacion y jurisprudencia*, verbo—*bienes reservables*, tambem julga que a obrigação da reserva cessa pelo facto de ter o conjuge defuncto concedido ao sobrevivo licença para casar.

(2) Bersano, no *logar citado*, referindo-se á opinião dos que julgam que a obrigação da reserva não tem logar, quando o conjuge fallecido consente nas segundas nupcias, diz: «*Sed hanc sententiam falsam esse et ideo non sequendam infra adnotabimus.*»

São do mesmo pensar: Voët, *Ad Pandectas*, liv. 23.º, tit. 2.º, n.º 138.º: «*Quemadmodum nec cessant hae poenae* (licet multis contrarium placeat), *si conjux moriens superstiti in testamento dederit ad alia vota transeundi facultatem.*» Cordeiro, *Dubitationes*, 16.º, n.º 25.º: «*Ergo quod sustinetur tanquam introductum in favorem filiorum non potest remitti a viro decedente, qui licentiam praestat viduae, ut secundas contrahat nuptias.*» Muitos outros seguem esta opinião.

da providencia legal, que consiste nos interesses dos filhos. (1)

56.º Entendemos, porém, que outra deve ser a solução da questão, quando os filhos do primeiro matrimonio, irmãos germanos do fallecido, consentirem nas segundas nupcias, renunciando, então, aos beneficios que lhes são concedidos pela disposição da lei. (2)

(1) Se o fim da lei fosse o interesse do conjuge predefuncto, ou ainda a injuria feita ao mesmo conjuge pelo facto das segundas nupcias, comprehende-se que o seu consentimento podesse collocar ao abrigo da lei o esposo sobrevivo. Hoje, porém, como em outro logar deixamos indicado, ninguem se lembrará de encontrar n'aquelles dois principios a justificação da lei. Sendo os interesses dos filhos do primeiro consorcio o motivo da disposição do Codigo, de modo algum se póde sustentar que elles sejam prejudicados pelas licenças alcançadas do conjuge fallecido pelo conjuge sobrevivo. Razão teve, pois, Strikio quando disse, *De successione ab intestato, Dissertatio* XII, cap. III, § XIV: «An adhuc hoc poena «obtineat, si conjux defunctus in secundas nuptias immaturas con«sensiat quaestionis est? *Verum licet proprias quis remittere possit «injurias, alienas tamen nequit et hinc licet injuriam sibi jus secun«das nuptias illatam condonare possit, idem tamen non possit qua«tenus injuria liberos concernit.*» Admittir o contrario era collocar os interesses dos filhos á mercê da vontade do pai defuncto. Não pode ser esta a vontade do legislador.

(2) O mesmo Strikio, tractando do consentimento dos filhos, expressava-se de outro modo: «*Liberorum itaque consensus neces«sarius est, cum haec privatio in favorem liberorum fuerit introducta, «favori autem pro se introducto unicuique liceat renuntiare.*» Bersano, que é especialista sobre os direitos das viuvas, diz, *De Viduis,* cap. 3.º quest. 3.ª: «Consentienti injuriam non inferre per«vulgata est regula. *Viduam nimirum solutam esse poenis et inju«riam filiis prioris matrimonii illatam secundo nubenti indictas, «quando liberi ipsi secundis nuptiis matris consenserunt.*» Egual opinião abraçam: Reynoso, *Observação* 43.ª, n.º 20.º, que diz: «Un-

Apezar da dissensão, que se notava na praxe do nosso fôro, (1) julgamos ser esta a doutrina acceitavel,

---

«decimo declaratur proposita regula ut procedat quando pater vel «mater, invitis et reluctantibus filiis primi matrimonii, ad secunda «vota migravit, *non vero quando ipsi secundis nuptiis auctoritatem «et consensum praestiterunt: tunc enim» cessat illa reservatio et poena «legis imposita secundo nubenti»* e Azevedo, *Commentarii juris civilis in Hispaniae regia constitutionis,* tom. 3.º, liv. 5.º, tit. 1.º *in legem quartam, quae erat 15 Tauri,* n.º 36.º onde escreve: «*Quae «conclusio nostrae legis inampliata limitatur primo, ut non procedat «quotiescumque mater vel pater secundas nuptias contraheret de con«sensu filiorum primi matrimonii, de quorum successione tractactur, «quia tunc tam in proprietate quam in usufructu succedent ii secundo «contrahentes.*»

(1) No antigo direito as opiniões sobre este assumpto podiam constituir tres categorias: uns sustentavam que o consentimento dos filhos era sufficiente para produzir a exempção da pena, quer fosse dado expressa, quer tacitamente, antes ou depois do segundo matrimonio: «*Consensus liberorum,* diz Strikio, *logar ci«tado* § XV, *an ab initio adfuerit, an ex post facto per ratihabita«tionem supervenerit, nihil interesse volunt.*» Do mesmo pensar é Reynoso, *Observação* 43.ª, n.º 27.º «*Et est notandum quod hujus«modi consensus praestitus a filiis primi matrimonii non oportet ut «proecise interveniant eo tempore, quo secundae nuptiae contrahun«tur, imo sufficit ut quovis tempore post ipsas nuptias interveniat.*» Outros pensavam que era necessario um consentimento expresso antecedente, ou ratificação subsequente de todos com renuncia das futuras successões dos irmãos, que fallecerem: «*Veruntamen,* diz «Bersano, *neque tacitus neque expressus filiorum consensus repetitis «matris nuptiis accommodatus viduae prodest quoad poenas liberis «ipsis favorabiles, nisi ultro expressam renunciationem et poenarum «remissionem emiserint, secundum aequiorem, et magis communem «sententiam...*» Outros, finalmente, pensavam que o consentimento dos filhos não podia, em caso algum, produzir a exempção da obrigação da reserva. É neste sentido que diz Cordeiro, *Dubitationes* 16.ª, n.º 41.º: «*Ergo consensus filiorum nec expressus potest fa«cere, nempe per amentiationem, quod bona transeant in parentem*

porque nada impede que os filhos renunciem um direito que a lei lhes faculta, uma vez que tenham a maioridade legal e a renuncia seja feita expressamente. (1) Parece-nos ser esta a opinião auctorisada pela doutrina do Codigo, mas unicamente no caso em que o irmão germano falleceu durante a viuvez do conjuge binubo. (2)

«*secundo nubentem, nec in ejus filios, quia non potest operari partis «census contra legem prohibentem per verba germinate negativa quae «inducit impotentiam.*»

(1) Perfilhamos, como se vê, a doutrina do Projecto do Codigo hespanhol. Ácerca do consentimento do conjuge predefuncto diz o artigo 802.º: «*La reserva tiene logar, aunque el difunto con«sorte haya autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio, y «este haya sido contraido con anuencia de los hijos del primero.*» Fallando do consentimento dos filhos, já se exprime de outra maneira no artigo seguinte: «*Cesa la obligacion de la reserva, cuando «los hijos del primer matrimonio, mayores de edad, renunciaron es«presamente á ella...*» O commentador Goyena fundamenta a disposição no principio de que — *cada cual puede renunciar al beneficio ó derecho estabelecido en su favor.*

(2) Não deve parecer estranha esta opinião. Nós acceitamos a doutrina do Projecto hespanhol, mas queremol-a no nosso direito constituido actual de maneira, que não venha contradizer as disposições do Codigo. Ora, é preciso advertir que o Codigo no artigo 2042.º dispõe que ninguem pode, *nem sequer por contracto antenupcial, renunciar á successão de pessoa viva,* ou alienar, ou obrigar os direitos que *eventualmente* possa ter á sua herança. D'aqui conclue-se que os filhos não podem n'um contracto em que auctorisem as segundas nupcias renunciar á successão de qualquer dos irmãos, que por acaso falleça depois de contrahido o segundo matrimonio. Isto importaria uma renuncia á successão de pessoa viva e uma alienação de direitos eventuaes, que o Codigo não quiz admittir. Não dizemos o mesmo, quando o filho falleceu antes do segundo matrimonio, porque, então, os irmãos germanos do fallecido não renunciam a herança de uma pessoa viva, nem

57.º Alguns questionavam, se teria logar a disposição da Ordenação nos avôs ou nas avós, que segunda vez se casavam. (1) O direito romano comprehendia, por identidade de razão, os avós; (2) e o Codigo, afas-

um direito eventual, mas um direito que se lhes torna effectivo pelo facto das segundas nupcias.

É claro tambem que nada impede que, na constancia do segundo matrimonio, os mesmos filhos renunciem á herança, que, então, obtenham por morte do irmão germano. O que dizemos é que, emquanto elle viver, não pode admittir-se a renuncia. O principio de que deve ser permittido a cada um renunciar aos seus beneficios é verdadeiro, mas deve sempre entender-se nos termos legaes. Por isso, acceitando o principio, queremos, comtudo, que o artigo 1236.º seja entendido em harmonia com artigo 2042.º Desejamos que os filhos tenham a maioridade legal para renunciarem, não só porque não encontramos entre as attribuições do conselho de familia uma que lhe permitta renunciar ás heranças dos menores, mas porque facilmente se comprehende que o mesmo conselho esqueça algumas vezes, os interesses d'elles em attenção para com a binuba ou seu segundo marido.

(1) Pela negativa pronunciava-se Cordeiro, *Dubitationes*, 17.ª, n.º 19: «*Quibus non obstantibus contrariam sententiam credo «veriorem; quod scilicet dispositio Ord. dict. § 4.º... intelligenda est «limitasse praecipuam dispositionem illius tit. 91.º, a § 2.º cum se«quentibus; ac per consequens quod poena lata contra binubentes «non comprehendit avos nec avias, imo succedere debent ascendentes «tanquam lata sine obligatione reservandi bona in forma Ord. dict. «tit. 91.º in princip.*» E depois de apresentar alguns argumentos diz no § 24.º: «*Ergo expresse voluit legislator noster, quod poena «contra binubentes lata, et obligatio reservandi hereditatem filii prae«mortui non comprehenderet nepotes...*»

(2) Da *Novella* 22.ª, cap. 22.º se concluia isto. Era attendendo ao que preceituava o direito romano, que Strikio, *De successione, Dissertatio XII*, cap. III, § 13.º, dizia: «*Qua poena non ma«tres tantum, vero etiam patres contineri colligitur ex Nov. 22.ª, cap. «22.º... imo etiam avum ac reliquos ascendentes, cum magis in his*

tando-se da Ordenação, (1) deu preferencia ao que estabelecia a jurisprudencia romana. (2)

58.º Para concluirmos o estudo das questões do artigo 1236.º, resta-nos saber, se os pais devem prestar caução pelo usufructo dos bens, de que tracta o referido artigo. (3)

Seguimos a affirmativa, mas sómente no que respeita aos bens mobiliarios de consideravel importancia. (4)

«*intemperantia punienda, quam in parentibus*» e que Bersano escrevia: «*Ampliatur quarto in quovis alio ascendente supra patrem,* «*nimirum in Avo aut Abavo, Atavo coeterisque aliis, namque idem* «*in iis ad alias nuptias declinantibus quoad nepotes, pronepotes et* «*ab anteriori uxore provenientes servandum est.*»

(1) O § 4.º da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, era expresso *in fine:* «*E não haverá lugar a disposição d'esta lei, nos avós, ou* «*nas avóas, que segunda vez se casarem.*» É por isso que o *Jornal de Jurisprudencia,* 2.º anno, n.º 2, diz: «É terminante a este res- «peito a Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º, § 2.º e 4.º O pai binubo «só é inhibido de succeder na propriedade dos bens dos filhos do «primeiro matrimonio, que elles houverem do pai defuncto, ou «por parte d'elle unica e exclusivamente quando ficavam filhos «vivos d'esse leito *e não já quando apenas houvesse netos.*»

(2) É neste ponto claro o artigo 1236.º Nas palavras — *se ao dicto varão ou mulher* — refere-se ao artigo 1235.º quando diz: — *o varão que contrahir segundas nupcias tendo filhos ou outros* descendentes *successiveis de anterior matrimonio* — e d'aqui induz-se que comprehende os avós.

(3) Esta questão é indicada pelo *Direito,* 3.º anno, n.º 18.

(4) É a doutrina acceitavel em face dos artigos 148.º, n.º 1.º, 151.º e 2221.º do Codigo Civil.

CAPITULO III

Summario. — A condição — *si non nupserit* — Provisão do artigo 1808.º do Codigo Civil — Doutrina do direito romano: — As *Leis Papias* — A Lei *Julia Miscella* — Jurisprudencia justinianea — Diversidade das opiniões dos escriptores romanistas e portuguezes — O direito francez: — A Jurisprudencia antiga — As reformas de 1791 — Questão no direito francez actual — Fontes do artigo 1808.º do Codigo portuguez — Deverão admittir-se as condições restrictivas da liberdade do casamento? — Seguimos a negativa, sustentando o parecer de Mello Freire e dos legisladores francezes de 91.

59. Vamos encerrar este estudo sobre as segundas nupcias com a analyse do artigo 1808.º do Codigo Civil na parte respeitante á condição, designada no fôro por — *si non nupserit.*

Sendo de todas a jurisprudencia romana a mais fertil em subsidios legislativos ácerca d'esta condição, devemos principiar pela exegese, embora rapida, dos seus preceitos, para comprehendermos a evolução historica do direito civil sobre este, outr'ora, tão questionado assumpto. (1)

---

(1) É opinião nossa que o estudo scientifico do Codigo não póde conseguir-se, desprendendo-se completamente o jurisconsulto dos mandamentos do direito romano. O elemento philosophico da interpretação, introduzindo na analyse da lei uma especie de

60. Por quatro phases passou o direito romano neste ponto: a primeira comprehende as *Leis Papias* e as ampliações pelos jurisconsultos; a segunda a Lei *Julia Miscella;* a terceira as primeiras providencias de

---

livre exame, ha de originar por si só no campo do direito practico a anarchia das opiniões.

Deixando-se á razão de cada um, simplesmente determinada pelos seus variaveis dictames, a analyse das disposições da lei, haverá, passado algum tempo, uma especie de protestantismo juridico, onde será difficil apurar a opinião orthodoxa. É necessario que se acceite no estudo da lei um elemento classico, auctoritario, que lhe sirva de norte e imprima nas interpretações um certo caracter de unidade. Este elemento deve, entre nós, ir procurar-se ao velho direito portuguez, aos reinicolas e á jurisprudencia romana. Não queremos dizer com isto que deve resuscitar a epocha em que a glosa dominava o fôro. O que pretendemos dizer é que os dois elementos se devem reunir, modificando reciprocamente a sua acção. Sendo este o nosso modo de pensar, não deve causar estranheza o indicarmos a cada momento o direito romano e os reinicolas. Assim como, para se escrever a philosophia da historia geral, se servem os entendidos dos factos, recenseados pelos velhos chronistas, assim para se conhecerem as leis que regulam os phenomenos juridicos, sem o que não pode fazer-se estudo serio e consciencioso no direito civil, devem os jurisconsultos estudar as narrações do fôro nos reinicolas, que são os chronistas do nosso direito. O direito romano, porque deu origem a todas as legislações modernas, ha de sempre fornecer ao interprete valiosos subsidios.

Além de tudo isto, o direito romano na materia das condições póde servir de padrão a todas as leis modernas. Leiam-se os civilistas francezes, e ver-se-ha a cada passo invocado o direito romano. Merlin, que escrevia depois do Codigo Civil dos francezes, tractando da condição *non nubendi,* propunha que se recorresse para a decisão de todas as questões áquelle direito. No *Répertoire de jurisprudence,* verbo — *condition,* diz elle: «*Il parait «donc que tout ce que l'on peut faire de mieux sur cette matière est «de l'en référer aux règles et aux distinctions établies par le droit «romain.*»

Justiniano; e a quarta, finalmente, o direito novissimo do mesmo legislador. (1)

Pelo que se vê dos fragmentos de alguns jurisconsultos, as leis Papias, favorecendo o matrimonio, (2) consideravam nulla, em geral, a condição — *si non nupserit.* (3)

O principio encerrado nestas leis foi em seguida, na tendencia casuistica do direito romano, applicado a outras hypotheses. D'este modo, se o testador deixava um legado a uma mulher com a condição de casar

(1) Estas quatro phases encontram-se em Lobão, *Collecção de Dissertações,* diss. IX, e em Voët, *Ad Pandectas,* liv. 28.º, tit. 7.º, n.º 13.º

(2) Montesquieu, *Esprit des Lois,* liv. 23.º, cap. 21.º, diz, depois de indicar o estado da civilisação romana no tempo de Augusto emquanto aos casamentos, e de mostrar a necessidade, que havia, de se organisarem novas familias: «*Il donna la loi «qu'on nomma de son nom Julia et Papia Poppoea, du nom de ses «consuls d'une partie de cette année-là.*»

(3) Terentius Clemens, liv. 4.º *ad legem Juliam et Papiam,* L. 62.ª, § 2.º Dig. *de conditionibus et demonstrationibus,* referindo-se ao legado deixado pelo marido á mulher com aquella condição, dizia: «*Cum vir uxori, si a liberis ne nupserit, in annos «singulos aliquid legarit, quid juris sit?* Julianus respondit posse «mulierem nubere *et legatum capere.*» Paulo, *Sententiae,* liv. 4.º, § 2.º julga a condição, de que tractamos, opposta ás leis, aos decretos dos principes e aos bons costumes, equiparando-a entre outras á condição de commetter um homicidio: «Conditiones «contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae, «nullius sunt momenti: *veluti si uxorem non duxeris, si filios non «susceperis, si homicidium feceris, si barbaro habitu processeris et «his similia.*» Eram pelas citadas leis sempre nullas estas condições, «*ou estas condições fossem impostas na herança, ou legados «deixados a homem ou mulher solteiros, ou viuvos*» diz Lobão, *Collecção de Dissertações,* diss. IX, § 4.º

por conselho de certa e determinada pessoa, e ella depois casava sem o conselho da pessoa indicada, nem por isso perdia o direito ao legado. A condição tinha-se por não escripta. (1)

Era, egualmente, nulla a condição, além de outros casos:

a) Quando o testador impunha ao herdeiro a obrigação de dar um legado ao pai com a condição de não casar a filha sujeita ao patrio poder, ou quando deixava um legado ao filho com a condição d'o pai não casar; (2)

b) Quando o testador deixava ao legatario uma certa quantia, se casasse, e uma quantia superior, se não casasse.

Neste caso, o legatario recebia sempre o maior legado. (3)

---

(1) É esta a hypothese da lei 72.ª, § 4.º Dig. *de conditionibus et demonstrationibus: «Si arbitratu Titii Seya nupserit, «haeres meus ei centum dato: Vivo Titio, etiam sine arbitratu Titii «eam nubentem legatum accipere, respondendum est; eumque legis «sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum infera«tur.»* D'aqui veio, talvez, o edicto francez de 10 de outubro de 1675, que fez dizer a Merlin, *Répertoire,* verbo — *condition:* «On ne pourrait pas, par exemple, imposer à un neveu l'obli«gation de ne se marier que du consentement de son oncle, qui «ne serait pas son tuteur.»

(2) É o caso da lei 79.ª, § 4.º, Dig. *eodem: «Quod in frau«dem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim ha«bere: Veluti, Titio patri centum, si filia, quam habet in potestate, «non nupserit, haeres dato: vel filio familias, si pater ejus uxorem «non duxerit haeres dato.»*

(3) A isto se referia a lei 100.ª Dig. *eodem: «Titiae, si non «nupserit, ducenta, si nupsit centum legavit: nupsit mulier: ducenta, «non enim centum residua petet.»*

Em todos estes casos a condição prohibitiva do casamento não alterava a disposição testamentaria. (1)

61. A lei *Julia Miscella* modificou grandemente a legislação anterior. Segundo as suas providencias, a condição prohibitiva de casamento sómente se considerava não escripta, quando era imposta a pessoa solteira. Era valida quando se referia aos viuvos. (2).

---

(1) Casos havia em que a condição era valida. Assim dava se um d'elles, quando o testador impunha ao herdeiro ou legatario a obrigação de casar com certa pessoa, uma vez que essa pessoa fosse digna de casar. A isto se referia a lei 63.ª, Dig. de *conditionibus et demonstrationibus,* quando dizia: «*Si ita legatum «sit,* si Titio nupserit, *et quidem si honeste Titio possit nubere, du«bium non erit, quin nisi paruerit conditioni excludatur a legato...*» Era isto sem duvida que fazia dizer a Gaspar Manz, *Tractactus rationalis absolutissimus de testamento valido vel invalido,* tit. 7.º, quaest. 7.ª, n.º 1.º: «Ad hoc respondetur: quod *existente conditione «valeat institutio ea vero deficiente inutilis sit* et *evanescat... filia sub «conditione instituta,* si filio Antili nupsisset, *non prius haeres exis«tere posse declaratur, quam paruerit conditioni.*» Outros casos vêm em Duranton, *Cours de droit français,* tom. 8.º, edição de Paris, n.º 127.º — Demolombe, *Traité des donations,* tom. 1.º, n.º 240.º

(2) São estas as proprias palavras de Lobão, *logar citado «Sobreveio a lei Julia Miscella, que a temperou só quanto aos viu«vos, determinando a respeito d'elles validas estas condições, e obri«gando-os antes de receberem os legados ou heranças, não só jura«rem não casar, mas prestar a caução Muciana, de restituir os lega«dos e heranças com rendimentos no caso que, abandonada a «condição, passassem a segundas nupcias.*» A evolução do direito romano e a doutrina da caução Muciana acham-se assim expostas por Voët, *Ad Pandectas,* liv. 28.º, tit. 7.º, n.º 13: «An autem «hoc quod conditiones matrimonium impedientes reprobatae fue«rint originem suam debeat legi Juliae, et Papiae seu Juliae Mis«cellae, discutit Brissonius... Cumque id primum Justineano «displicuisset ac mulieribus nova constitutione permitteretur,

62. Na primeira reforma justinianea foram de novo recebidas as *Leis Papias*. As ambiguidades da lei *Julia Miscella* desappareceram, e a condição prohibitiva do matrimonio foi outra vez reputada nos testamentos como não escripta. (1)

63. Esta jurisprudencia não vigorou, comtudo, por muito tempo. No direito novissimo foram outra vez revogadas as *Leis Papias*, e a condição — *si non nupserit* — ficou em pleno vigor quando se referisse ás viuvas. Isto explica a razão por que os jurisconsultos, que seguiam o direito das *Novellas*, admittiam a condição quando revestisse a formula — *si in viduitate permanserit*. (2)

«spreta mariti defuncti interminatione, nuptias alias sequi et ni«hilominus capere quae sub viduitatis conditione data erant, «absque ulla cautionis Mutianae praestatione... *tamen jure no«vellarum sancitum fuit, ea lege relicta non aliter exigi posse, quam «si cautio Mutiana interponatur de reddendis relictis, ubi contra «conditionem ad alia vota transitus sit.....*»

(1) Na lei 2.ª, Cod. *de indicta viduitate*, depois de ter derogado a *Lei Miscella* conclue Justiniano: «*Augeri enim magis nos«tram Rempublicam, et multis hominibus legitime progenitis fre«quentari, quam impiis perjuriis offici volumus.*» Na lei 3.ª, Cod. *eodem* diz ainda o legislador: «*Legem Juliam Miscellam quemad«modum in foeminis sustulimus, ita et in masculis esse sublatam, «pertinere quidem ad sensum nostrae legis, quam super hoc promul«gavimus non est incertum. Ne tamen quaedam ambiguitas sim«plices animos moveat, etiam expressim sancimus, Legem Juliam «Miscellam et Senatusconsultum, quod circa eam factum est, nec «non Mutianam Cautionem, quae super talibus nuptiis introducta «est, non solum in foeminis sed etiam in masculis cessare.*»

(2) A *Novella* 22.ª, cap. 44.º, que era o assento da materia, dizia assim: «*Si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimo«nium, sive etiam uxor maritum (idem namque est utrinque) et pro*

64. É facil de ver do que deixamos dicto que o direito romano foi muito variavel nas suas disposições ácerca da condição de não casar, e que a variedade de opiniões dos escriptores se comprehende, attendendo-se a que cada um d'elles perfilhava a doutrina de diversas leis. Uns adoptavam claramente a jurisprudencia da *Novella*, (1) outros, defendendo os preceitos das leis

«hoc aliquod reliquerit: unam ex duabus conditionem habere con-«trahentium alterum: aut ad nuptias venire, et abrenuntiare proece-«ptioni; aut si hoc noluerit, sed honorat defunctum, omnino absti-«nere de coeteris nuptiis.» Pelo que respeita ás pessoas solteiras a condição de não casarem continuou a considerar-se nulla.

É por isso que Voët, *Ad Pandectas*, liv. 28.º, tit. 7.º, n.º 14.º, entende que as leis de Justiniano não podem estender-se á prohibição do celibato, mas simplesmente á prohibição d'um segundo casamento. Diz este auctor: «Quia vero nuptiarum secundarum «minor favor quam primarum est, et passim in *d. novell 22.ª, cap.* «*43.º e 44.º*, viduitatis mentio sit; *recte illos censuisse existimo,* «*qui constituta per Justinianum de conditione viduitatis extendi* «*noluerunt ad conditionem caelibatus sui, si virgo nuptias haud* «*contraxerit...*» A mesma opinião segue Antonio Perez, *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, liv. 6.º, tit. 40.º, n.º 9.º, onde diz: «*Plane sciendum est hanc novissimam Justiniani Constitutio-«nem, qua mulieres aut viduitatem sibi indictam servare, aut legato «carere coguntur ad viduas tantum pertinere, non ad eas, quae nu-«ptias nondum expertae sunt: hae enim conditionem non nubendi «impune spernere possunt, et legatum sibi relictum petere.*» Com este modo de pensar coincide o de muitos outros escriptores. Goyena nas *Concordancias del Codigo civil español*, escreve: «*La «condicion de no casarse, impuesta á un soltero, era nulla, como con-«traria á la ley Julia Papia ó Julia Miscela.*»

(1) *Barry, Tractactus de successionibus*, liv. 17.º, tit. 15.º, n.º 7.º, diz: «*Dtxi regulam juris hanc esse, conditionem nubendi virgini «imponi non posse... In vidua regula contraria erit, ei imponi «posse... quia viduitas species est castitatis...*» Este escriptor,

Papias, consideravam nulla a condição de viuvez imposta ao conjuge sobrevivo. (1)

Na moderna praxe portugueza nota-se a mesma

---

portanto, parece seguir a idéa de que a condição, não sendo admissivel para a mulher solteira, é valida para a viuva. Bersano, *De Viduis,* cap. 2.º, *questão* 47.ª, enuncia assim as duas opiniões ácerca da questão de saber se é valida a condição imposta á viuva, e pronuncia-se por aquella que a admitte: «Dubitabatur olim apud «jurisconsultos an viduitatis conditio valide adjiciatur legato; quo«rum alii putabant hujusmodi conditionem posse a Vidua legata«ria sperni, et legati commodum eam nihil omnino retinere... hac «potissimum ratione moti, quod sit conditio odiosa, tristis, et pu«blicae utilitati adversativa, ex quo tendit ad impediendum ne vi«duae ad alias nuptias, novamque sobolem procreandam veniant... «*Alii vero* rectius *existimabant quod per conditionem Viduitatis vi«duae legatariae injunctam nulla bonis moribus aut publicae utili«tati inferatur injuria, quia matrimoniis impedimento non est, licet «viduas ad proemia viduitatis invitet.*» Portugal, *De donationibus,* liv. 1.º, *proeludium,* 2.º, n.º 77.º tambem abraça a sentença da *Novella.* Diz elle: «Tertia est conclusio, quod illa conditio, *si non «nupserit,* quae, ut supra diximus rejicitur, si est injuncta virgini «vel corruptae quae nunquam nupsit; *valida est et admittitur, si «injungatur viduae ex Justiniani constitutione in Auth. cui relictum. «Cod. de indicta viduitate,* Auth. *de nuptiis § quae vero collatione «4.ª, per quam corrigitur jus antiquum Digestorum quod viduitatis «conditionem etiam in vidua rejiciebat, nam ita a Justiniano decisum, «quia honestum est secundis a nuptiis abstinere.*»

(1) Van Lecuwen, *Censura Forensis Theoretico-Practica,* part. 1.ª, liv. 3.º, cap. 5.º, n.º 22.º, é d'este parecer: «*Conditio vi«duitatis, sive mari, sive foeminae imposita quasi non adjecta re«mittitur... Cujus argumento et hodie viduitatis conditionem rejici «ac remitti constat...*» Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º § 34.º, tambem se inclina a elle: «*Conditio similiter:* si non nupserit, si in vidui«tate permanserit, si caste vixerit: *remittitur, et hereditas, lega«tumve sub eadem relictum validum est, et debetur, nuptiis etiam «secutis, vel quia nuptiae omni jure licitae sunt, vel quia caelibatus «nulla lege jubetur sed commendatur.*»

diversidade de pareceres. Uns admittiam, em certos casos, as restricções impostas á liberdade do casamento; (1) outros não as admittiam em caso algum; (2) e outros, finalmente, consideravam-n'as validas em todos os casos. (3)

---

(1) É digno de ler-se Lobão na dissertação a que por vezes nos temos referido. Neste escripto o erudito civilista chega, depois de largas indagações, ás seguintes conclusões: 1.ª que é nulla a condição *non nubendi* imposta a pessoa solteira; 2.ª que a condição *non nubendi* imposta aos viuvos, não tendo na vontade do testador algum fim licito e honesto, é em si tão nulla como a imposta aos solteiros; 3.ª que, se for imposta aos viuvos com um fim honesto, sem maior incompatibilidade com a causa publica, será valida. Como, por exemplo, se for imposta a uma mulher quinquagenaria, em que não ha esperança de fecundidade e em que cessa a razão publica do Estado, ou se for imposta á viuva ou viuvo pelo marido ou mulher que tem filhos, e que se deixam um ao outro o terço debaixo da mesma condição, ou por outra terceira pessoa a qualquer viuva, ou viuvo, que aliás podia preterir e deixar logo directamente os bens aos filhos d'elles. Como se vê, Lobão só em hypotheses muito restrictas é que admitte a validade da condição. No seu *Tractado dos Morgados,* cap. 9.º, § 25.º censura Mello por chamar *exoticas* ás condições restrictivas da liberdade do casamento, e admitte-as em nome da nobreza das familias. Ha uma certa disparidade nas suas opiniões. Além, combate, em geral, as condições *non nubendi;* aqui, defende-as na sua applicação aos morgados. Rocha tambem admitte a condição — *si non nupserit,* — sendo imposta á viuva com filhos, no § 699.º É este o unico caso em que a acceita. A associação dos advogados de Lisboa, pelo que se vê da *Gazeta dos Tribunaes,* n.º 2854.º, decidiu, fundando-se neste escriptor, antes do Codigo, que era valida a condição imposta á viuva por causa do interesse dos filhos.

