

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS

RELATIVAS AO

JUIZO DA PROVEDORIA

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS

RELATIVAS AO

JUIZO DA PROVEDORIA

TESTAMENTOS, SUCCESSÕES E ASSOCIAÇÕES RELIGIOSAS

POR

Joaquim Augusto Ferreira Alves

Ministro do Tribunal de Justiça de S. Paulo



Os Juizes devem ter sempre ante os olhos as leis e seu regimento para que bem possam cumprir com os seus deveres e serviço do paiz, devendo ter sempre viva a lembrança do grande cargo que se lhes confia, para desencargo da consciencia do governo que os nomeia e da sua propria.

(Ord. Liv. 1.º, Tit. 1.º, *in princ.*, e Tit. 5.º, 4.º)

3ª EDIÇÃO

CORRECTA E AUGMENTADA



LAEMMERT & C.

EDITORES

RIO DE JANEIRO—S. PAULO—RECIFE

1897

341. H
X 474
alb

*Todos os volumes da obra serão rubricados pelo autor com
a rubrica. infra.*

Ferreira Dias

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume acha-se registrado

sob número 1548

de ano de 1946

INDICE

TITULO I

Juizo da Provedoria

Capitulo I.—Competencia jurisdiccional	pags.	3
Capitulo II.—Autoridades que exercem a Provedoria.	»	5
Capitulo III.—Funcções que já não exercem os Provedores	»	9
Capitulo IV.—Disposições geraes.	»	13

TITULO II

Juizo de residuos e obrigações.

Capitulo V.—Testamentos	»	18
Secção I.—Abertura dos testamentos.	»	23
Secção II.—Registro »	»	30
Secção III.—Inscrição »	»	32
Secção IV.—Sello »	»	32
Secção V.—Arquivo »	»	33
Secção VI.—Inscrição hypothecaria.	»	34
Capitulo VI.—Testamento cerrado	»	36
Capitulo VII.—Testamento nuncupativo	»	77
Capitulo VIII.—Testamento aberto por instrumento publico	»	88
Capitulo IX.—Testamento aberto por instrumento particular	»	90
Capitulo X.—Testamentarias.	»	91
Capitulo XI.—Contas dos testamentarios.	»	95
Capitulo XII.—Deveres dos testamentarios.	»	109
Capitulo XIII.—Prorogação do prazo da prestação de contas	»	115
Capitulo XIV.—Exhibição dos testamentos	»	116
Capitulo XV.—Sonegação »	»	117
Capitulo XVI.—Registro »	»	117
Capitulo XVII.—Bens das testamentarias	»	118
Capitulo XVIII.—Residuo.	»	119
Capitulo XIX.—Vintena	»	123
Capitulo XX.—Inventario	»	130
Capitulo XXI.—Legitima e terça	»	161
Capitulo XXII.—Dividas passivas	»	174
Capitulo XXIII.—Legados.	»	192

Capitulo XXIV.—Acção de nullidade de testamento	pag.	196
Capitulo XXV.—Impedimento á faculdade de testar	»	203
Capitulo XXVI.—Direito de accrescer	»	204
Capitulo XXVII.—Cemiterios	»	207
Capitulo XXVIII.—Imposto de transmissão <i>causa mortis</i>	»	213
Capitulo XXIX.—Promotores de Residuos	»	238
Capitulo XXX.—Ministerio Publico	»	241
Capitulo XXXI.—Escrivão da Provedoria	»	242
Capitulo XXXII.—Taxa judiciaria e custas	»	244

TITULO III

Successão legitima

Capitulo XXXIII.—Herdeiros	»	245
Secção I.—Descendentes	»	248
Secção II.—Ascendentes	»	306
Secção III.—Collateraes	»	322
Secção IV.—Conjuges	»	355
Secção V.—Fazenda Nacional (União)	»	357

TITULO IV

Juizo de Capellas e obrigações

Capitulo XXXIV.—Capellas (Vinculos)	»	359
Capitulo XXXV.—Corporações de mão-mórta	»	432
Capitulo XXXVI.—Ordens Religiosas	»	441
Capitulo XXXVII.—Associações Religiosas	»	499
Capitulo XXXVIII.—Irmandades, Confrarias, Ordens Terceiras e Misericordias	»	547
Capitulo XXXIX.—Fabricas	»	564

TITULO V

Juizo do evento

Capitulo XL.—Juiz de Evento e obrigações	»	572
Capitulo XLI.—Escrivão do Evento	»	577
Appendice aos §§ e notas da obra	1 á	XXVII

ERRATA

No § 272, pag. 182, onde se lê suo dividos leia-se suas dividas e onde se lê custos leia-se custas.

As mais incorrecções e erros ficam sujeitos á benevolencia dos leitores.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS

RELATIVAS AO

JUIZO DA PROVEDORIA

TITULO I

Do Juizo da Provedoria

CAPITULO I

Competencia jurisdiccional

§ 1.º

O juizo da Provedoria é um juizo privativo de jurisdicção stricta, improrogavel e privilegiada (I)

(I) Nenhum julgador pôde intrometer-se na jurisdicção de outro privativa contéuda em seu particular regimento (Lei de 19 de janeiro de 1756 e Alvará de 17 de janeiro de 1739; ord. liv. 1.º tit. 62; Lei de 3 de dezembro de 1841, art. 114 § 2; Reg. de 15 de março de 1842, art. 2.º n. 2; Ramalho, proc. Civil, part. 1.ª tit. 3, cap. 3 § 10; parte 3ª tit. 1.º cap. 3.º § 1.º; Praxe For. part. 1.ª, tit. 1.º §§ 14 e 15; Borges Carneiro, vol. 3.º liv. 1.º tit. 26 § 229 n. 29; Per. Souza, vol. 1.º nota 45 ao § XXI e 767; Pim. Bueno, Proc. Civil, tit. 1.º cap. 2.º sec. 5.ª parte 3ª ultima parte; Valasco Consulta 27 n. 5; Gama dec. n. 219; Guerreiro, trat 2.º, liv. 8, n. 20; Avisos de 28 de Novembro de 1834, 9 de junho de 1851, 14 de dezembro de 1854 e 1 de Agosto de 1867. É um juizo especial, distincto do juizo commum e ordinario e mesmo de qualquer outro especial e privilegiado, e embora sejam suas funcções cumulativamente exercidas, são distinctas e separadas as varas do cível e provedoria, devendo ser as audiencias dadas em separado, e haver um protocolo especial. Ha Estados em que os juizes de direito exercem jurisdicção sem distincção de varas. Nos Estados do Pará, Maranhão, Piauhy, Pernambuco, Espirito Santo e S. Paulo ha varas privativas dos juizes da provedoria de residuos. Neste Estado em cada comarca ha um juiz de direito, excepto: a) na da capital, onde haverá cinco, assim distribuidos: dous com jurisdicção cumulativa no cível e commercial: dous com jurisdicção cumulativa nas varas de orphãos e ausentes, um com

§ 2

Não tem o juizo da provedoria competencia para conhecer das questões de foro commum (2)

jurisdição nas varas dos feitos da Fazenda do Estado e da provedoria, exercendo todos, cumulativamente, a jurisdição criminal; b) nas de Campinas e Santos, onde ha dous com jurisdição cumulativa em todas as varas. (Leis do Estado, n. 18 de 21 de Novembro de 1891, n. 80 de 25 de Agosto de 1892, art. 1.º § 4 e art. 11 do decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892) A vara da provedoria tem a denominação de 5.^a vara. Actualmente, como out'ora, o residuo é applicado á Fazenda Nacional, *ex-vi* do art. 32 III da lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, impressa na Gaz. Juridica do Estado, vol. 7 n. 4, pag. 268. Os bens do evento como especie de bens vagos, são no districto federal arrecadados pelos pretores, de conformidade com o Dec. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 e nos Estados por ser renda estadual são arrecadados na forma dos regulamentos estadoaes (Direito, vol. 66 n. 1, pag. 40 a 42). Extincto o juizo dos feitos da Fazenda Nacional, correm as causas perante os juizes seccionaes. Em S. Paulo as causas da fazenda do Estado correm perante o juizo privativo dos feitos da fazenda da capital que continua com jurisdição em todo o Estado. A Constituição Federal e a do Estado não aboliram o foro privilegiado de causa, como o creado para a execução das ultimas vontades e que envolve direitos eventuaes da Nação. A jurisdição do juizo da provedoria, com o regimen da separação da igreja do Estado, soffreu limitação com o decreto de 7 de Janeiro de 1890, n. 119 A, art. 72 § 3.º da Constituição Politica Federal e Lei n. 173 de 10 de Setembro de 1893, ficando extincta a jurisdição dos provedores de capellas sobre a tomada de contas e intervenção na administração dos bens das igrejas, irmandades e mais corporações religiosas. Não ha razão justificativa da continuação da interferencia do juizo de capellas na administração dos bens de diferentes pessoas juridicas religiosas, desde que nenhuma tem caracter official e todas foram consideradas associações particulares sujeitas ao direito commum. A interferencia resultava da posição privilegiada em que se achava collocada a religião catholica em relação ao Estado, não permitindo as citadas leis alliança da União com qualquer confissão religiosa. Não estão em vigor as ordds. quanto á prestação de contas dos institutos catholicos (Vide Direito, vol. 53 pag. 391.)

(2) Accordam da relação do Rio na Rev. Juridica de 1868 decidindo um agravo entre partes, aggravante Manoel Ignacio de Oliveira Costa, aggravada d. Guilhermina da Conceição Ferreira, julgando o juizo da provedoria incompetente para perante elle se pedir a entrega de um legado (ou fideicommisso.) O mesmo foi julgado por accordam da mesma relação de 16 de Novembro de 1875 em

CAPITULO II

Auctoridades que exercem a provedoria

§ 3.

Na capital do Estado é exercida a provedoria por um juiz de direito privativo que tambem exerce a vara dos feitos da fazenda do Estado e exercendo cumulativamente com os mais a jurisdicção criminal. Em Campinas e Santos ha dous juizes com jurisdicção cumulativa em todos as varas e nas mais comarcas um juiz de direito com jurisdicção geral.

autos de agravo de petição, aggravante Antonio Moreira da Silva Guerra e aggravados, Manoel Domingues da Silva e outros; Direito, anno IV vol. 9. n. 1, de 15 de Janeiro de 1876, pag. 88.

Este accordam consignou a doutrina de que a competencia do juizo da provedoria se limita a providenciar administrativamente sobre o cumprimento dos testamentos, devendo remetter para o juizo commum por dependencia de maior indagação e para acção ordinaria as questões sobre a validade de testamentos e legados, só podendo decidir accidentalmente questões, quando de direito e não dependentes de discussão regular e prova. Em contrario julgou a relação do Recife por accordam de 7 de Agosto de 1877—Direito vol. x n. 1, pag. 127; e a propria Relação do Rio por Accordams de 3 de Novembro de 1876, 27 de Julho de 1877 e o Supremo Tribunal de Justiça por accordam de 1.º de dezembro do mesmo anno despresando a nullidade allegada do juiz da provedoria intervir em acção de petição de legado e indemnisação que em legado se fundava: rev. n. 91, 699—Gaz. Juridica, vol. 18, n. 181, pag. 81. Tem-se entendido tambem ser incompetente para perante elle se propor acção de nullidade de testamento (Man. do Procurador dos Feitos, Perd. Malheiros, nota 1346, Nov. Man. do Procurador dos feitos da Fazenda, § 368 e nota 399; Accordam de 22 de outubro de 1875 em recurso de agravo transcripto pelo dr. Macedo Soares, no app. ao Trat. dos testamentos de Gouveia Pinto, pag. 513; Accordam da Relação do Rio, de 14 de Dezembro de 1875—Direito vol. 8, pag. 681; sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1885—Direito, vol 37 pags. 208 e 209; Direito vol. 56 n. 2 de 15 de Outubro de 1891, pag. 201; Accordams da Relação de São Paulo de 17 de Abril de 1891 e 14 de Agosto do mesmo anno — Direito, vol 56 n. 4, pag. 260 a 261. Que o juiz da provedoria é competente para a acção de nullidade de testamento se vê julgado no Direito, vol. 45 pag. 607 e vol 52 pag. 182, revista civil n. 10,793. Assim tambem entende Macedo Soares, nota do cap. VI, testamentos. Julgamos que se ha restringido a jurisdicção

§ 4.

Aos juizes de direito da vara da provedoria compete:

a) Abrir e fazer executar testamentos e codicillos, mandando que sejam registrados e inscriptos nas repartições fiscaes. Lei n. 18 de 1891—art. 63 II *d*, decreto n. 123 de 1892, art. 124 § 4 II, *a*.)

b) Nomear testamenteiros ou intimar os nomeados para que cumpram os testamentos e tomar-lhes contas, dando os recursos legaes. (Lei n. 18 de 1891, art. 63 II *d*; decreto n. 123 de 1892, art. 124 § 4 II *b*.)

do juiz da provedoria sem razão quando foi instituida para fazer valer e cumprir essas leis domesticas que se chamam —testamentos— tão dignos do favor do legislador. Assim contra o primeiro julgado temos o Alvará de 3 de Novembro de 1622 que dispõe: o legado deve ser demandado perante o juiz que tem de conhecer dos testamentos e outro não é senão o provedor, assim refere julgado no Senado Mend. a Castro, part. 1.º cap. 2.º § 2 n. 2; Repert. verb. *provedor*, pag. 178, nota *b*; e isto porque ao juiz provedor sempre competio a execução das disposições testamentarias; e a entrega de um legado ou fideicommisso é execução de testamento. Mendes a Castro diz que: o juiz provedor pode conhecer das duvidas sobre legados e fideicommissos e assim refere julgado em 1610. A nullidade do testamento tambem devia ser affecta a este juizo dos testamentos, porque ella é questão preambular da execução do testamento (Lobão, segundas Linhas civis, vol. 2.º secc. 4. art. 7 n. 67. A carta de lei de 7 de Março de 1609 declara competente o juizo da provedoria para conhecer *por acção nova de todas as causas da provedoria* e o mesmo dispõe o Alvará de 12 de Setembro de 1652. O juizo da provedoria não é um mero juizo administrativo, é tambem um juizo contencioso, assim o declarão a lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841, art. 114 § 2.º e dec. de 15 de Março de 1842, n. 143 art. 2.º § 2.º. Tem-se julgado incompetente para redução do testamento nuncupativo a publica forma (Man. cit. nota 1339. Que o juizo da provedoria é competente para a redução, diz Souza Bandeira, no Novo Procurador dos Feitos, § 354, citando o Aviso n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848, e assim opina Macedo Soares no tratado de testamentos, a pag. 68.

Sendo o juizo da provedoria competente para abrir os testamentos cerrados, mandar registrar e inscrever os testamentos e tomar as contas testamentarias, não ha fundamento para negar-se-lhe competencia quando se trata de completar o testamento pela redução e

c) Processar e julgar em primeira instancia :

1) — o inventario e partilha dos bens dos que deixam testamento — não havendo orpham, menor ou interdicto interessado na herança, ou sendo caso da competencia do juiz dos ausentes;

2) — e as causas que directa e immediatamente provierem dos mesmos inventarios e partilhas e as que della forem dependentes. (Lei n. 18 de 1891, art. 63, II *d*, decreto n. 123 de 1892., art. 124 § 4, II, letras *c* e *d*;

d) Julgar para o residuo e fazer effectiva a sua arrecadação, nos termos do direito civil e com os recursos legaes. (Lei n. 18 de 1891, art. 63 II, *d*; decreto n. 123 cit., art. 124 § 4, *e*;

e) Proceder á arrecadação dos bens do evento. (Lei n. 18 de 1891, art. 63, II, *d*; decreto n. 123 cit. art. 124 § 4, *f*;

f) Em geral, prover ao que possa interessar á execução dos testamentos e codicillos e á fazenda publica nos assumptos sob as letras *c*, *d*, *e*, *f*, do decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 124 § 4.

(Lei n. 18 de 1891, art. 63, II. *d*; decreto n. 123 de 1892, art. 124 § 4. (3).

reduzil-o á verdade pela sentença. Que é nulla a acção de sonogados intentada perante o juizo da provedoria como incompetente para resolver questão ou materia contenciosa e de alta indagação, julgou a Relação de Ouro-Preto por accordam de 20 de Maio de 1884, appellação civil n. 888—Resenha Juridica Mineira anno I n. 6 de Junho do mesmo anno. Vide Direito vol. XI, pag. 590 vol. VI, pag. 512 sobre acções, dependencias de inventarios. Que o juiz civil tem competencia para publicação de testamento particular e não o da provedoria, julgou a relação do Rio de Janeiro em dous de Abril de 1886, no agravo n. 5.257—Direito vol. de 15 Junho de 1888 pag. 413, entendendo o Desembargador Carneiro de Campos ser competente — o juizo da provedoria de residuos.

(3) Podendo os juizes provedores, como juizes de inventarios processar e julgar as causas que provierem delles ou que forem dependentes, podem conhecer de acções de sonogados, e collações, assim não pode ser acceita a opinião do Accordam de Ouro-Preto de 20 de maio de 1894, citado na nota segunda. Quanto ao julgamento para o residuo a bem da fazenda nacional ha o interesse

§ 5.

Não estão abolidas as correições; os juizes de direito, em acto dellas, exercem as funcções dos antigos provedores de comarca a respeito da revisão das contas dos testamenteiros.

da União e devem intervir nas contas testamentarias os procuradores seccionaes: art. 32, II da lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894.

No districto federal intervem tambem os membros do ministerio publico nas contas testamentarias. A organização dos Estados quanto ao poder judiciario é varia. Em S. Paulo não ha juizes municipaes, substitutos, ou districtaes equivalentes aos antigos juizes municipaes. São nelle autoridades judiciarias: *a)* os Juizes de Paz nos respectivos districtos; *b)* os Juizes de Direito e Tribunal do Jury nas comarcas; *c)* o Tribunal de Justiça com jurisdicção em todo o Estado. No districto federal a administração da Justiça civil é incumbida aos pretores, Tribunal Civil e Criminal e Corte de appellação, tendo a Fazenda Municipal juiz privativo. (Decreto n. 1334 de 28 de Março de 1893.)

Os juizes seccionaes, em materia civil, julgam as causas de natureza federal, entre as quaes se comprehendem as que corriam pelo extinto juizo dos feitos da Fazenda Nacional, assim contenciosas como administrativas, as que dellas forem dependentes ou constituirem medidas privativas ou assecuratorias dos direitos da mesma fazenda, alem das causas enumeradas no art. 15 do decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890 e no art. 65 da Constituição Federal.

Compete aos pretores processar e julgar, no districto federal, em primeira e ultima instancia as causas de valor de 1:000\$000 a 5:000\$000. A' camara civil, processar e julgar em primeira instancia todas as causas contenciosas que, sendo de valor superior a cinco contos, não tiverem juizo privativo e as de valor inestimavel como as contenciosas de divorcio e de nullidade de testamento, as que disserem respeito ao estado e capacidade civil das pessoas, as de desherdação e as de redução de testamento nuncupativo á publica forma; conhecer em 2.^a instancia das sentenças proferidas pelos pretores nas causas contenciosas de valor de um a cinco contos de réis (art. 25 §§ 1 e 2 do decreto n. 1334 de 28 de Março de 1893 que regula a parte civil do decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890). A' corte de appellação compete julgar as causas de appellação ou agravo. No estado de S. Paulo, na parte civil, o Tribunal de Justiça, hoje composto de doze membros, julgam em ultima instancia as appellações e agravos interpostos das decisões e despachos dos juizes de direito e conhecem das cartas testemunhaveis.