(2) Veja-se Mello *no logar citado.*

(3) Gouveia Pinto, *Tractado regular e pratico de testamentos e successões,* cap. IX, defende as condições respeitantes ao casamento, admittindo-as em todos os casos. A pagina 120 diz: «*pelo*

65. No direito francez tem corrido sobre este ponto debatida controversia. Na velha jurisprudencia as condições foram sanccionadas, principalmente quando se referiam ás viuvas; (1) a revolução porém, con-

---

«contrario as condições — se não casar, — se permanecer no estado de «viuva... : Como estas condições são possiveis, se não devem repu- «tar por não escriptas, mas sim postas para o fim de se cumprirem, «e não as cumprindo o herdeiro instituido perde o que lhe foi dei- «xado debaixo de tal condição. Na nota correspondente combate a opinião de Mello, escrevendo:... «e assim diremos que como em «nenhum logar da Ordenação se consideram por não adjectas «taes condições, *juntando-se aos testamentos se devem reputar por «escriptas;* pois é certo que segundo os costumes modernos, uma «vez que foi deixado um legado a qualquer, debaixo da condição de «abraçar a vida ecclesiastica, não lhe poderá ser deferido, em «quanto não fôr ecclesiastico, o que sempre se tem seguido no «foro; porque, se ao testador é livre deixar os seus bens a este ou «áquelle, pode muito bem deixal-os com algumas das sobreditas «condições, se imaginar que por meio dellas podem melhor veri- «ficar-se as suas vistas e tenções para o futuro, ou para melhor «arranjo dos seus parentes e familia, *e como não ha lei que obrigue «a casar,* nem a conservar-se neste ou n'aquelle estado, *se o her- «deiro instituido quizer receber a herança, ou o legatario o legado «com aquelle onus, faz por cumprir a condição, aliás vai a herança «ou legado aos herdeiros que lhe deviam succeder ab intestato...»*

(1) Barry, na *obra citada* falla de um aresto de Paris e outro de Tolosa, em que se admittiam as referidas condições. Diz elle no liv. 16.º, tit. 15.º, n.º 17.º «... *sic cum viduae legatum «esset sub conditione non nubendi quae deinde convolasset ad se- «cundas nuptias, arresto Paris, in purpura legato privata fuit...»* Mais abaixo escreve: «...*arresto Tholosano pro conditione judica- «tum et donationem revocatur cum supervivens convolasset ad secun- «das nuptias.»*

Os escriptores modernos dizem o mesmo. Duranton, *Cours de droit français,* tom. 8.º, edição de Paris, n.º 127.º, escreve:... «cet empereur (Justiniano) l'approuva (a condição) au chap. XLIV «de cette même Nouvelle, *et sa décision était suivie en France ainsi*

siderando taes condições como um ataque á liberdade de contrahir casamento, deu origem a duas providencias legislativas, que, totalmente, as aboliram. (1).

O Codigo Civil francez não faz especial referencia ás condições attinentes ao casamento: estabelece o principio de que em todas as doações entre vivos e testamentarias se reputam não escriptas as condições

«*que l'attestent Furgole et autres.*» Isto deduz-se do aresto do tribunal de cassação em 26 de janeiro de 1806, o qual, referindo-se á Novella, dizia — *que cette Nouvelle formait le droit commun de France.*

Não era só em França que se seguia este direito; d'outros povos faz menção Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus,* Clausula VI, Glossa III, Pars VI, n.º 25.º: «*An autem valeat praedicta conditio negativa, si non «nupserit, resolutum est quod in virgine rejicitur, non sic in vidua... «Et ita videmus in Cathalonia legato fieri uxoribus, si vel donec «non nupserit et nomen testatoris servaverint, et approbata esse talia «legata apud omnes inconcusse, optima decisio Senatus Neapolit, «apud Vincentium de Franchis 231, ubi mulierem cui relictum erat a «viro legatum, si lectum viduale servare, vellet, privandam esse «legato, eo quod nupsisset, quia verba praedicta sunt, idem quod si «non nupsisset, decisum tradit.*»

(1) Uma é a Lei de 5 de setembro de 1791. Esta revogou as disposições do direito romano, que auctorisavam nos testamentos e, com maior razão, nas doações entre vivos, a condição de não desposar certa pessoa, ou uma pessoa de certo logar. Dizia: «*Toute clause impérative ou prohibitive qui... générait la liberté «qu'il a de se marier même avec telle personne... est réputée non «écrite.*» A outra é a Lei de 17 nivôse anno 2.º, artigo 12.º, que vai muito mais longe no seu preceito: «... *est réputée non écrite toute «clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés même «avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux «lois ou aux moeurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse «du donataire, de l'héritier ou légataire; lorsqu'elle gêne la liberté «qu'il a de se marier, ou de se remarier, même avec des personnes «désignées.*»

impossiveis e as que são contrarias ás leis e aos costumes. (1)

Em vista da sua disposição generica, discute-se se as condições em questão devem, ou não, reputar-se validas. (2)

Parece-nos que, segunda a lettra da disposição franceza, é de todo o ponto defensavel a validade d'estas condições, (3) sendo a opinião mais segura a

---

(1) É a doutrina do artigo 900.º, que diz assim: «*Dans toute «disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, «celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs seront reputées «non écrites.*»

O pensamento d'este artigo completa-se com o artigo 1172.º, que legisla para as convenções, dizendo: «*Toute la condition d'une «chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par «la loi, est nulle, et rend nulle la convention, qui en dépend.*»

(2) «*Il reste pourtant à savoir,* diz Merlin, *Répertoire,* verbo «—*condition, si l'on ne doit pas appliquer aux conditions dont il «s'agit la disposition d'art. 900.º du Code Civil, qui repute non «écrites dans les donations entre-vifs, comme dans les testaments, les «conditions impossibles et celles qui seraient contraires aux lois et «aux moeurs ?*»

(3) É esta a opinião de Merlin no *logar citado* e de Favart, *Répertoire,* verbo—*donation.* O primeiro sustenta a validade das condições por trez razões: 1.ª porque não são impossiveis; 2.ª porque não são condemnadas por nenhuma lei existente; 3.ª porque não são contrarias aos costumes, visto que *aux preuves qu'en donne* Sommeren, «De Jure Novercarum, cap. 1.º, n.º 4.º, *on peut ajouter «que, pendant un grand nombre de siècles elles sont été regardées «comme très licites et que les lois du 5 septembre 1791 et 17 nivôse an «2 sont les premières et les seules qui les aient réprouvées.*» O segundo entende que, não sómente, esta condição não é contraria á lei, mas ainda que é recommendada por esta. Neste sentido cita a lei de 10 de março de 1818, no artigo 15.º, que anima os mancebos francezes a entrar nas ordens sagradas, dispensando-os do

que considera, principalmente, valida a condição imposta á viuva. (1)

66. O nosso Codigo modelou-se pelo Projecto do

serviço pessoal do exercito, lei que, por esse facto, favorece o celibato, e refere o aresto de 20 de janeiro de 1806 que admitte a condição, sendo estipulada em um contracto, o que prova que ella não é contraria á lei. Pensa tambem o mesmo escriptor que se não oppõe aos costumes, habitos naturaes ou adquiridos, porque existiu por muito tempo no direito francez, e argumenta habilmente com as proprias palavras da lei de 17 nivôse, que falla numa parte da condição—*contraire aux lois ou aux moeurs,* e em outra da condição—*qui gêne la liberté qu'il a de se marier, ou de se remarier,* d'onde se conclue que são differentes as duas condições:

(1) O proprio Merlin parece subscrever a este parecer. «*On «peut dire en général que les conditions qui tendent à defendre le «mariage à des personnes qui n'ont jamais été mariées sont rejetées «comme contraires aux bonnes moeurs; celles qui ne tendent qu'à «défendre le mariage avec certaines personnes doivent être mainte«nues. On ne condamne pas celles qui interdisent les sconds ma«riages...*» Duranton, *logar citado,* diz n'uma parte: «*Quant à la «condition de ne pas se remarier, il y a plus de difficulté que sur «celle de ne pas se marier.*» E em outra parte: «*Si nous inclinons à «une opinion contraire quant à la conditiou de ne pas se remarier, «c'est qu'en général le convol est moins favorable qu'un premier «mariage; cela est vrai surtout à l'égard des femmes, puisque la «loi les frappe de certaines déchéances à raison des conséquences «que le second mariage peut avoir pour les enfants du premier lit.*» Delvincourt, *Cours de Code Civil,* tom. 2.º, *Notes et Explications,* pag. 190, combatendo a condição de não casar como contraria aos costumes, maiormente hoje que não estão reconhecidos em França os votos religiosos perpetuos, accrescenta: «*Cependant, «s'il s'agissait d'un second mariage et que la condition fut imposée «par l'époux, je pense que l'on devrait regarder cette condition «comme valable, ainsi qu'on l'a toujours fait. Cela a même été jugé «ainsi par la Cour de Lyon, pour un legs fait par un testateur, «décédé sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2, qui favorisait sin«gulièrement les avantages entre époux. Arrêt du 18 novembre 1813.*

Codigo hespanhol, considerando, em regra, não escripta a condição, que inhibir o herdeiro ou o legatario de casar-se ou de deixar de casar-se, e admittindo-a, unicamente, no caso de ser imposta ao viuvo ou viuva com filhos pelo conjuge fallecido, ou pelos ascendentes ou descendentes d'este. (1)

É o meio termo entre a doutrina do Codigo da Sardenha e o novissimo direito romano. (2)

(1) As antigas leis hespanholas não fallavam d'esta condição. «*Nuestras leys*, diz Goyena, *callan sobre la validez ó ineficacia «de esta condition.*» O Projecto do Codigo legislou assim: «*La «condition* absoluta de no contraer *primero ó ulterior matrimonio se «tiene por no puesta á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por «su difunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes de este.*» Veja-se o Codigo da Austria artigo 700.º e o Codigo da Sardenha, artigo 822.º O primitivo Projecto do sr. Seabra, no artigo 1941.º, dispunha d'este modo: «A condição que inhiba o herdeiro de casar-se, ou deixar de casar-se, ou que o obrigue a tomar ou deixar de tomar o estado ecclesiastico, haver-se-á por não escripta. «§ unico. *A condição de viuvez valerá comtudo, se o testador deixar «filhos ou descendentes menores.*» O artigo 1808.º, portanto, do Codigo Civil aproxima-se mais do Projecto hespanhol do que o artigo 1941.º do Projecto portuguez. Reconheçamos, antes de fechar esta nota, que a redacção do Projecto portuguez está intoleravel, e dá logar a derivar d'ella as mais desencontradas illações. Assim, segundo a lettra do artigo, quando o testador tivesse filhos podia impôr n'um legado a condição de viuvez a qualquer legatario, d'onde se conclue que ainda a uma pessoa differente da esposa sobreviva. O Codigo actual tem melhor e mais clara redacção.

(2) Isto diz o notavel commentador Goyena: «*Nuestro arti«culo solo autoriza para esta condicion al difunto consorte e sus pa«rientes en linea recta: la injuria ó desprecio, que puede suponerse «en el segundo ó ulterior matrimonio debe limitarse á las personas «mas allegadas del difunto: este es un medio termino entre el arti«culo 822.º Sardo,* que unicamente la permite al conjuge difunto *y «el Derecho Romano,* que la permitia aun á los estraños.»

Andaria o Codigo em harmonia com as prescripções da philosophia? Deverá reputar-se não escripta a condição respeitante ao casamento, sendo imposta a pessoa solteira em disposição testamentaria? Será defensavel perante os principios, embora tenha de applicar-se, visto que está claramente estabelecida na lei, a mesma condição, sendo imposta á viuva ou viuvo nos termos do artigo 1808.º do Codigo Civil? Seguimos a affirmativa no primeiro caso e a negativa no segundo.

Tractemos separadamente as duas questões.

67. Prohibir a uma pessoa solteira o contrahimento do matrimonio involve uma disposição contra a lei, não porque a lei torne obrigatorio o matrimonio, mas porque a lei o permitte e garante; (1) sendo assim,

(1) A nossa legislação civil actual reconhece e assegura os direitos de casamento, que têm os cidadãos portuguezes. É neste sentido que o Codigo Civil faz figurar entre os contractos com um caracter especial o casamento.

Nós temos mesmo leis no antigo regimen, em que os imperantes dispensam toda a protecção á celebração dos casamentos. Sirvam de exemplos o alvará de 10 de março de 1732 e o alvará de 4 de abril de 1755. Aquelle prohibe que venham do Brasil mulheres sem licença regia, e isto porque no dizer da lei — «*no Brasil «não ha mais cresimento de gente, em grave prejuizo do augmento «e povoação d'aquelle Estado, sendo a principal causa desta falta o «grande excesso que ha em virem para este Reino muitas mulheres «com o pretexto de serem religiosas, violentadas por seus pais ou «mães, constrangendo-lhes as vontades, que deviam ser livres, para «elegerem estado, de que resulta faltarem essas mulheres para os «matrimonios, que convém augmentar no Brazil...*» O ultimo concede amplos favores aos portuguezes do reino ou da America, que casarem com mulheres indias, os quaes, no dizer do monarcha, — «*não ficão com infamia alguma, antes se farão dignos da «Minha Real attenção e que nas terras em que se estabelecerem serão «preferidos para aquelles logares e occupações que couberem na gra«duação das suas pessoas.*»

a disposição testamentaria vai directamente ferir uma faculdade, cujo livre exercicio tem a sancção da lei. Póde dizer-se que a faculdade de contrahir matrimonio não é violada, visto que o casamento celebrado em transgressão da lei não é ferido de nullidade. (1)

É certo; mas a admissão da condição ha de ir collocar, necessariamente, o herdeiro ou o legatario entre o contrahimento do casamento e o interesse resultante da herança ou legado. Além d'isso, a condição attinente aos solteiros é contraria aos nossos costumes e aos de todos os povos civilisados. (2)

---

(1) A este argumento se refere Favart, *Répertoire*, verbo — *donation*.

(2) Altogrado, liv. 2.º, *consilium* 77.º, n.º 1.º, diz: «*Certa est «juris conclusio conditionem adfectam legato aut institutioni, quae a «nuptiis quoquo modo puellas avertat, esse rejiciendam et pro non «scripta habendam et hereditatem seu legatum eidem puellae tan«quam pure relictum omnino deberi.*» Era effectivamente esta, como se vê d'algumas citações anteriores, a doutrina corrente. Demolombe, no seu *Traité des donations*, tom. 1.º, n.º 240, escreve: «Et quelques-uns ont, en effet, pensé que la condition «absolue de ne point se marier ne devait point être regardée «comme illicite dans nos moeurs françaises. *Mais le sentiment «contraire est généralement admis, et avec raison, suivant nous. «Il était aussi celui de nos anciens jurisconsultes.*»

Rogron, *Code Civil expliqué*, artigo 900.º, fallando do aresto do tribunal de Tolosa de 25 de abril de 1826, diz que a condição de não casar é illicita, e valida a de não tornar a casar, e funda-se nas palavras do citado aresto — «*attendu que, suivant l'ancienne «législation, la condition de ne pas se marier étant considerée illicite, «contraire aux moeurs et par conséquent nulle ou comme non écrite.*» Pelo que toca aos nossos costumes, pensamos que esta condição não está vinculada nelles.

Sendo a questão omissa, segundo cremos, na legislação patria, e tendo de recorrer-se ao direito romano como subsidiario, a condição, de que fallamos, não podia ter a chancella da praxe.

Não são, unicamente, como pretendem alguns, ás razões especiaes do povo romano, que se davam na publicação das *Leis Papias,* as que podem adduzir-se para combater esta condição. (1)

O celibato é contrario ás leis naturaes e aos legitimos interesses da sociedade. (2)

---

(1) Duranton, *Cours de droit français,* tom. 8.º, n.º 127, not., fallando da Lei *Miscella,* diz: «*La loi Miscella que Justinien «attribue à Lucius Miscellus réputait cette condition non écrite. «Il parait que cette loi avait été portée dans un temps où la popula«tion avait beaucoup souffert par les guerres étrangères et surtout «par les guerres civiles.*» Montesquieu, *Esprit des Lois,* liv. 23.º, cap. 21.º, desenha perfeitamente o estado do povo romano quando appareceram as leis que favoreceram o casamento. «*Les discordes «civiles,* diz este escriptor, *les triumvirats, les proscriptions, affai«blirent plus Rome qu'aucune guerre qu'elle eût encore faite: il «restait peu de citoyens et la plus part n'étaient pas mariés.* Pour «remédier à ce dernier mal, César et Auguste rétablirent la censure «et voulûrent même être censeurs. Ils firent divers règlemens: «César donna des récompenses à ceux qui avaient beaucoup «d'enfants; il défend aux femmes qui avaient moins de quarante«cinq ans, et qui n'avaient ni maris ni enfants, de porter des «pierreries et de se servir de litières: methode excellente d'ataquer «le célibat par la vanité. *Les lois d'Auguste furent plus pressan«tes: il imposa des peines nouvelles à ceux qui n'étaient point «mariés, et augmenta les récompenses de ceux qui l'étaient, et de «ceux qui avaient des enfants.*» Era a estas razões que, sem duvida, se referia Troplong, citado por Demolombe, *Traité des donations,* tom. 1.º, n.º 240, quando dava por causa das Leis Romanas — «*un motif politique, qui n'existe plus aujourd'hui au même degré, «qu'elle avait à lutter contre la dépopulation, qui avait suivi les «guerres civiles, et contre le gout exagéré du célibat, dont Rome «était infectée.*

(2) Sabemos que os seguidores de Malthus, os pessimistas do augmento da população, defendem o celibato como um meio de conservar o equilibrio entre a população e as subsistencias. Alguns d'elles, proclamando, em these, que a população não deve

A organisação das familias é sempre um bem para o Estado. (1)

Argumenta-se com a vontade do testador? (2) Mas a vontade do testador está sujeita ás restricções da

---

ser regulamentada pelo Estado, olvidam os seus principios quando defendem, economicamente, o celibato clerical. Não querem que o Estado favoreça a formação de novas familias, rodeando de franquias o casamento, mas desejam que a Egreja torne obrigatoria para os seus sacerdotes a vida celibataria! Todos se aterram com o proletariado, e descobrem no augmento dos casamentos uma das suas causas principaes. A esses respondemos que o que faz mal á sociedade não são os matrimonios; é a vida celibataria com todo o seu cortejo de transviamentos. Quando o Estado tiver uma população perfeitamente educada, activa, presando a moralidade e o trabalho, a fracção exuberante da população não ha de ficar á porta das officinas estendendo a mão á caridade; ha de ir procurar no esforço proprio as subsistencias que lhe escassseiam. Por isso, razão teve Duranton para dizer: «*Or, interdire à une personne le «mariage sous peine de perdre la libéralité qu'on lui confére c'est lui «interdire de faire une chose utile à la société, à la famille, à elle mê«me: et l'intérêt pouvant l'emporter sur toutes ces considérations le «bien public en peut souffrir une atteinte.*»

(1) Ouçamos as palavras de um dos mais eminentes estadistas do nosso regimen liberal. É Joaquim Antonio d'Aguiar, que diz no relatorio que precede o decreto de 28 de maio de 1834: «A «existencia das ordens religiosas não se combina com as maximas «de uma sã politica, é destructiva dos fundamentos da propriedade «publica. *A força de uma nação depende da sua população; a po«pulação, dos casamentos; o maior numero de casamentos, do maior «numero de proprietarios....*»

(2) Este argumento é assim indicado por Altogrado na *obra citada: «Tollitur ex his, quod dici posset, testantium voluntates esse «religione observandas, cùm eorum dispositiones pro legibus ha«beantur.*»

lei, (1) e não se comprehende como a lei respeite e acompanhe de garantias o desejo do testador, que produzirá em ultimo resultado a privação a umas pessoas dos direitos sagrados da familia.

68. Tambem não defendemos perante os principios a condição de não tornar a casar imposta á viuva, ou viuvo, por qualquer pessoa, ainda quando esta seja o conjuge sobrevivo.

Se se argumenta, dizendo que, neste caso, não ha verdadeiramente uma condição, mas um premio, que o conjuge defuncto promette ao sobrevivo no caso de se conservar em viuvez (2), respondemos que então deve, egualmente, ser admittida a condição, sendo imposta aos solteiros, e que o Codigo, que condemna a condição em uma hypothese e a sancciona em outra, procede com manifesta incoherencia. Além de que,

---

(1) O mesmo escriptor refuta o argumento apontado nestes termos: «*Nam respondetur testatores hanc ad libitum disponendi «facultatem non habere adeo liberam, ut legibus non coerceatur.*» Do artigo 1763.º do nosso Codigo se conclue que a lei póde não só limitar a faculdade testamentaria, mas ainda prohibil-a completamente. «*Podem testar,* diz este artigo, *todos aquelles a quem a lei «expressamente o não prohibe.*» A cada passo se encontram restricções impostas á liberdade de testar.

(2) Este argumento é attribuido por Lobão aos adversarios da sua opinião. «*Pode suppor-se,* diz elle, *que um testador offere-«receu como premio a herança ou legado áquelle viuvo, que se qui-«zesse conservar no estado mais perfeito da viuvez, que no caso con-«trario a privação não é pena (que se não pode oppôr á liberdade do «matrimonio), mas uma renuncia do premio, lucro e commodo pelo «viuvo, que o deixa e quer deixar, passando a segundas nu-«pcias.*»

pelo mesmo argumento se confirmam as condições mais absurdas. (1)

Se se argumenta, ainda, dizendo que o estado de viuvez é mais perfeito do que o estado do segundo matrimonio, respondemos que similhante asseveração procede de uma falsa interpretação dos canonistas. A condição, que póde estimular a viuva a desacatar a memoria de seu marido, entregando-se a uma vida immoral, pelo facto de não querer perder o legado, deve ser sempre desprezada pelas leis civis de um povo culto.

Invocam-se os interesses dos filhos do primeiro matrimonio? Esses interesses estão no nosso Codigo Civil perfeitamente escudados com a doutrina do artigo 1235.º

A mulher ou o marido binubos não podem communicar no segundo matrimonio mais do que a terça dos bens, que tiverem ao tempo do casamento, e, conseguintemente, no caso sujeito, sómente communicam a terça do legado. Levar mais longe os interesses dos filhos do primeiro matrimonio é fazer desapparecer totalmente os direitos da mãe, que a lei não deve menospresar. Harmonisem-se os interesses da mãe e dos filhos, mas não se sacrifiquem os direitos d'aquella debaixo d'uma mal cabida protecção aos direitos d'estes.

É por isso que desejariamos ver expungir do nosso Codigo a condição de permanecer em viuvez; e, neste ponto, folgamos em seguir a opinião de Mello Freire e dos legisladores francezes de 91.

(1) Supponha-se que se tracta, por exemplo, da absurda condição que obriga o herdeiro ou legatario a abraçar o estado ecclesiastico. Neste e em muitos outros casos póde suppor-se que a herança ou legado é um premio conferido pelo testador a certas pessoas por praticarem um certo facto. Taes condições seriam, pois, justificadas.

SUPPLEMENTO

CAPITULO I

Summario. — Artigo 1233.º: A obrigação imposta á viuva por este artigo é applicavel, ainda quando ella não tenha filhos — Artigo 1234.º: O que são os lucros nupciaes? — Opinião do *Direito* — Accordam da Relação de Lisboa de 24 de Outubro de 1894 — Analyse deste Accordam — A disposição do artigo será applicavel sómente quando o marido fallecer *ab intestato* ou tambem no caso de ter havido successão testamentaria? — Seguimos a opinião de que o artigo é applicavel ainda neste caso — E quando a viuva é herdeira legitima do marido para quem passam os lucros? — Artigo 1235.º: Argumentos em favor da *reserva* para as duas terças incommunicaveis — Póde abandonar-se o principio da *reserva,* se se adoptar a doutrina de que a terça doavel, communicavel ou disponivel fica sujeita ás regras geraes da reducção e revogação por inofficiosidade — Como se calcula a terça disponivel do conjuge binubo com filhos do matrimonio anterior? — Como se calcula a metade na vigencia do decreto de 31 de Outubro de 1910? — Communica-se a terça ou ha communhão completa quando o binubo adquiriu os seus bens na constancia do matrimonio anterior do qual não teve filhos, embora os tenha de matrimonio anterior a esse? — O producto da venda dos bens póde ser convertido em adquiridos? — O artigo refere-se ás doações entre casados? — E quanto aos bens de proveniencia extranha adquiridos na vigencia do segundo casamento? — O que acontece tendo filhos perfilhados? — E se o binubo tiver feito doações antes do segundo casamento que absorvam a terça disponivel? — Quaes

são os filhos que concorrem á herança do binubo? — Se fallecerem os filhos do primeiro matrimonio cessará a restricção da lei? — Responsabilidade do binubo pelas dividas contrahidas — A pensão estabelecida pelo binubo em convenção antenupcial em favor do outro conjuge pode ser revogada ou reduzida? — Poderão os filhos requerer inventario dos bens? — Outras duvidas a resolver concernentes ao artigo 1235.º

1. A disposição do artigo 1233.º do Codigo civil é applicavel á viuva, ainda quando ella não tenha filhos?

O artigo 1233.º não faz distincção alguma. A obrigação de verificar se está ou não gravida não tem relação com os filhos nascidos do matrimonio dissolvido e é imposta principalmente para regular convenientemente a situação do filho que possa nascer na constancia do novo casamento, dentro dos trezentos dias posteriores á morte do marido. É certo que o Codigo regula o caso da transgressão, impondo ao segundo marido a paternidade do filho que nascer passados cento e oitenta dias depois do seu casamento, mas é o filho que soffre as consequencias, porque podendo ter sido concebido já na vigencia do segundo matrimonio de sua mãe no primeiro ou no segundo mez posteriores á morte do primeiro marido, ficará pertencendo a dois paes: ao primeiro marido de sua mãe porque nasceu dentro dos trezentos dias, ao segundo porque nasceu passados cento e oitenta dias. Póde reclamar a paternidade do primeiro, se conseguir proval'a, o que em muitos casos não será de facil execução, mas póde tambem acceitar sem protesto a paternidade presumida do segundo. Para evitar a situação embaraçosa e certamente afflictiva em que tal filho se encontraria é que o Codigo impõe aquella vexatoria obrigação á viuva. É pois essa obrigação originada no interesse do nas-

cituro e não dos filhos já nascidos. *Propter turbationem sanguinis,* dizia a velha lei romana. (1).

2. O que são os *lucros nupciaes* que a viuva perde se não cumprir a obrigação que lhe impõe o artigo 1234.º?

Sustentámos (n.º 26.º) que os lucros nupciaes comprehendem, além dos estipulados na convenção antenupcial e dos provenientes da successão legitima, os obtidos por quaesquer doações, por disposição testamentaria, por communhão de bens e, em geral, todas as liberalidades feitas pelo marido á mulher com acceitação della. O *Direito* (2) defendeu opinião contraria, não ampliando a tal ponto os lucros nupciaes. Em seu parecer esses lucros são:

1.º As doações que o conjuge tenha feito á mulher no contracto antenupcial, conforme o artigo 1166.º do Codigo;

2.º Os bens que lhe poderiam tocar por successão legitima (Cod. artigo 1969.º).

Não se comprehendem:

1.º Os bens da meação da mulher, porque esses bens não são recebidos da parte do marido anterior. A meação comprehende bens communs que não são realmente recebidos do outro conjuge, como dispõe o artigo 1213.º do Codigo. (3)

(1) Lei 11.ª, §.1.º Dig. *de his qui notantur infamia.*

(2) Vol. 17.º, pag. 243.

(3) Apezar desta affirmação, viu comtudo a difficuldade em relação a este ponto, porque accrescenta: «E isso é mais claro ainda *se os bens provieram para o casal pela dita mulher ou por contemplação della*: E no caso de serem mais os provindos do lado

2.º Os bens que o marido deixou á mulher por testamento.

Continuamos a defender a nossa antiga opinião:

a) Porque o artigo 1234.º não falla em — *convenção antenupcial* — mas emprega simplesmente a palavra — *convenção* — comprehendendo, portanto, não só a antenupcial, mas toda e qualquer outra convenção;

b) Porque na terminologia do Codigo *convenção* e *contracto* são termos empregados indistinctamente na designação do mesmo acto juridico. Assim os pactos celebrados entre os futuros conjuges são chamados *convenções* nos artigos 1097.º, 1098.º, 1103.º, 1104.º, 1105.º, 1106.º e *contractos* nos artigos 1166.º, 1168.º, 1173.º, 1175.º, 1176.º e 1183.º

O Codigo usa umas vezes a expressão — *convenções antenupciaes* —, outras vezes a expressão — *contractos antenupciaes* — significando sempre o mesmo pensamento. Dizer — *por convenção* — é como se dissesse — *por contracto* —. E, por isso entendemos que a

---

do marido e terem alguns provindo do lado da mulher, a duvida só poderia recahir *em metade da differença entre uns e outros.*»

Ora, a questão não versa sobre os bens que a viuva readquiriu pela dissolução do casamento, mas sómente quanto á quota que lhe veiu do primeiro marido.

Se os bens communs são unicamente constituidos por bens da mulher, ella não perde nada, porque a metade são bens que levou para o casal, e eram seus e não do marido.

Se os bens eram todos do marido, perde inteiramente a meação, porque a houve por virtude do casamento.

Se os bens eram parte do marido e parte da mulher, ha ainda a distinguir se a mulher entrou com mais ou menos bens do que o marido para o casal, porque se entrou com mais, os que retira na meação são todos seus; se entrou com menos lucrou a differença entre aquelles com que entrou e aquelles que retirou.

viuva perde todos os bens que por contracto alcançou do marido defuncto;

c) Porque, sendo as doações entre casados feitas por contracto, não ha motivo algum para que se exceptuem, e assim nos parece que nos lucros antenupciaes se comprehendem tambem as doações feitas na constancia do matrimonio, a que se referem os artigos 1178.º e 1183.º;

d) Porque, sendo o fundamento das penas civis impostas á viuva o desprezo que mostra ter pela memoria do marido, tanta razão ha para que perca os lucros adquiridos por qualquer convenção celebrada um dia antes do casamento, como para perder os lucros alcançados por qualquer convenção feita no dia seguinte a elle;

e) Porque, sendo os lucros da meação obtidos por convenção, ou contracto, expresso (artigo 1099.º) ou presumido (artigo 1098.º), não podem deixar de incluir-se, na parte em que são realmente lucros;

f) Porque, quando se quizesse reputar a communhão de bens, não como contracto, mas como producto ou effeito da lei, ainda neste caso a viuva os perderia, porque, segundo o artigo 1234.º, tambem perde os lucros que obteve por lei;

g) Porque, em relação á successão testamentaria, cumpre ter em vista que as deixas não podem fazer-se sómente em testamento, mas tambem nas convenções antenupciaes (artigos 1166.º, 1167.º, 1462.º e 1463.º) e não se comprehende que a viuva perca o legado — facto este que ninguem contesta — quando lhe é deixado no contracto antenupcial, e não o perca quando lhe é deixado em testamento;

h) Porque o testamento é na sua essencia uma *convenção,* no seu sentido lato, pois que nenhuns effeitos produz sem a acceitação do herdeiro ou legatario

(artigo 2018.º), podendo estes repudiar, ou renunciar, ou ainda acceitar em determinados termos, sendo sempre a acceitação ou repudio um acto inteiramente voluntario e livre (artigos 1838.º § 2.º, 1852.º, 2018.º, 2021.º, 2044.º); e de tal modo se assemelha o testamento á doação que tambem esta se póde effectuar sem que a acceitação se faça no proprio acto, mas ainda tempo depois, chegando o espaço para a acceitação a estender-se a toda a vida do doador (artigos 1465.º e 1466.º), accrescendo que existe um grande numero de disposições communs, até quando as doações são entre vivos, porque sendo *mortis causa* são geralmente reguladas pelas mesmas disposições que regem os testamentos;

i) Porque a differença entre doação por contracto ou convenção e doação por testamento consiste substancialmente apenas em que o testamento é a manifestação da vontade *ultima*, emquanto a doação é a manifestação de uma vontade *anterior* a essa, sendo em todo o caso necessario para que qualquer dellas produza effeitos juridicos a acceitação por parte de quem é beneficiado, existindo sempre os elementos fundamentaes dos contractos;

j) Porque não representando uma *convenção*, o que certamente representa é uma creação da *lei*, porque é ella que garante os direitos dos herdeiros e legatarios; e, portanto, os lucros que se obtêm em disposições testamentarias são adquiridos pela força da lei, sendo sufficiente, em nosso parecer, que bem podia o artigo 1234.º ter empregado sómente a palavra — *lei* — para que a viuva perdesse tudo quanto adquiriu do marido anterior á sombra della;

k) Porque, finalmente, não existe razão alguma que justifique a excepção neste caso, poisque o fim da lei é tornar a viuva que praticou o facto punivel in-

teiramente extranha ao primeiro marido e á sua familia. (1).

(1) A opinião do *Direito* é ultimamente defendida pelo distincto jurisconsulto, sr. Barbosa de Magalhães, que está brilhantemente representando na imprensa juridica as gloriosas tradições de seu pae. São dignos de lêr-se os artigos publicados sobre este ponto na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. 22.º, pag. 185, 193 e 217, embora não concordemos com a sua doutrina.

Referindo uma opinião nossa, diz-se ahi que esquecemos o principio de que as leis penaes se devem applicar no seu sentido mais restrictivo. Quanto á applicação deste principio ha que distinguir.

Quando as penas são applicaveis a factos criminosos em que simplesmente é atacada a utilidade ou defeza social, uma interpretação sentimental e generosa não envolve, em geral, prejuizos de ordem civil para com terceiras pessoas. A sociedade é bastante tolerante para consentir na applicação benevolente. Mas, quando as transgressões da lei implicam comminações de interesses civis, que aproveitam a outras pessoas, é necessario proceder na interpretação restrictiva com toda a prudencia. Na hypothese do artigo 1234.º é mister não esquecer que tudo quanto se conceder a mais á viuva que transgride o preceito legal, rouba-se aos herdeiros legitimos do marido. A lei é *odiosa* para a viuva, mas é *favoravel* para os herdeiros. Se por um lado deve restringir-se, por outro lado deve ampliar-se. Entre as duas exigencias, só o bom senso e a cautela do interprete devem arbitrar.

Comprehendemos a disposição do artigo 11.º do Codigo que manda applicar a lei que faz excepção ás regras geraes sómente aos casos nella especificados, mas não comprehendemos que taes casos se especifiquem mais do que estão na lei. Ora, se a lei falla em *convenção,* porque hade ainda especificar-se mais o seu preceito, limitando-se este á *convenção antenupcial?* Se, falando por hypothese, *em convenção antenupcial,* porque hade ainda especificar-se mais, excluindo o regimen da communhão de bens que é sempre uma *convenção antenupcial?*

Não é uma *convenção* a doação entre casados? Não está ella na *especie* excepcional? Porque hade, pois, excluir-se?

Não é a successão testamentaria como a legitima um producto da lei? Se o é, como nos parece, ella está tambem na *especie* do

3. Não obstante o que fica exposto, a Relação de Lisboa (1) julgou em Accordam de 24 de Outubro de 1894 que a meação nem no todo, *nem em parte*, se póde comprehender nos lucros nupciaes perdidos pela viuva. E porque o nosso intuito é expôr tudo o que tem occorrido em relação ao assumpto de que tractamos, ahi vão os fundamentos do Accordam extrahidos cuidadosamente das tenções vencedoras.

São estes:

1.º Que, se fosse o contrario o pensamento da lei, facil seria explicar-se de forma que excluisse toda a duvida e que no caso desta, que é a hypothese mais favoravel que se póde conceder, a interpretação deve ser a mais benigna; (2)

2.º Que, tratando-se de um preceito penal, nada auctorisa a interpretal'o da maneira a mais ampla, prin-

artigo 1234.º Á nossa consciencia juridica nenhuma repugnancia causa a interpretação que damos á lei.

A mulher que retribue os beneficios que o marido á hora da morte lhe concede em seu testamento, celebrando-lhe os funeraes com as festas de um immediato casamento, pondo uma nota cynica no proprio lucto e no lucto dos filhos, não nos merece benevolencia alguma e tanto menos quanto essa benevolencia viria a ser paga pelos herdeiros legitimos do marido defuncto. Porque não hade ao menos essa mulher, em homenagem á lei, expôr o ventre ao exame secreto dos medicos? Não descobrimos realmente razões para alliviar a viuva, que despresa a lei, das comminações que nella lhe são impostas.

(1) Acc. publicado na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 39.º, pag. 29.

(2) De fórma a excluir toda a duvida se exprime o artigo em questão, porque, referindo-se a *convenção*, é manifesto que comprehende a *convenção* expressa ou tacita que regula o regimen da communhão de bens.

cipalmente sendo elle tão duro, como realmente é, porque o segundo casamento póde apresentar-se á viuva urgente e inadiavel, e o exame que a lei lhe impõe para evitar a penalidade é de tal modo repugnante e vexatorio que muitas vezes constituirá um obstaculo invencivel ao pudor e legitimas susceptibilidades de uma senhora; (1)

3.º Que não é pequena a analogia que nos fornece o artigo 1213.º do Codigo civil, o qual estabelece que o conjuge, que der causa á separação, perderá tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração deste, lhe houver dado ou promettido, o que nunca ninguem entendeu da perda da meação, mesmo no caso mais grave, o de adulterio da mulher que fére a familia no que ha de mais intimo e de mais sagrado, e muito menos se poderia applicar á punição de uma infracção e desobediencia ao preceito do exame que encontra para o contrariar o pudor da mulher que tanto respeito deve merecer; (2)

(1) Este argumento de natureza philosophica é facilmente refutavel, porque, se o casamento se torna por qualquer circumstancia urgente e inadiavel para a viuva, nada impede que proceda a fazer-se examinar, sendo o processo breve e summario, como se vê do artigo 650.º do Codigo do processo civil. Quanto ao pudor suppostamente violado não nos parece que seja muito de attender em mulher que não duvida faltar ao respeito devido á memoria do marido, podendo ter no ventre o fructo da união anterior e especular hediondamente com o proprio filho, dando-lhe, em troca d'uma paternidade verdadeira, a ficticia do segundo marido, que póde ser mais rico do que o verdadeiro pae. A mulher que, sobre faltar á consideração devida ás cinzas de seu marido, engana o segundo esposo imputando-lhe a paternidade de um filho que lhe não pertence, não tem pudor nem susceptibilidades que a lei possa acatar em nome da moral das suas disposições.

(2) Não é preciso recorrer ao artigo 1213.º, porque o caso não é omisso, não se devendo por isso recorrer ao disposto em

4.º Que tambem a jurisprudencia vae excluindo, e com justa razão, da penalidade, porque não vêm da lei nem da convenção, as disposições testamentarias, e no entretanto em bôa doutrina havia muito mais razão para as comprehender do que a meação, porque ellas é que representam uma verdadeira liberalidade; (1)

5.º Que tal meação não é obtida gratuitamente, mas em virtude d'um contracto bilateral ou oneroso, em que os contrahentes conferem mutuamente direitos e mutuamente os acceitam; (2)

---

casos identicos. Mas, quando tivesse de recorrer-se a esse artigo, a pena seria mais grave, pois que, alem da perda dos bens a que se refere o artigo 1234.º, perderia tambem *o que outrem por consideração do marido lhe houvesse dado ou promettido.* A expressão do artigo 1213.º—*tudo o que houver recebido do outro conjuge*—comprehende egualmente as vantagens resultantes da communhão, porque o facto de proceder-se a inventario e partilha em todos os casos de separação (artigo 1211.º) e o da renuncia á communhão (artigo 1222.º) desde a apresentação em juizo do requerimento para a separação, não collide em nada com a liquidação da meação e a perda de toda ou parte della conforme as circumstancias. Parece-nos que o juiz tencionante se illudiu suppondo que a perda de lucros em caso de separação por adulterio é menos grave do que a imposta no artigo 1234.º, quando tal pena é a mais grave que se podia applicar, vivendo o marido.

(1) E' outro considerando philosophico, que nos parece sem fundamento. Simplesmente porque o jornal *O Direito* inseriu um artigo excluindo as disposições testamentarias, não é licito concluir que a jurisprudencia vae no caminho de eliminar as penas do artigo 1234.º E' uma opinião illustrada sem duvida, mas que não tem, exactamente como a nossa, outra auctoridade que não seja a dos argumentos em que se funda.

(2) Não se tracta de toda a meação em todos os casos. Já o dissemos. Tracta-se da parte lucrativa. E' um contracto bilateral? Mas bilateral é toda a convenção anterior ou posterior ao matrimonio. E' um contracto oneroso? Mas onerosos são muitos contractos que afinal produzem lucros.

6.º Que, sendo communs os bens da meação, não podem dizer-se recebidos por parte do marido anterior exclusivamente; (1)

7.º Que, consistindo um dos effeitos do matrimonio, contrahido sob o regimen da communhão, em que o dominio e posse dos bens communs fica pertencendo a ambos os conjuges, como se poderá affirmar que, dissolvido o matrimonio por morte do marido, a meação da mulher em que ella tinha por virtude do seu casamento um direito de propriedade plena, garantido na lei, constitua em qualquer hypothese um lucro nupcial a haver por parte do marido? (2)

8.º Que só se devem reputar lucros nupciaes os dons, dadivas, proveitos dispensados á mulher, não podendo a disposição abranger senão as doações, successão legitima ou outros beneficios nupciaes que por lei ou convenção a mulher tenha recebido ou haja de receber por parte do seu primeiro marido, como são as doações de que fallam os artigos 1166.º e 1178.º, as successões de que tracta o artigo 2003.º etc., etc. (3)

---

(1) Certamente, emquanto estão em commum, mas, quando ha meação, deixam de o estar e cada um dos conjuges toma a metade d'elles.

(2) Este considerando continua a partir do principio errado de que a mulher perde, em todos os casos, toda a meação e de que, tendo a propriedade plena d'ella, nunca a póde perder. A propriedade plena tinha a mulher de todos os outros lucros obtidos do marido antes da infracção da lei que prescreve a obrigação. Ora, se tal infracção lhe faz perder essa propriedade plena, porque lhe não fará perder tambem a propriedade plena dos lucros incluidos na meação?

(3) Estes dois etc., etc., encontram-se no final de uma das tenções vencedoras. O que se encerra naquelles dois etc., etc., é que nós não sabemos. As convenções antenupciaes, as poste-

4. Em sentido contrario opinou o juiz vencido, justificando assim o seu voto:

1.º Que os artigos 1213.º e 1234.º respeitam a casos diversos e expressam-se de differente modo e não é preciso recorrer áquelle para interpretar este;

2.º. Que as penas do artigo 1234.º se explicam, porque têm por fim obviar á incerteza da prole e tambem obstar ás consequencias da leviandade da mulher e obriga-la, ao menos por decoro, a respeitar o anno do lucto;

3.º Que o casamento, com ser um contracto oneroso, não deixa por isso de ser tambem um contracto lucrativo, acontecendo na hypothese sujeita que, tendo a mulher levado para o casal menos bens do que o marido, foi ella quem ganhou pelo lucro que teve na meação, e, como esse lucro foi obtido pelo casamento, deve reputar-se nupcial e obtido por disposição da lei;

4.º Que não perde a viuva toda a meação, como se figura, mas só a parte d'ella que lhe veio dos bens do primeiro marido. (1)

---

riores, a sucessão legitima, os dons, dadivas e presentes dispensados á mulher, tudo isso já foi referido como fazendo parte dos lucros perdidos. A communhão no criterio dos juizes vencedores está exceptuada. O que fica então comprehendido nos *et cactera?* A não serem as disposições testamentarias não descobrimos mais nada.

(1) Este Acc. de 24 de outubro de 1894 não vem na *Rev. de Leg. e de Jur.*, mas sim no *Dir.*, vol. 33.º, pag. 29, e na *Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 8.º, pag. 267. Fica assim rectificada a citação de pag. 176. O snr. Barbosa de Magalhães cita, quanto á exclusão da meação, os Acc. da Rel. do Porto de 10 de dezembro de 1880 e do Sup. Trib. de Just. de 31 de março de 1882, que seguem a doutrina d'este que analisamos, a qual foi perfilhada por outro Accordam da mesma Relação de 12 de agosto de 1899 (*Gaz. da Rel. de Lisb.* vol. 13.º pag. 160). Comtudo o Acc. do Sup. Trib. de Just. de 29 de março de 1898 (*Gaz. da Rel. de Lisb.* vol. 11.º, pag.

5. A disposição será somente applicavel quando o marido não deixou testamento, ou tambem tendo havido successão testamentaria?

Ha quem entenda [1] que, não tendo havido her-

708) declara que pelo facto do seu casamento sem ter satisfeito os preceitos legaes, a viuva perdeu tudo o que pudesse herdar do seu anterior marido, sendo indifferente o titulo de acquisição dos bens.

Esta é que é, a nosso vêr, a bôa doutrina.

Haverá mais arestos do mesmo tribunal no mesmo sentido, ou mudaria de opinião?

Ácerca dos Accordãos dos tribunaes superiores é digno de ler-se o que disse o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em officio dirigido ao ministerio competente em 9 de dezembro de 1898, em resposta á Portaria de 28 de outubro do mesmo anno. Escreve o chefe supremo da magistratura portugueza:

«Todavia, o trabalho de pesquizar os Accordãos proferidos em litigios perfeitamente analogos, é demasiadamente longo e fatigante para o magistrado e para o jurisconsulto que não tenham o habito de notar todas as decisões dos tribunaes superiores. Agora mesmo se verificou, na conferencia do tribunal sobre o objecto da portaria regia, que alguns juizes e conselheiros tinham o apontamento de numerosos casos de decisões encontradas ou diversas, com a indicação precisa da data dos Accordãos e da sua publicação na *Folha Official* ou nos periodicos juridicos, *e que outros juizes, não menos illustrados e conscienciosos, apenas conservavam a lembrança dos casos julgados por fórma diversa ou contradictoria, sem poderem precisar as datas da sua publicação.* Para apresentar a V. Ex.ª obra mais digna da sua consideração, fôra mister manusear todas as folhas do *Diario do Governo* que publica os Accordãos sobre concessão de revistas e *os numerosos volumes do registo dos Accordãos sobre negações das mesmas revistas.*»

Cremos que, em vista de tão auctorisada declaração, ninguem poderá ter a pretenção de conhecer todos os arestos dos nossos tribunaes superiores. Conhece os publicados no *Diario do Governo* e já não é pouco, porque juizes dos mais illustrados os conservam apenas por lembrança, sempre atraiçoavel por lapsos naturaes de memoria, maiormente em edades avançadas.

[1] Dias Ferreira. *Cod. Civ. Port. annotado,* 1.ª ed., vol. 3.º, pag. 77. Esta opinião foi eliminada na 2.ª ed.

deiros legitimos, mas apenas testamentarios, não soffre a binuba aquella pena.

Afigura-se-nos insustentavel esta opinião.

Em primeiro logar, o fundamento da pena não está no modo como o conjuge fallecido transmittiu por sua morte o que lhe pertencia, mas sim no facto de a viuva o ter aggravado, contrahindo o segundo casamento sem observar a formalidade que a lei lhe impõe. São cousas absolutamente distinctas e sem nexo logico entre si.

Em segundo logar, comprehende-se que a lei, embora tenha havido herdeiros testamentarios, chame á successão d'estes bens os legitimos e não aquelles, porque, tendo sido instituidos pela *vontade* do testador, esta não se manifestou com relação aos bens perdidos na hypothese de que se tracta, e por isso na ausencia, quanto a essa hypothese, de disposição testamentaria, regula naturalmente a lei da successão legitima.

A nossa duvida não seria essa, mas a de saber se, tendo o marido disposto em testamento dos seus bens futuros em geral, ou ainda no caso restricto da hypothese, tal disposição testamentaria seria valida, ou se ainda assim passavam os lucros perdidos para os seus herdeiros legitimos.

Parece-nos nulla tal disposição testamentaria, porque ao tempo da morte o testador não tinha o dominio e posse dos bens, nem direito ou mesmo espectativa de direito a elles.

6. E quando a viuva é a herdeira legitima do marido para quem são os lucros perdidos?

Este caso podia verificar-se na vigencia do n.º 4.º do artigo 1969.º do Codigo civil, porque o conjuge sobrevivo era chamado á successão legitima na falta de irmãos e seus descendentes do marido defuncto; e

mais frequentemente acontecerá depois da vigencia do decreto de 31 de outubro de 1910 que, alterando a ordem da successão legitima, collocou em o artigo 6.º o mesmo conjuge acima de todos os parentes da linha collateral do fallecido.

Não terá logar a applicação da pena, visto que é ella a propria beneficiada?

Entendemos que tem e que os bens passam ao herdeiro, ou herdeiros legitimos no grau immediato. Insensata seria a lei que tanto neste caso, como no outro de ter o marido feito testamento, isentasse a viuva da pena comminada, por um facto em nada modificavel na sua natureza e fins por qualquer d'aquellas circumstancias.

7. Sustentámos (n.os 44.º e 47.º) que as duas terças partes dos bens que o binubo não póde communicar com o outro conjuge nem por qualquer titulo doar-lhe ficavam *em reserva* em seu poder, a fim de serem partilhadas pelos seus herdeiros legitimarios (filhos ou outros descendentes successiveis). Esta opinião não foi adoptada, nem pela imprensa juridica, nem pelos tribunaes. Todos elles affirmaram a doutrina de que o binubo podia vender, doar, alienar por qualquer modo que lhe aprouvesse aquelles dois terços, poisque o artigo 1235.º só limitava o direito de dispôr em relação ao conjuge do binubo e não em relação a pessoas estranhas.

Insistimos na nossa opinião, sem embargo de ter sido até hoje impugnada. Eis as razões da nossa insistencia:

a) Se o fim da lei é proteger os interesses dos filhos que hão-de ser chamados á successão do pae binubo, não é racional permittir que o binubo disponha livremente dos dois terços dos bens, porque então a

lei seria feita em favor dos extranhos e não dos proprios filhos;

b) Se o fim da lei é limitar o direito de dispôr em favor do outro conjuge á terça parte dos bens, sendo a lei feita em odio do segundo esposo, é contradictorio conceder ao binubo a livre disposição do resto, poisque póde vender esses bens e entregar o producto da venda ao outro conjuge, que o poderá gastar em exclusivo proveito seu, dos filhos do segundo matrimonio, ou de quem quizer, ficando os do primeiro inteiramente defraudados;

c) É absurdo dizer-se que o binubo póde *doar mais* a um estranho do que ao outro conjuge e que esse é o castigo que a lei applica á pessoa que casa com viuvo ou viuva, porque a doação feita pelo binubo a pessoa estranha tem *pelo menos* de ser reduzida á terça dos dois terços e essa terça hade, como é evidente, ser inferior á terça do total;

d) E' repugnante á razão e á logica a interpretação que permitte a livre disposição em vida e por testamento da totalidade da terça d'esses bens sem exigir ao mesmo tempo que o binubo conserve os dois terços até á hora da sua morte, porque a terça disponivel d'uma pessoa nunca foi a terça dos bens que possuiu em vida e que durante ella vendeu, doou ou dissipou por qualquer modo, mas sim a terça dos bens que possue na occasião do seu fallecimento;

e) E tanto isto se impõe ao bom senso que até os que não admittem a *reserva* vêm por fim a reconhece-la contra sua vontade, poisque em tudo, e muito é como se verá, quanto se tem exposto sobre o modo de liquidar a terça disponivel do binubo com filhos do matrimonio anterior, tanto por parte dos escriptores juridicos, como por parte dos tribunaes, se tem partido sempre do principio de que os dois terços in-

communicaveis ou indoaveis existem no momento da morte do binubo.

Portanto, admittindo a validade da doação ou da communicação na *integridade* da terça, que parece ser o pensamento do artigo 1235.º, hade necessariamente admittir-se a conservação dos outros dois terços em poder do binubo até á morte.

8. Não é, porém, necessario recorrer á *reserva*, se se admittir que as disposições testamentarias do binubo na sua quota disponivel, as suas doações ao outro conjuge ou a sua communhão com elle estão sugeitas ao regimen geral, isto é, podem ser revogadas ou reduzidas por inofficiosas. Então, *mas só então*, explica-se o artigo sem ser necessario recorrer ao principio da *reserva*. Essas disposições da terça envolvem sempre a condição legal da sua revogação ou reducção ao que ella fôr effectivamente no momento da morte do binubo. Com esta interpretação têm os que negam a obrigação da *reserva* de sacrificar a sua opinião no tocante á validade da disposição da *terça inteira e completa* como foi tirada dos bens presentes na occasião do segundo casamento.

Querendo, porém, manter a *integridade* d'essa terça, hão-de consequentemente acceitar a *reserva* pelas razões que deixamos expostas. (1)

---

(1) Para maior clareza da doutrina exposta, figuremos um exemplo:

Uma viuva, com filhos do primeiro matrimonio, que herdou do marido bens no valor de reis 9:000$000 passou a segundas nupcias com homem que não tinha filhos. Póde communicar ou doar ao marido a terça d'aquelles bens, ou reis 3:000$000. Esta doação não póde conservar-se na sua integridade, senão quando a mulher *reservar* os dois terços, ou os reis 6:000$000, até ao momento do seu fallecimento, porque, se tiver vendido bens no va-

9. Como se calcula a terça (1) disponivel do conjuge binubo no caso de o artigo 1235.º?

Sobre o modo de calcular a terça do conjuge binubo que casa com communhão de bens tem-se lar-

lor de reis 3:000$000, por exemplo, e só tiver no momento da morte os outros reis 3:000$000, a quota que communicou ou que doou é muito superior á quota disponivel, porque esta é a terça de reis 3:000$000 mais reis 3:000$000, isto é, reis 2:000$000.

Se, porem, a mulher tem á hora da morte os mesmos bens que possuia na occasião do casamento, aquella terça continua a ser de reis 3:000$000.

Com a reducção não ha inconveniente algum. A viuva doou ao marido ou communicou com elle, na nossa hypothese, reis 3:000$000, mas quando morreu deixou apenas reis 3:000$000 e não os reis 6:000$000; neste caso os herdeiros legitimarios requerem a reducção (artigo 1789.º). No calculo da terça para esse effeito sommam-se os bens que o auctor da herança deixou (feita a deducção das dividas), que são reis 3:000$000, ajunta-se o valor dos bens que o fallecido doou (reis 3:000$000), e a quota disponivel é calculada com relação a esta somma total (artigo 1789.º). Assim, temos reis 3:000$000 mais reis 3:000$000 ou a somma total de reis 6:000$000, cuja terça é reis 2:000$000. Se houve doações a extranhos ellas entram tambem, procedendo-se com todas nos termos geraes do direito, quanto á revogação e reducção das doações por inofficiosas.

(1) Não deve causar extranheza empregarmos a expressão — *terça* — em vez da expressão — *metade* — hoje admittida pelo decreto de 31 de outubro de 1910, que alargou a quota disponivel. Estamos apresentando e discutindo as questões occorrentes na vigencia do Codigo e temos de usar a mesma linguagem que se encontra na imprensa juridica e nos arestos dos tribunaes. Se empregassemos linguagem diversa e fallassemos em *metade* quando elles fallam em *terça,* não seriamos comprehendidos. Accresce que as questões continuam no mesmo pé, porque não versam sobre a expressão arithmetica da fracção disponivel, mas sobre o processo ou modo de a liquidar, qualquer que ella seja. Tudo o que se diz em relação á *terça,* póde dizer-se *mutatis mutandis* em relação á *metade.*

gamente discutido na imprensa juridica e com as mais variadas opiniões: (1)

(1) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, no vol. 41.º, pag. 21, refere assim as opiniões divergentes:

«Uns entendem que a terça de que tenha disposto o binubo em favor do outro conjuge deve sahir, quanto aos bens presentes, dos dois terços d'elles sommados com metade da terça que communicou com aquelle conjuge ou um sexto de taes bens, o que afinal faz recahir a terça sobre cinco sextos do valor dos bens presentes do binubo.

Outros sustentam que a terça deve sahir, quanto aos bens presentes, unicamente da metade da terça que o binubo communicou com o outro conjuge, ou de um sexto dos bens que elle possuia no momento do casamento, o que reduz a terça a um dezoito avos do valor de taes bens.

Finalmente, outros opinam que a terça, quanto aos bens presentes, deve sahir da totalidade dos bens que o binubo possuia ao tempo do casamento, deduzindo-se a metade que o outro conjuge adquiriu por direito de communhão, vindo assim a ser constituida por um sexto do valor de taes bens.»

E accrescenta que seguem a primeira opinião os Acc. da R. de Lisb. de 22 d'abril de 1893 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 6.º, pag. 721), de 6 d'abril de 1895 (Id., vol. 9.º, pag. 337).

A segunda, os Acc. da Rel. de Lisb. de 24 d'abril de 1886 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 1.º, pag. 769) e Acc. da Rel. do Porto de 19 d'agosto de 1879 (*Rev. de Leg.*, vol. 16.º, pag. 248).

A terceira, Acc. da Rel. do Porto de 17 de março de 1893 (*Rev. dos Trib.*, vol. 11.º, pag. 345).

As opiniões diversas têm sido tantas e tão variadas na sua expressão, que não é facil recenseal-as todas. Entretanto, pensamos tel-as resumido nas quatro que referimos no texto. Convem ainda conhecer a doutrina de alguns Accordãos recentes, como o da Rel. de Lisb. de 12 de fevereiro de 1908 (*Gaz. da Rel.*, vol. 21.º, pag. 644), que julgou que a terça deixada pela binuba ao marido é só a da meação d'ella nos bens communs, o da Rel. do Porto de 5 de março de 1907 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 20.º, pag. 794), que decidiu que os bens doados pelo binubo na escriptura antenupcial descontam-se para o calculo da terça communicavel, e o da Rel. dos Açores de 12 de junho de 1907 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*,

a) Uns entendem que a terça disponivel do binubo é a terça de metade da terça que communicou; (1)

b) Outros, que é essa metade completa; (2)

---

vol. 22.º, pag. 409), que julgou que o binubo com filhos do anterior matrimonio póde doar á sua segunda mulher, com quem haja casado segundo o costume do reino, não só a terça da sua meação, nos bens communs, mas tambem a meia terça dos bens que levou para o casal ou que adquiriu por herança não materna d'um filho do primeiro casamento. Este Accordam foi confirmado por outro do Sup. Trib. de Just. de 1 de dezembro de 1908 *(Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 22.º, pag. 413).

(1) Foi esta durante muito tempo a opinião da *Rev. de Leg. e de Jur.* Assim, no vol. 12.º, pag. 246, diz:

«Tendo um binubo com filhos do anterior matrimonio deixado a terça de seus bens a sua mulher, esta *terça é um dezoito avos* dos bens que o binubo tinha ao tempo do casamento ou que veio a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes e uma terça parte de outros bens por elle adquiridos na constancia do matrimonio.»

No vol. 41.º, pag. 21, sustenta mais uma vez a opinião «de que a terça disponivel é *a terça de metade da terça communicada ou um sexto d'ella ou um dezoito avos de todos os bens*. Argumenta-se contra (accrescenta a *Rev.*), dizendo que o artigo falla em *communicar* e *doar* e não em *testar,* mas esquece-se que as doações em vida são equiparadas no contracto antenupcial ás deixas, como se vê dos artigos 1166.º e 1167.º e que, por outro lado, se as expressões—*por nenhum titulo doar-lhe*—não comprehendessem as disposições testamentarias, então o binubo podia facilmente illudir a disposição da lei.»

(2) Opinião seguida pelo *Direito* no vol. 10.º, pag. 474, assim expressa:

«Entre conjuges: tendo disposto da metade da terça pela communhão, só póde dispôr a final até á outra metade d'essa mesma terça.»

No vol. 20.º, pag. 20, parece confirmar o mesmo pensamento:

«A livre disposição da terça *não comprehende os referidos dois terços* e deve por isso essa terça deduzir-se apenas dos outros

c) Outros, que é além d'essa metade completa tambem a terça dos outros dois terços que a lei exceptuou da communhão;

d) Outros ainda, que é a terça da metade, mais a terça dos dois terços. (1)

A questão, referida por um juiz da Relação de Lisboa, (2) foi levada ao parlamento na proposta de reforma de alguns artigos do Codigo civil de 7 de fevereiro

---

bens com relação ao segundo conjuge, aliás passaria a este por titulo gratuito uma outra parte d'aquelles bens, o que o citado artigo 1235.º prohibe.»