Os juizes de direito são substituidos nos julgamentos de natureza contenciosa, definitivos ou com força de definitivos pelo juiz de direito da comarca mais visinha, segundo a ordem que o governo

(Ord. liv. I tit. 62, Alvarás de 13 de Janeiro de 1615, 23 de Maio de 1775, 18 de Outubro de 1806 § 9, arts. 119 e 121 da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841, arts. 3 e 36 do decreto n. 143 de 15 de Março de 1842 e decreto n. 834 de 2 de Outubro de 1851. A revisão de contas dos administradores de capellas e irmandades cessou, extincta a jurisdicção a respeito actualmente. (4)

CAPITULO III

Funções que já não exercem os provedores

§ 6

Tinham os provedores, out'ora, a seu cargo a arrecadação de heranças vacantes e bens de defuntos e ausentes, sendo contadores da real fazenda. (Reg. de 10 de Dezembro de 1613, leis de 18 de Agosto de 1769, 21 de Outubro de 1763, 21 de Julho de 1761, 20 de Julho de 1774, 26 de Janeiro de 1780, 30 de Julho de 1760, 21 de Agosto e 29 de Setembro do mesmo anno; Menezes, Juizos Divisórios, cap. III, § 18 e cap. XII, § 28 — Av. de 19 de Dezembro de 1785.

designar triennialmente, tendo em vista a facilidade de communicacão; nos mais actos jurisdiccionaes pelos juizes de paz na ordem da votacão e da designacão dos districtos feita triennialmente pelo governo.

Nas comarcas da capital, Santos e Campinas, os juizes de direito serão substituidos uns pelos outros, segundo a ordem marcada pelo presidente do Tribunal de Justiça na ultima sessão de cada anno.

(4) A lei mandou que se fizesse um regulamento especial pelo governo e posto em execucao provisoriamente até a approvacão do Congresso. (arts. 63 III da lei n. 18 de 1891 *d.*, e 126 § 3. do decreto n. 123 de 1892.

Emquanto não for dado novo regulamento, subsiste o regulamento n. 834 de 2 de Outubro de 1851—art. 163 do cit. decreto de 1892. Vide a Resolucao de consulta do conselho de estado de 3 de Julho de 1872. E' necessario regulamento especial principalmente hoje que não temos termos que foram todos convertidos em comarcas decidindo, no Estado, os juizes de direito todas as causas em primeira instancia, falta-lhes competencia para conhecer dos proprios autos e papeis judiciais de seu proprio exercicio. Consta estar feito o regulamento, mas não foi publicado.

A provedoria, porem, de defuntos e ausentes foi extincta, passando as attribuições aos juizes de orphams. (Lei de 3 de Novembro de 1830, reg. n. 143 de 1842, art. 5 §§ 10 e II, reg. 3433 de 1859, Per. e Souza, nota 1018, art. 124 § 3, II, letra *c* do decreto n. 123 de 1892).

§ 7

Tinham os provedores das comarcas competencia para tomar a justificação de idoneidade da fiança prestada pelas mães e avós para poderem ser tutoras de seus filhos e netos, quando não nomeadas em testamento. (Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 4.º; Provisão de 2 de Julho de 1776; Per. Souza, Prim. Linh., not. 1012).

Hoje as mães viúvas são tutoras natas de seus filhos independente da justificação de idoneidade de fiança e renuncia de privilegios.

§ 8

Tinhão competencia para a revista das contas de tutelas e curatelas, tomadas das não tomadas. (Ord., liv. 1.º tit. 62, § 28, e tit. 88, § 40).

Hoje a revisão de contas e tomadia pertencem em acto de correição aos juizes de direito. (Arts. 119 e 121 da Lei de 3 de Dezembro de 1841; arts. 3.º e 36 do dec. n. 143 de 15 de Março de 1842; art., 32, §§ 1.º e 2.º do dec. de 2 de Outubro de 1851.)

§ 9

Tinhão tambem competencia sobre as heranças de ultramar (Per. e Souza, nota n. 1011; Alv. de 27 de Junho de 1765, § 2.º; Reg. de 10 de Dezembro de 1613; Alv. de 18 de Novembro de 1605; Provs. de 20 de Outubro de 1684, 21 de Fevereiro de 1720; Alv. de 9 de Agosto de 1759; Dec. de 30 de Julho de 1760; Alv. de 27 de Julho de 1765 e 26 de Janeiro de 1780); e as habilitações de taes heranças eram feitas perante o juizo da India e Mina com recurso ex-officio para a mesa da consciencia e ordens, competindo aos provedores taes habilitações, quando não podiam os habilitandos habilitar-se na

terra pela impossibilidade de na terra provar seus direitos de successão.

Hoje a habilitação de heranças é objecto de competencia dos juizes de orphans, e intervenção de ajustes consulares. (Lei de 22 de Setembro de 1828).

§ 10

Exerciam os juizes provedores tambem outr'ora a mamposteria ou officio do resgate dos captivos. (Alvs. de 28 de Janeiro de 1788 e 26 de Agosto de 1801).

A redempção dos captivos, diz Borg. Carneiro, foi sempre considerada pela antiga realeza portugueza como a obra mais pia e meritoria. Para o resgate dos prisioneiros se applicavam as esmolas lançadas nos ce-pos ou arcas publicas das igrejas, ermidas, etc., bem como os residuos, legados e encargos de capellas que se deviam cumprir. Os bens vagos por falta de successão que pertenciam então a coroa pela Ord. liv. 2., tit. 26 § 17 e liv. 4., tit. 94 *in fine*, forão dados aos captivos, Ord., liv. 1, tit. 9., § 1.; e varias penas estabelecidas nas leis como pela Ord., liv. 4 tit. 136, em que se manda ás justicas que tem poder de impôr penas pecuniarias, que applicuem metade para os captivos, e outra para as obras do concelho. Creárão-se para taes rendas os mamposteiros mores e menores pelo regim. de 11 de Maio de 1560. Taes officios, bem como o de thesoureiro, escriptvães, etc., forão abolidos pela lei de 14 de dezembro de 1775, que traspassou todas as attribuições de semelhante arrecadação para os juizes provedores, devendo estes abrir as arcas das esmolas, e cobrar executivamente como fazenda real os legados, bens vacantes, e penas applicadas a bem da redempção dos captivos, sendo remettidos taes dinheiros ao erario. (Borg. Carn. liv. 1. tit. 3. §§ 39 e 43 e Resol. de 2 de Outubro de 1802.)

Hoje semelhante attribuição está em desuso. O resgate dos prisioneiros de guerra é negocio puramente administrativo e internacional. (Per. e Souza, nota 1018).

§ 11

Tinhão os provedores o dever de informar sobre os empréstimos dos dinheiros dos vinculos. (Alv. de 22 de Junho de 1768, e 21 de Janeiro de 1772; Per. e Souza, nota 1007).

§ 12

Tinhão attribuição de supprir o consentimento paterno para as nupcias dos filhos no caso de injusto dissenso dos pais, quando se tratava de casamento de plebeus, porquanto com referencia ao dos nobres competia ao Desembargo do Paço.

Hoje semelhante attribuição compete aos Juizes de Orphãos. (Leis de 29 de Novembro de 1775, 6 de Outubro de 1784, art. 5.º § 5.º; Dec. n. 143 de 15 de Março de 1892, art. 4.º § 6.º e Decreto n. 5467 de 12 de Novembro de 1893.)

§ 13

Tinhão tambem os provedores attribuição para conhecer da curadoria e successão provisoria na forma da Ord. liv. 1 tit. 62, §§ 32 e 50 do Regimento do Desembargo do Paço quando o ausente se presumia morto. (Per. de Carvalho, Proc. Orph. cap. XI, Lobão, vol. II notas a Mello, pag. 263.)

Hoje são competentes os juizes de orphams em todos os casos, tanto quanto se trata da hypothese da cit. ord. liv. 1 tit. 62 § 3.º; como da apontada na ord. liv. 1 tit. 90. (Lei de 3 de Novembro de 1830, arts. 1.º e 2.º; Avisos de 28 de Agosto de 1833, de 25 de Fevereiro de 1834; Reg. de 15 de Março de 1842 art.5.º §§ 7, 10 e 11, Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, art. 124, II, § 3.º do Decreto n. 123 de 1892.)

§ 14

Tinhão competencia para tomar conta ás irmandades e corporações de mão-morta; mas depois do Decreto de 7 de Janeiro de 1890 e Constituição Federal que

separaram a igreja do Estado, cessou essa jurisdição e toda a interferencia quanto a administração de taes corporações e applicação da respectiva renda, isentas de qualquer fiscalisação, pois não estão sujeitas mais ás leis de amortisação e restituidas ao direito commum. (art. 72 §§ 3 e 7 da Constituição Federal.)

CAPITULO IV

Disposições geraes

§ 15

Ao juizo provedor se pôde averbar de suspeito quando procede por via executiva em contas de testamentos, porquanto só não pode ser dado de suspeito em execução de sentença. (Phebo, parte I, Arestos 90, 94 e 71, parte II, aresto 26, Guer. de recusation, liv II cap. X ns. 13 e 15 e cap. 28 n. 3 e ord. liv I tit. 65 *in princ.*) (5)

§ 16

Devem os provedores sempre appellar *ex-officio* por parte dos residuos nas causas que não couberem em sua alçada, ainda que não haja parte que appelle; igual disposição se observando no juizo dos feitos. (Ord. liv. I, tit. 50 § 13, Lei de 17 de Março de 1609, Alvarás de 15 de Março de 1614 e 22 de Outubro de 1652, Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841; Souza Bandeira, Nov. Man. do Procurador dos Feitos, § 27, nota 48).

§ 17

As sentenças de residuos são executadas em tempo e maneira das execuções das dividas fiscaes, começando regularmente por sequestro ou penhora. (Ord. liv. I tit.

(5) Isto se entende quanto a jurisdição contenciosa e não voluntaria. A suspeição na capital é julgada pelo presidente do Tribunal de Justiça e nas mais comarcas pelo juiz de direito da comarca mais visinha. Lei n. 18 de 1891, art. 70, Decretos ns. 123 de 1892, art. 133, § 7, A, 127 § 1 A; 5618 de 1874, art. 14 § 22, 1.

62 § 17, Dec. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 35 § 2.º, Per. e Souza, notas 1091 e 1051; Ord. liv. 2 tits. 52 e 53 § 1.º; Instrucções de 31 de Janeiro de 1851; Menezes, Juizos Divisorios, cap. XI, § 11; Lei de 29 de Novembro de 1841, arts. 1.º e 4.º.)

§ 18

São ouvidos em primeira instancia nas causas e negocios que interessam a fazenda do Estado o Procurador Fiscal do Thesouro do Estado e, em segunda instancia, o Procurador Geral. (Decreto estadual n. 178 de 6 de Junho de 1893; Lei n. 18 de 1891, arts. 71 § 1, 73 § 1., art. 135 § 1 e 136, § 1 do Decreto n. 123 de 1892; Lei n. 175 de 12 de Agosto de 1893, art. 1.º.)

§ 19

Ao ministerio publico, em geral, incumbe dar parecer nas causas e negocios referentes a testamentarias e residuos — art. 135 § do Decreto estadual (S. Paulo) n. 123 de 10 de Novembro de 1892, ouvindo-se na 1.ª instancia os promotores, mas não obrigatoriamente e, em segunda instancia, o Procurador Geral do Estado — art. 1.º § 12 de Lei n. 80 de 25 de Agosto de 1891.

O Decreto n. 123 de 1892 restringiria a attribuição a causas e negocios referentes ao estado de pessoa? (Vide Brasilio Machado, Organização Judiciaria do Estado. pag. 240, nota ao n. 80 § 1.º).

§ 20

O Procurador da Republica, auxiliado pelos adjuntos, ajudantes, procuradores seccionaes, e solicitadores, representa os interesses da União, quer no juizo seccional em todas as causas de sua privativa competencia, quer perante os juizes locais no que interessar á Fazenda Nacional e á guarda e conservação daquelles interesses e direitos. (Art. 20 da Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 — vide Decreto n 170 b de 10 de Setembro de

1893 e n. 1562 de 10 de Outubro de 1893 — na Gazeta Juridica do Estado, vol. III n. 4, pags. 477 e 479.

Nas contas testamentarias póde dar-se a eventualidade do residuo em favor da Fazenda Nacional, dando-se interesse eventual da União, exigindo a audiencia de seos representantes.

§ 21

Perante as justiças locais a esses representantes da União compete :

I. Officiar e assistir nas arrecadações de bens vagos de defuntos e ausentes, assim como em todas as acções, justificações que a respeito desses bens levantarem-se em juizo e promover o processo da vacancia e devolução, desde que houver decorrido um anno contado do auto de arrecadação, si dentro d'elle não apparecerem interessados a habilitarem-se como legitimos donos ou successores. (6)

(6) E' incontestavel a competencia do juizo estadual para a arrecadação de bens de defuntos e ausentes. Declaradas a vacancia e devolução á Fazenda Nacional, cessa a competencia e começa a da justiça federal para processar e julgar qualquer causa que tenha por objecto aquelles bens.

Antes de declarados vagos e devolutos, a presumpção é que taes bens pertencem ao dominio particular, limitando-se o interesse da Fazenda Nacional a fiscalisar os actos que possam prejudicar o direito eventual. Compete, porem, á justiça federal o processo da arrecadação e inventario, desde o seo inicio, tratando-se de bens já declarados vagos e devolutos á nação pelo art. 2º do Decreto n. 2.433 de 15 de Junho de 1859, que continua em vigor. Nesse caso as diligencias de arrecadação e inventario podem ser feitas pelo juiz estadual, não por attribuição propria ou delegada, mas por precatoria ou a requisição do juiz seccional. O systema de dualidade judiciaria, estabelecido entre nós, não se oppõe á existencia de linha divisoria entre a competencia estadual e a federal para a arrecadação e liquidação dos bens conforme o interesse que nelles tiverem os Estados ou a União. (Constit. Federal art. 60 letra *b* e § 1º e art. 83; art. 15 Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, letra *d* e 362 — Decreto n. 1.420 A de 21 de Fevereiro de 1891 — art. 2º — Accordam do Supremo Tribunal Federal de 26 de Junho de 1893, no conflicto de jurisdicção n. 18 entre o juiz seccional do Estado de Minas e o juiz de direito da comarca de Ouro Preto: Gaz. Juridica do Estado de S. Paulo — vol. III n. 2, pag. 177). Ha opiniões em contrario de que os bens vagos de

II. Officiar nas reduções de testamentos, nas contas de testamentaria e capellas em que for interessada a Fazenda Nacional; promover a arrecadação de impostos que lhe forem devidos e o que for a bem de seus direitos aos residuos e aos vinculos que vagarem. (Art. 32 I e II da Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894).

§ 22

Nos feitos da Provedoria deve ser ouvido sempre o Promotor de Residuos (Ord. liv. 1.º tit. 50 *princ.* e § 12. liv. 1.º tit. 64; Regim. de 16 de Janeiro de 1799; Dec. de 19 de Outubro de 1833; Regul. de 28 de Abril de

defuntos e ausentes, quando não apparece quem os reclame, são do dominio casual dos Estados «onde o *de cujus* tinha seu domicilio e não da União» pois incidem sob a soberania territorial desse Estado. Assim já julgou, contra o nosso voto, o Tribunal de Justiça do Estado S. Paulo por accordam de 12 de Janeiro de 1894, na appellação n. 209 do Espirito Santo do Pinhal, appellante o juizo *ex-officio* e appellado Joaquim Franco da Rocha Campos: vide Gaz. Juridica do Estado, vol III n. 2, pag. 150. Tres são as opiniões a respeito. A primeira que á justiça seccional pertence a arrecadação: a segunda que a arrecadação pertence ás justicas estadoaes: a terceira que é a opinião media do Supremo Tribunal de Justiça Federal no Accordam citado e publicado no Direito vol. 62, pag. 339 a 350, que ás justicas estadoaes compete o processo de arrecadação e inventario, administração e liquidação dos bens vagos de defuntos e ausentes até serem os mesmos declarados vagos e devolvidos a Fazenda Nacional, caso em que cessa a competencia para dar logar a da justiça federal, cabendo por esta officiar desde o seu inicio nos processos as entidades do art. 11 do Decreto n. 1666 de 17 de Dezembro de 1892, art. 24 letra *c* e Decreto n. 848 de 1890. No districto federal compete aos pretores arrecadar os bens de ausentes e levar ao conhecimento do procurador seccional que poderá funcionar nos autos e deverá ser ouvido— art. 15 do Decreto n. 1334 de 28 de Março de 1893 que regulou a justiça civil do districto federal. A lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 art. 32, I declara pertencer á União os bens vagos de defuntos e ausentes, não apparecendo herdeiros dentro de um anno a contar do auto da arrecadação. No entanto a lei actual do orçamento vigente do Estado de S. Paulo autorisou o governo a consolidar as disposições referentes aos bens vagos de defuntos e ausentes, entendendo que os bens devem ser devolvidos ao fisco estadual e não ao nacional, pois que a situação dos bens, o domicilio que tinha o defunto ou o ausente, a arrecadação e administração pelo Estado

1842, art. 3.º; art. 19 do Dec. de 15 de Dezembro de 1860; Aviso de 20 de Maio de 1855 e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1843, Gaz. dos Tribunaes, n. 25 e art. 139 do Decreto estadual (São Paulo) n. 123 de 10 de Novembro de 1892, § 1.º — Lei estadual n. 18 de 1891, art. 71 § 5, 74 e 75 — e art. 135 § 5.º do citado decreto n. 123.

Dão parecer nas causas e negocios referentes a testamentarias e residuos e promovem quanto convier á execução dos testamentos, á arrecadação e administração dos bens do residuo e do evento.

§ 23

Os solicitadores de residuos e capellas intervem em taes feitos sob a inspecção e direcção dos Promotores de Residuos (Ord. liv. I tit. 64 — Decreto de 19 de Outubro de 1833 e Aviso n. 131 de 20 de Maio de 1855). As leis estadoaes não fallam nesses auxiliares das autoridades judicarias.

§ 24

Nos inventarios em que ha interesse do Estado pelo imposto de transmissão *causa-mortis* (taxa de herança e

de que elle era sujeito, esse dominio eminente do Estado no territorio, a compensação dos trabalhos do Poder Judicial que aliás é uma parcella da autonomia estadual, tudo isso forma um conjunto de elementos que dirimem qualquer duvida sobre qual dos fiscos deve ser o successor dos bens vacantes, declarados taes por sentença. (Vide Gaz. Juridica do Estado, vol. III n. 2, pag. 150 á 155 e Direito, vol. 64 n. 4, pags. 485 a 487.) Argumentam ainda com o artigo sessenta e quatro da Constituição Federal declarando pertencer aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos territorios dos Estados; que na America do Norte o assumpto é regido pelos codigos civis dos Estados e que as ordenações do reino e toda legislação posterior acerca da vocação da Nação e da sua anomala successão de taes bens tornaram-se obsoletas depois do regimen federativo proclamado pelo art. 3.º do Decreto de 15 de Novembro de 1889 sob a base da soberania dos Estados e adoptado pelo artigo primeiro da Constituição Federal. Julgo que a Nação foi e é pela lei a successora de taes bens e assim está expresso nas novas disposições citadas, não tendo os congressos estadoaes competencia para legislar a respeito.

legados), imposto estadual, deve ser ouvido na 1.^a instancia o Procurador Fiscal do Thesouro do Estado, bem como nas arrecadações de bens do evento (Decreto n. 178 de 6 de Junho de 1893).

§ 25

No districto federal incumbe ao ministerio publico, em geral, officiar nas causas das testamentarias — art. 164 § 6 do Decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890.

TITULO II

Juizo de Residuos e obrigações

Juizo de Residuos é instituido para fazer cumprir a vontade dos defuntos, conhecendo dos testamentos e execução delles (Ord. liv. 1.^o, Tit. 62, § 4.^o)

CAPITULO V

Testamentos

§ 26

Testamento é a declaração ou disposição justa e solemne de nossa vontade sobre aquillo que queremos se faça depois de nossa mórte, instituindo-se herdeiro ou distribuindo-se a herança em legados.

§ 27

Instituição de herdeiro é a nomeação feita pelo testador de uma ou mais pessoas naturaes ou juridicas para lhe succederem a titulo universal, isto é, no todo da herança ou em quóta della (T. de Freitas, Testam., nota 36).

A instituição de herdeiro não é solemnidade intrinseca dos testamentos.

§ 28

Solemnidades internas dos testamentos são :

1.^o Que o testador quando fizer o seu testamento esteja em perfeito juizo, não sendo preciso que esteja

com saúde, visto poder testar até o ultimo momento, uma vez que saiba dar razão pela qual dispõe e conserve seu juizo em perfeição como se deduz da Ord. liv. 4, tit. 80, § 4 e tit. 81 *princ.* e §§ 1.º e 2.º.

2.º Que tenha liberdade de vontade, pois o testamento deve ser acto de vontade livre.

Todas as disposições extorquidas pelo medo, violencia e captadas por dolo são nullas.

3.º Que o testador tenha capacidade civil facultada por lei (Ord. liv. 4 tit. 81 §§ 3, 4, 5 e 6. (T. de Freitas Testam., pag. 4, nota 3.ª).

§ 29

Nem a velhice extrema e nem as doenças do corpo privam a faculdade de testar, se o testador tem as qualidades legalmente exigidas e integridade de espirito. (T. de Freitas, cit. nota 4, pag. 7).

§ 30

A capacidade testamentaria é personalissima, por via de representantes ninguem póde testar. (T. de Freitas citado, § 8, pag. 14)

§ 31

Podem fazer testamento todas as pessoas, excepto :

1.º Os *menores impuberes*, varão menor de 14 annos e mulher menor de 12 (Ord. liv. 4, tit. 81 *princ.*).

2.º Os *filhos-familias* menores de 21 annos, ainda que os paes consintam, salvo quando de quatorze annos e relativamente aos bens castrenses ou quasi castrenses (Resolução de 31 de Outubro de 1831 — Macedo Soares — Testamentos, nota — pag. 123. — (7)

(7) Teixeira de Freitas sustenta a opinião ainda — o de *qualquer idade que seja* das Ords. e do Direito Romano. A Resolução de 31 de Outubro de 1831 a estendo aos orphãos e filhos-familias.

3.º Os *loucos* (Ord. liv. 4 tit. 81 *princ.*).

Não valerá o testamento dos loucos quando affectados de loucura continua, ainda que as disposições pareçam tão sensatas, como as faria qualquer outro em estado normal.

Havendo lucidos intervallos valerá o testamento feito ao tempo da remissão, assim constando claramente; valendo tambem a disposição feita antes da loucura.

Duvidando-se de ter sido feito o testamento ao tempo da remissão, servirá de regra o bom senso das disposições.

Se as disposições forem razoaveis, como as faria qualquer outro em juizo perfeito, presume-se terem sido ordenadas em lucido intervallo (T. de Freitas, Testamentos, pag. 21).

O testamento do louco é nullo, mesmo que não esteja curatelado por interdicção e sentença; pois não é a interdicção que o torna incapaz, mas a loucura, uma vez provada (Pothier, vol 8 n. 135). Ainda que o tabellião declare que o testador lhe pareceu são de entendimento póde ser attacado o testamento pela prova de loucura. (Pothier, vol 8, n. 136).

4.º Os *prodigos* declarados taes por sentença, tolhidos da administração dos bens. Não havendo sentença declaratoria podem faze-lo. (T. de Freitas, nota 23, pag. 22). (8)

5.º Os *mudos* e *surdos* de nascença.

Com a educação dos surdos-mudos sua incapacidade testamentaria activa fica sem razão e deve cessar com as distincções de Troplong, testam. ns. 1137, 1149 e n. 537. Podem testar por testamento particular quando sabem escrever. Não podem testar por testamento publico ou cerrado, por não lhe permittir sua enfermi-

(8) Não é a prodigalidade, mas a interdicção que os priva de testar. (Pothier, vol. 8, n. 137).

dade *dictar* ao tabellião ou responder as perguntas deste; o que, por legislação nova, se póde sanar com o escrever em sua presença. (T. de Freitas, cit. pag. 23, nota 24; Pothier, vol. 8, n. 138; Cod. Civil Port. art. 1924).

6.º As mulheres *viúvas* ou separadas dos maridos por nullidade ou annullação do casamento, não podem contrahir casamento senão dez mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo si depois desta ou daquella tiver algum filho; e, si infringirem essa disposição do art. 7.º § 10 da Lei n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, não *poderão fazer testamento* nem communicar com marido mais de uma 3.ª parte de seus bens presentes e futuros (art. 100 da cit. lei)

§ 32

Não são prohibidos de testar :

1.º Os *cégos* (Decreto n. 2878, de 23 de Junho de 1879).

Posto que só refira-se ao testamento cerrado, resolve totalmente a duvida sobre esta capacidade testamentaria nas outras especies de testamento. No aberto publico escreve o tabellião com a sua fé publica, no aberto particular permite a lei escrever outra pessoa a rogo do testador e no nuncupativo enuncia se o testador de viva voz.

(T. de Freitas, Testam. nota 14, pag. 16 a 17 — Em Portugal não podem testar em testamento cerrado).

2.º Os *clerigos* e *religiosos*, professos ou não, os Bispos seculares e regulares, cessando quaesquer prohibições ou restricções anteriores ao Decreto de 7 de Janeiro de 1890. (9)

3.º As *mulheres casadas* podem testar, independente de autorisação do marido ou da justiça. Fourgole, Test. cap. 14 ns. 31 e 32, Dig. Port. part. II e art. 411, Lafay-

(9) Cessaram as prohibições de testar aos escravos condemnados á morte, aos hereges e apostatas; não temos, felizmente, mais escravidão e a pena de morte e ninguem pode ser perseguido por motivos de Religião que o Estado não a tem, nenhuma protege, nenhuma auxilia, nenhuma persegue.

ette — Direitos de Família, § 46 n. 5, pag. 80 — art. 905 Cod. Civ. Francez.

O testamento é acto que só depende da vontade do testador e mesmo porque começa ter effeito ao tempo da morte quando cessa o poder marital (Pothier vol. 8, n. 112, pag. 256, Cod. Civil fr. art. 256).

§ 33

O reconhecimento dos filhos naturaes póde ser feito em qualquer das especies de testamento, aberto publico, aberto particular, cerrado ou finalmente em testamento nuncupativo, podendo o reconhecimento ser revogado pelo testador a todo o tempo, na forma da Ord. liv. 4 tit. 37 *princ.*; pois todos os actos que são ordenados para o tempo da mórte, se podem mudar e revogar até á mórte (Lafayette, Dir. de Família, § 122 n. 2 e § 1 nota 1.^a, pags. 232 e 233).

§ 34

Não se deve confundir o testamento feito com o testamento a fazer ainda — projecto de fazer mais tarde disposições em proveito de pessoa designada.

§ 35

A capacidade testamentaria, pena de nullidade, não havendo lei expressa em contrario, deve-se julgar :

1.^o Pelo tempo de fazer-se o testamento, segundo as leis desse tempo, e não pelas do tempo da mórte do testador, ou de outro qualquer intermedio.

2.^o Pelas leis do domicilio do testador a esse tempo, não as de qualquer outro lugar (Vide Teixeira de Freitas, testamentos, pags. 27 e 28 e nótas 30 e 31.)

§ 36

As cidades—municipalidades — são pessoas juridicas: podem herdar e receber legados, podendo ter estes por fim a instrucção e educação da infancia ou erecção de um monumento. Os Estados podem ser herdeiros (Vautier — *Des personnes morales*, pags. 13, 14 e 15).

SECÇÃO I

Abertura dos Testamentos

§ 37

Compete ao juiz da provedoria abrir e mandar cumprir os testamentos e codicillos, mandando registrar e inscrever nas repartições fiscaes, afim de acautelar o pagamento do imposto de transmissão *causa-mortis*, e archivar em cartorio, mesmo em ferias. (Avs. de 10 de Fevereiro de 1831, 28 de Julho de 1843, 1.º de Outubro de 1844; Ord. liv. 3 tit 18 § 9; Dec. de 30 de Novembro de 1853, art. 3 § 1.º; Lei de S. Paulo n. 18 de 1891, art. 63 II — *d* e Decreto n. 123 de 1892—art. 124, § 4, II, *b*).

§ 38

Os juizes de paz abrem os testamentos tão somente para providenciar sobre as disposições funerarias quando não seja encontrado logo o Provedor, a quem remette-los-á immediatamente, depois de conhecidas aquellas disposições, devendo lavrar os termos de apresentação, abertura e remessa. (arts. 61 da Lei n. 18 de 1891 e 123 n. II lettra *c* do Decreto estadual n. 123 de 10 de Novembro de 1892. (10)

(10) Nos lugares, fóra da residencia dos juizes ou quando não estivessem presentes, abriam os testamentos os Parochos por pratica antiquissima e filha da necessidade, mantida e respeitada para o bem publico. Hoje não podem abrir os testamentos, a lei confiou aos juizes de paz. O art. 6 da Lei n. 338 de 7 de Agosto de 1895, publicada na Gazeta Juridica do Estado, vol 8 n. 4, pag. 270 e no Diario Official n. 1223 de 10 de Agosto do mesmo anno, diz : as providencias urgentes relativamente aos casos especificados no art. 3.º do Decreto n. 1285 de 30 de Novembro de 1853, podem ser determinadas, sem conhecimento definitivo pelo substituto do juiz de direito em exercicio, quando este se achar mais d'ouzo kilometros da povoação, séde da comarca. Os actos de abertura e registro dos testamentos não são sujeitos á distribuição, mas ficam a cargo, na comarca da capital, do serventuario vitalicio que ficou na posse do antigo cartorio da provedoria, e nas outras

§ 39

A autoridade local é a unica competente para abrir os testamentos dos estrangeiros, e não os respectivos consules.

A autoridade, aberto o testamento, deve remetter aos consules o traslado authenticico do testamento e termo de abertura.

(Avs. de 19 de Outubro e 25 de Junho de 1864—T. de Freitas, Test., nota 250).

§ 40

Os Consules estrangeiros deverão communicar ao Juiz Provedor a achada de qualquer testamento de seus concidadãos no espolio destes, ou quando tenham sido depositados em seus consulados, para que em sua presença o juiz proceda a abertura.

No caso da achada, devem os consules fazer lavrar termo, descrevendo a forma exterior do testamento, rubricar e pôr sob o sello. (11)

comarcas do serventurio do officio a que estiver annexo o da provedoria — art. 7.^o § 3.^o da Lei n. 94 a de 17 de Setembro de 1892. Da abertura e cumpra-se dos testamentos tem o juiz e escrivão emolumentos dos arts. 35 e 112 §§ 1.^o e 2.^o do Regimento de custas estadual de 6 de Junho de 1893. Por cautela, aberto o testamento, diz Macedo Soares, em Testamentos, não deve mais ir o original ás mãos da parte, pois tem-se visto darem-lhe sumiço, quando as disposições contrariam certas esperanças. (T. de Freitas, Test. 1 pag. 216). Devem os testamentos ser abertos sem demora, logo que são apresentados, porque ordinariamente contem disposições sobre os enterramentos e de corpo presente.

(11) Disposições contidas nas antigas convenções consulares que não foram prorogadas e foram denunciadas, devendo, em regra, executar-se o Decreto n. 855 de 8 de Novembro de 1851; mas taes disposições se devem observar como salutaes e de boa cautela. A abertura de testamentos de subditos brasileiros, em paiz estrangeiro, é feita nos consulados (Reg. n. 520 de 11 de Junho de 1847, art. 183 e Decreto n. 4968 de 24 de Maio de 1872, art. 188, modelo n. 26, T. de Freitas, Test., § 120).

§ 41

A abertura somente é necessaria quando se trata do testamento cerrado, pois nenhum outro depende dessa solemnidade e somente de inscripção e registro (Lobão, Segs. Linhas, Dissert. 6, § 16).

§ 42

A falta de abertura judicial não annulla o testamento estando elle em fórma regular e solemne (Lobão, cit. § 28; T. de Freitas, Test., nota 251, pag. 120; Coelho da Rocha, § 679; C. Telles, Dig. Port., art. 1992 § 2.º — Direito, vol. XIX n. 2 de 15 de Junho de 1879 — Accordams da Relação da Bahia de 26 de Outubro de 1877 e 31 de Maio de 1878 e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1879).

§ 43

Quando aconteça ter sido aberto o testamento por algum particular ou autoridade incompetente, pode-se admittir no juizo da provedoria justificação do facto com citação dos interessados, de modo que se conclua não ter sido aberto pelo testador com intenção de revogal-o. (Man. do Proc. dos Feitos, Perd. Malheiro, nota 859, Lobão Dissert. 6.º cit. §§ 31 e seguintes). (12)

§ 44

A incompetencia do Juiz que abriu o testamento não produz a nullidade da abertura, nem do testamento. (Lobão cit. pag. 184—Direito vol. XIX n. 2 — Accordãos da Relação da Bahia de 26 de Outubro de 1877 e 31 de Maio de 1878 e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1879).

(12) No Direito vol. 19 de 15 de Junho de 1879 vê-se um caso de justificação de um testamento aberto por uma autoridade policial. (Vid. Liz Teixeira, tomo II, § 724, Gouveia Pinto, Test. cap. 24 e 25). Da sentença julgando a justificação foi recebida appellação.

§ 45

Achado aberto o testamento em poder do testador, sendo cerrado, deve-se presumir que o revogou e o herdeiro instituído deve provar o contrario.

§ 46

Achado aberto o testamento em poder de outrem ou herdeiro *ab intestato*, incumbe a estes provar que o testamento foi aberto pelo testador com intenção de revogal-o, caso queiram impugnar o testamento; porque, no caso contrario, poderá o herdeiro instituído justificar, como supra se declara. (C. Telles, Doutr. das Acc., § 133 e nota 277, Guerreiro, De division. Trat. 2.º liv. 3.º cap. 5.º, ns. 207 e 208). Vid. art. 1939 do C. Civil Portuguez.

§ 47

Decretada a curadoria ou successão provisoria de bens do ausente, presumida a sua morte, se tiver deixado testamento, deverá ser aberto e cumprido; visto que, havendo testamento, se defere a herança ao herdeiro instituído. (Per. de Carvalho, Prim. Linhas Proc. Orph. § 177 e nota 339; Cod. Civil fr. art. 123; Cod. Civ. Port., art. 66; Coelho da Rocha § 396; Ord. liv. 1 tit. 62 e § 38; Regimento do Desembargo do Paço, § 50; arts. 22 e 47 do Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859; Guerr. trat. 2.º, cap. 5.º e n. 93).

§ 48

Logo que for aberto qualquer testamento deverá o juiz remetter ao juiz de orphãos (quando este cargo não accumule) uma copia authentica, afim de que este possa examinar se tem ou não lugar a arrecadação pelo juiz de ausentes e proceder ulteriormente como no caso couber (Regul. cit. n. 2433, art. 25).

§ 49

O Juiz deve denegar o seu *cumpra-se* quando o testamento não tiver as solemnidades legaes ou não for

conforme a direito, quando as nullidades não dependam de provas, porque do contrario é de mister propôr-se acção ordinaria de nullidade. (Per. de Carvalho, Proc. Orph., § 87 ; C. da Rocha, § 724). Cabe appellação desse acto julgando nullo o testamento *ex-officio* por motivo de nullidade resultante de manifesta preterição de solemnidades, visivel pelo mesmo instrumento ou por prova litteral, nullidade expressamente pronunciada pela lei ou aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem por ser a solemnidade que se preterio-substancial para a existencia do testamento.

§ 50

Se o testador rasgou o seu ultimo testamento e conservou illeso o primeiro, este recobra o seu antigo e primeiro vigor ; mas, se rasgar o traslado do testamento feito em nóta, não se entende revogar o original, salvo se existem provaveis conjecturas de que a intenção do testador era revogal-o. (C. da Rocha § 724, Guerr. trat. 2.º liv. 3.º cap. 5.º, pag. 337).

§ 51

Sendo apresentados dous testamentos cerrados do mesmo testador, é somente valioso o que ultimamente for feito, porque o testamento é acto de ultima vontade estando valido e legal, quer expressamente revogue quer quando no todo dispõe em contrario ao primeiro.

Neste caso, deve o juiz abrir ambos, mandar registrar e archivar e somente cumprir o ultimo valioso.

§ 52

Se dous testamentos são apresentados e o segundo modifica o primeiro, ambos são valiosos, valendo o primeiro no todo, salvo a parte derogada e, assim, ambos se devem cumprir. (C. da Rocha, § 724).

§ 53

E' competente para proceder á abertura o juiz do domicilio do testador ou do lugar, em que morreu dei-

xando testamento, ou do lugar em que se o acha em poder de outrem. Si o testador é domiciliario em outro lugar sujeito á diversa jurisdicção, neste caso, aberto o testamento e cumpridas as disposições de funeral e mais de corpo presente, deverá o Juiz remetter uma copia authentica ao juiz do domicilio do testador, para se cumprir quanto á disposiçãõ sobre bens nesse lugar situados e onde se tem de fazer seu inventario e partilhas. (13)

(13) O testamento é parte essencial do inventario e junta-se por copia aos autos, por ser na sua conformidade que o juiz deve regular a partilha (Per. de Carv., cap. XIII, § 85 e nota 152) e o juiz competente para o inventario é o do domicilio do defunto, ainda que morra fóra e ainda que todas as propriedades estejam situadas em diferentes lugares. (Ord. liv. 1 tit. 88 e § 4.º) e ainda que residam fóra os testamenteiros e herdeiros (Aviso de 1.º de Junho de 1834, Lobão, N. a Mello, vol. II, part. 2.ª tit. 2.º e pag 19). A facção do inventario é perante o juiz do domicilio e não do obito casual (Guerr. trat. 1.º cap. 3.º liv. 1; Menezes, Juizos Divisorios, pag. 107, cap. III § XVIII; Per. de Carvalho, § 6, nota 14; Pereira e Souza, Prim. linhas civis, nota 1021). Não é competente o do lugar para onde o inventariado se passou sem animo de mudar de domicilio e onde fallecera (Direito, vol. 5.º n. 3, pag. 422; vol. 17 n. 2, pag. 309; Accordam da Relação de Porto Alegre de 7 de Outubro de 1879, no Direito, vol. 21, pag. 336; Accordam da Relação do Estado do Rio — Direito vol. 60 n. 2 pag. 215 e o mesmo volume n. 2, pag. 450; Accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo, vol 1 de 15 de Janeiro de 1894 Gazeta Juridica do Estado, pag. 8, proferido no conflicto de jurisdicção entre os juizes da Franca e Patrocinio do Sapucahy, n. 7, em 31 de Outubro de 1893. No caso de duvidas sobre divisas entre dous municipios, que só podem ser dirimidas pelo Congresso do Estado, deve ser resolvida a competencia a favor do juiz que primeiro iniciou o inventario (Accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo, 11 de Junho de 1895, na Rev. mensal das decisões do Tribunal, vol. n. 1 anno 1 — Julho — pag. 42). E' um erro considerar-se a herança dividida em tantos quantos os lugares da situaçãõ dos bens, fazendo-se diversos inventarios, sujeitos a diversas competencias (Savigny, vol. 8 §§ 375 e 376). Segundo os principios geraes de direito, reciprocamente admissiveis entre as nações cultas que estabelecem a unidade das successões, esta estabelece a dos inventarios e partilhas (Officio do Ministro dos negocios do Exterior, de 15 de Agosto de 1895, ao Presidente de S. Paulo). O patrimonio do defunto, sua successão ou herança, é um todo juridico, uma universalidade de direito, *universitas juris*; determina um *judicium universale* ou acção universal. Tem intima e immediata

§ 54

Na abertura do testamento deve o juiz observar as formalidades legais e de praxe. (14)

conexão com a pessoa do defunto, quer quanto a capacidade de transmissão de bens, quer quanto aos direitos de família que limitam essa capacidade. Dar-lhe por séde o lugar em que se encontram ou todos os bens que o compõe, ou a maior parte ou a principal, é puramente arbitrario; dar-lhe tantas sédes quantos os lugares em que se encontrassem essas diversas partes seria, além disso, multiplicar, como se exprime Pacifici Mazzoni, a personalidade do defunto, admittir outros tantos *universum jus*, ou imaginar um unico *universum* logicamente concebivel em um estado errante. Por essa razão é menos aceitavel o *quót territoria tót patrimônia*, já repellido do direito das fallencias pelos decretos n. 6982 de 27 de Julho de 1878 e n. 917 de 24 de Outubro de 1890. A successão que abre o inventario e provoca a partilha é uma e universal; o inventario e partilha devem tambem ter essa unidade. Obrigar a tantos inventarios e partilhas quantos os lugares da situação dos bens é perturbar a essencia e efficacia juridica do juizo *familiae erciscundae*, suggerir conflictos de legislação de character internacional e de jurisdicção interestadoal. (Officio do Dr. Carlos de Carvalho, Ministro dos Negocios do Exterior ao dos Negocios da Justiça, 11 de Janeiro de 1895).