A *Rev. de Leg. e de Jur.*, no vol. 43.º, pag. 100, adoptou emfim esta opinião:

«A terça em favor do conjuge do binubo é a *metade* da terça dos bens que tinha ao tempo do casamento e dos adquiridos por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes e a *terça* de quaesquer outros bens.»

(1) Esta opinião foi principalmente defendida por Accordãos dos tribunaes, comquanto os haja para todos os pareceres. Vão alguns referidos já. Convem comtudo notar que a maior parte das vezes as resoluções são tão confusas que é difficil extrahir d'ellas, não só a hypothese a que se referem, como a sentença applicavel.

(2) Foi o juiz Fonseca que apresentou a duvida na sessão do tribunal de 14 de novembro de 1898, na seguinte nota:

«Quaes os bens de que se compõe a terça disponivel do conjuge binubo com filhos de anterior matrimonio?

Ha differença entre terça communicavel e terça disponivel do conjuge binubo?

Interpretação do artigo 1235.º do codigo civil.

Tem-se julgado em differentes Accordãos dos tribunaes superiores: Que a terça disponivel do binubo se deve compor da terça parte da metade da terça dos bens que o binubo tinha ao tempo do seu casamento ou que veio a adquirir depois por doação ou herança dos seus ascendentes ou de outros parentes; e da terça parte da metade dos adquiridos na constancia do matrimo-

de 1903 pelo então ministro da justiça, sr. Campos Henriques. (1)

Na camara dos deputados apresentaram-se emendas sobre o mesmo artigo em substituição da proposta do Governo, (2) fazendo-se em ambas as camaras con-

nio. Conforme taes decisões, terça disponivel e terça communicavel são uma e a mesma cousa.

Tem-se julgado tambem que a terça disponivel do binubo é differente da terça communicavel; e que aquella deve ser extrahida de toda a herança e portanto das duas terças partes que o binubo deixou de communicar com o outro conjuge.

Carece aquelle artigo de uma interpretação authentica.»

(1) A modificação proposta pelo ministro consistia unicamente em se accrescentar ao artigo 1235.º estas palavras: «§ unico. A terça disponivel, neste caso, será a mesma que a terça communicavel.»

A proposta começou a discutir-se com a designação de Projecto de lei n.º 11.º, na camara dos deputados, em sessão de 23 de março.

(2) O deputado sr. Homem de Mello propoz a seguinte redacção, na sessão de 24 de março:

«O varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar *ou deixar a este conjuge* mais que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes.....

§ unico. Sendo o casamento por carta de metade, a terça disponivel dos binubos será toda a sua quota disponivel dos bens communicados.»

O deputado sr. Ovidio Alpoim (sessão de 24 de março) propunha esta substituição ao § unico que se discutia:

«A terça disponivel do conjuge binubo será neste caso, relativamente ao outro conjuge, a mesma que a terça communicavel.»

O juiz Medeiros (sessão de 26 de março) propunha:

«Artigo 1235.º — § unico. A terça disponivel do binubo *é sempre a terça de toda a sua herança,* salvos os casos dos artigos 1785.º, n.os 2.º e 3.º, e 1814.º (do projecto).»

siderações, por parte dos oradores que tomaram parte no debate, que muito esclarecem o assumpto. (1)

Em nosso parecer a questão é mais simples do que á primeira vista se afigura.

Se o binubo deixa a *terça da meação* em testamento, essa terça é a terça da metade da terça com que o binubo entrou para o casal, mais a terça da metade da terça dos bens que o binubo adquiriu na vigencia do segundo casamento, provenientes dos seus ascendentes ou de outros parentes, mais a terça da metade dos bens com que o outro conjuge entrou, mais a terça

---

(1) São sobretudo de importancia as affirmações do ministro, auctor da proposta, e dos relatores das commissões.

O sr. Campos Henriques explicava a razão da proposta na camara dos pares, na sessão de 8 de maio:

«S. ex.ª (alludindo ao juiz Medeiros) referiu-se ainda aos artigos 1235.º e 1236.º Sobre o primeiro, que é um dos mais difficeis, levantaram-se algumas duvidas, e essas duvidas consistiam em saber como se classificava a terça com que o conjuge entrava para as segundas nupcias e *como se classificava a terça que o conjuge viuvo podia dispôr em favor do outro conjuge.* Estas duvidas eram apresentadas por um illustre juiz da Relação de Lisboa. Muitas redacções foram procuradas, mas optou-se pela que foi dada no projecto. Não discuto se esta redacção é boa ou má. O que digo é que é aquella que está reconhecida e é applicada no fôro. Ha, portanto, toda a probabilidade de que não possa haver nos tribunaes mais resoluções em contrario.»

E na sessão de 23 de maio:

«Este digno juiz entendia que a fórma de resolver a questão era dizer que neste caso a terça communicavel era a terça disponivel e isto que parece muito complicado, é no fundo d'uma simplicidade extrema. Um individuo viuvo com filhos, tem 30 contos que herdou de seus paes. Esse individuo casa. Qual é a sua terça disponivel? São 10 contos de reis. Qual é a sua terça communicavel? São 10 contos de reis. Logo a terça disponivel é egual á terça communicavel. Se deixa a terça á sua consorte, como metade d'essa quantia lhe pertence por direito de communhão, a terça hade ser

da metade dos adquiridos da constancia do matrimonio. Isto é quando expressamente lega a *terça da sua meação.* (1)

---

calculada sobre a outra metade; e ahi tem o digno par explicada com toda a clareza esta gravissima questão.»

O relator na camara dos pares, sr. Azevedo Castello Branco dizia na sessão de 25 de maio:

«Tocou o digno par (C. Mattoso) no artigo 1235.º declarando que não havia necessidade alguma de interpretação e tendo até como inconveniente o additamento que se fez no artigo do projecto. O additamento não é superfluo nem descabido, pois que ha duvida sobre se a terça disponivel do binubo é differente da terça communicavel, opinando alguns que aquella deve sahir de toda a herança e portanto das duas terças partes que o codigo diz serem incommunicaveis pela disposição do n.º 4.º do artigo 1109.º, mas se assim fôra, d'essa interpretação derivariam prejuizos para os filhos ou descendentes do binubo em favor dos quaes se estabeleceu a incommunicabilidade.»

A Associação dos advogados de Lisboa enviou por intermedio do par do reino F. Laranjo uma representação em que declarava, com relação ao ponto, que o additamento era desnecessario e vinha augmentar as duvidas existentes. Vejam-se O *Diario da Cam. dos Sen. Dep.* e Os *Annaes da Cam. dos Dig. Pares* do anno de 1903 nas sessões apontadas.

(1) Exemplifiquemos, figurando a hypothese mais simples:

O binubo tinha ao tempo do casamento 90 contos; o outro conjuge tinha bens no valor de 60 contos; foram adquiridos na constancia do matrimonio 30 contos.

Qual é o montante dos bens communs: E' este:

1.ª verba	— ($^1/_3$ de 90 contos)	30 contos
2.ª »	— Bens do outro conjuge . .	60 »
3.ª »	— » adquiridos	30 »
	Total dos bens communs . .	120 »
	Meação	60 »
	3.ª da meação	20 »

Ora, se a meação do total é metade de cada uma das verbas que o compõem, é claro que a meação da primeira verba é metade

Se o binubo deixa *toda a sua quota disponivel* ou *toda a sua terça disponivel*, essa terça, além do que fica referido, tem mais os dois sextos da terça communicavel, mas os dois terços que ficaram fora da communhão continuam intangiveis e sem d'elles se tirar terça alguma. E porquê? *Porque já se tirou:* é aquella mesma que o binubo levou para o casal e de que agora dispõe.

De outro modo dos mesmos bens tirar-se iam duas *terças*, com a circumstancia bastante original de ser *uma maior* do que a outra, e de serem ambas sommadas de um valor muito superior á *terça arithmetica* do valor de todos os bens. (1)

---

da terça e, portanto, a terça da meação é a terça de metade da terça ou a sexta parte d'ella.

Assim como se procede com relação á verba que representa a terça dos bens que o binubo levou para o casal, se procederia com a terça dos bens (se os houvesse) que o binubo adquiriu na constancia do matrimonio de seus ascendentes ou de outros parentes.

(1) Aos 20 contos da hypothese anterior, em que apenas entrou um sexto da terça, ou 5 contos, accrescem os outros dois sextos, ou 10 contos, vindo assim a ser a terça disponivel de 30 contos.

E não se toca nos outros dois terços dos bens que o binubo levou para o casal, isto é, nos 60 contos que ficaram fóra da communhão, aliás chegariamos a conclusões divertidas.

Assim, se tirassemos d'esses 60 contos uma nova terça, ou 20 contos, chegariamos a tirar duas terças, uma maior do que a outra, e se as addicionassemos, teriamos que a terça de 90 contos seria de 50, o que, salvo o devido respeito aos opinantes em contrario, nos parece... um pouco exaggerado.

A terça disponivel, em conclusão, é a terça communicavel. Foram na hypothese 30 contos: metade ficou em poder do conjuge sobrevivo em virtude do contracto do casamento, a outra metade é a quota que resta ao binubo para dispôr.

Semelhantemente se procede na vigencia do § unico do artigo 1.º do Decreto de 31 de outubro de 1910, considerada a metade da herança como parte disponivel. (1)

10. Poderá o binubo nas condições do artigo 1235.º dispôr de mais da terça em favor de pessoas extranhas?

Alguns adoptam a affirmativa, partindo do principio

(1) Assim, supponhamos que o binubo com filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio tinha bens no valor de 400 contos; o outro conjuge bens no valor de 200 contos; e foram adquiridos, na constancia do segundo matrimonio, bens no valor de 60 contos. O montante dos bens communs seria:

1.ª verba	— Metade dos bens presentes .	200 contos
2.ª »	— Bens do outro conjuge . .	200 »
3.ª »	— » adquiridos	60 »
	Total.	460 »
	Meação	230 »
	Metade da meação . . .	115 »

No caso de o binubo ter disposto *de toda a sua quota disponivel* deveriam accrescentar-se 50 contos, isto é, o outro quarto da metade communicavel. Mas nunca se iria buscar a metade dos bens que ficaram fóra da communhão, aliás a quota disponivel ficaria sendo de 300 contos sobre um total de 400, isto é, de trez quartas partes em vez de metade.

Do mesmo modo se procede (se os houver) quanto aos adquiridos, provenientes dos ascendentes ou outros parentes do binubo.

Para se vêr claramente quanto seria injuridico interpretar a lei de qualquer dos outros modos até hoje apresentados, figuremos o caso de ser uma binuba, com um filho do primeiro e outro do segundo matrimonio, que instituia este filho herdeiro da sua quota disponivel. Segundo a nossa opinião, a binuba sómente poderia dispôr em testamento, em favor d'este filho, da quantia de

de que a disposição legal é feita em odio ao conjuge do binubo. (1)

---

100 contos, e assim ficaria distribuida a fortuna que ella tinha ao contrahir as segundas nupcias, da maneira seguinte:

Ao segundo marido, por virtude da communhão .	100 contos
Ao filho do segundo matrimonio, por disposição testamentaria da mãe binuba	100 »
Ao mesmo filho, pelo seu direito de herdeiro legitimario	100 »
Ao filho do primeiro matrimonio, pelo mesmo titulo	100 »
Total	400 »

Supponhamos, porém, que á quota disponivel da binuba se juntava ainda metade dos bens incommunicaveis, ficaria assim a distribuição:

Ao marido	100 contos
Ao filho do segundo matrimonio, por disposição testamentaria	200 »
Ao mesmo, como herdeiro legitimario.	50 »
Ao filho do primeiro matrimonio	50 »
Total	400 »

Vejamos ainda a terceira hypothese, isto é, liquidemos a quota disponivel da binuba juntando os 100 contos aos 200 contos incommunicaveis e separando metade. D'este modo, a distribuição seria:

Ao marido	100 contos
Ao filho do segundo matrimonio, por disposição testamentaria	150 »
Ao mesmo, como herdeiro legitimario.	75 »
Ao filho do primeiro matrimonio	75 »
Total	400 »

No primeiro dos dois ultimos casos o filho do primeiro matrimonio ficaria lesado em 50 contos; no segundo, em 35 contos.

Uma lei, que auctorisasse uma iniquidade de tal ordem, não teria justificação possivel.

(1) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 5.º, pag. 165, tracta assim a questão:

Entendemos que não, e que taes disposições, quando se fizerem, estão sujeitas a ser revogadas ou reduzidas, na fórma geral applicavel a todas as doações feitas por pessoas que tenham herdeiros legitimarios. (1)

Se admittissemos a validade d'essas doações *na*

«Poderá dispôr em doação ou testamento da terça de todos os bens que aliás não communicou a favor de terceiros?

«E parece-nos excepcional ainda a disposição do artigo 1235.º, quanto á restricção que impõe ás doações do binubo, porque tal restricção é unicamente estabelecida com relação ao outro conjuge e não com relação a quaesquer outras pessoas, a respeito das quaes ficam vigorando os principios geraes que regulam as disposições *inter vivos e causa mortis*. Em todo o caso, a disposição do artigo 1235.º parece toda em odio do novo conjuge do binubo exclusivamente e não descobrimos razão alguma assás plausivel e forte que nos leve a amplial-a a respeito de outras pessoas, fazendo violencia á letra expressa do mesmo artigo e ao evidente resultado da sua combinação com os seguintes.» «Applicando, pois, estes principios á hypothese, na qual o binubo dispõe da sua terça, não em favor do novo conjuge, mas sim em favor d'uma filha do primeiro matrimonio, entendemos que para o calculo da terça devem ser contemplados todos os bens que o binubo tinha quando contrahiu o segundo matrimonio e os que depois adquiriu por doação ou herança dos seus parentes, embora as duas terças partes de taes bens não entrem na communhão, nem devessem ser attendidas em quaesquer doações que o binubo fizesse ao novo conjuge.»

(1) No vol. 13.º, pag. 195, exprime-se a *Rev.* d'este modo, sobre o mesmo assumpto:

«A lei não declara o conjuge binubo incapaz de dispôr dos seus bens por titulo gratuito em favor de qualquer extranho, mas reduz apenas a quota dos bens de que elle póde dispôr em beneficio do seu novo conjuge, determinando que o limite maximo d'essa quota é a sua terça. Portanto, afóra esta restricção, o binubo entra no direito commum, isto é, póde fazer as doações que bem lhe parecer em beneficio de quaesquer outras pessoas que não sejam o novo conjuge, usando da faculdade que assiste ao proprie

sua integridade, ficariam defraudados os direitos dos herdeiros legitimarios que a lei quiz proteger contra os abusos do pae ou mãe que passassem a segundas nupcias. (1)

11. O viuvo pela terceira vez communica com a quarta mulher todos os bens que adquiriu na constancia do terceiro casamento, embora não tenha filhos d'esse casamento, mas sim filhos dos matrimonios anteriores?

Esta questão que veio á discussão da imprensa juridica (2) poderá formular-se de um modo geral perguntando: se ha communhão completa, ou sómente da terça, quando o binubo adquiriu os seus bens

---

tario de doar os seus bens *desde que não ultrapasse a quota disponivel.*»

Com esta restricção, não ha inconveniente em dizer que o binubo póde doar o que quizer a terceiras pessoas. Ninguem póde impedir que elle faça doações, até de toda a sua fortuna, uma vez que essas doações se possam annullar ou reduzir aos limites permittidos na lei geral. Quando nós dizemos que elle não póde doar livremente, queremos dizer que as doações que fizer não serão absolutamente mantidas. No caso occorrente, as doações serão de nenhum effeito, porque a terça dos bens já foi absorvida pelo conjuge binubo.

(1) Podem vêr-se, sobre o assumpto, o Acc. do Sup. Trib. de Just., de 10 de julho de 1891 (transcripto no *Dir.*, vol. 29.º, pag. 228), affirmando o principio de que o binubo não póde communicar nem doar mais do que a terça. *Dir.*, vol. 11.º, pag. 266. *Dir.*, vol. 7.º, pag. 35 *et alibi. Gaz. da Assoc. dos Advog. de Lisb.*, 5.º anno. Ahi sustenta o distincto jurisconsulto, sr. visconde de Carnaxide, que a binuba póde dispôr da terça dos dois terços, excepto com relação ao outro conjuge.

(2) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 20.º, pag. 294.

na constancia do matrimonio anterior do qual não teve filhos, embora os tenha de matrimonio anterior a esse?

Entendemos que a communhão é sómente da terça, porque o artigo 1235.º refere-se ao varão ou mulher que contrahir segundas nupcias *tendo filhos* ou outros descendentes successiveis de *matrimonio anterior*. Quer os filhos sejam do matrimonio immediatamente anterior, quer de matrimonio ainda anterior a esse, estão comprehendidos na disposição da lei. (1)

12. Póde o binubo entregar ostensivamente o producto da venda dos bens ao outro conjuge para que este o converta em bens adquiridos? (2)

Não póde, porque isso seria a sofismação da lei posta á evidencia. Cremos mesmo que não tem necessidade d'isso, poisque, não se admittindo a obrigação

(1) Seguimos a opinião da *Rev.* no logar citado.

Contra esta opinião dizia-se que, não tendo havido filhos do terceiro matrimonio, não tinha logar a disposição do artigo 1235.º, e que, não tendo ficado bens do primeiro e do segundo matrimonio, de que procedem os filhos existentes, e tendo o predio sido adquirido na constancia do terceiro matrimonio, não está a hypothese comprehendida na disposição do artigo 1235.º, cujo espirito é conservar aos filhos do anterior matrimonio os bens do casal de que elles procederam.

(2) Esta questão foi tractada no *Dir.*, vol. 9.º, pag. 35, e na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 13.º, pag. 195. O *Dir.* dizia:

«O binubo póde vender os bens que lhe pertenceram em partilhas conforme a lei. O que não póde é communicar com o outro conjuge mais do que a terça parte dos bens. Não é, portanto inhibição absoluta, mas só relativa, e por isso não póde estender-se, por virtude do artigo 11.º, alem dos casos previstos. Mas não póde considerar-se *adquiridos* o producto d'esses bens transformado n'outros existentes no casal. Póde rescindir-se a venda, a requerimento dos filhos, (663.º e seg. e 692.º), provando-se que a

de conservar os bens, póde entregar-lhe ás ocultas o producto da venda, escapando a toda a especie de prova.

13. O artigo 1235.º refere-se tambem ás *doações* feitas ao marido na constancia do matrimonio? (1)

E' expresso o artigo quando diz: *nem por qualquer titulo doar-lhe.* Este modo de dizer na sua expressão absoluta abrange, tanto as doações antenupciaes, como as doações entre casados.

14. Póde o binubo, com filhos de anterior matrimonio, dispôr em favor do outro conjuge dos bens que adquiriu na constancia do segundo casamento, tendo-lhe estes provindo de um extranho? (2)

---

alienação foi feita com aquelle fim e com conhecimento do comprador.

E quando o comprador está em boa fé e, por isso, se não prova a simulação? Os filhos devem ter acção para reconstituir o valor dos bens á custa dos adquiridos (artigos 12.º e 2361.º).»

A *Rev.* dizia:

«A prohibição comprehende tanto as doações directas como as indirectas (artigo 1481.º).»

(1) Esta questão foi suscitada pela *Rev.*, vol. 12.º, pag. 246, que diz:

«Comquanto o artigo 1235.º do Codigo pareça que se refere só á doação feita pelo binubo ao seu esposo antes do casamento, ou á doação feita na constancia do matrimonio no caso de este ser contrahido sem communhão de bens, todavia entendemos que o artigo citado apenas determina o limite maximo da doação feita pelo binubo ao seu conjuge.»

(2) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 18.º, pag. 168, segue a affirmativa, mas entendendo que a doação póde ser reduzida por inofficiosa.

Póde certamente, mas dentro dos limites da sua quota disponivel nesses bens. O artigo refere-se expressamente aos bens que o binubo tiver ao tempo do casamento ou que depois houver herdado dos seus ascendentes ou de outros parentes, e ainda assim em relação a esses dá-lhe o direito de doar ao outro conjuge a sua *quota disponivel.* Não podia negar-se-lhe egual direito em relação aos bens, que adquiriu na constancia do segundo matrimonio sem virem d'aquella proveniencia.

15. O binubo póde communicar a terça dos seus bens presentes, tendo, alem de filhos legitimos, filhos perfilhados durante o matrimonio anterior?

Pensamos que a communicação, ou a doação, só valem na parte disponivel da terça, se a houver, depois de abatidas as legitimas d'esses filhos.

a) Nos termos do § 2.º do artigo 1785.º do Codigo, a legitima d'esses filhos tem de sahir da terça disponivel da herança. Quando o pae perfilhante contrahe segundo casamento, já a terça dos bens que possue tem aquelle encargo, e uma de duas: ou aquelles bens se conservam na sua totalidade na posse do binubo e a terça disponivel é a mesma, ou (na hypothese dos que permittem a alienação) os bens diminuiram de valor, e a terça, sendo por isso tambem de valor inferior, não póde dar ao outro conjuge mais direitos do que tinha no caso precedente.

b) O artigo 1235.º diz que o binubo não póde communicar nem doar *mais do que a terça.* Estabelece um limite maximo d'uma quantidade que póde ir desde zero até á terça.

16. E se o binubo tiver feito doações antes do segundo casamento que absorvam a terça disponivel?

Entendemos que, em tal caso, nada póde doar nem communicar com o outro conjuge, pela razão simples de que a quota disponivel, ou communicavel não póde ser excedida, sob pena de fraude aos herdeiros legitimarios. (1)

16. Quaes são os filhos que concorrem á herança do binubo?

São, tanto os filhos do primeiro matrimonio como do segundo matrimonio. (2) A hypothese está compre-

(1) O Acc. da Rel. de Lisb., de 7 de outubro de 1874 *(Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 12.º, pag. 123), julgou que, para o effeito de se calcular a terça deixada pelo binubo com filhos de anterior matrimonio ao outro conjuge, não devem conferir-se as doações feitas pelo binubo a outras pessoas antes de casar segunda vez (Cod., artigos 2098.º e 1235.º).

Parece-nos que esta sentença não tem fundamento solido. O artigo 2098.º refere-se á hypothese da collação, e portanto ao caso em que as doações são feitas aos herdeiros legitimarios. Para este caso a citação do artigo é contraproducente, porque o artigo 2111.º manda conferir o valor dos bens doados, qualquer que seja a data da doação. Com relação a doações feitas a extranhos, lá está o principio geral do artigo 1492.º, que manda que ellas, seja quem fôr o donatario, sejam revogadas ou reduzidas por inofficiosas, se *envolverem prejuizo das legitimas* dos herdeiros legitimarios do doador.

Não ignoramos que o artigo 1235.º falla em — *bens que tiver ao tempo do casamento* — mas já dissemos que, repudiada a hypothese da *reserva*, a terça é o *limite maximo*.

Admittir que não entravam na reducção as doações anteriores, levar-nos-ia á conclusão final de que a lei, regulando o segundo casamento, só tinha por fim favorecer pessoas extranhas, em prejuizo dos filhos do primeiro matrimonio, que nenhuma culpa têm nos actos dos paes.

(2) Estão neste ponto d'accordo os nossos dois principaes jornaes juridicos. O *Dir.*, vol. 5.º, pag. 148:

«A viuva, embora só communique um terço, á totalidade da

hendida no artigo 1985.º que regula a successão dos descendentes legitimos em relação aos ascendentes, e não no artigo 2001.º que regula a successão dos irmãos entre si e de descendentes de irmãos. Succedem, pois, por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes eguaes quantos forem os herdeiros (artigo 1986.º).

17. Cessa a disposição do artigo 1235.º fallecendo na constancia do segundo matrimonio o filho ou filhos do primeiro matrimonio?

Entendemos que, fallecendo os filhos do matrimonio anterior, póde o binubo communicar com o outro conjuge, ou doar-lhe por qualquer titulo todos os seus bens. (1)

Diz-se em contrario d'esta opinião: (2)

---

sua herança concorrem, tanto os filhos do primeiro, como os do segundo matrimonio.»

A *Rev.*, vol. 15.º, pag. 420:

«Como deve entender-se o artigo 1235.º combinado com o artigo 1986.º? Qual é a parte que pertence na herança do conjuge binubo aos seus filhos, tanto aos do primeiro, como aos do segundo matrimonio? Succedem por cabeça nos bens do pae fallecido, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros.»

(1) Egual opinião segue a *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 25.º, pag. 22, com fundamento nos artigos 1167.º e 1237.º, não obstante o artigo 1105.º

Devemos notar que o Acc. da Rel. de Lisb., de 22 de junho de 1889 (*Gaz. da Rel.*, vol. 4.º, pag. 185), julgou que subsistia a disposição do artigo 1235.º, não obstante ter fallecido o unico filho do matrimonio anterior (vej. a mesma *Gaz.*, vol. 23.º, pag. 425). O mesmo tribunal julgou depois (Acc. de 6 de março de 1895, *Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 10.º, pag. 385), que, fallecendo os filhos do primeiro matrimonio, ha communhão de bens.

(2) Dias Ferreira. *Cod. Civ. ann.*, 1.ª ed., vol. 3.º, pag. 93. 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 349.

a) Que se o legislador quizesse estabelecer a communicabilidade das duas terças partes dos bens logo que fallecessem os descendentes do leito anterior, em vez de dizer nos artigos 1109.º n.º 4 e 1235.º «*tendo* filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio» diria como no artigo 1237.º «*emquanto* tiver filhos ou descendentes que os possam haver»;

b) Que não é de presumir que o illustrado auctor do Codigo e a commissão revisora pretendessem, com uma redacção grammatical differente, significar o mesmo pensamento, nem que lhe passasse despercebido este objecto, estando tão proximos os artigos em que se contêm estas differentes disposições;

c) Que as difficuldades se resolvem, se se attender a que as restricções dos artigos 1235.º e 1237.º não foram estabelecidas unicamente em *favor* dos filhos do matrimonio anterior, mas tambem em odio ao conjuge que se associou ao binubo com filhos.

Esta argumentação é improcedente.

a) A variedade dos termos não representa differença de pensamento. Referindo-se o artigo 1235.º ao caso da existencia de filhos do matrimonio anterior, é claro que se taes filhos não existem, desapparece a razão da lei e com ella a sua disposição.

b) Não nos parece que a illustração dos legisladores exija que applicassem sempre os mesmos termos para exprimirem a mesma ideia. Cremos até que em pessoas illustradas é mais vulgar a differença de expressão, por melhor conhecerem a linguagem que empregam, do que a repetição do pensamento sempre pelas mesmas palavras. De resto, a repetição do pensamento com palavras diversas é vulgar no Codigo. Os n.os 3.º e 4.º do proprio artigo 1109.º citado, não são mais, sem embargo da diversidade dos termos, do que a repetição do pensamento dos artigos 1235.º e 1236.º

c) Ainda quando as restricções dos artigos 1235.º e 1237.º fossem em parte dictadas pelo odio ao conjuge não binubo, basta uma simples leitura dos dois artigos para se concluir que a situação da viuva não quinquagenaria é diversa da situação da viuva quinquagenaria. Aquella não póde *communicar nem doar*, esta não póde *alheiar* as duas terças dos bens que leva para o casal. Ora, se a quinquagenaria póde alheiar ou communicar tudo, quando fallecerem os filhos ou outros descendentes successiveis, ficaria em situação mais benevola do que a outra, não se lhe fazendo a mesma concessão. Ainda quando se admittisse que, em tal caso, as duas terças partes ficavam sob o dominio do artigo 1235.º, seria então egual a situação de ambas, o que se tornaria contradictorio com o principio consignado nos dois artigos, que considera mais desfavorecida a viuva quinquagenaria. (1)

18. Qual é a responsabilidade que pertence ao conjuge binubo com filhos de anterior matrimonio pelas dividas contrahidas antes e depois do segundo casamento?

Ha quem defenda que o conjuge com filhos de anterior matrimonio é obrigado a pagar a sexta parte das dividas contrahidas pelo binubo antes do casamento, se os credores provarem que taes dividas foram contrahidas em proveito commum dos conjuges.

Parece-nos que, em face do n.º 2.º do artigo 1110.º, essas dividas são communicaveis e, portanto, o binubo, tendo casado com communhão de bens, responde conjunctamente com o outro conjuge pelos seus bens communs (artigo 1114.º, § 2.º).

(1) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 21.º, pag. 246.

O mesmo acontece com as dividas contrahidas na constancia do segundo matrimonio, e ainda pelas hypothecarias constituidas nos bens de um dos conjuges. (1)

19. Poderá ser revogada ou reduzida a pensão estabelecida pelo binubo em favor do outro conjuge em escriptura antenupcial com separação de bens e sem communhão de adquiridos?

Adoptamos a affirmativa, poisque, segundo o artigo 1235.º, qualquer que seja o regimen do casamento,

(1) E' esta a opinião da *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 41.º, pag. 580, com a qual estamos de accordo. A *Rev.* diz que o binubo sobrevivo responde, em tal caso, por metade das dividas e o conjuge fallecido pela outra metade. E' a consequencia de estarem obrigados ao pagamento os bens communs do casal. O que não encontramos é razão para se proceder de modo diverso na hypothese anterior.

O Acc. da Rel. de Lisb., de 21 d'abril de 1894 *(Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 7.º, pag. 669), decidiu que a mulher casada em segundas nupcias do marido só responde pelas dividas do casal na proporção da parte que tem na terça do marido binubo. O tribunal condoeu-se da situação da viuva, que, tendo uma pequena parte nos bens do marido, era obrigada a pagar metade da divida. Não se lembrou, porém, de que a responsabilidade pelas dividas communs do casal não é proporcional aos bens que cada um dos conjuges possue, mas assenta no principio de que a divida contrahida n'aquellas circumstancias aproveita por egual aos dois conjuges, e porque ambos têm com ella egual utilidade, a ambos pertence egual responsabilidade pelo seu pagamento. Facilmente se comprehende isto, attendendo-se a que os bens incommunicaveis do binubo, são bens proprios d'elle e, portanto, deve proceder-se, na liquidação das dividas na binubia, como se procede no primeiro matrimonio em que algum dos conjuges tenha bens proprios. E' o caso do artigo 1239.º do Codigo, que manda applicar ao segundo casamento tudo o mais que fica disposto relativamente ao primeiro. O que se offereceu ao juizo do tribunal, apparece sempre,

o binubo não póde doar ao outro conjuge mais do que a terça parte dos seus bens, tendo, já se vê, filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio.

Se a doação excedeu a quota disponivel no todo ou em parte, tem de ser, conforme o preceito geral, revogada ou reduzida para não offender as legitimas dos herdeiros. ([1])

20. Poderão os filhos promover inventario dos bens que o pae binubo leva para o casal?

Entendemos que isso depende da interpretação que se der ao artigo 1235.º no tocante á situação dos bens que constituem os dois terços não communicaveis.

Admittida a obrigação da *reserva*, é consequente o inventario com a descripção dos bens que o binubo tem de conservar em vida.

Se, porém, quizerem considerar a quota doavel, communicavel ou disponivel sujeita ás regras geraes

---

quando um dos conjuges tem bens proprios. Não será difficil deparar-se o caso de um dos conjuges ter bens incommunicaveis, por doações ou legados, no valor, por exemplo, de 90 contos e bens communicaveis no valor de 10 contos. Seria a Relação capaz de julgar que, neste caso, o conjuge que apenas tem na communhão a vigessima parte da totalidade dos bens do casal, só responde pela vigessima parte da divida commum? E onde ficariam os artigos 1110.º § 1.º, 1113.º e 1114.º § 2.º do Codigo, que obrigam os bens communs do casal, mandando recorrer aos bens proprios de qualquer dos conjuges unicamente quando os bens communs não forem sufficientes para o pagamento das dividas?

O principio da partilha da divida commum entre os conjuges sobre a base da propriedade de cada um é manifestamente repudiado pelo Codigo.

([1]) E' a opinião da *Rev. de Leg. e de Jur.*, com a qual concordamos plenamente.

das doações e legados quanto á revogação e reducção, não é preciso fazer inventario. (1)

21. Outros pontos convem ainda frisar no tocante aos direitos e obrigações dos binubos. Assim:

a) A mãe binuba que, nos termos dos artigos 162.º e 163.º do Codigo civil, foi privada da administração dos bens de sua filha menor no inventario orphanologico a que se procedeu por obito do pae d'esta, é incapaz de representar essa filha em outro inventario, no do avô paterno, por exemplo, em que ella seja interessada, pois a inhibição é absoluta e não só relativa ao inventario em que se deu; (2)

b) A condição, estabelecida em contracto antenupcial de que a mulher, quando passar a segundas nupcias, perca o usufructo dos bens do marido, não é contraria ao direito, nem aos bons costumes, e deve ser observada em toda a sua plenitude; (3)

c) O pae binubo é obrigado a fazer os necessarios registos; (4)

---

(1) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 13.º, pag. 195, entende que, durante a vida da mãe binuba, os filhos não podem usar de nenhum meio preventivo e conservatorio dos seus direitos á herança da mãe, e que, só depois de aberto o seu direito á successão, podem elles demonstrar que, na constancia do segundo matrimonio, foi violada, a favor do segundo marido, a disposição do artigo 1235.º do Codigo civil.

(2) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 30.º, pag. 149, com fundamento nos artigos 28.º, 752.º e 513.º § 2.º do Cod. do Proc. Civ.

(3) Acc. da Rel. de Lisb., de 15 de fevereiro de 1870, transcripto no *Dir.*, vol. 2.º, pag. 351.

(4) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 21.º, pag. 436, com fundamento nos artigos 137.º e 243.º

d) Sendo a mãe binuba privada da administração dos bens dos filhos póde o conselho de familia nomear tutor o segundo marido e dispensal-o de prestar caução; (1)

e) A binuba não tem o usufructo dos bens dos filhos menores (2) e é obrigada a prestar contas da administração dos bens dos mesmos filhos; (3)

f) A mulher binuba, que fôr mantida na administração dos bens dos filhos, deve cobrar as dividas activas a elles pertencentes, passar recibos e intentar, sem auctorisação do marido, todas as acções competentes para exigir o seu pagamento. Se o segundo marido receber taes dividas e não as applicar em proveito commum dos conjuges, fica responsavel por ellas; (4)

g) O pae binubo póde ser dispensado da caução pelos bens dos filhos; (5)

h) O conjuge da mulher binuba, que pelo conselho de familia foi mantido na administração dos bens dos filhos menores, é obrigado a prestar contas da administração d'estes bens no processo de inventario por obito do primeiro marido, observando-se o processo dos artigos 761.º e seguintes do Cod. do Proc. civil; (6)

---

(1) *Rev.*, vol. 24.º, pag. 338, com fundamento nos artigos 163.º § un., 234.º, 224.º n.º 9.º e 908.º

(2) *Dir.*, vol. 4.º, pag. 166; vol. 5.º, pag. 247.

(3) *Dir.*, vol. 5.º, pag. 247, com fundamento nos artigos 162.º, 1339.º e 1732.º

(4) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 24.º, pag. 136, com fundamento nos artigos 162.º, 1192.º n.º 4.º e 1114.º § 2.º

(5) *Dir.*, vol. 20.º, pag. 66, por analogia do artigo 162.º

(6) *Rev.*, vol. 39.º, pag. 132, com fundamento nos artigos 162.º e 163.º do Cod. civil.

i) É pessoa illegitima para representar em juizo os filhos menores do primeiro matrimonio a mãe, que, tendo passado a segundas nupcias, não mostra, ao propôr a acção, achar-se mantida, por deliberação do conselho de familia, na administração dos mesmos menores. (1) Não assim quando tenha havido deliberação do conselho de familia; (2)

l) Sendo a causa instaurada contra a viuva, pre-

(1) Acc. da Rel. de Lisb., de 2 de junho de 1898 *(Gaz. da Rel.*, vol. 12.º, pag. 158).

(2) Acc. da Rel. de Lisb., de 16 de dezembro de 1898 *(Gaz. da Rel.*, vol. 12.º, pag. 466).

Esta não foi, porém, a doutrina seguida pelo Sup. Trib. de Just. no Acc. recente de 21 de julho de 1911 *(Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 25.º, pag. 491), pois que o mesmo tribunal decidiu que a binuba deve representar os filhos, embora não tenha sido confirmada na administração dos bens. No direito antigo, a binuba chegava a ser privada dos filhos menores, que podiam ser entregues ao tutor nomeado (Acc. do Sup. Trib. de Just., de 18 d'abril de 1856, com fundamento nos artigos 400.º e 425.º da Nov. Ref. Jud.). No direito moderno o tribunal adoptou a doutrina diametralmente opposta, poisque faz representar os filhos em juizo pela binuba privada da administração dos bens. Deve, comtudo, observar-se que, em vista do artigo 162.º, que conserva á binuba o poder materno no que diz respeito ás pessoas dos filhos, ainda quando fôr privada da administração dos bens, e do § un. do artigo 163.º, que só dá á pessoa nomeada pelo conselho de familia os direitos e obrigações que têm os tutores relativamente aos bens dos menores, a decisão do Sup. Trib. tem alguns fundamentos. Parece-nos, ainda assim, que a representação em juizo, onde se pleiteam interesses dos menores, é mais um acto de administração do que de poder paternal. Confessar, desistir e transigir que são funcções de representação judicial, constituem verdadeiros actos de administração que pertencem ao tutor e ao conselho de familia.

cisa ella, se passar a segundas nupcias, da auctorisação do segundo marido; (1)

m) O viuvo com filhos de anterior matrimonio que passa a terceiras nupcias communica com a mulher tambem binuba a terça dos bens que lhe pertencem. (2)

Em todos estes pontos estamos de accordo com as fontes indicadas.

---

(1) Acc. da Rel. de Lisb., de 7 de novembro de 1902 *(Gaz. da Rel.*, vol. 17.º, pag. 87. A mesma doutrina é applicavel, quando a causa foi intentada pela viuva, nos termos e com as excepções do artigo 1192.º.

(2) Acc. da Rel. de Lisb., de 6 d'abril de 1895 *(Gaz. da Rel.*, vol. 9.º, pag. 337).

Interpretamos este Acc. no sentido de ter sido celebrado o casamento com contracto expresso de communhão de bens, e suppomos que se refere ao caso de serem binubos ambos os conjuges, porque, sendo-o sómente o marido, não era necessario fazer menção especial da decisão, poisque é principio incontestavel serem as terceiras nupcias consideradas como segundas.

CAPITULO II

Summario.—Artigo 1236.º: A disposição d'este artigo é applicavel aos bens herdados na viuvez do primeiro matrimonio?—Historia da questão—Opiniões da imprensa juridica—Arestos dos tribunaes—Discussão da questão no parlamento—Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça até ao Accordam de 1 de abril de 1909, que proscreveu a jurisprudencia anteriormente seguida—Analyse d'este Accordam—E se o binubo herdou os bens na viuvez do segundo matrimonio, embora não tenha passado a outras nupcias?—A palavra *bens* comprehende tambem dinheiro?—Abrange o artigo os bens provenientes do irmão?—Terão os sobrinhos direito de representação com os tios, concorrendo com elles á successão do tio fallecido?—É applicavel o artigo sómente á successão legitima, ou tambem quando o filho faz testamento?—Até onde chega a facção testamentaria do filho?—Outras questões em relação ao artigo 1236.º

22. A disposição do artigo 1236.º deve applicar-se sómente aos bens que o binubo adquiriu na vigencia do segundo matrimonio ou tambem aos que houve durante o periodo da viuvez?

É esta uma das questões que mais têm sido debatidas no fôro e nos tribunaes portuguezes.

Façamos a sua historia.

Logo depois da publicação do Codigo civil, o *Di-*

reito sustentou ([1]) que a disposição era applicavel tambem aos bens herdados pelo binubo durante a viuvez, defendendo a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* ([2]) a opinião contraria, isto é, entendendo que a disposição sómente se applicava aos bens herdados pelo conjuge binubo depois de contrahido o segundo casamento.

Pareceu-nos preferivel a opinião do *Direito* e o mesmo parecer defendemos na 1.ª edição (n.º 54.º).

Nesse mesmo anno o commentador do Codigo civil interpretou do mesmo modo o artigo a que nos referimos. ([3])

O *Direito* manteve, por algum tempo, a opinião anterior, ([4]) mas no vol. 6.º, em artigo do eminente advogado Delphim Maia, sustentou que o artigo 1236.º não comprehende os bens herdados durante a viuvez do primeiro matrimonio, mas sim os herdados na viuvez dos matrimonios seguintes. ([5])

([1]) Vol. 2.º n.º 4.º citado no n.º 54.º da 1.ª ed.

([2]) Vol. 3.º n.º 27.º citado tambem no n.º 54.º da 1.ª ed.

([3]) Dias Ferreira. *Cod. civ. ann.*, 1.ª ed., tomo 3.º, pag. 84.

([4]) Vol. 3.º, pag. 321. Exprime-se assim:

«O verbo contrahir de que o Codigo usa está no infinito e não no preterito e por isso não se póde affirmar que a disposição do Codigo é unicamente applicavel ao conjuge que herdar os bens do filho depois de ter passado a segundas nupcias...

«Se o Codigo quizesse alterar essencialmente a disposição da Ordenação, reduzindo-a á herança aberta depois de contrahidas as segundas nupcias, decerto teria feito essa alteração por um modo claro e preciso, como fez n'outros artigos, em que modificou a antiga jurisprudencia.»

([5]) Pag. 81.

Em seguida mudou de opinião em artigo da redacção e declarou que não se applica a disposição quando o filho morre antes de contrahido o segundo casamento do pae, já porque a palavra *ficarem* se refere ao futuro, já porque a linguagem do Codigo é differente da da Ordenação, já porque, segundo o artigo 8.º do Codigo, a lei não tem effeito retroactivo. (1)

Voltou depois á opinião antiga, porque a doutrina da Ordenação é precisamente a mesma que a do Codigo civil e nada importa que o segundo casamento se realisasse antes, ou depois, da morte do filho, visto que o pensamento da disposição é applicavel em ambos os casos. Mas não é só isso, acrescenta; a palavra *ficarem* refere-se ao facto da successão e não á epocha do segundo casamento. (2)

Em seguida veio um collaborador sustentar que

(1) Vol. 15.º, pag. 54.

Para evitar falsas interpretações, devemos dizer que, citando estas opiniões encontradas do *Direito*, pretendemos apenas fazer a historia da questão e não ter em menos preço o illustrado jornal juridico. A mudança de opinião em materia juridica denota apenas a lealdade de quem escreve. Na imprensa explica-se pela mudança do pessoal das redacções e entre jurisconsultos a diversidade de pareceres é objecto corrente.

O que aconteceu ao *Direito* neste ponto aconteceu tambem á *Revista* na questão da liquidação da terça disponivel e comtudo ahi têm trabalhado os mais eminentes jurisconsultos do paiz, desde Chaves e Castro, Paes da Silva, Barjona de Freitas, e tantos outros, até aos seus actuaes redactores que são dos mais notaveis jurisperitos da Universidade. Ninguem póde ter a pretenção de ser infallivel. Todas as nossas opiniões estão sujeitas á correcção dos nossos collegas.

(2) Vol. 22.º, pag. 195.

não é applicavel durante a viuvez; e o *Direito* prometteu dar a sua opinião em outro numero. (1)

A *Revista*, essa continuou sempre a defender denodadamente o seu primitivo parecer. (2)

A diversidade de opiniões na imprensa juridica manifestou-se nos julgamentos dos tribunaes.

As Relações de Lisboa e Porto decidiam geralmente que o artigo 1236.º não era applicavel á hypothese da viuvez, mas os seus Accordãos eram revoga-

(1) Vol. 29.º, pag. 49. No vol. 44.º, pag. 83, refere a opinião do vol. 2.º, pag. 56, 166, 452; do vol. 3.º, pag. 163, 321; do vol. 7.º, pag. 530, parecendo ainda sustentar o primitivo parecer. No vol. 44.º, pag. 321, insere duvidas de um dos seus collaboradores.

(2) Vol. 3.º, pag. 328, e vol. 17.º, pag. 504. Eis as razões que offerece:

1.ª Porque o artigo diz respeito ao varão ou mulher que *contrahir segundas nupcias* e lhe *ficarem* de algum dos filhos bens que este houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe;

2.ª Porque a palavra — *viuvos* — do artigo 1109.º n.º 3.º, de onde se tem pretendido concluir o contrario, tanto significa os conjuges a quem falleceu o consorte e ainda não casaram de novo, como aquelles a quem elle falleceu e já passaram a segundas nupcias, porque estes conjuges são egualmente viuvos em relação ao primeiro casamento;

3.ª Porque isto se deduz dos trabalhos preparatorios do Codigo civil; assim, o projecto do sr. visconde de Seabra dizia no artigo 1286.º: «Se o dicto varão ou mulher que *assim casarem herdarem* de algum dos filhos...» A commissão revisora occupou-se por duas vezes do artigo, fazendo da primeira a modificação nestes termos: «Se ao dicto varão ou mulher *que assim casarem ficarem* de algum...» e da segunda eliminou as palavras «que *assim casarem*», substituindo-as pelas «que contrahir segundas nupcias»;

4.ª Porque, ampliando a todos os binubos o que a legislação antiga dispunha apenas para a viuva quinquagenaria, entendeu que ficavam sufficientemente garantidos os filhos do primeiro matrimonio, podendo por isso restringir a garantia do artigo 1236.º

dos pelo Supremo Tribunal de Justiça. (1) Chegou o dia 1 de abril de 1909, e o tribunal, tambem por unanimidade e em sessão plena, resolveu proscrever para todo o sempre a jurisprudencia até então seguida, e n'um Accordam, longo e cathedratico, redigido com o visivel intento de deixar exgotada a questão, decretou que o artigo 1236.º comprehende sómente os bens herdados pelo binubo na constancia do segundo matrimonio.

23. Se é curiosa a historia da questão na imprensa e nos tribunaes, não o é menos na sua apresentação e discussão parlamentar.

O juiz da Relação do Porto, Bernardo Soares, expunha a duvida na sessão d'aquelle tribunal de 12 de novembro de 1898. (2)

---

(1) Assim, o Sup. Trib. julgou que a disposição legal comprehendia, tanto os bens herdados durante a viuvez, como os herdados na constancia do segundo matrimonio, nos Acc. de 28 de novembro de 1890 (transcripto no *Dir.*, vol. 30.º, pag. 167), de 2 de novembro de 1899 e 11 de dezembro de 1900 (transcriptos na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 41.º, pag. 169), de 15 de maio de 1900 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 39.º, pag. 315), de 21 de fevereiro de 1902 (transcripto no *Dir.*, vol. 34.º, pag. 134), de 16 de janeiro de 1903 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 42.º, pag. 475), de 14 de junho de 1905 *por unanimidade em sessão plena* (transcripto no *Dir.*, vol. 38.º, pag. 211).

(2) Fallava assim o illustre magistrado:

«O viuvo ou viuva com filhos, que durante a viuvez herdou bens do filho predefuncto, mas depois contrahe segundas nupcias, perderá a propriedade d'esses bens e será unicamente usufructuario?

Variam as opiniões e até os julgados sobre a intelligencia do artigo 1236.º do Codigo civil. Parece-me, porém, que este artigo não abrange aquelles, já porque faz parte da secção que se

O juiz Henrique Pinto, expondo a duvida, indicava ao mesmo tempo o sentido da reforma. (1)

As considerações feitas por estes e outros magistrados induziram o ministro da justiça a propôr a reforma do artigo declarando expressamente que a dis-

---

inscreve das segundas nupcias e se refere aos binubos, e já porque o artigo 1109.º n.º 3.º do mesmo Codigo, excluindo da communhão os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos do filho predefuncto de outro matrimonio, expressamente reconhece que a propriedade d'esses bens é do pae ou mãe, ainda que passe depois a segundas nupcias, e tanto que os exclue da communhão.

Do que resulta que, ou ao artigo 1236.º deve dar-se esta intelligencia, ou no caso contrario dar-se-ha completa antinomia entre os dois artigos.»

N'uma outra nota, o mesmo juiz insiste na duvida que apresentou ácerca da interpretação do artigo 1236.º, sustentando que a sua disposição apenas abrange os bens adquiridos pelo binubo na constancia do segundo matrimonio, com os seguintes argumentos:

1.º Que, achando-se collocado o artigo na secção das *segundas nupcias,* claramente se refere ao homem ou mulher no estado de segundas nupcias e, portanto, aos bens que n'esse estado procedem do filho fallecido;

2.º Além d'isso, a expressão *ficarem de algum dos filhos* refere-se a uma acção futura e não á preterita;

3.º O artigo 1109.º excluindo da communhão os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte do filho de outro matrimonio, reconhece que do pae ou mãe viuvos são *propriedade sua,* aliás não os excluiria da communhão; *pois é claro,* não se póde communicar o que *não se tem ou não é nosso.* O artigo 1109.º seria uma disposição inutil.

(1) «Não podendo, dizia aquelle juiz, conciliar-se a disposição que confere aos paes, sem distincção de estado, a sucessão do filho legitimo com a limitação de dispôr dos bens da herança no estado de viuvo, sob a contingencia de perderem a propriedade pelas segundas nupcias e de se tornarem nullas as vendas que tivessem feito durante a viuvez, e sendo necessario obstar aos

posição sómente se applicava quando a successão se realisasse na constancia do segundo matrimonio. (1)

Foi larga a discussão da proposta nas duas camaras. Uns apresentaram emendas (2) outros defenderam (3) outros impugnaram a alteração proposta. (4)

---

abusos que pudesse commetter o viuvo que houvesse herdado bens de filho do matrimonio, de que existissem outros filhos, e quizesse passar a segundas nupcias vendendo antes os bens assim herdados, seria conveniente reformar as disposições relativas, conferindo aos paes viuvos, varões ou mulheres, apenas o usufructo dos bens assim herdados emquanto existirem irmãos germanos do filho fallecido e a estes a propriedade d'esses bens.»

(1) O artigo 1236.º ficaria assim:

«Se o dito varão ou mulher, *depois de contrahir as segundas nupcias,* herdar...»

(2) Assim o juiz Medeiros propunha uma nova redacção.

(3) Sr. Antonio d'Azevedo Castello Branco, relator do parecer, adoptando a argumentação do juiz Bernardo Soares.

(4) Castro Mattoso, que referindo-se á emenda, disse:

«Parece insignificante isto, não parece? Pois este é um dos pontos mais graves da materia que se discute.

Em abono da sua opinião de quanto é grave o assumpto a que se refere este artigo, alludiu elle orador a um processo de que foi relator e no qual, por interpretação errada que se deu ao artigo 1236.º, uma viuva a quem tinham ficado tres filhos do seu primeiro matrimonio, perdendo um, foi herdeira não do usufructo, mas da propriedade dos bens d'este filho na importancia de 60 contos de reis; e passando a segundas nupcias, sem previa escriptura de incommunicabilidade de bens, communicou d'elles 60 contos de reis com o segundo marido, além da terça que lhe deixou. É esta uma iniquidade contra a qual se insurge com todas as suas forças; entende que é uma questão de consciencia, e se levantarem duvidas em presença d'estas disposições do Codigo, não têm ellas fundamento algum.»

Por fim a proposta do ministro voltou á commissão da camara dos pares, onde ficou sepultada depois de tão largo debate. (1)

24. A questão continuou, e porque o Supremo Tribunal de Justiça mudou de opinião em 1 de abril de 1909, damos os considerandos das duas especies de Accordãos, annotando o ultimo com cuja doutrina não concordamos.

Os Accordãos de 16 de junho de 1896 e de 18 de maio de 1897, além dos já citados, (2) julgam que o artigo 1236.º é applicavel á successão *durante a viuvez* pelos seguintes considerandos:

1.º Porque o artigo 1236.º não faz distincção da successão se verificar no estado de viuvez ou depois de

(1) Tudo isto consta dos *Annaes da Camara dos Dignos Pares do Reino,* nas sessões de 19, 20, 22, 23, 25 e 26 de maio de 1903, e do *Diario da Camara dos Senhores Deputados,* nas sessões de 23, 24, 26, 27, 28 de março e 8 de maio do mesmo anno.

(2) Estes Accordãos vêm transcriptos na *Rev. de Leg. e de Jur.,* vol. 37.º, pag. 520. Ainda ha no mesmo sentido, além dos já citados, os Accordãos do mesmo tribunal de 21 de março de 1898 *(Rev.,* vol. 38.º, pag. 404), de 13 de novembro de 1903, de 19 de junho de 1906 (vej. *Gaz. da Rel. de Lisb.,* vol. 20.º, pag. 342). No mesmo sentido julgaram os Acc. do Sup. Trib. Adm., de 10 de maio de 1899 *(Diar. do Gov.* de 13 de outubro d'esse anno) e de 1 de março de 1905 *(Diar. do Gov.* de 5 de maio). Este ultimo Accordam é referido por equivoco, como tendo a opinião contraria, no vol. 19.º, pag. 581, da *Gaz. da Rel. de Lisb.* A hypothese julgada foi esta: uma viuva adquiriu, antes de ter passado a segundas nupcias, bens de um filho do primeiro matrimonio que tinha irmãos germanos. O escrivão de fazenda liquidou á viuva a respectiva contribuição de registo como ascendente. Tendo depois passado a segundas nupcias a mesma viuva, liquidou nova contribuição aos irmãos do fallecido pela acquisição da propriedade

o pae ou mãe ter passado a segundas nupcias e, quando a lei é geral e não distingue, não é permittido fazer distincções contra a sua disposição;

2.º Porque o legislador, achando mais justo que os bens herdados por um dos filhos de seu pae ou mãe não passassem para familia extranha, concedeu sómente o usufructo ao pae ou mãe que passasse a segundas nupcias, ainda que o fallecimento do filho se verificasse no estado da viuvez, ou depois de casado, passando logo a propriedade d'esses bens para os irmãos germanos do fallecido, pois que a razão da lei é a mesma n'um e n'outro caso, não podendo tirar-se outra conclusão, conferidas as disposições dos artigos 1236.º e 1109.º n.º 3.º;

3.º Porque os artigos 1969.º n.º 2.º e 1993.º do mesmo Codigo, tratando da successão legitima e da successão dos paes legitimos, exceptuaram o principio geral do artigo 1236.º, não fazendo distincção do estado em que passou a segundas nupcias, quando se deu o fallecimento do filho do seu anterior matrimonio.

O Accordam de 1 de abril fundamenta d'este modo a doutrina opposta:

1.º Que o artigo 1236.º está collocado na secção que se inscreve — *Das segundas nupcias* — e por estas palavras, como se vê de alguns artigos da mesma

dos bens. O tribunal annullou esta contribuição com o fundamento de que passava da mãe, e não dos irmãos, para os descendentes, então isentos. Não se poz em duvida a passagem da propriedade para os filhos, embora o segundo casamento da mãe fosse posterior á morte do irmão. O que se fez foi julgar essa transmissão isenta do imposto. Do primeiro dos referidos Accordãos do Sup. Trib. Adm. foi relator o auctor d'este livro; do segundo, o insigne jurisconsulto Hintze Ribeiro.

secção, quiz o Codigo designar não só o segundo matrimonio, mas quaesquer outros posteriores; (1)

2.º Que aquelle artigo nas palavras porque começa—*Se ao dito varão ou mulher*—contém uma clara referencia grammatical ao artigo anterior, e por isso tem de entender-se e completar-se por elle, e referindo-se o artigo ao que tiver contrahido segundas nupcias, vê-se que é aos paes binubos, e não aos viuvos, que o artigo 1236.º quiz referir-se na excepção que faz á regra da successão dos paes, estabelecida no artigo 1993.º; (2)

3.º Que mais corrobora esta interpretação e—póde mesmo dizer-se resolve a questão—o preceito do n.º 3.º do artigo 1109.º, o qual declara exceptuados da communhão e incommunicaveis com o outro conjuge, havendo irmãos germanos do filho fallecido, os bens *herdados* pelo pae ou mãe *viuvos;* e d'este texto o que logo decorre é que, se o pae ou mãe viuvos no dicto caso *herdam* os bens, hão-de herdar na conformidade da determinação do artigo 1737.º, isto é, hão-de succeder em todos os direitos e obrigações do defuncto, que não forem me-

(1) Este considerando traduz um principio que ninguem poz em duvida, mas que nada resolve quanto á questão, e que tem ainda o inconveniente de não ser applicavel á hypothese submettida ao julgamento do tribunal, pois que, conforme se vê do 9.º considerando, a inventariada não chegou a contrahir o terceiro casamento, porque se conservou viuva até morrer. É, pois, absolutamente deslocado.

(2) É claro que o artigo se refere ao varão ou mulher que *contrahir* segundas nupcias, mas *contrahir* tanto quer dizer que *tiver contrahido*, como *houver de contrahir* ou *vier a contrahir*. É esta e não outra a significação grammatical da palavra.

ramente pessoaes e, portanto, recebem os bens em propriedade plena, como aquelle os gosava e havia; (1)

(1) Para demonstrar que os paes no estado de viuvez herdam os bens dos filhos fallecidos, embora estes tenham irmãos germanos, em propriedade plena não é necessario tamanho *vigor* de raciocinio. Isso é uma cousa que ninguem contesta, porque é um axioma.

O que se diz é que, embora os paes herdem a propriedade plena, essa propriedade decompõe-se em propriedade simples e usufruto em consequencia de um facto praticado por elles posteriormente á acquisição. E não devia isto causar admiração ao tribunal, porque é vulgar no nosso direito. Tem o emphyteuta o direito de vender, de hypothecar, de alienar, por qualquer modo, o dominio util do predio aforado, e comtudo se posteriormente á acquisição *por acto seu* deteriorar o predio em determinado valor, perde inteiramente esse dominio. Tem o donatario a propriedade plena dos bens doados, quando a doação é feita sem reserva alguma, e comtudo se *depois* por *acto seu* praticar qualquer dos factos que constituem ingratidão, perde a propriedade, ficando nulla a doação. Mas não são unicamente os actos posteriores que, praticados pelo proprietario, lhe podem modificar as condições da propriedade adquirida. As proprias omissões por certo tempo lhe fazem perder os creditos anteriores e o abandono tambem temporario lhe extingue totalmente a propriedade.

Mas para que procurar exemplos fóra da secção que tracta das segundas nupcias, se cada um dos seus artigos é o melhor exemplo que pode citar-se contra a doutrina do tribunal?

Não adquire a mulher por morte do marido, ou este por morte da mulher, a propriedade plena dos bens que lhe ficam pertencendo? E, apezar d'isso, não perde a viuva que não cumprir a formalidade do artigo 1233.º a propriedade dos bens que houve do marido por convenção ou por lei?

Não tem qualquer dos conjuges a propriedade plena dos seus bens, e se no estado de viuvez qualquer d'elles contrahir segundo matrimonio, não lhe é modificada essa propriedade, limitando-se-lhe o direito de communicar e dispôr?

Não é a viuva quinquagenaria senhora absoluta dos seus

4.º Que tambem se vê do referido texto que, se os bens deixados pelo filho fallecido não fossem assim herdados pelo pae ou mãe *viuvos;* se estes fossem simples usufructuarios, escusado, inutil e sem razão de ser era o preceito do n.º 3.º do artigo 1109.º, porque não podiam o pae ou mãe viuvos communicar o que não era seu, o que lhes não pertencia, o que a lei lhes não dava, e portanto para que o artigo 1236.º não fique em contradicta e antinomico com o artigo 1109.º, tem de dar-se áquelle a interpretação que fica dada; (1)

---

bens e não perde pelo segundo casamento o direito de alienação que é um dos que constituem a propriedade plena?

Não perde a viuva pelo facto de contrahir segundas nupcias o usufructo dos bens dos filhos menores, as honras do marido, e o conjuge binubo, varão ou mulher, o direito ao apanagio?

Porque não hade, pois, a viuva no caso do artigo 1236.º perder a *raiz* dos bens que adquiriu em propriedade plena, pelo facto posterior do segundo casamento?

Em que repugna isso á razão juridica?

Parece que, na opinião do tribunal, a propriedade uma vez adquirida em toda a sua plenitude, nunca póde soffrer alterações por actos do proprietario e tem de ficar eternamente em sua posse nas condições da primitiva acquisição.

Extranha doutrina essa!

(1) Do n.º 3.º do artigo 1109.º não se conclue nada, a não ser que os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte do filho do outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, são incommunicaveis. E mais nada se conclue, porque mais nada diz o artigo. Ora, o artigo 1236.º diz que neste caso o usufructo pertence ao binubo e a propriedade aos irmãos germanos do fallecido.