3

(14) A praxe da abertura é a seguinte: Apresentado o testamento cerrado, o Juiz fará vir á sua presença o escrivão, e perante o apresentante, testemunhas, e melhor perante os interessados *ab-intestato*, o abrirá, certificando-se da morte do testador, cortando as linhas e rompendo o lacre, lendo o sobrescripto que se costuma lançar por fóra, e o examinará internamente, para ver se foram observadas as formalidades legais. (Ord., liv. 4.^o, tits. 80, 84 e 86; Assentos de 17 de Agosto de 1811, e 10 de Janeiro de 1817). Feito o que, mandará o escrivão em alta voz fazer a leitura; e, finda esta, que se lavre o termo da abertura, no qual se deve declarar o dia, mez, anno e lugar em que se faz; o nome do apresentante, e se este compareceu a mando de outrem, declarando quem este seja, e a relação de ambos com o testador, e como teve em seu poder o testamento; o dia, mez, anno e lugar do fallecimento do testador, com declaração de seu nome, estado, naturalidade, filiação e domicilio, devendo-se declarar se o testamento estava intacto, cosido com linhas brancas ou encarnadas, e lacrado com quantos pingos de banda; em que estado foram achados os pontos, qualquer emenda, rasura, borrão, rasgadura dentro ou fora do testamento, ou qualquer outro defeito. Nos testamentos feitos por Brasileiros em paiz estrangeiro, e abertos nos consulados, devem os consules fazer copiar no termo todo o theor do testamento.

O termo de abertura deve ser lavrado logo em seguida ao auto de aprovação.

SECÇÃO II

Registro dos Testamentos

§ 55

Os testamentos e codicillos devem ser registrados. (Ord., liv. 1.º, tit. 62, §§ 8 e 9; Lei de 7 de Janeiro de 1692, § 11; Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 34, §§ 2.º, 41 e 43; art. 124 § 4.º n. II a do Decr. n. 123 de 1892.)

§ 56

Todos os testamenteiros, terceiros, em cujo poder estiverem os testamentos, ou herdeiros, são obrigados dentro de dous mezes, que se contarão do dia do fallecimento dos testadores, a levar os testamentos ao Cartorio da Provedoria, para que sejam registrados. (L. cit., § 2.º).

§ 57

Deixando os testamenteiros, terceiros e herdeiros passar os ditos dous mezes sem levarem os testamentos ao registro, serão para isso notificados pelo escrivão respectivo. (L. cit., § 3.º)

§ 58

Antes do praso marcado, mesmo logo que falleça o testador, *ex-officio*, ou a requerimento da parte interessada ou do promotor de residuos, havendo suspeita contra quem tiver o testamento em seu poder, poderá o

Antes da subscripção do termo sella-se o testamento, e concluso ao Juiz, mandará este intimar o testamenteiro para acceitação da testamentaria, lavrando-se a respectiva certidão, e termo de acceitação sob juramento; de novo conclusos, mandará o Juiz registrar, inscrever, e cumprir, salvos direitos de terceiro, e archivar, tirando-se cópia authentica para se enviar ao Juizo de Orphãos e Ausentes, para verificar se é caso ou não de arrecadação por seu Juizo. Se o testamento contiver legado ou herança deixada a qualquer menor ou interdicto, á mulher casada com clausula de não communhão, deverá o Provedor observar e fazer observar o que dispõem a L. Nov. Hypothecaria e seu Regulamento.

juiz obrigal-o a que lógo faça o registro, sem mais demóra alguma. (L. cit. § 4.º).

§ 59

Sendo notificadas as pessoas, em cujo poder estiverem os testamentos, se não os levarem ao registro no termo de 3 dias que se lhes assignar, incorrerão na pena de perder o premio que nos mesmos testamentos lhes foi deixado, alem de serem processados por desobedientes e por mais crimes em que incorrerem. (L. cit. § 5.º, Consolid. das L. L. civis, art. 1092.)

§ 60

Compete aos juizes de direito em correição providenciar sobre os testamentos não registrados, suspendendo e responsabilizando o escrivão que sonegar algum testamento, ou deixar de registral-o, e impondo as penas declaradas ao testamenteiro, citado para exhibil-o, que não compareceu. (Reg. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 34 § 2; Consolid. cit., art. 1093.)

§ 61

Nas Provedorias deve haver um livro especial para registro dos testamentos e codicillos, devidamente sellado.

§ 62

A suppressão ou occultação de um testamento dá lugar á acção crime (Chauveau, vol. II, cap. 22, pag. 330 — vide arts. 326 e 333 do Codigo Penal).

§ 63

Deve ser feito o registro primeiramente que a inscripção.

SECCÃO III

Inscrição dos Testamentos

§ 64

A inscrição ou apresentação do testamento nas repartições fiscaes é para o effeito de se fiscalisar o pagamento do imposto.

§ 65

Registrado o testamento, o Escrivão da Provedoria deve remetter á repartição fiscal dentro de oito dias, para ser nelle lançada a verba de sua apresentação, assignada pelo administrador ou agente fiscal.

§ 66

Nenhum testamento se mandará cumprir definitivamente, nem as contas das testamentarias e partilhas serão julgadas, sem que conste primeiramente a inscrição feita pela repartição fiscal. (Regul. n. 156 de 28 de Abril de 1842, art. 17; Regul. n. 410 de 4 de Junho de 1845; Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860, arts. 29, 30, 31, 32 e 33; Regul. Provincial de S. Paulo de 24 de Maio de 1865, art. 24 a 26).

SECCÃO IV

Sello dos Testamentos

§ 67

No Estado pagam 200 reis por meia folha de papel (Tabella B, § 12, do Decreto n. 182 de 20 de Junho de 1893 — sello de estampilha).

No Districto Federal pagam 220 reis por meia folha conforme a tabella B, § 1.º do Decreto n. 1264 de 11 de Fevereiro de 1893, e art. 17 § 18.

SECÇÃO V

Archivo dos Testamentos

§ 68

Os testamentos originaes, depois de registrados, inscriptos e sellados, devem ser guardados no cartorio da provedoria e emmassados com os do mesmo anno. (Ord. liv. 1.º tit. 62, § 8; L. 7 de Janeiro de 1692; Decreto n.º 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 41.) (15)

§ 69

Se forem requisitados para alguma acção civil ou criminal de falsidade, o escrivão, precedendo despacho do juiz, os remetterá, deixando traslado em seu lugar. (Decreto n. 834 cit., art. 41).

§ 70

O Juiz da causa, em que se argue a falsidade do testamento, póde requisitar do juiz da provedoria o original do testamento contestado e deve ser attendida e não recusada essa requisição, podendo o juiz da causa mandar junta-lo aos autos.

(Accordam da Relação do Rio, de 19 de Março de 1878, Direito, vol. XV, n. 4, anno VI, de 15 de Abril do mesmo anno, pag. 670).

(15) A Ord., liv. 1.º, tit. 62 § 8 não mandava archivar os testamentos, antes o § 9 os suppõe em poder dos testamenteiros. Era praxe, o testamento original depois de registrado, ficar em poder dos testamenteiros, ou herdeiros, tirando-se copia para se juntar aos autos do inventario, e com o original se apresentava o testamenteiro para prestar contas. — Menezes, J. Divisorios, cap. 2, § 38, pag. 63.

A Lei de 7 Janeiro de 1692 mesmo ordenava que, depois de registrado, se entregasse ás partes. Assim sempre se praticou antes do Regul. das Correições. Este regulamento fez uma innovação e bôa innovação, diz o sr. Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis, art. 1094, nota 2. Na verdade a innovação tende a assegurar a existencia de tão importante acto civil; mas é mister que nos cartorios haja a necessaria regularidade no archivo. Devia-se crear o archivo testamentario de que tratam os artigos 1927 e

SECÇÃO VI

Inscrição hypothecaria

§ 71

O Escrivão da Provedoria que registrar testamento contendo legado ou herança a favor de mulher casada com a clausula de não communhão, deve notificar o marido para a inscrição da respectiva hypotheca legal, certificando a notificação effectuada á margem do registro — art. 173 do Decreto n. 370 de 2 de Maio de 1890, regulamento para execução da Lei n. 169 *a* de 19 de Janeiro do mesmo anno.

§ 72

O testamenteiro é tambem obrigado a requerer a inscrição da hypotheca legal da mulher casada, proveniente de legado ou herança instituida em testamento de que elle é executor, se dentro de tres mezes, contados do registro do testamento, não estiver a mesma

1931 do Cod. Civil Port., depositando-se os testamentos em um cofre forte. O Sr. Conselheiro Rebouças em suas observações á Consolidação diz: Que não deve ser julgada bôa a innovação contraria ás leis e alem de onerosa ás partes tornando-se necessario a tirada de traslados para se juntar aos autos de inventarios, e prestação de contas. Quando se cumpria a lei, o testamento, logo que era solemnemente aberto, era em sua integra registrado no competente livro, e passava a ser visto e averbado nas estações e administrações fiscaes; e isto feito, era com o testamento original requerido o inventario, e á vista d'elle se fazia a competente partilha e execução. Para a conta testamentaria, e tudo o mais que convinha ás partes, pediam-se certidões dos testamentos existentes nos autos de inventario, ou de seu registro na Provedoria. Estava garantida a existencia do testamento pelo seu registro, e no inventario pela sua incorporação nos autos, e ás partes livre o direito de o verem nesses autos, e havel-o por certidão onde mais conveniente lhes fosse. Se houvesse perda ou subtracção do livro do registro, ou dos autos de inventario, sempre constaria o testamento de um delles, registrado ou em original. Dada, porém, a innovação, se onde estiver o processo original, emmassado, como um processo findo, for subtrahido, queimado, ou destruido por alguma causa de força maior, pelos ratos ou cupim, não haverá jamais em algum outro lugar no interesse legitimo das partes.»

hypotheca inscripta pelo marido, pae ou por algum parente da mulher, sob pena de perda da vintena em favor desta. (Decreto cit., arts. 174 e 178).

§ 73

Não se julgarão cumpridas as contas do testamento, em quanto nos autos não estiver certificada a inscripção da respectiva hypotheca legal da mulher — (Decreto cit., art. 179).

§ 74

Incumbe ao juiz da provedoria ordenar a notificação a cargo do escrivão se não estiver feita e punir o escrivão pela falta della, sujeito á responsabilidade criminal e civil que da omissão resultar — arts. 175 e 180 do cit. decreto.

§ 75

O juiz de direito em correição verá se foi feita a notificação e punirá o escrivão remisso e constrangerá o marido a inscrevel-a. (Arts. 176 e 177 do cit. Decreto).

§ 76

O Escrivão da Provedoria que registrar testamento contendo legado ou herança a favor de algum menor ou interdicto deverá remetter ao escrivão de orphãos um certificado contendo :

1. O nome e domicilio do doador ou testador.
2. O nome, filiação e domicilio do menor.
3. O objecto da doação ou legado.
4. A data da escriptura de doação e da abertura do testamento registrado.

O escrivão á margem do registro certificará a remessa do certificado. (Art. 185 do cit. decreto).

§ 77

O testamenteiro é tambem obrigado a requerer a inscripção da hypotheca legal do menor ou interdicto,

proveniente de legado ou herança instituída no testamento de que elle é executor, se dentro de tres mezes, contados do registro do testamento, não estiver a mesma hypotheca inscripta pelo tutor, curador, pae ou parente do menor ou interdicto, sob pena de perder a vintena em favor dos mesmos menores e interdictos. (Arts. 187 e 192 do cit. Decreto).

§ 78

O juiz de direito fiscalizará o cumprimento dessas disposições, constringendo o pae, tutor ou curador a fazer a inscripção da hypotheca legal do menor ou interdicto incumbindo ao juiz de orphãos o fazer cumprir a lei a respeito e obrigar a fazer a inscripção. (arts. 189 e 190).

§ 79

Não se julgarão cumpridas as contas do testamento não constando dos autos a certidão da hypotheca legal dos menores e interdictos. — art. 193 do cit. dec. (16)

CAPITULO VI

Do testamento cerrado

§ 80

Testamento cerrado é o escripto pelo testador ou por outrem a seu rôgo com instrumento de approvação. (T. de Freitas, Test. § 72, pag. 134).

§ 81

O testamento cerrado com instrumento de approvação para ser valioso é necessario:

1.º — Que seja escripto pelo testador ou por outra pessoa a seu rôgo. (Ord. liv. 4.º tit. 80 § 1).

(16) Vide Decreto n. 169 a de 19 de Janeiro de 1890 e Decreto n. 370 de 2 de Maio do mesmo anno arts. 398 §§ 4.º, 5.º, 399 § 3.º e § 2.º n. III e 400.

2.º — Que seja assignado pelo testador se não foi por elle escripto, se sabe escrever, sob pena de nullidade. (Sentença do Supremo Tribunal de Justiça n. 8269, de 21 de Junho de 1873, recorrente D. Josepha Maria Tupinambá, recorridos os herdeiros do Commendador Manoel José Teixeira Barbosa.)

— E' nullo o testamento do testador, que não sabe escrever, sendo escripto por um individuo, assignado por outrem a seu rôgo. (Gaz. dos Trib. n. 258 — Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, revista n. 4959, entre partes recorrentes Joaquim Bittencourt e outros, recorrido Manoel Pinto de Moraes; Accordam da Relação de Porto-Alegre de 10 de Março de 1876, app. n. 183 — Direito de 15 de Maio do mesmo anno, pag. 106; Ord. liv. 4 tit. 80 § 1.º — Accordam do Supr. Trib. de Justiça de 14 de Outubro de 1853, Sentença do mesmo Tribunal de 21 de Julho de 1873 — Direito, vol. I., aliter no Repert. vol. IV, fs. 782. Vide *Miscellanea Juridica*, pag. 341, verb. *testamento*.)

— E' nullo o testamento assignado a rôgo do testador por pessoa diversa da que o escreveo.

— Não é nullo o testamento escripto pelo testador e não assignado por elle. (17)

— Não é nullo o testamento que é dictado pelo testador e escripto por outrem, mesmo que saiba escrever, tendo assignado depois.

— Não é valido o testamento cerrado que não foi dictado pelo testador e sim copiado de uns apontamentos escriptos por letra de terceira pessoa e entregues pelo herdeiro instituido.

— Não é nullo, porem, o testamento escripto por outrem em vista de apontamentos que o testador lhe en-

(17) A Ord. liv. 4 tit. 80 § 1., como fora para desejar, não exige a assignatura do testador quando escreva elle mesmo o seu testamento, em contrario ao que dispõem as leis estrangeiras. (Cod. Civ. Port., art. 1920), pois a subscripção é que consuma verdadeiramente o acto. (Lobão, diss. 4 ás 2. linhas, § 13).

tregar escriptos ou assignados por elle, narrando as suas declarações, e cujo original se deve guardar. (Pareceres dos advogados Nabuco, T. Freitas, Barbosa da Cunha, Ferreira Vianna e Urbano Sabino, em 1868, no celebre feito de nullidade do testamento de Patricio Ricardo Freire.)

— E' valido o testamento cerrado, assim julgou a Relação do Rio em 21 de Abril de 1874, de quem sabe, mas não pode escrever, assignado por terceiro com declaração de o assignar a rôgo por não poder o testador. (Direito, anno II, vol. 4 de 30 de Dezembro de 1874, pag. 353).

Que possa fazer testamento cerrado quem, sabendo escrever, acha-se impossibilitado de escrever ou assignar ao tempo da facção do testamento, se vê sustentado por Gouveia Pinto, cap. V § 2.^o— T. de Freitas, nota 1.^a ao art. 993 da Consolid. das L. L. Civis e Testamentos, nota 185 ao § 73, pag. 138.

— Não sabendo o testador assignar deve ser o testamento assignado por quem lh'o escreveu a rôgo.

—E' nullo o testamento que não está assignado pelo testador e nem pela pessoa que lh'o escreveu, embóra no final d'elle diga-se que o assignara e seja legalmente approvado, exigindo a lei a assignatura do testador no testamento e auto de approvação. (T. de Freitas, nota 4.^a ao art. 1055 § 3 e *Testamentos*, pag. 137 — nota 185.)

3.^o — Que o testamento seja entregue ao tabellião perante cinco testemunhas, varões e maiores de quatorze annos. (18)

4.^o — Que o tabellião perante as testemunhas pergunte ao testador: se é aquelle o seo testamento e se o ha por bom, firme e valioso, quando o testador não se

(18) A tradição legal do testamento tem por fim evitar a substituição do testamento e ficar comprovada a sua identidade, não bastando ser por outrem entregue, ainda que o testador aponte para a commoda em que está (Accord. da Relação do Rio, de 18 Junho de 1869).

tenha antecipado em faze-lo. (Ord. cit.; Assento de 10 de Junho de 1817). (19)

— Quando o testamento for de mão commum, devem ambos os testadores, cada um delles per si pegar no testamento e entrega-lo ao tabellião e a cada um delles deve este fazer as perguntas da lei. (Vallasco, Consulta 7.ª; C. Telles, Man. dos Tabelliães, § 253)

— Não é substancial o ser apresentado o testamento cerrado e cosido para ser approvado, como tambem não o constar no interior do testamento que o testador o tenha lido e relido, mas é sempre seguro fazel-o constar (Lobão, Dissert. cit. § § 14 e 15); bastando o testador entregar

(19) Perdigão Malheiro, Consultas Juridicas, pags. 460 a 461 e 462 a 463, opina que desde que conste que o testador entregou o testamento ao tabellião e manifestou a vontade de que o approvasse para que tivesse inteiro vigór, taes palavras são equipollentes. O Tribunal de Justiça de S. Paulo assim julgou por Accordam de 6 de Junho de 1893 na appellação n. 104 de Botucatu, Gaz. Juridica do Estado, vol. IV n.º 4, pag. 302. Em contrario se vê julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça em 26 de Julho de 1876, revista n.º 8912, vide Direito, vol. X, pag. 326 e vol. XI, pag. 556. Eis o accordam: —

« Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista civil, entre partes, recorrentes Philadelpho de Souza Castro e outros, e recorrido João Bernardo Nogueira da Silva: concedem a revista pedida por injustiça notoria e consequente nullidade manifesta dos accordãos recorridos; porquanto não tendo o tabellião no instrumento de approvação do testamento de que se trata, guardado o disposto na Ord. L. 4.º, tit. 80, § 1.º, na parte, em que mandava fazer á testadora as perguntas de ser aquelle o seu testamento, e de o haver por bom, firme e valioso, e declarar a sua resposta, especificando elle esses requisitos no mesmo instrumento; procedendo de outra maneira não é valioso aquelle testamento, porque assim o declarão expressamente a citada Ord. e assentos de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Junho de 1817. »

« Portanto, mandão que se remettão os autos a relação de Porto Alegre, para revisão e novo julgamento. »

« Rio de Janeiro, 26 de Julho de 1876. — Brito, presidente.
— Barão de Montserrat. — Barão de Pirapama. — Simões da Silva.
— Leão. — Barbosa. — Valdetaro. — Albuquerque. — Costa Pinto.
— Coito. — Figueira de Mello. — Pereira Monteiro. — Vasconcellos.
— Silva Guimarães. »

« Não votou por impedido o Exm. Sr. conselheiro Silveira. — Camara, vencido. »

o papel apenas dobrado, assim sempre foi uso e costume, o melhor interprete das leis (Assentos de 8 de Agosto de 1815 e 10 de Junho de 1817). (20)

(20) Em contrario tem sido julgado, assim pela Relação do Rio na appellação n.º 14.581, em 16 de Dezembro de 1875 — Direito, vol. 6.º anno III, pag. 452 e vol. X, pag. 562.