O que dizem então os dois artigos juntos? Que os bens são incommunicaveis, pertencendo o usufructo ao binubo e a propriedade aos irmãos germanos.

Onde está a contradição entre os dois artigos?

Nós pensavamos que só havia contradição entre dois artigos

5.º Que, como observa um illustre professor e erudito jurisconsulto, não pode admittir-se que o n.º 3.º do artigo 1109.º contenha uma condição resolutiva, pela qual a propriedade dos bens fique pertencendo ao

quando um dizia o contrario do outro, ou sendo as respectivas disposições repugnantes entre si.

A contradição podia dar-se em duas hypotheses:

1.ª Conservando-se o artigo 1236.º como está e dizendo o n.º 3.º do artigo 1109.º o contrario do que diz, isto é, que eram *communicaveis* aquelles bens. Então a contradicção seria manifesta, porque dizendo o artigo 1236.º que a propriedade pertence aos irmãos e o usufructo ao binubo e, portanto, pondo-os fóra da communhão, vinha o n.º 3.º do artigo 1109.º a determinar precisamente o opposto.

2.ª Quando, permanecendo como está o n.º 3.º do artigo 1109.º, dissesse o artigo 1236.º o contrario do que diz, isto é, que a propriedade plena dos bens pertencia ao binubo, podendo communical-a com o outro conjuge.

Mas, em frente da redacção clarissima dos dois artigos, é indesculpavel qualquer interpretação fundada em phantasiosas contradições.

Affirma ainda o tribunal que, se o pensamento dos dois artigos é o mesmo, torna-se inutil o n.º 3.º do artigo 1109.º

O tribunal, porem, não advertiu que se o n.º 3.º é inutil, não o são menos os n.ºs 1.º, 2.º e 4.º.

Diz o n.º 1.º que ficam fóra da communhão os prasos de livre nomeação, emquanto não tomarem a natureza de fateosins hereditarios.

É o mesmo que se encontra no artigo 1700.º, quando manda reger esses prasos pela legislação anterior (Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 24.º) que os tornava incommunicaveis.

O n.º 2.º declara incommunicaveis os bens doados ou legados com essa condição. Era desnecessario dizel'o, porque está isso no titulo constitutivo da propriedade de taes bens.

Se fossem postos dentro da communhão, ficariam nullos os legados e doações feitos com aquella condição.

O n.º 4.º é a repetição do artigo 1235.º sem a menor duvida.

Serão desnecessarios esses n.ºs do artigo 1109.º? É possivel,

pae viuvo até o segundo casamento, porque o artigo occupa-se e tracta expressa e precisamente das segundas nupcias que vão contrahir-se; (1)

6.º Que o artigo 1236.º é, como se vê, uma disposição excepcional á regra geral da successão dos paes, estabelecida nos artigos 1969.º e 1993.º como até — preciso é lembral-o — está expressamente declarado no § unico d'este mesmo artigo, e por isso, como excepção que é, tem de entender-se sem ampliação e nos seus restrictos e precisos termos; (2)

---

mas desnecessarios são dezenas de artigos do Codigo, a começar pelo 1.º, que dispõe que só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. Estamos convencidos de que, se tal artigo não existisse, nem por isso o tribunal concederia capacidade juridica aos . . seres que não têm forma nem figura humana.

Os artigos nas circumstancias dos 1109.º n.º 3.º e 1236.º são o que chama na hermeneutica juridica *logares parallelos*. Existem em todos os Codigos e nunca esse facto causou admiração a ninguem.

(1) Este considerando invoca a auctoridade de um illustre professor e jurisconsulto cujo nome occulta, e cuja auctoridade por consequencia fica desconhecida para o publico.

Se o caso fosse para argumentos de auctoridade e não para argumentos de raciocinio, poderiamos contrapôr áquelle illustre professor e jurisconsulto outro jurisconsulto e professor tambem illustre, Dias Ferreira (*Cod. civ. ann.*, 1.ª ed., n.º 3.º, pag. 84 e 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 344). E assim ficaria um jurisconsulto por outro.

A declaração final de que o n.º 3.º do artigo 1109.º tracta das nupcias que vão contrahir-se é realmente preciosa, porque o tribunal que affirmou que os viuvos tinham a propriedade plena, já reconheceu que o facto posterior — as nupcias que vão contrahir-se — a modifica na maneira da sua constituição anterior, tornando-a incommunicavel.

Cahe sem querer na verdadeira doutrina.

(2) Quando se applica o artigo 1236.º ao caso da viuvez não se amplia a sua disposição. Restringe-se aos seus verdadeiros ter-

7.º Que, assim, referindo-se o artigo visivelmente á successão que compete aos paes binubos, não póde ampliar-se á dos *viuvos*, quer invocando o exposto no Codigo, quer a sua fonte que é a Ord. liv. 4.º, tit. 91.º §§ 1.º e 4.º; (1)

8.º Que esta Ordenação era muito clara e expressa, abrangendo os dois casos, mas os legisladores do Codigo que muito bem a conheciam, evidentemente pela redacção que deram ao artigo, quizeram afastar-se d'ella nesta hypothese e com justificada razão, porque

mos. O artigo refere-se aos bens que *ficarem* ao binubo. Ora, *ficarem* significa tanto *tiverem ficado*, como *vierem a ficar* ou *houverem de ficar*. A acção é tanto futura como preterita. Se o legislador quizesse especificar uma acção futura sómente, teria dicto, em vez de *ficarem, vierem a ficar* ou *ficarem depois*. São estas as formulas que elle emprega quando estabelece um preceito de execução posterior a determinado facto. Assim, nos artigos 192.º, 195.º, 246.º, 668.º, 1111.º, 1130.º, 1153.º, 1170.º, 1220.º, 1225.º § 2.º, 1235.º, 1584.º, 1670.º, 2062.º, 2122.º, 2274.º e 2309.º; em logar d'isso, adoptou uma formula, essencialmente grammatical, que exprime um preceito de execução tanto anterior, como posterior, ao facto das segundas nupcias.

Se a expressão tem as duas significações, applical-a em ambas não é amplial-a. Ampliar seria dar-lhe duas significações, quando tivesse sómente uma.

O artigo 1236.º é certamente uma disposição excepcional á regra geral da successão, mas isso não auctorisa a restringir a excepção á vontade do interprete. Não se póde applicar a outros casos por maioria nem mesmo identidade de razão; não se póde extender além da sua expressão, mas quando essa expressão comprehende, como aqui, dois casos, e porventura trez, como pretendem alguns, não se póde eliminar nenhum d'elles.

(1) Este considerando é a repetição do que o tribunal já havia dicto nos considerandos anteriores, exceptuada a citação da Ordenação do liv. 4.º, tit. 91.º §§ 1.º e 4.º, que torna a figurar no considerando seguinte.

o antigo anathema dos velhos tempos e o geral odio contra as segundas nupcias têm ido desapparecendo ante a consideração de que nem sempre ellas são prejudiciaes aos filhos do primeiro leito, antes muitas vezes os favorecem; e de que, constituindo o casamento um estado mais perfeito, estabelecendo a moralidade na familia, evitam situações e maus exemplos, bem mais prejudiciaes áquelles filhos; (1)

(1) Quem disse ao tribunal que o legislador se quiz afastar do preceito da Ordenação?

Falar o tribunal por si e falar ainda em nome dos que fizeram a lei, sem que estes lhe houvessem communicado o seu pensamento, parece-nos pretenção demasiada.

É uma presumpção, apenas fundada na benevolencia com que os legisladores tractaram os que contrahem segundas nupcias? Onde está essa benevolencia?

O Codigo foi á Ordenação procurar as restricções impostas ao casamento da binuba quinquagenaria; foi lá tambem buscar as restricções á propriedade dos binubos com relação aos bens herdados do filho de matrimonio anterior; mas accrescentou as disposição do artigo 1235.º, impondo restricções aos binubos, qualquer que fosse a sua edade, e ainda impoz graves penas á viuva que casasse sem verificar o seu estado de ventre.

Onde está aqui a benevolencia, comparada com os preceitos da antiga legislação, e como se póde ella indicar como fundamento da decisão de um tribunal superior?

As considerações philosophicas sobre o casamento, o anathema dos velhos tempos, o estado mais perfeito, os favores que muitas vezes os enteados recebem dos padrastos, a moralidade das familias, tudo isso, que aliás é mais ou menos discutivel, é antes proprio de um compendio de eschola do que d'uma sentença de elevada magistratura. Nenhuma d'essas vulgares considerações é base solida para que, n'um momento, se estabeleça uma doutrina nova, lançando para o lado uma jurisprudencia de quarenta annos, esquecendo-se que essa jurisprudencia fôra honrada com o voto dos homens illustres, velhos, experimentados, austeros, que, no

9.º *Que a tudo isto* **accresce** *que a inventariada Anna dos Santos Morgado era viuva quando falleceu o filho Joaquim e viuva ficou até morrer; e por isso falta o casamento posterior, em face do qual se tem julgado legislada a excepção da regra da successão dos paes;* (1)

10.º Que a interpretação que fica dada é tambem a que lhe dava a proposta de lei de 7 de fevereiro de

decorrer d'esse largo periodo, tanto ennobreceram a magistratura portugueza.

Distribuir justiça de um modo no espaço de quarenta annos e n'um dado momento passar a distribuil-a de outra maneira, considerando erro o que até alli se tinha feito, é, de certo, licito perante a lei e perante a consciencia immaculada e inviolavel dos julgadores, mas onde fica a firmeza do direito, onde a certeza da justiça, onde a imposição d'esse respeito que todos devemos ao supremo tribunal do paiz?

(1) Este considerando tem de ler-se duas vezes, porque, á primeira leitura, fica-se assombrado. Então a viuva não casou outra vez e ficou viuva até morrer? Então falta o casamento posterior em pena do qual se tem julgado legislada a excepção á regra da successão dos paes? Mas se a mulher continuou viuva, se falta o casamento posterior, a que proposito vem toda a doutrina do Accordam? Pois não seria melhor ter começado por aqui? Se não houve outro casamento, estava morta a questão sem necessidade de mais considerações.

E ainda apparece neste Accordam uma coisa mais original, e vem a ser que, tractando do que não devia tractar, esqueceu o objecto principal da questão, que era se a viuva do segundo matrimonio, embora não contrahisse o terceiro, ficava sujeita ás restricções do artigo 1236.º, tendo filhos do matrimonio anterior.

Essa é que era, segundo parece, a hypothese dos autos.

Ora, esta questão devia ser do conhecimento do tribunal, porque foi muito discutida pela imprensa juridica. E então o tribunal, entrando na sua apreciação preliminar, tinha de se pronunciar sobre ella, e se entendia, como se deduz d'este considerando, que não era applicavel o artigo 1236.º, não precisava de dizer mais nada.

1903, que chegou a ser approvada na camara electiva, e assim tem em seu favor a auctoridade de um dos ramos do poder legislativo. (1)

É de crêr que o tribunal, depois de um estudo mais profundo da questão, volte á opinião antiga.

Quanto a nós, não vemos motivos que nos levem a abandonar uma interpretação que tem por si a velha tradição romanista e reinicola. Durante seculos foi applicada esta disposição legal sem que os suppostos embaraços á sua execução tivessem originado reclamações ou divergencias da parte dos jurisperitos e dos tribu-

(1) Este ultimo considerando é uma verdadeira chave de ouro. Primeiramente, esse *ramo do poder legislativo* não interpretou a lei no sentido que o tribunal indica. Esse *ramo* approvou uma *emenda* ao artigo 1236.º, em que se estabelecia aquella doutrina. Quer isto dizer que julgou necessario fazer a *emenda* para que o artigo 1236.º se entendesse naquelle sentido, porque sem ella o sentido seria contrario ou pelo menos duvidoso. Quando, porém, da *emenda* podesse vir, como ao tribunal se afigura, qualquer especie de auxilio para a sua interpretação, o que no fim se concluiu foi que era melhor pôr de lado a emenda, que ficou sepultada nos archivos da camara dos pares, e assim tambem lá ficou sepultado o pretenso auxilio.

O facto real é que o poder legislativo reconheceu por fim que não era de receber uma emenda, que limitava as restricções do artigo 1236.º ao caso preciso de ter fallecido o filho do bimubo na constancia do segundo matrimonio.

N'outros termos: abandonou a interpretação dada pelo tribunal. E aqui está o favor que a auctoridade do poder legislativo prestou á referida interpretação!

Confiemos, porém, no bom senso do tribunal e na larga illustração dos seus membros e esperemos que, considerando-se o Accordam apenas como um prurido eloquente de imaginação juridica, repetido, com menos elegancia e erudição, em 17 de dezembro d'esse anno, e ainda de passagem em 15 de dezembro de 1912, se volte á jurisprudencia, com tanto brilho mantida durante o largo periodo de quarenta annos.

naes. Porque não havemos de continuar, neste ponto, no mesmo estado de direito?

25. Comprehenderá o artigo 1236.º o caso de não ter o pae ou mãe passado a terceiras nupcias, mas tendo filhos do matrimonio anterior?

Póde sustentar-se a negativa, allegando que o artigo exige um casamento posterior ao fallecimento do filho ou que o fallecimento se tenha verificado na constancia d'elle, pois que a expressão que contrahir segundas nupcias, envolvendo a significação de terceiras, quartas e quaesquer outras, suppõe a realisação d'ellas.

Póde sustentar-se a affirmativa, isto é, que é applicavel aos filhos do matrimonio segundo ainda quando o pae não passasse a terceiras nupcias, já porque assim o auctorisa a expressão—*de qualquer dos matrimonios*—que comprehende a hypothese prevista, já porque, assentando a successão no principio da reciprocidade, assim como os filhos do segundo matrimonio nada recebem d'aquelles bens, tambem seria justo que os filhos do primeiro nada recebessem dos filhos do segundo. (1)

É logicamente acceitavel esta opinião. (2)

---

(1) Foi esta opinião seguida por Alexandre de Seabra no *Dir.*, vol. 2.º, pag. 68, e Delphim Maia no *Dir.*, vol. 6.º, pag. 81.

(2) Figuremos as cinco hypotheses que podem occorrer sob a acção do artigo 1236.º:

1.ª O filho do primeiro matrimonio fallece na viuvez do pae, ou mãe, que depois passou a segundas nupcias.

Realisado o segundo casamento, a propriedade plena adquirida por morte d'elle, nos bens da sua legitima materna ou paterna, decompõe-se, radicando-se a propriedade simples nos irmãos

26. Na palavra — *bens* — do artigo 1236.º comprehende-se tambem o dinheiro da legitima do filho fallecido?

germanos do fallecido e ficando o usufructo ao pae ou mãe binubos.

2.ª O filho fallece durante a binubia de qualquer de seus paes.

A decomposição da propriedade opera-se desde a abertura da successão nos termos referidos.

3.ª O filho fallece durante a viuvez do segundo casamento do pae ou mãe binubos.

Então uma de duas: Se existem filhos do segundo matrimonio, a propriedade plena decompõe-se nos mesmos termos e desde a abertura da herança. Se não existem filhos do segundo matrimonio, o pae ou mãe viuvos do segundo casamento herdam a propriedade plena dos bens, como a herdariam se estivessem na primeira viuvez, e essa propriedade sómente se decompõe, se o viuvo contrahir terceiras nupcias.

O Acc. do Sup. Trib. de Just., de 15 de novembro de 1912 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 26.º, pag. 461), decidiu em sentido contrario, com o fundamento de que o facto de qualquer dos paes ter passado a segundas nupcias é que faz com que os bens da legitima dos filhos do anterior matrimonio, fallecidos posteriormente a essas nupcias, passem sómente em usufructo para o binubo ou binuba.

É este o mesmo tribunal que julgou, em 1 d'abril de 1909, que o binubo ou binuba não perdem a propriedade que adquirem na viuvez do primeiro casamento, isto quando pelo segundo haja ou possa haver outros filhos, que venham a concorrer a taes bens, com prejuizo dos irmãos germanos do defuncto. Agora, os bens adquiridos durante a viuvez, sem filhos nem possibilidade de os haver do segundo matrimonio, passam em propriedade para os irmãos germanos do fallecido e o pae ou mãe binubos só têm o usufructo! E porquê? Porque o artigo 1236.º se refere ao varão ou mulher que contrahir segundas nupcias; ora o pae ou mãe contrahiram segundas nupcias, comquanto não houvessem filhos d'ellas, logo perderam a propriedade.

Póde ser esta a interpretação litteral da lei.

Mas a razão da lei não está no facto do segundo casamento

Entendemos que sim, por fazer parte da herança, estar abrangido na especificação generica de bens, e poder ser convertido em propriedade immovel. (1)

27. Comprehenderá o artigo os bens de proveniencia do irmão?

Parece-nos que não, pois que o artigo é explicito,

em si, senão na existencia ou possibilidade de filhos d'esse casamento, que a lei pretende, com justa razão, excluir da successão nos bens do primeiro marido de sua mãe, ou da primeira mulher de seu pae. Se taes filhos não existem, nem podem existir, onde está a razão da lei?

Existiu o segundo casamento, é certo, mas elle dissolveu-se pela morte de um dos conjuges, e não produziu effeitos juridicos em relação a filhos, porque os não houve.

4.ª Fallece um dos filhos do *segundo casamento* na constancia d'elle.

Como os bens que elle porventura deixou não provêm de qualquer dos paes, pois estão vivos, succede na metade d'elles o binubo ou binuba, e mais tarde, por morte d'elle, succedem em partes eguaes os filhos de ambos os matrimonios. Ha reciprocidade de successão, porque tambem os filhos de ambos os matrimonios succedem nos bens de outra proveniencia que deixam a seus paes os filhos do primeiro matrimonio.

5.ª Fallece o filho do *segundo matrimonio* na viuvez d'esse segundo casamento de seu pae ou mãe.

Se tem irmãos germanos, o pae ou mãe só herdam o usufructo, embora não venham a contrahir terceiras nupcias.

Se os não tem, o pae ou mãe herdam a propriedade plena.

Fica assim explicado o que escrevemos na 1.ª ed., n.º 53.º, com as modificações que nos suggeriu um estudo mais reflectido do assumpto.

(1) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 20.º, pag. 227, considera o dinheiro como bens, em vista do artigo 1156.º

referindo-se unicamente aos bens que o filho *houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe.* (1)

28. Terão os sobrinhos o direito de concorrer com os tios á successão da propriedade dos bens deixados pelo tio fallecido, ou não haverá, n'este caso, o direito de representação?

É tambem este ponto muito controvertido no nosso fôro.

Uns entendem que não existe esse direito, porque o artigo 1236.º deve ser interpretado restrictivamente. (2)

Outros pensam que o principio geral da representação dos sobrinhos concorrendo á herança com os tios, consignado no artigo 1982.º, não soffre excepção no caso do artigo 1236.º (3)

---

(1) O Acc. da Rel. do Porto, de 11 de junho de 1886, julgou o contrario, attendendo a que o artigo não faz distincção entre bens herdados directa ou indirectamente. Este Accordam foi impugnado por A. de Seabra no *Dir.*, vol. 19.º, pag. 2. Foi a opinião de Seabra a mesma que defendemos no n.º 48.º da 1.ª ed.

(2) O *Dir.*, vol. 14.º, pag. 115, affirma que a Ordenação ainda attendia os direitos dos filhos dos irmãos germanos, concorrendo com os tios, mas o artigo 1236.º nem mesmo isso admitte por dever ser interpretado restrictamente (artigo 11.º).

A *Rev.*, vol. 12.º, pag. 180, entende tambem que o Codigo não permitte que os filhos concorram com os tios á successão de taes bens, como expressamente facultava a Ord. do liv. 4.º, tit. 91.º § 2.º

(3) Dias Ferreira *(Cod. civ. ann.*, 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 345). No mesmo sentido julgou a Relação de Lisboa, em Acc. de 2 de junho de 1888 (transcripto no *Dir.*, vol. 21.º, pag. 189). São estes os fundamentos do Accordam:

Porque o artigo deve entender-se de harmonia com os artigos 1969.º n.os 2.º e 3.º, 1970.º e 1982.º, e não ha no Codigo civil

Inclinamo-nos á primeira opinião, porque a propriedade dos bens fica pertencendo, segundo a letra do artigo, aos filhos que *existirem* ao tempo da morte do irmão, que é quando se abre a successão d'elle; aos que *não existirem* n'esse momento nada pertence, não podendo por isso ser representados.

29. O artigo 1236.º é applicavel sómente ao caso de ter o filho morrido intestado, ou tambem quando faz testamento? Se é tambem n'esta ultima hypothese em que termos se deve entender o artigo?

Em nosso parecer, já defendido na primeira edição d'este livro, o artigo comprehende tambem o caso de ter o filho morrido com testamento, e na parte não disponivel da herança.

a) O artigo refere-se aos bens que *ficarem* ao pae binubo. Ora, esses bens podem *ficar-lhe* tanto em successão legitima, como em successão legitimaria.

b) Por virtude da lei entra o pae binubo na posse de toda a herança, quando o filho fallece sem testamento; por virtude da lei tambem entra o mesmo pae

nenhuma disposição que faça excepção expressa áquellas disposições geraes, como faz o n.º 2.º do artigo 1969.º com respeito á ordem de successão nos ascendentes. Se outro fosse o pensamento do legislador, não teria deixado de consignar, quanto á successão da linha transversal, tão importante excepção.

A opinião contraria foi sustentada pelos juizes Teixeira de Queiroz e Serra e Moura, que ficaram em minoria. Na hypothese do artigo 1236.º, diziam elles, os filhos não concorrem á successão, porque a propriedade dos bens pertence aos irmãos germanos do fallecido que, ao tempo da morte d'este, existirem. Se o artigo 1236.º quizesse n'aquelle caso se désse o direito de representação, tel-o-ia dicto por alguma fórma. É, pois, esse artigo uma excepção á lei geral da successão. Tambem acceitou o direito de representação o Acc. da Rel. do Porto de 18 de dezembro de 1891. (*Rev. dos Trib.*, 10.º anno, pag. 250).

na posse da porção não disponivel, quando deixa testamento.

c) Se o fim da lei é garantir aos irmãos germanos do fallecido, exclusivamente, a successão nos bens do irmão, não comprehendemos como, á sombra de essa lei, possam ser esbulhados de tal direito pelo simples facto de ter o fallecido feito testamento.

O filho póde dispôr da terça, no regimen do Codigo em propriedade plena em favor de quem quizer; póde portanto tirar ao pae binubo legalmente a terça do usufructo e aos irmãos a respectiva terça da *raiz;* tem o pleno direito de o fazer, mas quanto ás duas partes restantes, essam *ficam* por força da lei no dominio do pae e, por isso, sujeitas ás restricções do artigo. É claro que, tendo o filho a faculdade de dispôr da terça em propriedade plena a favor de qualquer pessoa extranha, póde nos mesmos termos dispôr d'ella em favor do pae binubo e assim póde dar-se o caso de ficar o binubo com a terça parte em propriedade plena por livre vontade do filho e com as duas terças em usufructo, radicando-se a respectiva propriedade nos irmãos germanos do fallecido.

d) Accresce que a redacção do artigo é muito differente da disposição da Ordenação, pois esta expressamente declarava que o seu preceito não era applicavel no caso de successão testamentaria. Tendo os redactores do Codigo em vista a Ordenação, é licito induzir que, se quizessem adoptar a sua doutrina, tel-o-iam claramente manifestado na redacção do artigo.

30. Mas, quando se não quizesse admittir esta interpretação, o que nos parece absurdo é sustentar que, quando o filho resolve dispôr dos seus bens, tendo pae vivo, o seu direito chega ao ponto de poder dispôr, além da terça em propriedade plena, tam-

bem das duas terças da propriedade simples, pela circumstancia de ter irmãos germanos!

Comprehendiamos que se pozesse de lado o artigo 1236.º, allegando-se que elle se refere sómente á successão legitima, e que se collocasse a successão nos termos do direito commum, isto é, que o pae binubo succêdesse em propriedade plena nos dois terços da herança que constituem a sua quota legitimaria. Isto era o direito commum e como tal até certo ponto defensavel, mas sahir do direito commum arbitraríamente para alargar fóra de toda a razão o direito de dispôr do filho é, em nosso conceito, um dos maiores paradoxos que se têm defendido na materia de que tractamos.

E porquê?

a) Em primeiro logar, porque os que seguem esta opinião, querendo evitar a excepção do artigo 1236.º no caso de successão testamentaria, vão crear uma outra excepção que não tem justificação possivel. A disposição excepcional do artigo 1236.º explica-se porque a lei quiz que os irmãos germanos do fallecido succedessem (com exclusão dos irmãos oriundos do segundo matrimonio) nos bens que o fallecido tinha herdado do pae commum. Quiz que succedessem em taes bens elles e só elles.

E o que faz a nova excepção? Vae preterir os irmãos germanos do fallecido, permittindo, que, violadas as regras geraes da successão, elles sejam expoliados em favor de pessoas extranhas á sua familia. Quer isto dizer que a lei, que quiz proteger os irmãos germanos contra os proprios irmãos do segundo leito, vae por fim abandonar uns e outros, chamando á successão dos bens terceiras pessoas!

b) Em segundo logar, toda a argumentação empregada pelos que defendem esse alargamento do di-

reito de dispôr tem um vicio insanavel de origem, porque, por um lado, declara que o artigo 1236.º sómente é applicavel á successão legitima, e por outro lado não faz mais de que applicar enviezadamente esse artigo á successão testamentaria.

Quando se diz que um artigo é excepcional e sómente se applica a um caso, esse artigo não existe na lei para nenhum outro. Ora, essa decomposição da propriedade plena em propriedade simples e usufructo é a applicação do proprio artigo 1236.º

Pois se, como dizem, o artigo se refere unicamente á successão legitima, é claro que só n'ella é que se admitte a decomposição da propriedade perfeita em propriedade simples e usufructo.

d) Dizem que os irmãos não são herdeiros legitimarios do irmão. É certo. Mas tambem elles não são herdeiros legitimos emquanto teem paes vivos, e todavia ficam com a propriedade da herança do irmão.

Herdeiro legitimo é o pae vivo; herdeiro legitimario é o mesmo pae. Porque hade n'aquelle caso, e não hade tambem n'este, radicar-se a propriedade dos bens nos irmãos do filho predefuncto?

e) Mas, se o não quizerem assim, entregue-se ao pae binubo a sua legitima em propriedade plena, porque d'este modo ainda os filhos do primeiro matrimonio podem obter alguma cousa nos bens de seus irmãos, poisque por morte do pae serão chamados á successão d'elle, embora na companhia dos irmãos do outro leito.

f) Allega-se que a Ordenação do liv. 4.º tit. 91.º § 2.º permittia n'este caso ao filho a ampliação do direito de dispôr. Mas isto é menos exacto. O que a Ordenação dizia era que se o filho ou filha: «*se finar com testamento, guardar-se-ha o Direito Commum n'este caso.* O *direito commum* era o do § 1.º que dizia: «E fallecendo

filho ou filha com testamento... deve *necessariamente* deixar as duas terças partes dos bens a seu pae ou a sua mãe se os tiver, *e da terça parte poderá ordenar como lhe aprouver.*»

Só da terça parte dos bens é que poderia dispôr. As outras duas terças constituiam a legitima dos paes em *propriedade plena.* (1)

31. Outros pontos ainda existem com relação ao artigo 1236.º que têm sido objecto de discussão e

(1) A opinião contraria á nossa é seguida por Dias Ferreira, *Cod. civ. ann.*, 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 346, *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 3.º, pag. 395, vol. 8.º, pag. 246, *Dir.*, vol. 14.º, pag. 83. O Acc. do Sup. Trib. de Just., de 21 d'abril de 1882 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 22.º, pag. 316), decidiu no mesmo sentido. Não obstante tão valiosas auctoridades, continuamos a considerar a solução, que deram á questão, como um original paradoxo.

Na vigencia da Ordenação não houve jurisconsulto algum que abraçasse tal doutrina. Todos affirmam que, fallecendo o filho com testamento, succedem os paes na propriedade plena da herança. Ninguem se lembrou jámais de conceder a um filho, com ou sem irmãos germanos, o direito de dispôr de mais da terça dos seus bens, tendo vivos qualquer dos paes, quer fossem ou não binubos. O direito do ascendente era inviolavel quanto ás duas terças da propriedade plena dos bens.

Se, por hypothese, admittirmos que o artigo 1236.º não tem logar quando o filho faz testamento, porque esse artigo só é citado como excepção aos artigos 1969.º n.º 2.º e 1993.º § un., que regulam a successão legitima dos ascendentes, absurdo seria admittil-o como excepção ao artigo 1786.º, que regula a successão testamentaria, fixando a quota dos ascendentes, visto que ahi nenhuma referencia se faz a essa excepção, e quando se fizesse, seria mais um argumento, não para ampliar o direito de dispôr do filho, mas para collocar a quota legitimaria dos paes no regimen do artigo 1236.º É claro que todos os bens adquiridos em propriedade plena ficam sujeitos ao regimen do artigo 1235.º, dadas as condições d'elle.

sobre os quaes nos parecem acceitaveis as seguintes soluções:

a) O usufructo pertencente aos paes, existindo filhos menores, não termina com a emancipação ou maioridade d'elles. (1)

b) Os bens doados pelo avô não estão comprehendidos no artigo 1236.º. (2)

c) O artigo 1236.º não comprehende os bens que os netos herdarem dos avós. (3)

d) Os bens, que o filho adquiriu por seu trabalho e industria, não estão comprehendidos no artigo 1236.º (4)

e) Não é applicavel o artigo á mulher que, tendo filhos no estado de solteira, case depois; (5)

f) O artigo 1236.º é applicavel ainda quando existe um só filho do primeiro matrimonio, sobrevivente ao fallecido; (6)

(1) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 2.º, pag. 743.º. O correspondente funda-se em que o artigo 1236.º não faz distincção alguma e portanto, é vitalicio, o usufructo e ainda em que os bens de que falla o artigo 149.º n.º 1.º, são aquelles a que se referem os artigos antecedentes, principalmente o artigo 145.º. A *Rev.* concorda, notando que o artigo 1236.º se occupa dos filhos do primeiro matrimonio, quer sejam maiores ou menores.

(2) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 13.º, pag. 277.º

(3) Acc. da Rel. do Porto de 21 de fevereiro de 1891 (transcripto no *Dir.*, vol. 25.º, pag. 303).

(4) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 23.º, pag. 58.