Que não importa nullidade do testamento ou codicillo entregal-os ao tabellião o testador apenas dobrados e não cerrados e cosidos, porque similhante facto não tira a authenticidade dos mesmos, principalmente quando taes actos forem escriptos pelo mesmo tabellião que os approvar, decidio a Relação de Porto-Alegre por Accordam de 7 de Novembro de 1879, appellação civil entre partes appellante D. Petronilha Corrêa e appellado Luigi Goligniano — Direito, vol. XXI n.º 2 de 15 de Fevereiro de 1880, anno 8.º, pag. 321. Pelo Codigo Portuguez o testamento pôde ser cerrado e cosido depois de findo o acto de approvaçãõ — art. 1922 § 2.º No direito vol. 6 se vê um trabalho luminoso do advogado Carlos Augusto de Carvalho sustentando não ser nullidade não ter sido entregue cosido e cerrado o testamento, pags. 457 a 460, nullidade que no entanto foi reconhecida pelos Accordams da Relação do Rio de 16 de Dezembro de 1873, 28 de Agosto de 1874 e 5 de Abril de 1876. Diz esse illustre advogado em summa: — Que a Ordenaçãõ, inspirando-se no Direito Romano de que se havia apartado quando determinou as varias formas de testar, sem senso juridico preceituou que o testamento mystico devia para receber a necessaria força, ser apresentado cosido e cerrado ao tabellião em presença de cinco testemunhas afim de lavar-se o instrumento de approvaçãõ e se fizesse ou começasse em parte alguma das folhas em que alguma parte do testamento estivesse escripto. Com razão perguntou o tabellião Teixeira de Abreu — (Lobão, N. a Mello, Diss. 4.ª § 14) como approvar uma cousa fechada? Cumprida a risca a Ord. liv. 4 tit. 80 § 1 attingia-se a uma impossibilidade material. Era preciso abrir o testamento cerrado e cosido, approval-o e... fechal-o? A lei não exigia isso contrariando-se sem duvida o caracteristico dessa especie de testamento — o segredo das disposições. A lei copiando a lei Hacconsultissima (l. 21 Cod. de testamentis) esqueceo que nella se doutrinava, que o testamento devia ser apresentado ás sete testemunhas sellado ou ligado, ou somente dobrado e envolvido, para ellas sobre elle lançarem seo sello e sua assignatura, comprehendendo-se a procedencia dessa disposiçãõ romana. As testemunhas não lançavam a assignatura em parte alguma das folhas em que alguma parte do testamento seja escripta.

Não se comprehende, porém, a doutrina da Ordenaçãõ. Descobre-se na lei testamentaria de Luiz 15.º (1735, art. 9.º) no art. 976 do Cod. de Napoleão, reproduzido no art. 902 do Cod. das Duas Sicilias, no art. 1,517 do da Luisiana, no art. 751 do da Sardenha, no art. 987 do da Hollanda a razão da exigencia: — Le

5.º — Que logo em presença das testemunhas e sempre em presença destas, e no lugar onde esteja vi-sível o testador, faça o tabellião o instrumento de ap-provação, declarando nelle que o testador por sua propria mão lhe entregára o testamento, e o houvera por seu, bom, firme e valioso.

6.º — Que o instrumento de aprovação comece logo e immediatamente no fim do testamento, devendo continuar sem interrupção na mesma pagina e seguin-

testateur présentera le dit papier ainsi clos et scellé a sept temoins au moins (Ord. de 1735), y compris le notaire ou tabellion ; ou il le fera clore et sceller en leur presence, — porque exigem esses codigos e mais o da Toscana no art. 307 e o do Chile no art. 1,023, que o instrumento de aprovação se deve lavrar en el so-brescrito (Cod. do Chile) o cobierta....

Termina el estoganicento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del scribano *sobre la cobierta*. —

Esta prescripção é, diz Merlin (vb. test. Jurisp. Sec. 2, § 3, n. 14) para impedir que o proprio testador faça alterações ou addições depois de achar-se (o testamento) revestido de um acto de ap-provação ; ou no sentir de Troplong (Donat. et Test. n. 1,628) para evitar substituição de um testamento por outro, mudanças ou altera-ções que um extranho podia fazer, se não estivesse cosido e cerrado.

A escriptura interna não estando revestida de formalidade al-guma e podendo não ser do proprio testador, é o acto de ap-provação que lhe serve de garantia. Apprecia-se, pois, a falta de criterio do Legislador Portuguez.

Perante o Direito Romano e os Codigos estrangeiros citados, a solemnidade de ser o testamento entregue já fechado é uma garantia de authenticidade, que interessa tanto ao testador como á sociedade. Pela legislação Portugueza (Ord. Liv. 4.º, tit. 80, § 1.º e 2.º) essa formalidade affecta o segredo das disposições, é um favor outorgado ao testador, do qual pôde prescindir.

Merlin. — Rep. vb. Test. — tit. 17, n. 9 ; Delvincourt — Not. 2, p. 306; Troplong — Don. et Test. n. 1,629, que neste ponto acompanha Furgole.

Almeida e Souza (A. Mello, Diss. 4, § 15 e 2^{as} Linhas, — Diss. 6 § 61) ensina :

« Serem cerrados e secretos entre nós os testamentos.... foi uma permissão em favor delle (testador). » Este favor podem renunciar, etc. — Neque vero ad testamenti solemnita requiritur ut a testatore claudatur et involvatur testamentum ; sed solum hoc fit si testator velit neminem scire ea, quae in testamento scripta. (L. 21, Hac con-sultissima).

tes, para que não se possa tirar o testamento verdadeiro do instrumento de aprovação e metter outro, falsamente fabricado, no lugar.

7.º — Que não havendo lugar na ultima folha escripta do testamento para nelle começar o instrumento de aprovação, o tabellião ponha no testamento em qualquer pagina seu signal publico, e assim o declare (C. da Rocha § 679).

Nulló é o testamento em que o tabellião não haja posto o signal publico como acima se recommenda e no fim do instrumento (Accordão da Relação do Rio de 6

Nec in scepius allegata Ord. hoc requisitum recensetur; unde licet testamentum ante ligatum, vel clausum, salvís omnibus reperiatúr, non potest dici revocatum !!

Discordando desta ultima parte, era o caso de perguntar-se, o que dá ao testamento o character de cosido e cerrado? O ser desse modo apresentado ao tabellião?

Duvida-se, porque, ex-vi da Ord., como approvar uma cousa cosida e cerrada, se a aprovação tem de ser lavrada logo apoz a disposição testamentaria?

Seria um verdadeiro dislate a applicação material da lei.

A pratica, mais sensata que o legislador, salvou as difficuldades, determinando que a solemnidade de coser e cerrar o testamento mystico, deve-se realizar depois de ser elle approvado e desse modo as disposições serão conservadas em segredo, porque o tabellião vê mas não lê, verificando-se rasoavelmente a intenção do legislador.

A pratica mandada observar pelo Accordão de 8 de Agosto de 1815, que segundo o Assento de 10 de Junho de 1817, é o melhor interprete das leis, consistia, affirma Almeida e Souza (no § 15 Diss. 4, notas a Mello) em entregar o testador ao tabellião o testamento apenas dobrado; este o recebia e depois das mais solemnidades, attestando que só o passara pela vista sem o lér para notar e salvar entrelinhas, borrões, etc., o cosia, fechava e lacrava e entregava-o ao testador na presença das testemunhas.

Esta praxe tambem é attestada por Portugal, de Donat. liv. 3.º, Cap. 16 e por Corrêa Telles — Digest. Port., Vol. 3.º, n. 1,787.

Que accordão, exclama Almeida e Souza, mais illuminado e mais justo?

Grande é o poder da razão e da philosophia pratica.

A melhor prova de que essa era a pratica elaborada pela obscuridade da Ord., é o Cod. Civil Portuguez. Sabe-se que para as codificações recorre-se muito aos usos e costumes. Fundamental esta proposição é inutil. Pois bem, o Cod. Civil Portuguez, doutrinando

de Dezembro de 1838 n.º 166. — C. Telles, Man. dos Tabelliães, § 253, em contrario Oliveira, Repert. *verb. approvação*.

8.º — Que o instrumento de approvação seja assignado pelas cinco testemunhas e pelo testador, se souber e puder assignar, nenhuma podendo assignar a rôgo de outra. (T. de Freitas, Testam., pag. 145).

9.º — Que não sabendo ou não podendo o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando ao pé da assignatura que o faz a rôgo do testador por não saber ou não poder assignar. (21)

sobre o testamento mystico transformou em texto legislativo a pratica attestada por Almeida e Souza.

Nos arts. 1,920, 1,921 e 1,922, encontra-se: « O testamento cerrado pôde ser escripto e assignado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou ser escripto, etc. « O testador apresentará a qualquer tabellião a sobredita disposição perante cinco testemunhas, declarando como aquella é sua ultima vontade.

« Em seguida e sempre na presença das testemunhas, o tabellião vendo o testamento sem o ler, lavrará um auto de approvação, que principiará logo em seguida á assignatura do mesmo testamento e será continuado, sem interrupção na mesma pagina e seguintes. Em seguida e ainda na presença das mesmas testemunhas, o tabellião coserá e lacrará o testamento, lavrando na face exterior da folha, que servir de envolucro, uma nota que declare a pessoa a quem pertence o testamento alli contido. O assento de 10 de Junho de 1817 enumerando os requisitos do instrumento da approvação não exige que nelle se declare ter sido o testamento entregue cerrado e cosido. Coelho da Rocha, nota ao art. 679 considera como facultativo o entregar o testamento cerrado e cosido ao tabellião. Teixeira de Freitas, art. 1055 e seguintes da Consolid. opina pela validade do testamento entregue apenas dobrado. — Vide Direito vol. 18 n.º 2, pag. 202, em contrario.

(21) O Accordão da Relação do Rio, de 18 de Junho de 1869, na questão de nullidade do testamento do commendador Patricio Ricardo Freire, julgou nullidade ter assignado o testamento outrem pelo testador *por não poder assignar*, acompanhando a opinião de Liz Teixeira, Curso de Direito Civil, tomo II, tit. 5º § 8, declarando que a Ord. não permite que deste modo cerrado possa testar aquelle que sabe escrever, mas não pôde assignar. Em contrario opinão Gouveia Pinto, Test. cap. 5º, § 2; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, art. 1055, § 10; Cod. Civil Port. 1º 1781; C. Telles Dig. Port., vol. III nº 1704, opinião esta que tem seo fun-

—Nullo é o testamento em que a testemunha que assignou a approvação do testamento a rôgo do testador não declara, ao pé do signal, que assigna por mandado deste por não saber ou não poder assignar, devendo o tabellião, que assigna a rôgo, declarar igualmente o motivo porque o testador o não fez.

—Não é caso de nullidade não estar o instrumento assignado pelo testador, ou por alguém a se rôgo, tendo-se, como devendo ter-se em consideração a circumstancia importante de que o tabellião que lavrou o dito instrumento havia pouco antes escripto e assignado o testamento, declarando que o fizera a rôgo do testador e a razão de que elle não sabia escrever (Accordão Revisor da Relação do Rio de 29 de Outubro de 1869, entre partes recorrentes Analecto e outros, recorrido o curador da herança jacente de D. Joaquina Maria de Jesus.

—Não é nullo o testamento em que o tabellião no instrumento de approvação declarou que o testador rogou a outrem para assignar por não saber ou não poder, caso

damento nas disposições pararellas da Ord. liv. 4 tit. 8o princ. e § 3o. Permittindo a Ord. liv. 4 tit. 8o § 1o ao analphabeto a factura do testamento cerrado escripto e assignado pelo punho de outro virtualmente por mais forte razão a permite a quem sabe ler e escrever, mas não pode assignar; porquanto, este, melhor do que aquelle, pôde verificar por seos olhos a leitura e exactidão daquillo que mandou escrever, o que alias não pôde fazer o analphabeto.

Assim julgou a Relação do Rio por accordão de 29 de Abril de 1879 na celebre causa da questão de nullidade do testamento Carneiro— herdeiro instituido o Visconde de Nictheroy, regeitando essa nullidade opposta. A Relação do Rio (Estado) por accordãos de 9 de Maio e 11 de Agosto de 1893 annullou um testamento, primo por estar por terceiro assignado a rôgo sem a pedanea declaração de o ser a mandado do testador e o motivo porque o fez, não bastando a simples menção isolada do tabellião: secundo quando assignado por quem não é testemunha do instrumento: tertio, quando do corpo do instrumento não consta ter sido ao menos lido ás testemunhas antes de o assignar. (Direito, vol. 63 n° 4, pag. 505 a 521). Em França aquelles que não sabem ou não podem ler não podem fazer disposições na forma do testamento mystico (art. 978 do Cod. Civil) e bem assim em Portugal tambem são excluidos desse testamento os analphabetos (arts. 1764, § unico e 1923).

essa pessoa, tendo assignado o testamento, não haja declarado o ter feito por não saber ou não poder o testador. (Corrêa Telles, Theor. da Interpr. das Leis, n° 19 § 4°, Consolid. das L. L. Civis, art. 1055 § 10, nota 2.)

Essa opinião não é sempre observada, e é questão antiga muito controvertida. (22)

(22) A Relação do Rio de Janeiro, por Accordão de 16 de Dezembro de 1874, julgou ser caso de nullidade do testamento não ter a testemunha, que a mandado do testador assignou a rôgo, feito, a declaração sacramental de assignar o instrumento de approvaçãõ a mandado do testador por não saber escrever, embora tivesse isso declarado no auto o tabellião (Direito, vol. 6 de 15 de Março de 1875, pag. 452 e vol. 63 n° 4.) A Relação de Ouro-Preto por Accordão de 12 de Agosto de 1884, na appell. n° 878, julgou que a falta de declaração da testemunha no instrumento de approvaçãõ de que assigna a rôgo do testador por não saber, é supprida pela declaração que desse factõ faz o tabellião que approva o testamento. (C. Telles, Dig. Port. vol. III n° 1704; Lobão, N. a Mello, Diss. 4ª — Resenha Juridica Mineira — anno de 1884 — pag. 505.) Em 1890 e 1891 perante o extincto Tribunal da Relação de S. Paulo se agitou esta questãõ no importante pleito, appellaçãõ civil n° 1861, appellante Joaquim Paulino Barbosa Aranha e appellados José Francisco Barbosa Aranha e outros herdeiros de D. Maria Francisca Barbosa Aranha que deixou testamento aberto assignado a seo rôgo, por ser cega, por terceiro, e foi a questãõ de nullidade magistralmente tratada pelos advogados do fóro Doutores João Pereira Monteiro e Aureliano Coutinho, convindo guardar e reproduzir aqui esses trabalhos para que não fiquem esquecidos no pó dos cartorios.

Para guardar o respeito a esses valiosos subsidios de estudo exertaremos no nosso trabalho o extracto tirado dos memoriaes impressos. O Dr. Monteiro combateu a nullidade de não haver a pessoa, que o assignou a rôgo da testadora, declarado ao pé do seu signal que o fazia *por ella não saber ou não poder assignar* atacando a sentença do juiz a quó, que a reconheceu, pela maneira seguinte:

« E, assim decidindo, limitou-se o juiz a quó a invocar a letra nua, aridamente material da Ordenação do livro 4. tit. 8o, preambulo. Valido é o testamento de fl. 8; e demonstral-c-hemos:

- 1.º pela propria lei;
- 2.º pela doutrina;
- 3.º pela autoridade dos doutores;
- 4.º pela legislação comparada;
- 5.º pela jurisprudencia.

§ 1.º

Assim como a forma dos actos juridicos é, na frase de Ihering, (A), o mesmo conteúdo debaixo do ponto de vista de sua visibilidade, a letra da lei, que é a sua forma, deve ser o fiel espelho do pensamento legislativo, que é o seu mesmo conteúdo (B).

Mas este conceito, que para Cicero, *pro Murena*, c. 12, tinha esta formula exagerada:—*In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt*—não deve ser tido com a mesma cega superstição que faz os fetichistas. O respeito á forma não equivale ao culto, que exclusivamente na fé prende as suas raizes. A logica juridica, que é o espirito scientifico do direito, dá a letra da lei não somente a sua propriedade filologo-sociologica, como traça-lhe a extensão casuistica e accentua-lhe a intensidade dominadora.

Ora a logica, que é a alma da hermeneutica, vai nos dar, applicada á letra da Ordenação, alguma cousa que escapou ao criterio do honrado juiz *a quo*.

Os testamentos são de varias especies; no preambulo trata a Ord. do testamento chamado aberto ou publico, *que o tabellião escreverá nas notas*, e no § 1.º do testamento cerrado, *que o proprio testador escreve ou manda escrever*. Ora, estatuinto sobre a hypothese em que o testador, em qualquer d'aquellas formas de testar, não sabe ou não pode assignar, a lei não usa das mesmas expressões ao referir-se a uma e á outra de taes formas.

Tratando do testamento publico, diz assim:

« e não sabendo, ou não podendo, assignará por elle una das testemunhas, a qual logo dirá ao pé do signal, que assigna por mandado do testador, por elle não saber ou não poder assignar. E tal testamento será firme e valioso »;

ao passo que, referindo-se ao testamento cerrado, depois de repetir as palavras acima transcriptas até *por elle n'õ saber ou n'õ poder assignar*—em vez de concluir como no preambulo—*e tal testamento será firme e valioso*—a Ord. exprime-se do seguinte modo:

« e de outra maneira não será valioso o testamento e isto sem embargo de qualquer costume que em contrario haja em algum lugar ou lugares ».

Mas si a hermeneutica não tolera na lei palavras inuteis ou distincções sem razão de ser; si em harmonisar as palavras da lei

(A) *Espr. du Dr. Rom.* III, 165.]

(B) *Non si vuol qui parlare della forma come eleganza di frase o proprietá di locuzione o estetica di apparenza; ma solo di forma come esatto specchio in parole della mente del legislatore.* » Cogliólo. *La forma delle Leggi, Filos. del Dir. Priv.* pag. 63.

com o seu espirito é que consiste toda a interpretação regular (C); si explicitamente em materia testamentaria o direito patrio condemna, pelo Ass. de 10 de Junho de 1817, a interpretação, *que olhando só para a letra da lei, destrúa a sua verdadeira intenç o*, aliás preceito já em voga no direito romano: *scrupulosam solemnitatem amputari decernimus* (Cod. VI, 30, 17), fóra de duvida é que o legislador, com aquella diversa redacção, quiz exprimir differenças praticas entre aquellas duas regras de direito, reguladoras de relações de direito tambem entre si diferentes (D).

Quaes são essas differenças? porque razão o legislador, depois de prescrever, nos testamentos publicos, a formalidade de que se trata, não disse, como a respeito do testamento cerrado, que sem ella o testamento não valeria, posto que houvesse costume em contrario?

A doutrina geral do direito vai fornecer-nos a resposta.

§ 2.º

O principio gerador da fórma, principio eminentemente politico —sociologico, consiste em assegurar, no mais alto gráo possível, a authenticidade dos actos declaratorios da vontade humana. Authenticidade e verdade são termos de uma equação rigorosamente exacta: só nos actos authenticos póde estar irrefragavel a manifestação da verdade; a verdade por meio de actos authenticos póde entrar inabalavel na vida externa do direito.

Ora, dentre os varios meios suggeridos pelo espirito pratico de todos os povos como mais aptos a garantir a authenticidade dos instrumentos ou actos de declaração da vontade, nenhum leva vantagem, em extensão e intensidade, á creação e organização do notariado ou tabelliado publico.

O tabellião tem fé publica; é verdadeiro magistrado.