(5) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 16.º, pag. 578.

(6) O *Dir.*, vol. 12.º, pag. 291, defende a opinião contraria, porque o artigo 1236.º fala da especie de existirem *filhos* de anterior matrimonio. Além d'isso, a Ordenação falava expressa-

g) Se os filhos fallecerem, não volta a propriedade aos paes tendo aquelles descendentes. A propriedade que nelles se radicou constitue herança sua; (1)

h) Pela mesma razão a propriedade não volta ao binubo quando regressa, por morte do segundo conjuge, ao estado vidual; (2)

i) Se os bens forem herdados pelo binubo durante a viuvez do segundo casamento, ficam sujeitos ao regimen do artigo 1236.º, se ao binubo ficaram filhos d'esse segundo casamento. Não assim se de tal casamento lhe não ficaram filhos alguns; (3)

---

mente em *filho* ou *filhos*, e se o Codigo só fala de *filhos* é porque quiz restringir a sua disposição.

Parece-nos improcedente a duvida, porque a expressão abrange os dois casos.

(1) A opinião contraria é defendida por um correspondente do *Dir.*, vol. 32.º, pag. 17. Não nos parece acceitavel, porque este caso é diverso do dos artigos 1235.º e 1237.º. Aqui a propriedade passa logo para os irmãos do fallecido e n'elles fica sujeita ás regras geraes da sua transmissão. Alem, só a obtêm por morte dos paes.

(2) Dias Ferreira *(Cod. civ. ann.*, 1.ª ed., vol. 3.º e 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 347).

(3) Dias Ferreira *(Cod. civ. ann.*, 1.ª ed., vol. 3.º, pag. 82), entende que a disposição do Codigo abrange sempre os bens d'aquella proveniencia herdados pelo binubo antes, durante e depois do segundo casamento. Nós fazemos uma distincção fundada no pensamento da lei. Se ficaram ao binubo filhos do segundo matrimonio, segue-se o regimen do artigo 1236.º para que esses filhos por morte do pae commum nunca venham a ter participação nos bens. Mas se não ficaram e não ha a elles essa concorrencia de successão, desapparece a razão da lei e póde o pae succeder em propriedade plena.

É evidente que, se elle contrahir novas nupcias, perderá então a propriedade dos bens, para só ficar com o usufructo conforme a regra do artigo.

k) O pae binubo póde ser obrigado a prestar caução pelo usufructo nos termos dos artigos 148.º n.º 1.º e § un. e 2221.º § 1.º, como todos os usufructuarios. (1)

(1) Dias Ferreira *(Cod. civ. ann.,* 1.ª ed., vol. 3.º, pag. 85, e 2.ª ed., vol. 2.º, pag. 346).

Não só o binubo é obrigado a prestar caução pelo usufructo, más podem os irmãos germanos do filho predefuncto requerer inventario e fazer partilha judicial ou amigavel, a fim de se designar o quinhão da propriedade que pertence a cada um. Só á vista d'esse titulo é que poderá fazer-se o registo da propriedade em favor de cada um d'elles. Quanto ao registo da propriedade em commum, duvidamos de que o conservador o realise á simples vista das certidões de obito do irmão e do segundo casamento do pae ou mãe binubos, maiormente, depois das decisões do Supremo Tribunal de Justiça, se o pedido do registo versar sobre a propriedade de bens herdados no periodo da viuvez do pae ou mãe binubos.

CAPITULO III

Summario. — Artigo 1237.º: Fallecendo os filhos e outros descendentes do primeiro matrimonio póde a quinquagenaria alhear as duas terças ou bens? — E tendo filhos perfilhados póde dispôr da terça? — E se tiver havido troca de uns bens por outros? — Podem os filhos da quinquagenaria requerer inventario e caução? — Tem a quinquagenaria de obedecer ao preceito do artigo 1233.º? — É applicavel á quinquagenaria a disposição do artigo 1236.º? — Artigo 1238.º: Como se entende a expressão — *filhos* — contida n'este artigo? — Qual é o regimen presumivel pela lei para o caso em que os dois conjuges sejam binubos e ambos com filhos do matrimonio anterior? — Decretos de 3 de novembro e n.º 1. de 25 de dezembro de 1910: Os artigos 1233.º a 1239.º são, ou não, applicaveis ao segundo casamento dos conjuges que se divorciaram? — Os artigos 16.º e 56.º do decreto n.º 1.º de 25 de dezembro modificaram o artigo 1234.º do Codigo civil em relação ás *viuvas?* — A que *viuvas* se applica? — Os *viuvos* poderão casar livremente a todo o tempo, depois da viuvez, como até aqui? — As *viuvas* estarão comprehendidas nas excepções dos n.ºs 5.º, 6.º e 8.º do artigo 4.º do decreto de 3 de novembro? — Como se conta o praso do anno prohibitivo do segundo casamento? — Para quem passam os lucros nupciaes se a divorciada desobedeceu ao preceito do artigo 1233.º do Codigo? — A terça communicavel pelo artigo 1235.º do Codigo é ampliada a metade por virtude do artigo 1.º § unico do decreto de 31 de outubro de 1910? — Podem tornar a casar um com o outro os dois conjuges divorciados? — É con-

siderado este casamento como segundas nupcias? — É applicavel em absoluto a disposição do decreto aos casamentos anteriores á sua vigencia? — Outros pontos a definir no tocante aos conjuges divorciados.

32. A disposição do artigo 1237.º assenta no principio de que a viuva quinquagenaria não póde ter filhos, em consequencia da sua edade, e de que o casamento n'estas circumstancias é mais uma especulação mercantil da parte do segundo marido do que uma ligação de affeição reciproca. A primeira presumpção não póde ser illidida pela possibilidade do phenomeno de vir a ter filhos. (1)

É por isso o Codigo mais severo para com estas viuvas do que para com as outras, seguindo o preceito da antiga legislação portugueza.

Assim, ella não póde alhear, por titulo algum, as duas terças dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança dos seus ascendentes ou de outros parentes, emquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver.

A primeira questão que occorre, pois, é a de saber se, fallecendo os filhos e descendentes que possam haver os bens, fica a quinquagenaria exonerada da prohibição de alhear, podendo assim dispôr livremente d'aquelles bens.

Com relação á hypothese do artigo 1235.º, que tracta da viuva não quinquagenaria, já dissemos que,

(1) Assim o julgou o Sup. Trib. de Just. em Acc. de 8 de março de 1881 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 21.º, pag. 253).

fallecendo os descendentes, cessa a razão da lei. Com relação á quinquagenaria, seguimos a mesma opinião. (1)

33. Mas ficarão, n'este caso, os bens sujeitos á restricção da incommunicabilidade do artigo 1235.º?

Parece-nos que não, porque aquella restricção sómente se applica quando existem filhos ou outros descendentes, como ficou dicto, (2) e por isso, tendo elles fallecido, fica a quinquagenaria, como a outra, com a faculdade de communicar e dispôr de todos os seus bens. Assim, póde dispôr de taes bens em favor do marido (3) ou de qualquer outra pessoa.

34. E se a quinquagenaria, tendo filhos legitimos do primeiro matrimonio, tiver algum filho perfilhado, poderá tambem dispôr da terça?

Com relação á viuva não quinquagenaria já sustentámos que ella, em tal caso, não podia dispôr da terça quando os filhos tivessem sido perfilhados na constancia do primeiro matrimonio, porque estava onerada com a legitima d'elles, e o mesmo entendemos com relação á quinquagenaria. (4)

---

(1) Assim pensa tambem a *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 12.º, pag. 535.

(2) Não deixaremos de notar que a opinião contraria foi adoptada pelo Acc. da Rel. de Lisb., de 22 de junho de 1889 (transcripto da *Gaz. da Rel.*, vol. 4.º, pag. 185), o qual, julgando um caso de contribuição de registo, decidiu que não altera a disposição do n.º 4.º do artigo 1109.º o terem fallecido durante as segundas nupcias os filhos do anterior matrimonio.

(3) *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 2.º, pag. 169 e 170.

(4) Assim foi julgado com relação á quinquagenaria, pelo acc. da Rel. de Lisb., de 6 de julho de 1887, (transcripto no *Dir.*,

35. A disposição do artigo 1237.º comprehende sómente os bens existentes em especie ou tambem quaesquer outros havidos por troca d'elles?

Cremos que comprehende tambem estes, pois de outro modo seria facilmente sophismavel a prohibição da lei. Até julgamos que a troca, representando um meio de alheação, está comprehendida na prohibição de alhear, por serem applicaveis a este contracto, excepto na parte relativa ao preço (artigo 1594.º) as regras da compra e venda. (1)

36. Poderão os filhos da quinquagenaria requerer inventario e caução?

Entendemos que sim, porque o regimen das duas terças partes, que não póde alhear, é egual ao do usufructo (2)

---

vol. 20.º, pag. 174). A Rel. do Porto, em caso não identico, julgou por Acc. de 23 de maio de 1871 (transcripto na *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 4.º, pag. 268) que a existencia de um filho natural, *não reconhecido nem perfilhado*, da viuva quinquagenaria não impedia a communhão de todos os bens com o outro conjuge.

Trata-se, como se vê, de um filho não perfilhado nem reconhecido.

(1) Entretanto, a Rel. do Porto em Acc. de 4 de março de 1879 (transcripta na *Rev. de Leg. e de Jur.* vol. 20.º pag. 58) decidiu que a disposição do artigo 1237.º abrange unicamente os bens havidos directamente dos ascendentes ou descendentes por herança, doação ou legado, e não os que por meio de troca vierem substituir aquelles.

(2) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 27.º, pag. 187, publica uma sentença de 1.ª instancia passada em julgado em que se equipara o direito da quinquagenaria ao usufructo.

No vol. 29.º, pag. 474, diz que não é bem o usufructo, mas uma propriedade imperfeita semelhante. Usufructo lhe chama tambem o Acc. do Sup. Trib. de Just. de 17 de fevereiro de 1905.

e este é regido pelos artigos 2221.º e 148.º do Codigo civil. (1)

37. Terá a viuva quinquagenaria, se quizer con-

(1) É tambem a opinião da *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 27.º, pag. 187 e vol 29.º, pag. 389. A *Rev.* vol. 31.º, pag. 422 é de parecer que os filhos e descendentes da quinquagenaria podem requerer inventario e caução. Podem intentar contra os compradores acção de annullação de venda e reivindicação. Os compradores podem chamar á autoria o marido e os herdeiros ou representantes da binuba, mas estes só respondem pela evicção no caso de terem herdado bens de sua mãe. A applicação do preço da venda a dividas da vendedora não exonera o marido vendedor da responsabilidade resultante da evicção (1237.º, 1555.º, 1047.º e 1048.º).

O Acc. da Sup. Trib. de Just. de 17 de fevereiro de 1905 (transcripto no *Dir*, vol. 38.º, pag. 135) decidiu que aos bens da quinquagenaria, que não póde alhear, são applicaveis os artigos 2187.º e 2202.º do Codigo civil, e por isso, quando houver receio de extravio e periguem os interesses dos menores, podem os tribunaes ordenar as medidas necessarias para garantir aquelles interesses. Ainda assim, dois juizes, Pinto Osorio e Serra e Moura, votaram contra, porque o Codigo só admitte inventario nos bens de pessoa viva, na hypothese do artigo 1211.º, e assim houve nullidade insuprivel nos termos do n.º 5.º do artigo 130.º do Cod. do Proc. Civ.

Este Accordam foi confirmado pelo de 14 de julho de 1905 que regeitou os embargos oppostos.

O Acc. da Rel. do Porto de 22 de junho de 1909 (*Gaz. da Rel. de Lisb.*, vol. 25.º, pag. 528, 266 e 274), julgou que, tendo a quinquagenaria contrahido segundas nupcias, devem no inventario do primeiro marido, separar-se as duas terças inalienaveis. Julgou ainda o mesmo Accordam que para o calculo da terça disponivel não ha que attender ao valor dos bens que a binuba tinha doado aos filhos do segundo matrimonio. N'este ponto não concordamos, poisque pelo processo das doações aos filhos do segundo matrimonio tornar-se-ia ineficaz a providencia legal, ficando sem garantia os direitos dos filhos e mais descendentes das primeiras nupcias.

trahir segundas nupcias sem terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido, obrigação de verificar se está ou não gravida?

Póde sustentar-se a affirmativa em vista da disposição litteral do artigo 1233.º, que não faz distincção alguma ácerca da edade da viuva.

Mas tambem se póde defender a opinião opposta, attendendo ao espirito da lei, poisque esta presume que a quinquagenaria é inhabil para a procreação. Ora, segundo o artigo 2517.º, quem tiver a seu favor uma presumpção legal escusa de provar o facto que n'ella se funda. É certo que a presumpção estabelecida pela lei póde ser illidida pela prova em contrario (artigo 2518.º), mas a prova, n'este caso, sómente se poderia fazer com o exame do ventre da viuva, o que seria contradictorio com o preceito do artigo 2517.º

O Codigo suppõe que a mulher não póde procrear depois de ter completado cincoenta annos, mas, se ella casar um ou dois dias depois d'essa edade, póde levar no ventre um embryão gerado em tempo legal.

Julgamos esta questão difficil de resolver, porque o raciocinio fornece, por um e outro lado, argumentos ponderosos.

Repugna á razão que a lei supponha que a quinquagenaria não póde procrear e, ao mesmo tempo, a obrigue a verificar se está ou não gravida. Ainda mais repugna quando a mulher passe dos sessenta ou setenta annos, e comtudo lá está o artigo 1233.º, coagindo toda a viuva, sem distincção de edade, a verificar o estado do ventre. Ao mesmo tempo não repugna á razão que ella, casando aos cincoenta annos precisos, esteja gravida aos olhos da propria lei, poisque, segundo o seu preceito, só depois d'essa edade começa a presumpção juridica.

Tendo de interpretar a lei, e não fazendo ella dis-

tincções, somos levados á opinião de que a quinquagenaria não está isenta da obrigação do artigo 1233.º

38. Estará a binuba quinquagenaria com filhos ou outros descendentes do matrimonio anterior sujeita á disposição do artigo 1236.º?

Suppomos que sim, embora em contrario se possam offerecer as seguintes valiosas razões:

a) A provisão do artigo tem por fim evitar que sejam chamados á herança os filhos do segundo matrimonio com os filhos do primeiro. A disposição legal quer que nos bens, no caso sujeito, herdados do pae não succedam os filhos do segundo leito de sua mãe e sim exclusivamente os irmãos germanos do fallecido. Ora, se a quinquagenaria não póde ter filhos do segundo leito, desapparece a razão da lei;

b) Como taes bens ficam fóra da alheação por parte da quinquagenaria e n'uma especie de usufructo, é desnecessario declaral-os em usufructo por virtude do artigo 1236.º, pois já o estão por virtude do artigo 1237.º

A isto podemos objectar que, segundo o artigo 1236.º, radicando-se a propriedade nos irmãos germanos, podem estes, nos termos permittidos, dispôr d'ella em vida, ou por morte, ao passo que o não podem fazer no regimen do artigo 1237.º

O que está n'este artigo é a *reserva* do velho direito, comparavel ao usufructo, uma especie d'elle, se quizerem, mas não a decomposição da propriedade perfeita em *raiz* e usufructo, separados, indo um para uma parte e outro para outra parte, que é o que existe no artigo 1236.º

39. Como se entende a expressão — filhos — do artigo 1238.º?

Essa expressão comprehende necessariamente *os filhos e outros descendentes.*

Tem de entender-se em harmonia com os artigos antecedentes. De outro modo o casamento do binubo sem filhos, mas com netos ou bisnetos, contrahido com pessoa que os não tenha, ficaria fóra do principio geral de que, não havendo convenção em contrario, se presume celebrado segundo o costume do reino.

40. O casamento segundo o costume do reino é presumivel para o matrimonio de dois binubos, que tenham ambos filhos?

O artigo 1238.º preceitua que o varão ou a mulher com filhos de anterior matrimonio que *casar com pessoa que os não tenha,* presumir-se-ha casado, não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino. (1)

(1) A expressão — *casamento segundo o costume do reino* — encontra-se não só n'este artigo do Codigo, mas ainda na inscripção da sub-secção 2.ª da secção 5.ª do cap. 1.º do tit. 2.º, e nos artigos 1098.º, 1099.º, 1108.º, 1198.º, 1220.º, 1222.º e 1238.º. Poderá dizer-se que sendo a palavra — *reino* — synonima de — *monarchia* —, e tendo este regimen politico sido substituido pelo regimen republicano, fica aquella expressão natural e logicamente substituida por — *casamento segundo o costume da republica.*

Póde, comtudo, objectar-se:

a) Que a palavra — *reino* — não se toma como synonyma de — *monarchia* —, mas na accepção de — *Estado* ou *Nação* —, designando um agrupamento de individuos, habitando o mesmo territorio e sujeitos ás mesmas leis;

b) Que o Codigo civil não é uma lei de natureza politica, e nada têm as suas expressões com a fórma de governo;

c) Que no mesmo significado era tomada a palavra — *republica* — nos escriptores do antigo regimen, ainda nos tempos do absolutismo, como se vê, sem falar de muitos outros, em Brito, Vieira, Bernardes, Osorio, chegando o conde da Ericeira a escre-

Para que a presumpção da lei se verifique é necessario que o conjuge do binubo com filhos seja solteiro, ou que, sendo egualmente binubo, não tenha filhos. Então a lei, na falta de convenção, presume-os casados segundo o costume do reino.

Mas, se ambos são binubos com filhos, qual é o regimen do casamento na falta de convenção?

A formula segundo o costume do reino, não, porque está excluida.

Alguma das outras tambem não, porque a lei nenhuma indica.

Sob pena de chegarmos ao absurdo de admittir um casamento que não esteja sujeito a qualquer dos regimens, reconhecidos pela lei, somos levados a crêr que a presumpção n'este caso é o regimen da separação, por ser aquelle que mais se coaduna com a situação dos conjuges.

---

ver que o *reino* era «uma *republica* florescente» antes do reinado de D. Fernando;

d) Que a substituição por — *segundo o costume da republica* — seria pelo menos impropria, pois que este regimen politico ainda não tem o numero de annos sufficiente para que um facto, praticado na sua vigencia, possa constituir um *costume* com as devidas condições juridicas;

e) Que, finalmente, ainda que aquella expressão podesse ser considerada como significando — *monarchia* —, não repugnava que ficasse na lei com uma simples significação historica.

Seja, porém, como fôr, o que nos parece fóra de duvida é que, emquanto a expressão legal não fôr modificada pelo poder competente, não é licito ao professor nas suas lições, nem ao advogado nas suas allegações, nem ao tribunal nas suas sentenças, nem ao annotador nos seus commentarios fazer substituições ao seu arbitrio. O regimen do casamento, em que ha communhão de bens presentes e futuros (artigo 1108.º), continua a ser segundo *o costume do reino*, emquanto não houver disposição legal em contrario.

Claro está que estamos tractando de não ter havido convenção ante-nupcial, porque havendo-a, podem os conjuges escolher o regimen que lhes aprouver. D'este modo os binubos, ambos com filhos, podem escolher o costume do reino ou a communhão de bens, entrando cada um para elle com a respectiva terça, nos termos dos artigos 1235.º e 1237.º

41. A primeira questão que póde suscitar-se em face do decreto com força de lei de 3 de novembro de 1910 que regulou o divorcio, e ainda do decreto n.º 1 de 25 de dezembro do mesmo anno, que regulou o casamento como contracto civil, consiste em saber se os artigos 1233.º a 1239.º do Codigo civil, que comprehendem a secção das *segundas nupcias*, são, ou não, applicaveis ao segundo casamento dos conjuges que se divorciaram.

Póde dizer-se que esses artigos não se applicam ao segundo casamento dos divorciados, pelas seguintes razões:

a) Porque os citados decretos são omissos a tal respeito, e se o legislador quizesse applical-os todos, certamente se não esqueceria de o fazer, assim como o fez relativamente ao artigo 1234.º que lhe mereceu uma referencia especial no artigo 56.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro;

b) Porque, sendo as restricções impostas aos conjuges binubos, no pensar de muitos jurisconsultos, dictadas por odio aos segundos casamentos, ainda conservado no Codigo civil por uma velha tradição canonica, mal se póde comprehender a sua applicação em face do novo direito inspirado nas ideias liberaes e tendendo a facilitar os segundos casamentos, já facultando a dissolução dos anteriores, já promovendo a legalisação de muitas uniões illicitas;

c) Porque, determinando o artigo 26.º do decreto de 3 de novembro que do divorcio resulta sempre a separação de bens entre os conjuges, adquirindo cada um d'elles a propriedade plena e livre administração dos bens que lhe ficarem pertencendo, *podendo sobre elles transaccionar livremente e por todas as formas*, e sendo as convenções antenupciaes formas de disposição sobre os bens (Codigo civil, artigo 1096.º), não podem admittir-se as restricções impostas aos divorciados, que contrahirem segundas nupcias, por serem contrarias á livre disposição dos bens que a citada disposição legal lhes garante.

Não obstante estes argumentos e quaesquer outros que os completem, entendemos que é preferivel a opinião contraria:

a) Porque as omissões são vulgares nas leis, sem embargo da illustração dos seus auctores. O proprio Codigo civil, que foi elaborado primitivamente por um dos mais notaveis jurisconsultos portuguezes, e ainda cuidadosamente revisto por uma commissão composta de homens eminentes na sciencia juridica, tem casos omissos e até, em pontos que deviam surgir naturalmente aos olhos do legislador, como no que respeita á successão dos netos perfilhados em relação aos avós;

b) Porque as omissões são tão vulgares que o proprio Codigo civil prevê a hypothese de existirem, regulando, no seu artigo 16.º, o modo de proceder em taes casos;

c) Porque as disposições do Codigo civil não foram, como erradamente se suppõe, determinadas por odio ás segundas nupcias, mas pelos interesses dos filhos do matrimonio anterior que a lei quiz proteger contra a influencia que no conjuge binubo podia exercer o outro conjuge;

d) Porque, se o divorciado adquire pela dissolu-

ção do casamento por divorcio a propriedade plena dos bens que lhe cabem em partilha, tambem o conjuge sobrevivo adquiria egualmente e sem restricções a propriedade dos bens que lhe ficavam pertencendo por morte do outro conjuge (Codigo civil, artigo 2158.º) e, apesar d'isso, estava sujeito, se contrahisse segundas nupcias, ás restricções das disposições respectivas;

e) Porque, se é certo que os esposos podem estipular tudo o que lhes áprouver nas suas convenções antenupciaes, não é menos certo que o têm de fazer, nos termos do artigo 1096.º do Codigo civil, *dentro dos limites da lei* e, portanto, nos segundos casamentos, sem prejuizo do que, relativamente a elles, se acha disposto no mesmo Codigo.

Consideramos, pois, um caso omisso este de que tractamos e assim, não podendo ser resolvido pelo texto da lei, porque nenhum dos decretos manda applicar ao segundo casamento dos *divorciados* o que se acha no Codigo civil ácerca do segundo casamento dos *viuvos*, parece-nos que o espirito da lei, e ainda a analogia dos casos, auctorisam os tribunaes a tornar applicaveis ás segundas nupcias dos *divorciados* o que dispõe o Codigo sobre as segundas nupcias dos *viuvos*, salvo, já se vê, qualquer alteração consequente dos novos decretos, como acontece com o artigo 1234.º [1]

[1] Não pretendemos n'este trabalho fazer a critica das leis do novo regimen sobre a organisação da familia. Acceitamos as leis como sahiram das mãos do legislador, e tratamos unicamente de as interpretar na sua execução pratica. Se do exame e solução que propomos para as questões occorrentes, resultar a necessidade da revisão, isso pertence aos poderes competentes, que procederão como julgarem conveniente. Os artigos 69.º do decreto de 3 de novembro e 71.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro

42. Os artigos 10.º e 56.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910 modificaram o artigo 1234.º do Codigo civil no tocante ao praso prohibitivo do casamento em relação ás *viuvas?*

Parece-nos que sim.

Pelo artigo 10.º, qualquer dos ex-conjuges não póde contrahir novo casamento, emquanto não decorrerem sobre a dissolução do seu casamento anterior por divorcio, *ou por morte*, os prasos marcados no artigo 55.º do decreto com força de lei de 3 de novembro de 1910. Este praso é para a mulher divorciada de um anno completo sobre a data da dissolução do casamento anterior.

Dispõe ainda o artigo 56.º do decreto de 25 de dezembro que o artigo antecedente (penas impostas ao

---

declaram que taes decretos serão *sujeitos á apreciação* da proxima assembleia nacional constituinte. Esta funcção passou para o Poder legislativo, isto é, para o Congresso formado pelas duas camaras que se denominam camara dos deputados e senado (Const. da Republica, artigo 7.º), por virtude do artigo 80.º da mesma Constituição. Emquanto não forem revogados ou alterados, os decretos continuam em vigor no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo adoptado pela Constituição e aos principios n'ella consagrados. É pois o poder legislativo aquelle a quem compete remediar quaesquer faltas, se acaso existem, nos decretos citados.

O decreto n.º 1 de 25 de dezembro no artigo 70.º e o decreto n.º 2 da mesma data, auctorisam ainda o poder executivo a resolver por circulares, sobre consulta do Sup. Trib. de Just., todas as duvidas que se suscitarem sobre a sua interpretação e execução. Identica disposição se encontra no artigo 363.º do decreto de 18 de fevereiro de 1911 que regula o registo civil.

Poder-se-ha applicar o mesmo processo de interpretação ás duvidas oriundas dos decretos de 31 de outubro e de 3 de novembro, embora não contenham identico preceito?

tutor e curador que casar com a pessoa tutelada ou curatellada) é applicavel aos que casarem com infracção do disposto no artigo 10.º, sem prejuizo do disposto no artigo 1234.º do Codigo civil, se a *viuva* ou divorciada incorrer tambem na respectiva sancção.

Pelo artigo 1234.º, que aliás não fica prejudicado pelas disposições das novas leis, a viuva podia casar a todo o tempo depois da morte do marido, uma vez que verificasse se estava ou não gravida, e só incorria na pena especial d'esse artigo se, casando dentro dos trezentos dias posteriores áquella morte, não cumprisse esta formalidade. D'este modo, podia casar livremente no undecimo ou no duodecimo mez posteriores á morte do marido. Em face das novas leis não o poderá fazer sem incorrer nas penas do artigo 55.º e seu § do decreto n.º 1 de 25 de dezembro de 1910. Assim, se o fizer, ficará inhibida de receber do seu conjuge cousa alguma por doação ou por testamento, e o casamento será considerado como contrahido com separação de bens. Além d'isso, ficará privada da administração dos bens durante a menoridade dos filhos, e o marido incorrerá na pena de multa correspondente á sua renda e não superior a 1:000$000 reis.

Mas, como não fica prejudicado o artigo 1234.º do Codigo civil, parece-nos que a sentença da lei é esta:

Se a *viuva* casar dentro do anno, mas antes de decorridos os trezentos dias sobre a morte do marido, não tendo verificado se está ou não gravida, ficará sujeita, além das penas geraes, á pena especial do mesmo artigo, que vem a ser a perda de todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber do marido anterior. Se casar dentro d'esse praso, tendo cumprido aquella formalidade, ficará sujeita sómente ás penas geraes, e o mesmo acontecerá se casar depois dos trezen-

tos dias, mas antes de decorrido um anno sobre a morte do marido. (1)

43. Estas disposições applicam-se sómente ás

(1) Cremos ser esta a verdadeira interpretação. Eliminar a obrigação do exame sobre a gravidez não se harmonisa com o disposto no artigo 56.º que declara não ficar prejudicado o artigo 1234.º do Codigo civil. Ampliar o praso para a obrigação do exame até um anno parece-nos absurdo, porque seria exaggerar o maximo periodo da gestação. Além de que, se o exame fosse obrigatorio no undecimo ou no duodecimo mez, quantos filhos não poderiam ser *illegalmente* attribuidos ao primeiro marido! Com o maximo periodo dos trezentos dias já é muito possivel que se attribua ao primeiro marido a paternidade de filhos gerados nos primeiros dias da viuvez. Com o maximo periodo de um anno seria infinita a paternidade posthuma. Em outros logares as novas leis reconhecem, como periodo minimo da gestação, o praso de 180 dias e como periodo maximo o de trezentos dias (Decreto n.º 2 de 25 de dezembro, artigo 7.º e artigo 162.º do decreto de 18 de fevereiro de 1911). E' certo que o artigo 8.º do decreto n.º 2 de 25 de dezembro admitte a possibilidade de o filho nascer depois dos trezentos dias, mas obriga-o a provar que pertence ao supposto pae. Hade ser difficil a prova.

Outra questão póde suscitar-se:

O casamento celebrado, antes de decorridos os prasos marcados nos artigos 55.º do decreto de 3 de novembro e 10.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro, será nullo ou annullavel?

O artigo 197.º do decreto de 18 de fevereiro de 1911, determina que o official do registo civil deve recusar-se a celebrar tal casamento. Mas supponha-se que, não obstante, o casamento foi celebrado. Produzirá todos os effeitos juridicos do contracto?

Parece, em vista do artigo 201.º que o casamento é nullo, porque, referindo-se esse artigo aos anteriores em que se mencionam os casos especiaes em que pode haver dispensa de praso, diz que n'esses *dois* casos especiaes, o casamento poderá tambem celebrar-se *validamente* sem a precisa dispensa de publicação e *praso,* e até sem a intervenção do official do registo civil, desde que se adoptem as cautellas que em seguida indica.

Da simples leitura do artigo, parece inferir-se que para se

viuvas que contrahiram civilmente o primeiro casamento, ou tambem ás viuvas que contrahiram o primeiro casamento segundo o rito catholico e que não foi civilmente registado?

---

considerar valido o contracto de casamento, é necessaria a concessão da dispensa do praso, e que, não existindo esta, fica nullo o mesmo contracto.

Comtudo, cremos que não foi esse o pensamento do legislador, em primeiro logar, porque esse impedimento não vem mencionado no artigo 4.º do decreto de 25 de dezembro, e por isso, não póde o casamento ser considerado na fórma do artigo 11.º, nullo de pleno direito, como se nunca tivesse existido. Tambem não vem incluido nos artigos 5.º, 6.º e 7.º e, portanto, não é annullavel, na conformidade do artigo 13.º

Em segundo logar, o artigo 56.º repelle completamente a nullidade do casamento, porque manda applicar o que dispõe o artigo antecedente aos *que casarem com infracção* do disposto no artigo 10.º. Ora, o artigo antecedente refere-se ás penas impostas ao tutor ou curador que casar com a pessoa tutelada ou curatelada.