Todas as nossas leis, desde a Ord. Liv. 1.º Tit. 78, L. de 11 de Outubro de 1827, Dec. de 16 de Dezembro de 1853, até os decretos do actual governo provisorio da Republica, dão-lhe funcções proprias de verdadeira magistratura. Foi assim que exprimiu-se o celebre orador Favard, na secção do tribunato francez de 12 de Março de 1803: « *O Notario, que é o confidente dos pensamentos de seus concidad os, o regulador dos encargos e das obrigações que elles intentam contrahir, que é quem, por sua condição, dá a sancção practica a todas as Leis, exerce uma magistratura especial, que eu considero a ultima das chaves do grande edificio social* » (E). Tudo o

(C) *Non enim lex est quod scriptum est; sed quod legislator voluit quod judicio suo probavit et recepit*—L. de quib ff. de leg.

(D) Argum. do brocardo — *minima circumstantia facti magnam inducit diversitatem juris*.

(E) Vid. Pires Ferrão, *Guia prat. do Tabel.* pag. 5.

« á côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les différends la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseillers désinté-

que o tabellião certifica *ex notitia et scientia propria, propriis sensibus visus et auditus*, na phrase de Dumoulin, constitue verdade objectiva *adversus omnes*—é a *probatio probata* dos antigos doutores.

Emanazione di un pubblico funzionario che è per legge il depositario della fede pubblica, l'atto pubblico è un monumento che deve essere da tutti ritenuto per vero e certo, SALVO CHE, IN SEGUITO A ESPECIALE QUERÉLA, INTERVENGA SENTENZA CHE NE DICHIARI LA FALSIÀ » Mattiolo, obr. cit., III, 19 (F)

Postos estes principios, facil é a sua applicaçãõ á especie convertida.

Nos testamentos cerrados, a falta da declaraçãõ explicita, em todas as letras, feita pela pessoa que assigna pelo testador, do motivo porque assigna, annulla irremediavelmente o acto, porque deixa sem explicaçãõ a ausencia de uma das formalidades de taes actos, qual é a assignatura do testador. Quando este não sabe assignar, ou sabendo, não pode por qualquer circumstancia invencivel, fazel-o elle proprio, quer a lei que conste, de modo explicito, a verdade occorrente: só assim, em caso de litigio, poder-se-ha apurar a mesma verdade, que é o objectivo da justiça. Mas nos testamentos publicos ou abertos, cujo contexto formal é todo confiado ao tabellião, aquella falta importará em todos os casos, *in absoluto*, a nullidade do testamento? A logica juridica impõe, os doutores ensinam, e a jurisprudencia tem decretado, como adiante veremos, que em tal caso convem distinguir: ou o tabellião porta por fé o motivo por que o testador não assigna, indicando ao mesmo tempo quem por elle o faz.: ou nada diz a respeito.

No primeiro caso vale o testamento, no segundo é nullo.

Outra não pôde ser a interpretação doutrinal do preambulo da Ordenaçãõ. Si a pessoa que assigna a rogo do testador declara o motivo porque este não assigna, embora o tabellião não o faça, *tal testamento será firme e valioso*, como diz a lei; e assim dispõz porque,

ressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leurs faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ses engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseillers desintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires que obligent irrevocablement les parties contractantes sont les notaires, cette institution est le notariat. «Expos. de mot. da lei de 14 ventose, anno 11. —Daloz *Rép.*, v. *Notaire*—*Notariat* pag. 578.

(F) Vid. Pisanelli, Scialoja e Mancini. *Coment. del Cod. di Proc. Civ.*, vol. 3.º n. 437.

tendo adiante de prescrever a fôrma dos testamentos cerrados, os quaes podêm indifferentemente ser escriptos e assignados pelo proprio testador, ou somente assignados, ou escriptos e assignados por outrem, *que declare, sob pena de nullidade, posto que haja qualquer costume em contrario, o motivo porque o testador n'õ assigna*, fôra o cumulo das extravagancias n'õ permittir, que nos testamentos publicos, tambem podesse outrem assignar pelo testador, *bastando, neste caso, que o signatario declare ao pé do seu signal, que assigna a rogo do testador por este n'õ saber ou n'õ poder assignar*. Tal é, em todo o rigor logico, esteiado no elemento racional do direito, o unico verdadeiro sentido da express'ão da lei: *e tal testamento será firme e valioso*.

Mas concluir pela nullidade do testamento porque o signatario n'õ declarou o motivo porque o testador n'õ assignára, embora o tabelli'ão, no proprio corpo do instrumento, portasse por fé que o testador rogára a Fulano para por elle assignar *por este ou aquelle motivo*:

—«*assignando a seu rogo por ser cega, Manoel José Gomes*»— é ser fetichista da letra da lei, com grosseiro menoscabo dos elementos philosophicos do direito. Pois, si na legislaç'ão de todos os povos tem fé publica a attestaç'ão feita pelo notario dos actos ou factos passados em sua presença, e isto pela dupla presumpç'ão sobre cuja politica necessidade assenta a fôrça juridica dos instrumentos notariados, ou, como diz Mattirollo, *pela dupla prerogativa que a lei attribue á firma do official publico, isto é: a) que tal firma é legalmente notoria, e por isso n'õ precisa de ser verificada, e b) constitue uma prova certa da convenç'ão e dos factos que o tabelli'ão declara haverem se passado em sua presença*, por que, sen'ão por menospreço dos elementos geraes do direito e estreita comprehens'ão dos principios (G), haveria o legislador de exigir, *ad substantiam* ou *ad formulam tantum*, alem da declaraç'ão publica do notario, a redundante e escusada declaraç'ão da pessoa privada que assignou a rogo do testador?

N'ão—tal n'õ podia ser o pensamento do legislador philippino; nem fôra apenas exageradamente escrupuloso, sen'ão tambem obscurecido por falsa sciencia, o interprete que tal pensamento lhe emprestasse. E que fosse meramente escrupuloso! n'õ escapava á censura do secular direito romano: *scrupulosam solemnitatem amputari decernimus*.

Em apoio desta interpretaç'ão vem positivamente o Assento de 10 de Junho de 1817, que tem, como é sabido, fôrça de lei, *ex vi* do § 4.^o da L. de 18 de Agosto de 1769.

(G) *J'ai dû dès lors prendre toujours pour point de départ les règles premières et essentielles, les principes, les éléments enfin de la science...les éléments! les principes! cette base nécessaire de toute étude sérieuse et solide.*» Demolombe, *Preface du Cours du Code Napoléon*.

De facto, interpretando authenticamente a Ordenação, o Assento já não exige casuisticamente a solemnidade ou supersticiosa formalidade de que se trata; ao contrario, explicitamente prescreve que:

«uma vez que o tabellião, official publico e de fé pela lei, porte por fé no mesmo instrumento que perante as testemunhas ali presentes e declaradas foram satisfeitos todos os requisitos da lei, e especificados na mesma lei, e *especificando-os elle no mesmo instrumento*, está observado o que a lei requer, e manda se observe a bem da liberdade de testar».

Eis ahi o corollario logico do principio consignado no mesmo Ass.: *«as formas prescriptas na Ord. nunca devem entender-se de uma observancia supersticiosa da lei, a qual olhando só para a letra, destrúa a sua verdadeira intenção»*.

Nem se pretenda, como aliás, por insinuação dos Appellados, a seu turno imbuidos em falsa intelligencia da Consulta 149 de Valasco, pareceu á sentença appellada, que *essencial era a alludida solemnidade, visto ser a forma dos testamentos de direito publico, e este não poder ser dispensado pela vontade privada*.

Futil raciocinio. Si quereis dizer que a forma dos testamentos é de direito publico no sentido de incluídes o complexo das leis testamentarias no quadro do chamado Direito Publico, que *regula a organisação e administração do estado, suas relações com os cidadãos e mesmo as relações dos cidadãos entre si quanto ás cousas de interesse geral* (H), ou como já dizia Justiniano—*jus quod ad statum rei publicæ spectat*—commetteis palpavel erro de classificação, confundindo relações juridicas essencialmente distinctas; si porem vos limitaes á insinuação de que as leis testamentarias, posto que reguladoras de direitos privados, interessam tambem á ordem publica, e por isso dizem-se de direito publico, o vosso raciocinio provará de mais, pois sob tal ponto de vista todas as leis são de direito publico, porque todas ellas tendem ao fim supremo do Estado, que é o bem geral.

Mas vêde agora, com propriedade scientifica incontestavel, em que consiste a differença entre o direito publico e o direito privado, e chegareis a convir em que aquelle conceito, commummente repetido, não tem senso juridico.

Ninguem melhor do que o modernissimo e profundo jurisconsulto Cogliolo, na sua *Filosofia del diritto privato*, accentuou a linha divisoria d'aquelles dous ramos do direito geral:

«Esta differença não é theoreticamente facil de fixar, porque, na realidade das cousas, são variaveis e subtis os respectivos limites. Si considerarmos d'um lado o instituto da *rei vindicatio* e do outro o voto eleitoral, clara será a antithese; mas as difficuldades não estão nos pontos extremos, senão nos limites confinantes dos dous territorios.

(H) Namur, *Cours d'Encycl. du Droit*, n. 168.

Na linguagem commum a differença faz-se directamente por materias : o direito civil, o commercial, o processual, dizem-se direitos privados, e o direito constitucional, o administrativo, o penal, o financeiro, dizem-se publicos. Mas é evidente não haver precisão n'esta nomenclatura, visto que no direito civil ha tambem partes de direito publico, por exemplo : a base da familia ; e tambem o direito administrativo contem partes de direito privado, como em materia de aguas ou de pensões. Costuma-se dizer que a diversidade deriva dos sujeitos, isto é, que o direito privado diz respeito ao individuo, e o direito publico ao cidadão ; aquelle ás pessoas, este ao estado. Mas não é assim na realidade das cousas, pois vemos leis concernentes ao estado crearem direitos privados, e outras concernentes ao individuo crearem normas de verdadeiro direito publico. P' talvez mais exacto recorrer, a proposito de cada disposição, á *mens legis*, e inquirir que cousa quiz fazer o legislador : quiz prover a uma necessidade do povo enquanto corpo organizado, ou a uma necessidade de cada pessoa singular ? Em cada norma juridica ha utilidade tanto do estado quanto dos individuos : na disposição que prescreve a possibilidade de se celebrarem contractos de venda ha um bem para os contractantes e reflexamente para a sociedade ; na disposição que prescreve a nomeação dos deputados pelo povo ha um bem feito á *res publica* e reflexamente aos cidadãos considerados *uti singuli*. E pois, o interesse publico e o privado são correlativos ; mas o ser uma lei publica ou privada não depende de ter ella em vista mais este do que aquelle interesse, porque qualquer lei mira a um e a outro de taes interesses, senão de ter em vista um *primeiro* do que o outro. Toda lei util ao estado é, por via de consequencia, util ás pessoas ; toda a lei util ás pessoas é por via de consequencia, util ao estado ; pois bem : tal lei cria *jus publicum* si teve por fim directo a utilidade publica, e como consequencia, a privada ; ao contrario, constitue *jus privatum* si teve por fim directo a utilidade privada, e como consequencia, a publica ».

Desta longa, mas sem duvida proveitosa transcripção, resulta a a condemnação *in limine* d'aquelle conceito.

Como sabiamente observa Demolombe, a propriedade não existiria se não fosse perpetua ; ora a perpetuidade da propriedade reside precisa e necessariamente na sua transmissibilidade *post mortem* ; o testamento é, pois, um dos modos do exercicio do direito de propriedade. Mas o complexo das leis relativas á propriedade privada, em qualquer de suas manifestações, enquadra-se no ramo do direito privado conhecido pela denominação especifica de Direito Civil ; é mesmo direito eminentemente *personal*, como diria Maynz, de origem natural, e cujo exercicio o estado apenas garante. *Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, lè-se nas institutas, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Sendo pois o testamento mera consequencia do direito de propriedade, quando a lei traça-lhe as formas fal-o tendo directa e imme-

diatamente em mira o interesse privado, e só por via de consequencia a utilidade publica, que apenas mediata e indirectamente, *per riflesso*, na phrase de Cogliolo, colhe os beneficios sociaes de tal instituto. E si a forma é, como ja dissemos, repetindo Ihering, o mesmo conteúdo debaixo do ponto de vista de sua visibilidade, a forma dos testamentos não pode deixar de pertencer ao direito privado.

Futil seria, portanto, aquella arguição dos Appellados, si ja não estivesse demonstrado que a alludida exigencia do preambulo da Ord. só procede no caso em que o tabellião não insere, no proprio instrumento, com a indicação da pessoa que assigna a rogo do testador, o motivo por que este mesmo não o fez.

Mas ponderam ainda os Appellados: não pode satisfazer a declaração do notario—*que a testadora n.º assignou por ser cega*—porque a lei só dispensa a propria assignatura do testador quando este *n.º sabe* ou *não pode assignar*, e cegos ha que sabem assignar.

Pondo de parte as reflexões *moraes* que semelhante ponderação suggere, porquanto, melhor do que ninguem, sabem os Appellados que a testadora, alem de cega, era analphabeta, e tudo pode ser, menos honesto, allegar contra a verdade notoria (I), facil é patentear a inanidade da arguição.

Em primeiro lugar, as palavras da Ordenação—*não saber* ou *não poder assignar*—não são sacramentaes ou exigidas material e cumpridamente; indicam apenas a causa remota ou geral da falta de assignatura; portanto, uma vez que se declara a causa proxima ou occasional, como o ser analphabeto o testador, ou maneta, ou estar profundamente abatido pela doença, ou outra qualquer procedente, satisfeito fica o intuito da lei, e até mais satisfeito o espirito do executor testamentario ou do juiz, pois mais facil torna-se a apuração da verdade.

Em segundo lugar, pelo testamento anterior, pelos proprios Appellados produzido e feito em notas aos 5 de Agosto de 1884 (o actual é de Julho de 1887), está plenamente provado, segundo a declaração do notario e do honrado Dr. Antonio Carlos de Moraes Salles, de todo ponto insuspeito aos Appellados, que a testadora D. Maria Francisca Barbosa Aranha, POR SER CEGA, NÃO SABIA ESCREVER.

Finalmente, alludir a essa maravilhosa conquista moderna, pela qual o engenho humano conseguiu ensinar aos cegos a arte de ler e escrever, para concluir que a Ordenação de D. Philippe, compilada pelos fins do seculo XVI, exige a declaração de não saber o testador escrever porque ha cegos que escrevem, é realmente um descommunal *tur de force*, na expressiva linguagem dos francezes!

(I) Foi para situações taes que os romanos architectaram o seu monumental brocardo: *non omne quod licitum, honestum est.*

§ 3.º

Vai agora a doutrina exposta receber larga e formal consagração por parte dos mais conceituados escriptores patrios.

E antes de tudo convem assignalar, não só para prevenir ou obstar qualquer asseveração que *ex-adverso* venha com pretensões de dogma juridico, como ainda para reiteração da these ja por nós sustentada—que a presente questão é de *direito intrincado*, e portanto de *alta indagação*—que o texto da lei, para os escriptores, era pelo menos dubio, ou melhor -- não era, como se exprime Candido Mendes (Cod. Philip. pag. 903, 2.ª col. nt 1), *claro e preciso*; e tanto não o era, que tomou-se o Ass. de 17 d'Agosto de 1811 para o fim de firmar o sentido d'aquelle texto, que pela sua dubiedade, dava logar a repetidos pleitos; e tanto não o era ainda, que a despeito do dito Ass., permaneceram duvidas, as quaes, na phrase de Correia Telles (Dig. Port. III, 1784), *excitaram tantos pleitos*, que foi necessario novo Assento, o de 10 de Julho de 1817, para interpretar a Ord. e o anterior Ass. E ainda no parecer do mesmo Correia Telles (*Man, do Tabelli o*, § 250, nt, á pag. 153), nem o Ass. de 1817 conseguiu estancar as demandas defluídas do obscuro texto da lei. E' d'ahi que vem a observação de Lobão, acima referida:— que a questão de saber si nullo é o testamento quando a pessoa que assigna a rogo do testador não declara que o faz por elle não saber ou poder escrever, é *questão antiga e muitas vezes disputada*.

E' assim removida a possivel pretensão de se insinuar, no cançado intuito de excepcionar ás citações que vamos produzir, que o direito é certo e a lei clara e positiva, mostremos:

a) que laboram em erro os Appellados quando attribuem aos escriptores, cujo patrocínio invocam, parecer contrario ao que vamos sustentando;

b) que a *communis opinio* é explicitamente por nós.

a)

A tout seigneur, tout honneur. Alvaro Valasco, talvez o juri-sconsulto que mais floresceu no seculo XVI, terá a primazia.

Presumem os Appellados que aquelle celebre propagandista das doutrinas cujaciasanas é por elles; pouco mais, e teriam feito *de albo nigrum, et de nigro album*.

Sem necessidade de ponderar que Valasco não podia, como pretendem os Appellados, jamais referir-se á Ord. Philippina, pois falleceu elle a 17 de Abril de 1593 e aquella lei só em 1603 é que foi publicada (J); sem necessidade d'isso, visto como aquella

(J) Reincidencia no crime de lesa-chronologia. Não são fortes na historia do direito, os Appellados!

Ordenação reproduz a Manoelina, Liv. 4.^o, tit, 76 pr., reiteremos a importante observação feita, isto é, que as opiniões d'aquelle juriconsulto eram de grande pezo quando elle as escudava em casos julgados, essa a mais autorizada das escolas d'aquella epoca; e tanto mais pezo tinham, acrescentamos nós agora, quanto é certo haver Valasco, da cathedra de Coimbra, passado a occupar uma cadeira de desembargador na Casa da Supplicação. Pois bem: tratando, na consulta 149, da questão que nos occupa, Valasco não invoca um só caso julgado; longe d'isso, começa a sua dissertação confessando de plano que *muitos advogados e bem assim juizes da Casa da Supplicação teem como não annullatoria a omissão d'aquellas expressões*—por não saber ou não poder assignar—*que são enunciativas, mas não dispositivas.*

Eis aqui :

« Et sunt plures Advocati, et etiam Supremi Judices, qui existiment ob talem omissionem, non annullati, quia iniquiunt in primis verba illa:—*por n.º saber ou não poder assignar*—non sunt adjecta dispositive sed enunciativa rationis. »

Mas si, ao evez da regra de sua escola, o desembargador Valasco não cita, contra aquella opinião, um só caso julgado, e ao contrario, muitos advogados e magistrados dão-lhe os seus suffragios, segue-se que o parecer de Valasco não seria neste ponto triumphante, si effectivamente a sua opinião fosse absoluta qual os Appellados pretendem que seja. E que o não é, consta explicitamente da mesma consulta, para plena sustentação da nossa these, como pouco abaixo se vai ver.

E' certo que Valasco, no intuito de sustentar a indispensabilidade formal d'aquella declaração—*por n.º saber ou não poder assignar*—refuta o parecer dos alludidos advogados e juizes; mas forçoso é convir em que fal-o fragilissimamente.

Vejamos.

— A falta d' aquella declaração, tal é a synthese da opinião refutada, não deve viciar o testamento, bastando que se prove que o testador não podia ou não sabia assignar, e *por tal causa não assignou (et ideo non signavit)*; porquanto a predita declaração—por não poder ou não saber assignar—aquelles DD. teem-na então como minima, *et de minimis non curat praetor.*

« Unde licet deficiat adjecto illus rationis, non debet vitari testamentum, sed sufficere probari, quod non poterat signare, vel nesciebat et ideo non signavit, licet hoc ille, qui signat, non expresserit. »—cit. cons. n. 1.

« Quia praedicta declaratio—*por n.º saber ou não poder assignar*—videtur continere quod minimum, et de minimis non curat praetor. » id n. 4.

Eis agora os argumentos de Valasco :

—Todos os requisitos dos testamentos são exigidos *pro forma*, e o que é de forma, por minimo que seja, não pode ser omitido sem nullidade do acto.

Mas este argumento, alem do vicio de provar de mais, é em substancia falso.

Prova de mais, porque é sabido, e expressamente consignado em varias leis, que a forma dos actos juridicos pode ser absoluta ou relativa, principal ou accidental, segundo mais ou menos intima é a sua relação com o conteúdo do proprio acto; portanto, o conceito de Valasco—que o que é de forma, por minimo que seja, não pode ser omitido sem nullidade do acto—não é, logicamente considerado, juridico.

E é em substancia falso, já porque colloca na mesma linha, quanto ao rigor tecnico-formal de cada uma d'ellas, a *forma* dos actos juridicos voluntarios e a *forma* dos actos judiciais ou mais tecnicamente *as formulas do processo*, quando aliás esse rigor não é egual, porquanto, com relação á primeira, qualquer meio de manifestação da vontade é, em regra, habil para a formação das relações de direito, *bastando*, como se exprime Ihering, *que o conteúdo da vontade possa ser claramente apprehendido* (K)—já porque desmedidamente alonga-se dos principios scientificos em materia de nullidades, segundo os quaes so ha nullidade quando da inobservancia da forma decorre inviabilidade para a relação de direito cuja existencia ou efficacia a mesma forma garantia (L).

—Aquella omissão não se pode dizer minima, porque muito importa saber e declarar logo no mesmo testamento (*statim in ipso testamento*) que o testador não assignou porque não sabia ou não podia, a fim de que se possa provar o contrario (*ut possit probari contrarium*).

Mas este argumento não se applica de certo ao testamento em questão, visto haver o proprio tabellião declarado no mesmo instrumento que a testadora não assignava por ser cega: e haveria para os Appellados cousa mais facil do que provar o contrario si o contrario fosse a realidade?

—As solemnidades testamentarias foram creadas pelo direito *ob timorem falsitatis*, e a predicta omissão deixa de pé tal perigo.

A este argumento poder-se-ia replicar: que nem a declaração do motivo feita pela testemunha bastaria para em todo caso excluir a possibilidade de fraude, ao passo que esta é incalculavelmente

(K) Ihering, *obr. cit.* § 50. Corollario do principio politico do systema das *formas*; principio que Manfredini, *Program. del Corso di Dir. Giudic. civ.*, Introd., VII, formula assim: *proporcionar aos direitos privados a maxima garantia social com o minimo sacrificio da liberdade individual.*

(L) Vid. Bordeaux, *Philosophie de la Procédure*, pag. 387; Solon, *Théorie des Nullités*, 1.^o vol. n. 407.

mais difficil de dar-se quando, para maior solemnidade do acto, é o proprio tabellião quem declara o motivo por que o testador não assigna. Si é incontestavel que a declaração do official publicó é mais solemne do que a da pessoa do signatario—nem fóra cousa seria contestar este argumento—segue-se logicamente que, sem mais perigo de falsidade, inutil será a declaração do signatario quando o tabellião declara aquelle motivo. Esta ultima declaração é que se pode dizer positivamente util; e então fóra grosseiro erro juridico invalidar o util pela omissio do inutil. *Utile per inutile non vitiatur*—esta é a lição do direito.

Taes são os argumentos de Valasco contra os seus adversarios, e que deixámos, quer-nos parecer, vantajosamente refutados,

Mas nem tanto era preciso: o proprio Valasco vai nos patrocinar de modo explicito. Elle mesmo ensina, que a opinião que tem por nullo o testamento pelo unico facto de não declarar a pessoa que assigna a rogo do testador, que o faz por não saber ou não poder aquelle fazel-o, limita-se quando constar evidente mente, que o testador não sabe ou não pode escrever:

« ne procedat, quando per evidentiam constaret, testatorem nescire vel non potuisset scribere. »

Mas o que diria Valasco na especie dos autos, maxime á vista do citado doc. de fl. 234, contraproducentemente produzido *ex-ad-verso*, e pelo qual consta, em forma authentica, que a testadora era cega, e não sabia nem podia escrever? Só uma cousa tinha que dizer o famoso jurisconsulto: que os Appellados, si o leram, não o comprehenderam.

Si pois, na frase de Vallasco *excusat solemnitatem quando per evidentiam constaret testatorem nescire, vel non potuisset scribere*, quem haverá ahi que de boa fé conteste, que para o grande mestre seria perfeitamente valido o testamento em questão, quando alem da prova extrinseca ja referida, de que a testadora não sabia nem podia escrever, e da notoriedade publica, o tabellião declara, *statim in ipso testamento*, que Manoel José Gomes assignou a rogo da testadora por esta ser cega?

Cremos assim haver demonstrado que não nos é adverso, senão favoravel, o parecer de Valasco.

Quanto a Teixeira de Freitas, mais patente ainda, si assim podemos nos exprimir, é o equivoco dos Appellados, pois aquelle notavel jurisconsulto explicitamente opina no sentido que levamos sustentado. Si é certo que no texto do art. 1054 § 4.º, refere a necessidade da declaração que se discute, não viram os Appellados que ali mais não fez T. de Freitas do que *consolidar* a Ordenação? Mas qual é o parecer d'elle relativamente á especie dos autos? Eil-o, na nota ao § 10 do art. 1055:

« Declarando o tabellião no instrumento de approvaçõ que por enfermidade o testador não poude assignar o testamento, e que a seu rogo assignára uma das 5 testemunhas, designando-a pelo seu nome: é nullo o testamento

por não declarar essa testemunha em sua assignatura que o fez a rogo do testador por este não poder assignar, declarando simplesmente, que assigna a rogo do testador?

RESPONDI PELA NEGATIVA. »

Mas replicam os Appellados—que nesta passagem refere se T. de Freitas ao testamento cerrado, quando o de fl. 8 é aberto, e ao caso especial de enfermidade, quando a testadora apenas era cega.

Facilima e irrefutavel será a treplica.

Si o eximio consolidador das nossas leis civis era d'aquelle parecer com relação ao testamento cerrado, acerca do qual prescreve a Ord. que—sem a declaração de que se trata *não será valioso o testamento, sem embargo de qualquer costume em contrario—a fortiori* opinaria do mesmo modo a respeito do testamento aberto ou publico, visto que, nestes ultimos, a declaração do notario é feita *statim in ipso testamento*, e referindo-se a elles, ja a Ord. não se exprime do mesmo modo, como vimos e deixámos abundantemente explicado.

Quanto a pretender diferentes regras de direito segundo o testador lôr enfermo ou *simplesmente* cego, o que se ha de responder a tão cerebrina idea? Não veem os Appellados que aquella expressão—*por enfermidade*—substituia á da lei—*por não saber ou não poder*—e que na especie dos autos, provado como está e é notorio, que a testadora era cega e não sabia escrever a declaração do notario—*por ser cega*—vale tanto como esta—*por não saber ou não poder*?

Os Appellados, e com elles a justiça da 1.^a instancia, é que estão a fazer-se da classe dos peiores cegos, que são aquelles que não querem ver (M).

Gouvêa Pinto, *Trat. de Testamentos*, tão pouco é pelos Appellados. No cap. V. § 1.^o, por estes invocado, e onde aquelle corregedor occupa-se do testamento aberto, limita-se a consubstanciar a Ordenação sem uma palavra ao menos que se refira á questão vertente. No § 9.^o—*Solemnidades internas dos Testamentis*—n. 2.^o—*Assignatura ou subscripção do Testador*—nota 80, pag. 98 da ed. do finado Conselheiro Furtado, allude sim á nossa questão, mas não a resolve, rematendo o leitor á nota 307. Ora, quer na nota 80, onde annuncia a questão, quer na nota 307, onde a resolve pela negativa, o illustre Gouvêa Pinto refere-se explicita e unicamente aos testamentos cerrados:

(M) Adiante ainda T. de Freitas apadrinha a nossa opinião: Art. 1056. Estas solemnidades são substanciaes, e sem ellas incorre o testamento em nullidade.—Art. 1057. Basta porem que a ellas se não falte, portando o tabellião por fé e especificando-as no instrumento; *ainda que se anteponham, posponham, ou substituam palavras* (Ass. de 10 de Junho de 1817).

« Si por exemplo esquecer á testemunha dizer que assigna por o testador não saber ou não poder, e o portar por fé o tabellião *no auto de approvaçõo...*» pag. 401;

« Uma vez que o tabellião haja declarado no *instrumento de approvaçõo...*»

Ora, sendo certo que instrumento de approvaçõo só o teem os testamentos cerrados, fóra de duvida é que Gouvêa Pinto exclue do seu parecer os testamentos publicos. Portanto, a Valasco e a Teixeira de Freitas vem juntar-se Gouvêa Pinto para a defesa da nossa causa.

O escriptor porem sobre cujo parecer mais se equivocaram os Appellados foi Lobão, que mais do que outro qualquer adoptaria como perfeitamente valido o testamento de fl. 8.

E' sabido que um dos mais profundos e completos trabalhos do direito patrio sobre testamentos é a Dissertação IV de Lobão, no vol. 4. das suas *Notas a Mello*. Ali está a nossa questão tratada *ex abundantia*.

Consolidemos neste ponto o trabalho de tão famoso advogado.

No § 29 annuncia a questão: *Se não declarando aquelle que subscreve pelo Testador, que ASSIGNA POR MANDADO D'ELLE, POR ELLE NÃO SABER OU NÃO PODER ASSIGNAR, é nullo o Testamento*; — e depois de citar os escriptores que se *aferraram á lettra da lei e ao decreto irritante d'ella para decidir a absoluta nullidade* e os outros que julgaram a declaração supprida pela equipolencia quando o tabellião atesta o facto da rogaçõo da testemunha e a causa da mesma rogaçõo, assim se enuncia no § 30:

« A segunda das ditas opiniões se deve seguir *in judicando* quando o Tabellião no acto da approvaçõo escreveu e attestou que o Testador rogára a F. que por elle assignasse, por não saber ou não poder assignar, e que o mesmo F. a seu rogo assignára. »

Nada mais positivo. « *E isto*, continua Lobão, *pelas seguintes razões, a que não será facil responder.* » E aponta quatro razões, que aqui damos em resumo, cada uma das quaes francamente confirmatoria do quanto temos exposto.

Primeira razõo: Porque a lei não imcumbiu aos tabelliães aquella declaração, e por isso é que prescreveu ao subscriptor a obrigação de fazel-a; si a lei impuzesse a ambos, o tabellião e a pessoa que assigna pelo testador, aquella obrigação *bem estava que a omisção de um produzisse nullidade*. E Lobão prosegue assim:

« Porem, se o legislador não cogitou que o tabellião fizesse tal declaração, não se satisfaria com ella se fosse advertido ?

« Acaso a asserçõo de uma pessoa particular, que declara subscrever a rogo do testador, terá mais fé publica,

e mais credito que a declaração do tabellião? Não confiam as leis mais da escripturações dos tabelliães publicos, que das pessoas privadas? »

Segunda: Porque a Ordenação de Luiz XV, inspirada pelo grande d'Aguesseau, e semelhante á nossa, ao passo que exigiu de mais uma testemunha, que no instrumento de approvaçãõ assignasse pelo testador (note-se que no testamento de fl. 8, além de Gomes, assignaram as cinco testemunhas instrumentarias), se satisfez com que o tabellião declarasse qual a testemunha supranumeraria e o motivo porque assignára pelo testador, sem que seja necessario que o subscriptor o declare. « *Não poderemos, conclue Lobão este argumento, imitar uma lei tão sabia, inspirada a Luiz XV pelo grande Aguesseau?* »

Terceira: « *O nosso Valasco, cons. 149 n.º 16, limita a sua opinião, e refere julgado, quando consta por evidencia que o Testador não sabia ou não podia escrever, e as partes assim o confessavam (a); ficando por isso superflua a declaraçãõ do que assignára a rogo.* »
E QUANTO MAIS CONSTANDO DA EVIDENCIA PELA DECLARAÇÃO NO ACTO DA APPROVAÇÃO?

Quarta: Porque tambem a Ordenação exigia que o testador entregasse o testamento *cerrado e cosido*, e que *nas costas do proprio testamento* lavrasse o tabellião o instrumento de approvaçãõ; entretanto tal não era observado, e o accordão dos desembargadores de Aggravo, transcripto no § 15 da mesma Dissert. IV de Lobão, mandou que *se observasse o uso e costum como melhor interprete dos §§ 1.º e 2.º da Ordenação.* « *E que razão de differença entre essa e a presente solemnidade?* » E depois de assim opinar, conclue Lobão affirmando ter visto milhares de testamentos, precisamente nos termos, do de fl. 8, serem approvados; e para fechar a controversia, exprime-se nos seguintes termos, esmagadores para a sentença appellada:

« Ora, se o accordão respeitou esse uso e costume, pela *equivalencia* de fecharem, e lacrarem os tabelliães os testamentos que approvam, que diversa razão para que tal declaraçãõ, que faz o tabellião de quem, e por que assignou a rogo do testador, declaraçãõ sempre praticada, não exceda em *equipollencia* á declaraçãõ omissa pelo que subscreveu a rogo do testador? Que irracionalidade haverá neste uso, que seja opposto á intençaõ da lei? PELO CONTRARIO, MAIS CUMPRE OS FINS DELLA. E QUANTO MAIS

(a) Confissio, em direito judiciario, é a confirmação d'aquillo em que a parte contraria se funda: ora, o que representa o cit. doc. de fl. 234, produzido *ex-adverso*, senão a confirmação da impossibilidade em que estava a testadora para assignar o testamento?

CONCORRENTO (*como sempre foi costume*) (e é precisamente a hypothese dos autos) COM A DECLARAÇÃO DO TABELLIÃO A DO SUBSCRIPTOR, AINDA QUE SÓ SIMPLEMENTE ESCREVA A ROGO, SEM AS MAIS PALAVRAS QUE, EM FALTA DAS DO TABELLIÃO, LHE INCUMBIA A LEI? »

Ora, francamente, e não perdendo de vista que aquillo que se diz dos testamentos cerrados, por maioria de razão se deve applicar aos abertos, ponto este que já deixámos esgotado, não é caso de repetirmos, com relação a Lobão, o que dissemos acerca de Valasco—que os Appellados leram Lobão, mas não o comprehenderam?

Que mais escriptores citam os Appellados? Mais dous: Merline Zachariae — mas ou as remissões estão erradas, ou os Appellados andaram a phantasiar.

Merlin no logar citado, *Répertoire*, v. *Testament*, sect. II. § II, art. III, trata da seguinte questão:

« *L'officier public qui reçoit un testament doit figurer dans l'acte comme officier public; et il y aurait nullite, s'il n'y paraissait que comme simple témoin, ou s'il n'y prenait pas la qualite qui le rend competent pour le recevoir.* » Ora, isto tem tanta affinidade com a questão vertente quanta com, na phrase das nossas Ordenações, estar o papa em Roma. De resto, em todo aquelle artigo de Merlin não ha uma só linha que se pareça, por simples traços de familia ao menos, com a *transcrição* feita pelos Appellados.

Zachariae, *Le droit civil français*, no §664 invocado *ex-adverso*, trata de *la clause portant que les époux se marient sans communauté*, e tão pouco lá encontramos a *transcrição* dos Appellados.

b)

Muitos e conceituados são os escriptores que, nos mais explicitos termos, decidem pela validade do testamento nos termos em questão.

Assim, alem de Valasco, Teixeira de Freitas, Gouvêa Pinto e Lobão, que os Appellados, como vimos, invocaram contraproducentemente, vejão-se os seguintes:

Fragoso, *de Regim. Reip.* P. 3 L. 5 Disp. 8:

« Ambigi tamen potest an declaratio omissa a teste, qui signabit pro Testatore nesciente signare, vel non valente, possit suppleri per Notarium asserentem in corpore Instrumenti Titium videlicet pro Testatore subsignasse? RESPONSIO EST AFFIRMATIVA, quia mens Legislatoris fuit, ut testatorum fraudibus occurreretur; et magis occurritur, si Tabellio declaret pro Testatore Titium subsignasse, quam ipse testis qui id ex post fact efficere potest aut addere: Idcirco plenius intentioni Legislatoris satisfactum est per Tabellionem,

quam per testem. Verosimile est Legislatorem, si in hoc casu fuisset interrogatus responsorum sufficere Notarii declarationem, per quam fraudes eliminantur (N). »

Gama. *Dec.* 104;

« Testamentum signatum per testem nomine testatoris validum est, QUAMVIS non declaret se de mandato testatoris id fecisse (O).

Gabriel Pereira de Castro, *Decisiones Supremi Senatus*, assim exprime-se na *Dec.* 82 :

« Controversum fuerat inter Joannem Pereira et alios contra Franciscum Leitam ex oppido Villa-Franca quod testamentum uxoris Rei, quo ipsum hoerodem instituerat, erat nullum ex pluribus defectibus: quorum urgentior erat, quia testis, qui in approbatione testamenti pro testatrice signaverat, non expressisset se id facere ejus mandato, prout disponit Regia Ord. L. 4.^o T. 8o § 1.^o—ibi: *declarando ao pé do signal que assigna por mandado do testador por elle não saber, ou não poder assignar, e de outra mansira não será valioso o testamento:* per judicem et auditorem sententia contra Reum lata fuit, et in Senatu eas revocandas placuit, *ex eo quod in dicta approbatione Tabellio expresserat testem illum pro testatrice signasset ad ejus preces* (ao Senado approve revogar as sentenças do Juiz e Ouvidor, por isso que o Tabellião na respectiva approvaçãõ expressára que a testemunha o assignára por pedido do testador); e mais adiante: *quando Tabellio id affirmat, licet ipse testis non expresserit.* »

E quanto ao modo como Pereira considera aquellas solemnidades, chama-as elle nimiamente escrupulosas e capciosas. « *Et quidem scrupulosæ nimis et captiosæ videntur legis regie solemnitates.* »

Vide no mesmo sentido Coelho da Rocha, nota G G *in fine*, 2.^o vol. pag. 737,

Corrêa Telles, ainda depois de haver no § 252 do *Manual do Tabellião* sustentado, que a declaração por parte do notario dispensa a do subscriptor, já por que, com aquella declaração, satisfeita ficou a lei, já por que outra não pode ser a intenção do Assento de 17 d'Agosto de 1811, reproduz a controversia na sua traducçãõ da *Interpretaçãõ das Leis* de Domat. IV, 19, nota :

« Poderá o testamento ter validade si o Tabellião declarou que o testador, por não saber ou não poder assignar, rogou a F. que por elle assignasse, caso que esse F. ao pé do seu signal o não declarasse? Pela validade d'este

(N) Difficil será encontrar outra passagem, que melhor do que esta, synthetise a verdadeira doutrina sobre o assumpto. E realmente o legislador só poderia responder d'aquella forma.

(O) Note-se que no testamento de fl. 8 o subscriptor declarou que o subscrevia a *rogo* da testadora ; portanto, Gama não deixaria, e *a fortiori*, de desapprovar a decisãõ appellada.

testamento está Pejeira, Dec. 82 (P), e esta decisão me parece justa porque a intenção do legislador está preenchida: NEM EU VEJO COMO NESTE CASO SE POSSA VERIFICAR ALGUMA DAS FALSIDADES PERIGOSISSIMAS, AS QUAES QUIZ ATALHAR O ASSENTO DE 17 D'AGOSTO DE 1811. »

E como para consubstanciar a doutrina, assim redigiu C. Telles o art. 1784 do seu *Digesto Portuguez*:

« Se o testador não sabe ou não pode escrever, deve declarar uma das testemunhas, que assigna a rogo delle; ou deve declarar-o o Tabellião no instrumento. »

Perdigão Malheiros, *Consultas*, pags. 453, 461 e 462, não pensa de outro modo, entendendo que a omissão d'aquella declaração, não é por si só motivo de nullidade: *seria supersticiosa observancia de solemnidade, reprovada pelo Ass. de 10 de Junho de 1817.*

No mesmo sentido o emerito senador Nabuco, como se pode ver na *Gazeta Juridica*, VII, 48.

Para que mais? Não é o numero, senão a qualidade dos autores, o que firma os creditos scientificos de uma opinião.