D'este modo, a *viuva* ou a *divorciada* que casarem sem ter decorrido o praso de um anno, ou o *viuvo* ou *divorciado* que casarem sem ter decorrido o praso de seis mezes sobre a dissolução do seu casamento anterior, por divorcio ou por morte, contrahem um casamento *valido,* com a unica restricção de não poder o infractor receber do seu conjuge cousa alguma por doação ou por testamento, sendo o regimen do matrimonio o da separação de bens, e pagando ainda a multa correspondente á sua renda, não excedente a um conto de reis.

Ora, desde que a lei admitte este casamento com o regimen de separação de bens que é tão legal como qualquer outro, não vemos razão para que o official do registo civil seja obrigado a recusar-se, sob pena de multa de 10$000 reis a 100$000 reis, que lhe é imposta pelo artigo 241.º do decreto de 18 de fevereiro.

Em face d'este artigo o casamento pode ser:

a) Nullo; *b)* annullavel; *c)* celebrado contra as prohibições.

O casamento, na hypothese referida, está comprehendido na terceira especie; é pois *valido,* ainda quando não tenha havido dispensa de praso, sem embargo das palavras do artigo 201.º

Cremos que a todas, sem distincção, embora essas disposições appareçam nas leis que regulam o casamento como contracto civil. A lei civil, mesmo a anterior, só reconhece no casamento o caracter civil de um contracto. Se a prova d'esse contracto se fazia pelo registo catholico, era porque não havia outro, embora o Codigo civil (artigo 2441.º) já tivesse estabelecido a doutrina de que o facto do casamento se provava pelo registo publico instituido para esse fim. Accresce que, se a lei civil se julgou competente para legislar sobre as viuvas cujo primeiro casamento foi catholico, seria absurdo negar agora á mesma lei o poder de fazer a essas leis quaesquer alterações.

44. Os homens *viuvos* poderão contrahir segundo casamento livremente, como até aqui, depois da publicação das novas leis?

Para os maridos *divorciados* estabelece o artigo 55.º do decreto de 3 de novembro que, salvas as excepções, tambem estabelecidas para as mulheres *divorciadas*, não podem contrahir novo casamento sem terem passado seis mezes sobre a data da dissolução do casamento anterior. No caso de tornarem a casar dentro do praso prohibido, incorrem nas penas applicaveis ás divorciadas.

São omissas as novas leis em relação aos maridos *viuvos?*

O decreto de 3 de novembro certamente o é, porque se refere todo elle ao divorcio, mas ha no decreto n.º 1 de 25 de dezembro uma disposição generica que bem póde applicar-se aos *viuvos*. É o artigo 10.º Determina este artigo que «*qualquer dos ex-conjuges* não poderá contrahir novo casamento emquanto não decorrerem sobre a dissolução do seu casamento anterior, por divorcio ou *por morte*, os prasos marca-

dos no artigo 55.º do decreto com força de lei de 3 de novembro de 1910.»

Vê-se que a lei considera *ex-conjuges* tanto os divorciados como os viuvos, e que manda applicar a qualquer d'elles, *varão ou mulher*, a prohibição estabelecida na lei anterior.

Com este fundamento entendemos que os *viuvos* não podem, no regimen das novas leis, contrahir segundo casamento dentro do praso de seis mezes sem incorrerem nas penas estabelecidas para os divorciados, devendo advertir-se que ficam em peiores circumstancias do que estes, pois que, como acontece ás *viuvas*, não gosam das excepções estabelecidas. (1)

45. As *viuvas* estarão comprehendidas nas excepções dos n.os 5.º, 6.º e 8.º do artigo 4.º do decreto de 3 de novembro?

Segundo o artigo 55.º § 1.º, a *divorciada* póde contrahir immediatamente segundas nupcias, quando a dissolução do matrimonio anterior por divorcio se effectuar:

---

(1) No nº 25 da 1.ª edição, tractámos largamente d'este ponto, sustentando que, havendo a prohibição do casamento para a mulher, tambem a devia haver para o marido. O periodo da probibição devia ser egual para os dois conjuges.

Comprehendemos o regimen da liberdade absoluta para os dois conjuges, mas não a desegualdade entre elles em materia de decoro.

Para a mulher a *vergonha official* dura um anno, para o homem só dura *seis mezes!* E não é isto fazer censura ao legislador, porque esta differença de periodos é geral em toda a legislação dos povos cultos.

A civilisação convencionou que o homem deve ter decencia publica por menos tempo que a mulher. O legislador obedeceu á convenção.

a) Pelo abandono completo do marido do domicilio conjugal por tempo não inferior a trez annos;

b) Pela ausencia do marido, sem que d'elle haja noticias, por tempo não inferior a quatro annos;

c) Pela separação de facto, livremente consentida, por dez annos consecutivos, qualquer que seja o motivo d'essa separação.

Em todos estes casos, a *divorciada* póde casar sem a imposição de qualquer pena e sem o cumprimento de qualquer formalidade, logo no dia seguinte ao da dissolução do matrimonio.

E a *viuva?* Essa parece que nem em taes casos póde tornar a casar livremente. E, todavia, se todos aquelles factos justificam o casamento immediato, não comprehendemos que razões especiaes póde haver para obrigar a viuva, em taes casos, á verificação da gravidez, imputando ao marido, ausente ou afastado do domicilio conjugal durante tempo, a paternidade do filho que a mãe póde trazer no ventre. Se é o decoro que determina a prohibição do casamento durante o espaço de um anno, não descobrimos como é indecoroso para a viuva que foi abandonada o tornar a casar immediatamente, e não o é para a divorciada nas mesmas circumstancias. Haveria tambem n'este caso uma omissão da parte do legislador?

Entretanto, interpretando a lei, como juizes seguiriamos n'este ponto a sua letra e limitariamos a applicação das excepções ás divorciadas.

46. A doutrina exposta em relação ás *viuvas* é tambem applicavel ás *divorciadas*, salvas as excepções que ficam referidas. Em todos os casos não exceptuados, as penas e as obrigações são identicas, se contrahem segundo casamento no praso de um anno.

Como se deve contar esse praso?

Quanto á *viuva*, começa a contar-se desde a morte do conjuge; quanto á *divorciada, sobre a data* do casamento anterior. Mas qual é essa data? Será a *data* da sentença que julga, na primeira instancia, o divorcio litigioso, ou a data em que a sentença passa em julgado, visto que d'ella póde haver recurso até ao Supremo Tribunal de Justiçá, ou ainda a data da sua publicação no *Diario do Governo?* No divorcio por consentimento mutuo será a *data* da sentença de primeira instancia que julga definitivamente o accordo?

Pensamos que a *data* a que se refere o artigo 55.º do decreto de 3 de novembro é a data *em que* passa em julgado a sentença que o auctorisou.

É certo que o artigo 2.º do decreto de 3 de novembro diz que o divorcio, *auctorisado por sentença passada em julgado,* tem juridicamente os mesmos effeitos que a dissolução por morte, quer pelo que respeita ás pessoas e bens dos conjuges, quer pelo que respeita *á faculdade de contrahirem novo e legitimo casamento,* mas não diz desde quando começam a contar-se esses effeitos. Leva-nos ainda a crêr que os effeitos do divorcio só começam a contar-se desde a data em que a sentença passa em julgado a circumstancia de que é a partilha que confere a propriedade nos bens separados a cada um dos conjuges, e esta só póde effectuar-se depois d'aquelle facto. [1]

---

[1] No praso conta-se o dia, no tocante á *viuva,* em que se realisou a morte do conjuge ou começa a contar-se no dia seguinte? No divorcio conta-se o dia em que a sentença passou em julgado, ou começa a contar-se no dia seguinte?

O artigo 10.º do decreto n.º 1 de 25 de dezembro, diz — *por morte* em relação ao primeiro ponto e — *sobre a dissolução,* em relação ao segundo. Acerca do modo de contar o praso dos

47. Se a *divorciada* contrahiu segundo casamento dentro dos trezentos dias posteriores ao divorcio, sem verificar se está ou não gravida, para quem passam os lucros nupciaes que ella perde por virtude do artigo 1234.º do Codigo civil?

Este artigo preceitua que na hypothese presente, em relação á *viuva*, os lucros nupciaes, que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior, passem aos *legitimos herdeiros d'elle*. Não offerece duvidas na sua applicação á *viuva*, porque o marido falleceu e sabe-se quaes foram os legitimos herdeiros d'elle. Mas em relação á *divorciada* o caso muda de figura, porque o primeiro marido está vivo e os herdeiros só serão chamados á successão depois da sua morte.

Para quem passam então os lucros nupciaes perdidos?

---

trezentos dias do direito anterior, sustentámos na nota do n.º 24 da primeira edição d'este livro, que devia excluir-se da contagem, o dia da morte. Mantemos a mesma opinião em face da nova lei, e quanto á divorciada parece-nos, por identidade de razão, que tambem deve excluir-se da contagem o dia em que a sentença passa em julgado. Para a contagem do praso, póde acceitar-se como direito subsidiario o disposto nos §§ 3.º e 5.º do artigo 68.º do Cod. do Proc. Civ. que manda excluir o dia em que elle começar, contando-se aquelle em que findar. Assim, o anno começaria a contar-se desde o dia seguinte á morte do marido e desde o dia seguinte áquelle em que a sentença passa em julgado, e terminaria em egual dia do mesmo mez, do anno proximo.

Devemos notar que, segundo o artigo 296.º do Cod. civ. francez, traduzindo o preceito da lei de 13 de julho de 1907, o praso dos dez mezes, estabelecido no artigo 228.º para a prohição do casamento, começa a contar-se depois do primeiro julgamento preparatorio, interlocutorio, ou sobre o fundo da questão proferido na causa, tendo-se previamente feito o competente resgisto civil. Com esta providencia desappareceram as duvidas a

Para os herdeiros não póde ser, porque está vivo o futuro auctor da herança. Para o marido tambem não póde ser, porque a lei não o chama á acquisição dos lucros.

Mas como os juizes, tanto n'este como em casos semelhantes, não podem abster-se de julgar a pretexto de falta ou obscuridade de lei (Cod. do Proc. civ., artigo 97.º), temos de interpretar o texto na sua applicação de modo que não resulte absurdo.

Considerado, pois, o caso como omisso, teremos de interpretar a lei pelo seu espirito, e como este consiste em fazer reverter os lucros para aquelles que representam o marido fallecido, não repugna á boa razão que, vivendo elle, passem para elle proprio.

Julgarão assim os nossos tribunaes?

Não se prenderão á letra da lei que manda re-

---

que dava origem a lei de 27 de julho de 1884, que mandava contar o praso desde que o divorcio se tornava definitivo.

Quando o julgamento de separação de pessoas se convertesse em julgamento de divorcio, conforme o artigo 310.º do Cod. civ., a mesma lei de 13 de julho de 1907 permittia que a mulher contrahisse novas nupcias logo depois do registo da decisão de conversão.

Na falta d'uma disposição clara, seguimos o principio geral de que os effeitos da sentença começam desde que ella passa em julgado, tomando como base da contagem a sentença definitiva. Assim se devem interpretar os artigos 2.º, 19.º § 2.º do decreto de 3 de novembro e artigo 43.º, do decreto n.º 1, de 25 de dezembro.

Acerca dos *viuvos* occorre uma questão transitoria. É a de saber se o praso começa a contar-se desde a publicação da nova lei, ou se deve tomar-se em conta o praso anteriormente decorrido. Parece-nos que, se o praso está completo antes da nova lei, deve julgar-se cumprida a sua prescripção. Se não está completo, deve completar-se de harmonia com ella.

verter os lucros para os herdeiros legitimos do marido?

Não nos atrevemos a affirmal-o.

48. A terça communicavel pelo artigo 1235.º do Codigo civ. é ampliada a metade, em vista do disposto no § unico do artigo 1.º do decreto de 31 de outubro de 1910?

Póde sustentar-se a negativa com os seguintes principaes argumentos:

1.º Que o mencionado decreto no artigo 10.º declara quaes são os artigos que ficam alterados e entre elles não figura o artigo 1235.º do Codigo civil;

2.º Que não existe relação alguma entre a terça communicavel e a terça disponivel;

3.º Que tanto isto é assim, que o artigo 1098.º do Codigo civil francez, por exemplo, estabelece como quota maxima communicavel a quarta parte dos bens do binubo, emquanto que a quota disponivel póde, em certos casos, ser de metade ou de um terço (Cit. Cod., art. 913.º). O mesmo no Codigo civil de Italia, em que a quota disponivel é de metade (artigo 805.º) e a doavel ao segundo conjuge muito inferior (artigo 770.º).

Não acceitamos esta opinião, e afigura-se-nos mais defensavel a contraria. Suppômos que o citado artigo 1235.º foi alterado n'esta parte, e que, em vista da nova lei, o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, poderá communicar com o outro conjuge, ou doar-lhe *metade* dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por successão ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes. As razões em que fundamentamos o nosso parecer são as seguintes:

1.ª O artigo 10.º do decreto de 31 de outubro, declarando quaes são os artigos do Codigo civil que ficam alterados, não é taxativo, mas apenas exemplificativo. Assim, elle declara alterados os artigos 1784.º a 1787.º, 1969.º, 2000.º e 2003.º a 2006.º, e comtudo ha muitos outros, que se referem á quota disponivel, que não foram mencionados e estão manifestamente alterados. Basta citar o artigo 1492.º sobre as doações inofficiosas que manda reduzil-as á *terça* parte, se envolverem prejuizo da legitima dos herdeiros legitimarios do doador, e o artigo 2111.º, referente ás collações que manda incluir na *terça* do doador a parte excedente á porção legitimaria do donatario. Estes artigos, como muitos outros, estão evidentemente alterados, porque elles são, para assim dizer, adjectivos d'aquelle que estabelece o valor de quota disponivel. Como se haviam de fazer as reducções unicamente á *terça* parte para não prejudicar os herdeiros legitimarios ás *duas* outras terças partes, se o direito d'elles não póde pela nova lei ir além de *metade* da herança? Não seria absurdo affirmar que taes artigos continuam em vigor simplesmente porque não foram mencionados no artigo 10.º do decreto de 31 de outubro? Parece-nos que sim. (1)

2.ª É certo que o legislador póde proteger os interes-

(1) O Codigo civil, falla em *terço* ou *terça*, além dos artigos expressamente revogados, nos artigos 1104.º, 1109.º, n.º 4.º, 1128.º, 1147.º, 1167.º, 1462.º, 1463.º, 1492.º, § 2.º, 1493.º, 1494.º, 1760º, 1775.º, 1781.º, 1789.º, 1790.º, 1814.º, 1991.º, 1992.º, e, por ventura, em mais alguns. Nos citados, nem todos soffreram alteração, mas é facil fazer a destrinça desde que se parta do principio, de que o § unico do artigo 1.º do decreto de 31 de outubro se refere, restrictamente, á parte disponivel da herança.

ses dos filhos do primeiro matrimonio como entender, e que nada impede que elle lhes dê uma protecção inferior á terça do pae binubo, ou mesmo que lhes não dê protecção alguma, collocando o casamento do pae binubo no regimen commum, mas é preciso attender a que no systema do nosso codigo a quota communicavel foi fixada na terça por ser essa a parte disponivel que o binubo tinha ao tempo do segundo casamento, e, por isso, alterada essa quota para mais ou para menos, alterada fica consequentemente a quota communicavel.

3.ª Do artigo 1235.º se vê que elle se refere não só a communhão, mas tambem ás doações entre casados e ainda ás disposições testamentarias. Ora o direito de doar e de dispôr por ultima vontade, existindo filhos ou outros descendentes successiveis, foi alargado até metade da herança. (1)

49. Poderão os divorciados tornar a casar um com o outro e, no caso affirmativo, será este casamento considerado como o restabelecimento do casamento anterior, ou como segundas nupcias?

Entre os impedimentos para o casamento, referidos no artigo 4.º do decreto de 25 de dezembro, não se encontra mencionado o facto de terem estado anteriormente ligados pelo vinculo matrimonial os pretensos conjuges. O n.º 6.º do mesmo artigo considera apenas impedidos os ligados por outro casamento ainda não dissolvido. D'este preceito se infere que, tendo havido dissolução anterior, desapparece o impedimento dirimente sem distincção entre as pessoas que pretendam contrahir novo casamento. Entre os casos do casa-

(1) A *Rev. de Leg. e de Jur.*, vol. 44.º, pag. 411, é tambem d'esta opinião.

mento annullavel, mencionados nos artigos 5.º a 7.º, tambem não vem incluida a hypothese a que nos referimos.

Assim, cremos que dois conjuges separados por divorcio podem, nos termos geraes, tornar a casar um com o outro. Não é o restabelecimento da antiga sociedade conjugal, porque essa foi extincta pela rescisão do contracto em que se fundava. É a formação de uma nova sociedade, que póde assentar em novas convenções que não briguem com os direitos emergentes da extincção da sociedade anterior.

Assim, parece-nos ser este um caso de segundas nupcias, em tudo regulado pelas disposições applicaveis do Codigo civil.

Havendo filhos do matrimonio dissolvido, nenhum dos conjuges póde, n'este seu segundo casamento, communicar com o outro conjuge, nem por qualquer titulo doar-lhe, mais do que a metade dos bens que levar para o casal, e se a mulher voltar ao domicilio conjugal do que foi seu marido já quinquagenaria, não poderá alhear, por titulo algum, mais do que a metade dos bens, tudo na conformidade dos artigos 1235.º e 1237.º do Codigo civil.

É realmente curioso que, tendo sido redigidos estes artigos para o caso em que os filhos sejam sómente de um dos conjuges, tenham de ser applicados ao caso em que os filhos sejam communs!

Será conveniente, a nosso vêr, regular a hypothese por disposições especiaes, n'uma revisão da lei em vigor. (1)

---

(1) Não suppômos esta hypothese irrealisavel entre nós. Na velha Roma ha, pelo menos, o conhecido caso de Catão que se divorciou da mulher para a entregar a Hortensio, e que, por

50. Será applicavel a disposição do decreto de 31 de outubro aos que antes da sua publicação houverem contrahido segundas nupcias?

Ha quem entenda que sim, quanto aos bens que

---

morte d'este, tornou a casar com ella. E parece que o caso era digno do poema heroico, porque a elle se refere Lucano (*Phars.* lib. sec.), celebrando-o em honra de Catão, na formosa passagem que começa:

Interea Phoebo gelidas pellentes tenebras
Pulsatae sonuere fores: quas sancta relicto
Hortensi moerens irrupit Martia busto;
. . . . . .

O discurso que Lucano attribue a Marcia é, ainda mesmo salva a metrificação, um modelo no genero:

Dum sanguis inerat, dum vis materna, peregi
Jussa, Cato, et geminos excepi feta maritos.
Visceribus lassis, partuque exhausto revertor
Jam nulli tradenda viro; da foedera prisci
Illibata tori; da tantum nomen inane
Connubii: liceat tumulo scripsisse Catonis
Martia; nec dubium longo quaeratur in aevo
Non me laetorum comitem rebusque secundis
Accipis; in curas venio; partemque laborum.
Da mihi castra sequi; cur tuta in pace relinquar,
Et sit mihi propior Cornelia bello?

Depois d'isto, Catão commoveu-se — *Hae flexerunt virum voces* — e não obstante a mulher voltar, *visceribus lassis partuque exhausto,* recebeu-a novamente, comquanto sem pompa e sem as ceremonias da liturgia do costume; á capucha, como diriamos hoje. E lá ficaram novamente casados segundo a lei romana, como o poderiam fazer actualmente segundo a lei franceza e segundo a nossa.

É muito possivel que algnns conjuges, impellidos ao divorcio por paixões de momento, se arrependam e voltem ao estado anterior. E até admissivel que qualquer dos conjuges, depois de

foram deixados ou doados aos binubos depois d'esse decreto e que em virtude do regimen de bens no matrimonio se devem communicar. (1)

Nós, porém, julgamos que a nova disposição é

---

ter novamente casado, se divorcie, reconhecendo pela experiencia que o primeiro marido, ou a primeira mulher, são sempre os melhores. Casos em que os conjuges se divorciam e tornam a viver juntos em plena paz domestica temos já alguns na vigencia, aliás curta, da moderna lei. Porque não hão-de, pois, voltar ao registo civil, com outras convenções antenupciaes, legalisando o concubinato em que ficaram?

A lei francesa de 27 de julho de 1884, regula expressamente a hypothese, permittindo que os conjuges divorciados tornem a unir-se, quando um ou outro não tiverem, posteriormente ao divorcio, contrahido um segundo casamento seguido de um segundo divorcio. No caso permittido, é necessaria uma nova celebração do casamento, mas os esposos não poderão adoptar um regimem matrimonial differente d'aquelle que regulára originariamente a sua união. Depois da reunião dos conjuges não será recebido da sua parte nenhum pedido de divorcio, qualquer que seja o motivo allegado, excepto se fôr o de uma condemnação a pena afflictiva e infamante, pronunciada contra um d'elles depois do segundo enlace.

É, pois, manifesto que, segundo a lei franceza, podem, salva a excepção, os dois conjuges divorciados tornar a casar, mas sem alteração nas convenções antenupciaes que regulavam o casamento dissolvido. Parece ainda inferir-se da lei que, se um dos conjuges divorciados casou com outra pessoa e d'esta *enviuvou,* póde tornar a casar com o conjuge anterior.

Tambem, segundo a lei franceza, no caso de divorcio admittido em justiça por motivo de adulterio, não pode o conjuge culpado casar com o seu cumplice. Não apparece este impedimente na lei portugueza e afigura-se-nos que com justificada razão. E' preferivel o casamento á continuação do concubinato escandaloso.

Na falta de disposições especiaes applicaveis, quer-nos parecer que é a melhor opinião a que deixamos exarada no texto.

(1) Cit. *Rev. de Leg. e de Jur.,* leg. cit.

applicavel, em absoluto, a todos os casamentos existentes á data do decreto. Conforme o primeiro parecer referido, o binubo, que tivesse casado antes do decreto no regimen commum, continuaria com a communicação da *terça* dos bens que possuia á data do casamento, e com a communicação da *metade* dos bens, que adquirisse na vigencia d'elle, de seus ascendentes ou de outros parentes.

Não assentimos a esta opinião, porque o decreto alargou a faculdade de dispôr em relação a todos os bens existentes á data da lei, e não simplesmente em relação aos bens que os testadores adquirirem posteriormente a ella. Assim, qualquer pessoa que, tendo filhos, só podesse dispôr da terça, passa depois do decreto a poder dispôr de metade. Ora, se o binubo póde desde que o decreto começou a vigorar, fazer doações entre vivos ao outro conjuge até metade dos seus bens, ou fazer testamento em seu favor deixando-lhe essa metade, não ha motivo para lhe tirar essa faculdade em relação á communhão matrimonial. De outro modo, a quota disponivel não seria egual á quota communicavel.

51. Assim como nos parece que foi modificado o artigo 1235.º, assim e por identicas razões suppomos alterado o artigo 1237.º que se refere á viuva quinquagenaria. Afigura-se-nos que depois do decreto ella póde communicar com o outro conjuge metade dos bens que levou para o casal, ficando a outra metade sugeita á prohibição de alienação emquanto tiver filhos ou outros descendentes que possam haver esses bens.

52. Além do que fica exposto, parece-nos que se devem dar como definidos os seguintes pontos:

a) O varão *divorciado*, ou a mulher *divorciada*,

que contrahir novo casamento, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a *metade* dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes (Cod. civ., art. 1235.º e art. 1.º § unico do decreto de 31 de outubro de 1910);

b) A mulher *divorciada*, que contrahir novo casamento depois de completar cincoenta annos, não poderá alhear por titulo algum desde o dia em que haja contrahido o novo matrimonio, a propriedade da *metade* dos bens, mencionados no artigo 1235.º do Codigo civil, emquanto tiver filhos e descendentes que o possam haver (Cit. Cod., artigo 1237.º e art. 1.º § unico do decreto de 31 de outubro);

c) O varão *divorciado*, ou a mulher *divorciada*, com filhos de anterior matrimonio, que casa com pessoa que os não tenha, presumir-se-ha casado, não havendo convenção em contrario, com communhão de bens, salvo o disposto nos artigos 1233.º a 1239.º do Cod. Civ., que será sempre mantido (Cod. Civ., artigo 1238.º);

d) Se ambos os conjuges, que contrahirem novo casamento forem *divorciados* e tiverem filhos ou outros descendentes successiveis de matrimonio anterior, communicam a *metade* dos bens a que se refere o artigo 1235.º e que cada um possuir, se houver contracto expresso de communhão. Não o havendo, presume-se o novo casamento contrahido com separação de bens (artigo 1238.º)

e) A mulher *divorciada* perde o goso das honras do marido e o direito de usar o seu nome, desde que seja proferido o divorcio (dec. de 3 de novembro de

1910, artigo 19.º § 2.º; decreto n.º 1 de 25 de dezembro, artigo 43.º). A *viuva* só perde esses direitos, quando passa a segundas nupcias (Cod. civ. artigo 1188.º; cit. dec. de 25 de dezembro, artigo 43.º);

f) O varão *divorciado*, ou a mulher *divorciada*, perde o direito a alimentos quando passa a novas nupcias (Dec. de 3 de novembro, cit. artigo 32.º n.º 1.º). O mesmo em relação aos conjuges viuvos (Cod. civ., artigo 1232.º);

g) A mulher *divorciada*, que contrahir novo casamento, perde o usufructo dos bens dos filhos menores a que se refere o artigo 145.º do Cod. civil (artigo 149.º n.º 3.º). O varão divorciado tem a administração dos bens de que tractam os artigos 145.º e 146.º e representa os filhos em juizo ou fóra d'elle (artigo 138.º), ainda quando contraia novo casamento. (1)

---

(1) Cremos ser esta a opinião acceitavel, mas reconhecemos que póde ser contestada com os seguintes principaes fundamentos:

a) Que, mantendo os artigos 22.º e 23.º do decreto de 3 de novembro o poder paternal dos conjuges divorciados, e a tal ponto que não permitte que qualquer d'elles renuncie a esse poder nem mesmo a favor do outro, e sendo a administração em commum dos bens referidos um direito do poder paternal, deve aos dois conjuges pertencer essa administração e não simplesmente a um d'elles;

b) Que, tendo de fazer-se partilha entre os dois conjuges, a consequencia seria dividir os bens, ficando cada um com aquillo que lhe pertencesse, embora tivesse de entregar os bens aos filhos quando entrassem no goso dos seus direitos civis;

c) Que, finalmente, nos bens em que os paes têm, além da administração, o usufructo, deviam elles ser entregues áquelle dos paes que tivesse os filhos proprietarios em sua companhia.

A isto póde objectar-se:

a) Que é certo que o poder paternal pertence egualmente

É possivel, e até natural, que na execução das novas leis surjam, no assumpto de que tractamos, outras

---

aos dois conjuges, mas ainda na constancia do matrimonio é o marido quem administra os bens do casal, qualquer que seja a natureza d'elles (artigos 1104.º e 1189.º), o que não contraría o facto de aquelle poder pertencer aos dois conjuges:

b) Que na partilha entre os conjuges nunca os bens de que os paes são usufructuarios ou simples administradores podem entrar, visto não lhes pertencerem, e ella conferir a cada um dos conjuges a propriedade plena e livre administração dos bens partilhados (Dec. de 3 de nov., artigo 26.º);

c) Que a administração em commum seria de difficil execução entre pessoas, a maior parte das vezes separadas por profundos odios e absolutamente incompativeis;

d) Que, se a administração e usufructo ficassem pertencendo ao conjuge que tivesse o filho proprietario em sua companhia, esse filho ficaria em situação diversa da dos seus irmãos não proprietarios, pois seria, com prejuizo d'elles, disputado por ambos os paes estimulados mais pelo interesse do que pelo amor paternal.

A questão, que é realmente complicada, não teria razão de ser, se o legislador tivesse expressamente regulado a hypothese, determinando que os paes divorciados perderiam o usufructo e a administração dos bens dos filhos menores, nomeando-se um administrador, como acontece no caso em que a mãe binuba não é confirmada na administração pelo conselho de familia (Cod. civ., artigo 163.º § unico). Esse administrador, que é uma especie de tutor, com o conselho de familia, seria manifestamente a entidade mais idonea para a administração dos bens.

A administração em commum é impossivel; a partilha do usufructo entre dois entes que, em muitos casos, esquecem os seus deveres para com os filhos, sacrificando o decoro e, não raro, a felicidade d'elles, é profundamente immoral.

O artigo 27.º do decreto de 3 de novembro não é applicavel, porque regula sómente os beneficios que o conjuge que deu causa ao divorcio recebeu, ou houver de receber, do outro conjuge, quer lhe tenham sido estipulados em contracto antenupcial, quer poste-

questões para nós imprevistas n'este momento. A revisão constitucional d'essas leis as hade certamente prevêr e dirimir.

FIM

---

riormente. Não regula os bens dos filhos de que os paes são usufructuarios ou simples administradores. Havendo accordo entre os paes, ainda o caso se poderia julgar abrangido no n.º 7.º *in fine* do artigo 8.º Não o havendo, não poderá o juiz deixar de applicar a lei, cujos preceitos são, segundo cremos, os que ficam enunciados.

INDICE

INTRODUCÇÃO

PARTE PRIMEIRA

DIREITOS E DEVERES DA MULHER BINUBA

CAPITULO I

CAPITULO II

CAPITULO III

SUPPLEMENTO

CAPITULO I

CAPITULO II

CAPITULO III

ERRATAS

Pag.	Linh.	Erros	Emendas
10	1	um vitude	uma virtude
10	15	*por*	*pro*
12	15	*pulent*	*putent*
14	9	convertido	controvertido
14	27	quasuti que	*quas utique*
25	8	auas	suas
41	25	Plautarcho	Plutarcho
41	30	cogoscere	cognoscere
56	3	o	a
62	14	*obtenues*	*obtenus*
71	28	illudir	illidir
78	17	as	os
97	11	*jusjusrandum*	*jusjurandum*
105	22	*conjugia*	*conjugio*
112	12	*desponible*	*disponible*
115	8	propiedade	propiedad
122	29	aquelle	aquella
125	21	*eodem*	*eadem*
134	34	1236.º	1235.º
171	5	1234.º	1233.º
		etc.	etc.