§ 4.º

Sem necessidade de encarecer o merecimento e vantagens do estudo das legislações estrangeiras a proposito de cada instituto de direito patrio, visto que, como diz Laurent, na monumental introdução do seu *Droit Civil International*, só a sciencia da legislação comparada tem capacidade para esgotar qualquer polemica juridico-cientifica (Q), busquemos, nas leis vigentes dos povos civilizados, largo e decisivo subsidio para o nosso trabalho. Vamos vêr invariavelmente observada a regra—que a declaração do notario, na especie dos autos, basta para validar o testamento.

Assim o Codigo Civil Portuguez, tratando do testamento publico, explicitamente satisfaz-se com a declaração do notario; e tão somente quanto ao numero de testemunhas modificou, nesta parte, o direito anterior:

(P) Refere-se a Gabriel Pereira de Castro.

(Q) Eis aqui algumas bellissimas linhas de Ortolan, *Cours de Legisl. Pen. compare—Cours de 1838*, pag. 20: «Qui viendrait prétendre, pour la physique, pour l'astronomie, pour les mathématiques faire un enclos, tracer un cordon entre les peuples? Il en est de même pour la législation: C'est la communauté générale des observations faites et des systèmes produits qui peut amener les plus grands progrès; en d'autres termes, c'est la méthode des législations comparées »

Chi sa una sola lingua non ne sa nessuna, dicea Göthe: e si potrebbe dire ugualmente: Chi sa un solo diritto non ne sa alcuno.» Gaudenzi, Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo, no Arch. Giur. de Serafini, vol. XXXI pag. 273 nt. 1.^a

«Art. 1916. Se o testador não souber ou não poder escrever, o tabellião assim o declarará devendo neste caso assistir á disposição seis testemunhas, qualquer das quaes assignará a rogo do mesmo testador.»

O Codigo Napoleão distingue entre o testamento cerrado (*mystique ou secret*) e o aberto (*par acte public*). Dispondo sobre aquelle no art. 977, manda, que no caso de que se trata, seja chamada uma testemunha além das numerarias, a qual

«signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.»;

e dispondo sobre a outra especie, que é a mesma a que pertence o testamento em questão, apenas exige por parte do notario a declaração do motivo por que o testador não assignou, sem que absolutamente seja necessaria a intervenção de outra testemunha.

«Art. 973. Ce testament doit être signé par le testateur: s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.»

E note-se, que mesmo no testamento cerrado, o codigo francez não exige que a declaração do motivo parta do subscriptor, como se vê do final do art. 977 acima transcripto; parece alludir, ao contrario, unicamente ao tabellião: *et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.*—Vide Laurent, *Dr. Civil*, XIII, 358 e seg.; Demolombe, XXI, 167 e seg.

O Codigo hespanhol explicitamente dispensa a declaração por parte do subscriptor:

«Art. 567. El testador deberá firmar el testamento (abierto); y si declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por el uno de los téstigos, y *el escribano* dará fé de todo esto en el mismo instrumento.»

Mesmo relativamente ao testamento cerrado (art. 569), satisfaz-se com declaração do notario: *dando fe de ello el escribano, con expresion de la causa.*

O Codigo italiano, quanto ao testamento publico, è traducção quasi litteral do art. 973 do Codigo Napoleão, já transcripto:

«Art. 779. Il testamento deve essere sottoscritto dal testatore; se egli non sa e non può sottoscrivere, deve dichiarare la causa che glielo impedisce, ed il notaio deve far menzione di questa dichiarazione.»

Quanto ao testamento cerrado, exprime-se de modo a não deixar duvida sobre a interpretação acima dada ao art. 977 do mesmo Codigo Napoleão:

«Art. 783. Ove il testatore non potesse per qualche impedimento sottoscrivere l'atto della consegna, si osserverà ciò che è stabilito dall'articolo 779.»

Ainda com o código francez, concordam textualmente os da Dinamarca, art. 274, e da Hollanda, art. 986—Vide Saint Joseph, *Concordance*, 2.^o vol. pag. 151 e 386.

Tambem tal é em geral a legislação dos cantões suíços, como pode vêr-se em Rossel, *Manuel du Droit Civil de la Suisse Romande*, pag. 279.

Si a lei ingleza não nos presta auxilio directo, visto que reconhece testamentos sem a interferencia concomitante de official publico, dependendo a respectiva authenticidade exequenda de homologação posterior pela *court of Probate*, si se trata de transmissão de bens moveis ou de *chattels real*, ou, si se trata de immoveis, de simples reconhecimento perante um jury, segundo as formas communs—St. 20 e 21 Vict. c. 77 §§ 61—63—todavia concorre poderosamente á demonstração do principio scientifico acima sustentado—que basta ficar garantida e authenticidade da declaração da vontade do testador para valer o testamento. E' assim que, com relação á especie que nos occupa, o St. 15 V. c. 24 de 1852, satisfaz-se com que a pessoa que assigna a rogo do testador faça-o diante de duas ou mais testemunhas presentes ao mesmo tempo:

«If the testator does not sign, it must be signed by some other person in his presence, and by his direction.

The signature must be made, or acknowledged, by the testator, in the presence of two or more witnesses present at the same time.» *The cabinet lawyer*. 1875, pag. 429.

E' assim ainda, que tendo o chamado *Statu of frauds* (29, Carlos II, c. 3), completado pelo St. 4, Anne, c. 16, § 14, cercado os testamentos de formalidades tão minuciosas, afinal caíram estas completamente em desuso, na expressão de Lehr, *Droit civil anglais*, n. 924, pag. 656.

Quanto aos códigos americanos, vemos o da Bolivia, art. 672, muito menos formalista do que os outros, contentar-se com a assignatura ou da testemunha ou da tabellião, exigindo apenas que se faça menção de quem assignou pelo testador—Saint Joseph, II, 87.

O código argentino é ainda positivamente por nós.

«Lib. IV, tit. XII, cap. II. Del testamento por acto publico.»

«Art. 40. Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos.»

«Art. 41. Si el testador sabe firmar y no lo pudiese hacer, puede firmar por él otra persona, ó uno de los testigos.

«El escribano debe espresar la causa porque no puede firmar el testador.»

Assim tambem o código de Venezuela, ainda mais succinto que o anterior:

«Art. 722. El testamento *publico* debe ser firmado por el testador si supiere y pudiese hacerlo: en caso contrario,

se exprosarà la causa porque no lo haya firmado. »

Si das leis estrangeiras passarmos aos respectivos commentadores, outra não será a lição colhida.

Dentre os mais conceituados, são todos unanimes em repellir o que o nosso Assento de 10 de Junho de 1817 ja reprovava: *uma observancia escrupulosa da lei, a qual olhando só para a letra, destrua a sua verdadeira intenção.*

Assim Mazzoni, *Diritto civil. ital.* IV, 88, synthetisa a boa doutrina nos seguintes termos:

« L'uso de formalità inutile o superflue non rende invalido il testamento chi per gli altri riguardi sia valido, giusta la regola che *utile per inutile non vitiatur.* »

Assim Goyena, *Concordancias del Código civil español*, 2.º vol. pag. 22, criticando o art. 748 do antigo código sardo, que além da declaração da ignorancia ou da impossibilidade do testador em assignar, exigia um signal ou marca, chama a tudo *precaucion pueril e inefficaz*, e em diversas passagens de sua obra reiteradamente externa o seu pensamento predominante: salvo *querella de fulso*, a declaração do notario deve bastar, e não pode ser posta em duvida.

Demolombe, no seu conhecido e louvavel methodo de esgotar, por um casuismo admiravel, todas as controversias possiveis, chega á seguinte proposição:

Plus les formalités testamentaires sont rigoureuses, moins il est permis d'y ajouter des conditions que le texte lui-même n'exige pas (XXI, 315); e assim, para aquella famoso civilista, si a lei, por seu systema geral, dá fé publica aos notarios, não devemos exigir que á declaração d'elles seja essencial juntar-se, para a validade do acto, a declaração do subscriptor do testamento; esta duplicata não está na lei, e si está falla na declaração do subscriptor, fel-o para os casos em que o tabellião não a fizesse no corpo do testamento.

Não menos explicito é Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie*, cap. V, ao commentar o art. 779 do código civil italiano.

Sanojo, *Instituciones de derecho civil*, sobre o art. 722 do código de Venezuela, acima transcripto, assim se exprime:

« Tudo quanto concerne ás solemnidades externas, á natureza do acto e suas disposições, fica estabelecido e comprovado pela declaração do tabellião. »

Finalmente, acerca da arguição dos Appellados, já refutada:— que prescrevendo a lei que a declaração verse sobre *não saber* o testador ou *não poder* assignar, a declaração *por ser cego* não supprime aquella—são unanimes os escriptores no sentido das nossas conclusões.

O que a lei quer é a declaração da *causa* por que o testador não assignou o testamento; si fôr a ignorancia, declarará o tabellião ou o subscriptor ou mesmo ambos *por não saber*;—si fôr alguma impossibilidade physica, terá de ser declarada a *causa immediata da mesma impossibilidade*. Acaso vale o mesmo declarar simplesmente—*por não poder*—que *por ser cego*—*por ser paralytico*—etc. etc.?

Eis ao que leva o fetichismo dos que, despindo a lei das suas roupagens philosophicas, limitam-se a adoral-a graphicamente !

E note-se, que com relação ao cégo, leis e escriptores ha que o equiparam, mesmo quando soubesse lêr antes da cegueira, aquelle que não sabe ou não pode escrever—Vide Toullier, V, 478 ; Troplong, 1660 ; Zachariae, III, pag. 116 nt. 21 ; Sarsfield, *Notas ao Cod. civ. argentino*, pag. 232 ; Laurent, XIII, 364, e outros.

Si tal é o direito dos povos civilizados, porque haveria o juiz de julgar de modo a deixar o direito patrio segregado d'aquelle concerto scientifico ?

Arrastal-o-ia quiçá a jurisprudencia ?

§ 5.º

Si é na serie de julgados uniformes, attestando o pensamento da lei, que se estriba a jurisprudencia, abundantemente socorre a nossa these essa indispensavel sciencia pratica do direito.

E talvez bastasse reproduzir Lobão, no § 35 da Dissertação citada.

«Vejam-se quantos testamentos se approvãrão depois da Ordenação (TENHO VISTO MILHARES DELLES), e nelles se observará constantemente, que sempre os tabelliães costumaram, (sem a Lei o mandar) declarar nos actos das approvações que os testadores, por não saberem, ou não poderem, rogavam a quem por elles assignasse, e que a seu rogo assignavam: observará que, *por isso que os tabelliaes assini o escreviam, nenhum dos assignantes pelos testadores jamais o repetia na sua subscripção*: SEMPRE ASSIM SE SUPPOZ, E POR MAIS QUE POR EQUIVALENCIA, SATISFEITA A INTENÇÃO DA LEI (R).

Milhares de julgados! que mais seria preciso para firmar a jurisprudencia? E quando foram proferidos aquelles julgados, que o genio chicanista do famoso advogado de Lobão tanto preconiza? quando mais ferviam as duvidas, que o Ass. de 10 de Junho de 1817, na phrase do Corrêa Telles, não conseguiu aplacar; isto é, na epoca em que mais do que hoje, que se vai accentuando a tendencia do direito moderno a reduzir quantitativamente e simplificar morphologicamente as formas dos actos juridicos, guardava-se o rigor formal do direito pela observancia litteral da lei. Decisiva parece esta ponderação.

Mas não é somente Lobão quem nos dá noticia da jurisprudencia portugueza sobre este ponto. Fal-o tambem o proprio Valasco, no n. 16 da citada consulta 149, Valasco de tempos anteriores a Lobão; fal-o ainda Gabriel Pereira de Castro na Dec. 82 n. 4, *ibi*: *sententias*

R) Note-se que Lobão nesta passagem não se limita a expôr a jurisprudencia: é a opinião sua que elle fundamenta nos julgados, apresentando esta razão como complemento da quarta das *razes* expostas *supra*.

revocaverunt in favorem testamenti; fazem-no ainda finalmente Cordeiro, Portugal, Reinoso e Pegas.

Nem diversa é a jurisprudencia dos nossos juizes e tribunaes.

Vide o accordão revisor, proferido pela Relação do Rio de Janeiro na Rev. n. 6560, e citado por Ferreira Alves, *Consol. das Leis da Provedoria*, nota 102:

Vide a sentença do Juiz de Direito de Santa Maria Magdalena, inserta na *Gazeta Juridica*, I, 115 (1.^a edic.);

Vide ainda o accordão revisor, proferido pela Relação do Rio de Janeiro na Rev. n. 8269, aliás relativamente a um testamento cerrado, no qual se houve por sufficiente a simples assignatura *a rogo do testador*, e dá-se como constante a praxe de se entender e julgar que tanto importa não saber como não poder assignar o testador—*O Direito*, IV, 357;

Vide ainda o accordão do Supremo Tribunal de Justiça, na Rev. n. 9201, que é característico a nossa especie: a sentença de 1.^a instancia, confirmadas por dous accordãos da relação do Maranhão, julgou nullo um testamento em que faltava a declaração—*por não saber ou não poder*—e em que mais havia ter sido o testamento escripto por uma e assignado por outra pessoa *a rogo do testador*; pois bem: o Supremo Tribunal concedeu revista;

Vide depois o accordão revisor da Relação do Rio seguindo o voto do Supremo Tribunal, para revogar os julgados proferidos e haver por valido aquelle mesmo testamento—*O Direito*, XVI, 270, XIX, 135;

Vide tambem os accordãos da Relação do Rio, no Direito, XXX, 573 e 575, que reformando a sentença do Juiz de Direito de S. João da Barra, a qual annullara um testamento precisamente nos termos de fl. 8, assim decretaram:

« tambem não vicia o testamento o não terem declarado as testemunhas, que assignaram a rogo do testador, a razão d'essa substituição, visto constar sufficientemente tal razão no auto da approvaçõ (S) CONFORME O CITADO ASSENTO ».

Si tantas e reiteradas decisões não vos satisfizerem, percorrei as nossas revistas juridicas, e tereis a cada passo a confirmação das nossas conclusões: vereis a jurisprudencia, firmada no sentido liberal, condemnando a observancia supersticiosa da letra da lei (T).

(S) A unica differença está em que nesta causa tratava-se de testamento cerrado, e o de fl. 8 é aberto; mas, como já vimos, esta differença redunda incontestavelmente em pró, e a *fortiori*, d'este ultimo. De resto, com respeito á authenticidade, que differença ha entre o testamento aberto e o auto de approvaçõ do testamento cerrado?

(T) Vid. por exemplo: *O Direito*, V, 571; XXI, 321.

Oppor-nos-hão por ventura os julgados proferidos na appellação n. 14581 do Rio de Janeiro (*O Direito*, VI, 446)?

Mas em primeiro logar o testamento ali em questão era cerrado, e em segundo logar, como haver por bom testamento a que, *embora indicadas, não assistiram cinco testemunhas?*

Quicá oppor-nos-hão ainda outros? Mas vereis indubitavelmente a não identidade dos casos, o que só por si basta para excluir a applicação do julgado.

Quereis agora conhecer a jurisprudencia das nações cultas, de efficacia igual ao estudo da legislação comparada?

A regra geral na jurisprudencia franceza é esta; nada de expressões sacramentales, *de termes marqués*, como dizia Thèvenot, *de consignes regimentelles*, na phrase de Dalloz; basta garantir, na lição de Demolombe (XVIII, 5), que a declaração da vontade seja sã e livre, já que são os proprios testadores os mais interessados, como disse Justiniano na *Inst. de militari testamento*, § 1º: *Nec ulorum magis interest quam ipsorum*.

Dalloz, *Répert. v.º Dispos. entre vifs et testam.*, n. 3044, affirma que a jurisprudencia está de accordo com a opinião da maioria dos autores, acima exposta.

O sabio Troplong, n. 1589, referindo-se precisamente ao modo da menção da falta da assignatura do testador, considera todas as questões relativas a este ponto como conflictos de especies em que as decisões devem variar segundo os factos; e accrescenta:

« qu'il ne faut pas de rigueurs inutiles, et que les tribunaux ont été quelquefois plus sévères observateurs de la loi que la loi elle-même ne l'aurait voulu (U) ».

—Convem, diz Vazeille, ao art. 973 Cod. Nap. n. 10, adoptar esta maneira larga de julgar as causas.

Sobre taes principios, abundante é a serie de julgados em Dalloz e Sirey; basta, para não alongarmo-nos exageradamente, referir a decisão do Tribunal de Bruxellas, de 13 de Março de 1810 segundo a qual *basta que resulte de actos authenticos que o testador não sabia realmente assignar*.

—O Doutor Aureliano Coutinho sustentou a nullidade do testamento dizendo que toda a argumentação do Doutor J. Monteiro cifra-se em considerar resguardadas, pela só declaração do tabellião, o fim da lei e segurança das disposições testamentarias.

Este modo de argumentar, diz elle, derroca um principio corrente em direito e que é particularmente applicavel ás disposições de ultima vontade, a saber:—quando a lei marca fórma especial e solemne para a prova de um acto, exclue necessariamente qualquer outro meio de prova.

(U) Vid. Dalloz, loc. cit. n. 3053.

« *Toutes les fois*—diz Merlin—qu'une mention requise par la loi est omise, le testament doit être annullé sans examen ultérieure, parce que la loi, en exigeant cette mention dans le testament même, nécessairement proscrie toute autre manière de prouver la formalité non mentionnée. » (Merl.—Répert. verb. Test. sect. 11, § 2, art. IV.)

A) Contra o preceito expresso, claro e positivo da lei—Ord. 480 pr.—, que commette á testemunha e não ao tabellião, no testamento *aberto*, o encargo de declarar que assigna a rogo do testador e de enunciar o motivo porque o faz, invocam Almeida e Souza e os embargados o Assento de 10 de Junho de 1817, declaratorio da citada ord. e do Assento de 17 de Agosto de 1811: mas esquecem os que fazem tal invocação que o supradito Assento de 10 de Junho de 1817 tratou de regular, não a fórmula do testamento aberto, (hypothese em questão mas sim cogitou de tornar firme e conforme á lei o acto do instrumento de approvação do testamento », isto é, referiu-se ao testamento cerrado.

Portanto, não se póde invocar a autoridade legislativa do Assento de 10 de Junho de 1817 (Lei de 18 de Agosto de 1769 e Dec. n. 2684 de 23 de Outubro de 1875) para se derimir a presente controversia, a qual só tem de ser resolvida pela ordenação 4—80, que se inscreve—dos testamentos e *em que fórmula se farão*—e prescreve o seguinte, com referencia ao testamento aberto:

« O tabellião escreverá nas notas, etc, etc; e não
« sabendo, ou não podendo (o testador) assignará
« por elle uma das testemunhas, a qual logo dirá,
« ao pé do signal, que assigna por mandado do
« testador, por elle não saber ou não poder assignar.
« E tal testamento será firme e valioso. »

Ora, o texto da lei, sua intenção manifestada por palavras expressas quando determina a fórmula desse acto solenne que se chama testamento aberto, foi confiar ao tabellião o encargo de escrever nas suas notas as disposições do testador e commetter á testemunha o dever de fazer as duas declarações exigidas. O legislador poderia ter commettido ao tabellião um e outro encargo, mas não quiz distrahir-o da incumbencia de aprehender e escrever as disposições do testador com a obrigação de attender á formalidade externa em questão, que foi commettida á testemunha.

Não póde ser mais clara e expressa a determinação do legislador, pelo que é aqui o caso de se applicar a regra de Baldo:
« *Quando verba clara sunt, interpretationes doctorum, sive cavillationes advocatorum, non admittentur.* »

B) Mesmo em relação ao instrumento de approvação do testamento cerrado, o Assento de 1817 é expresso em exigir, como o 5º dos requisitos necesarios para a firmeza e legalidade do acto, a

—X Que o tabellião cerre e cosa, lacre e subscripto o testamento depois de concluido o instrumento de approvação.

O tabellião póde assignar o testamento a rogo do testador que não sabe assignar, porque a ord. liv. 4 tit. 80 assim faculta ao escriptor do testamento que pode ser o proprio tabellião como pessoa privada, podendo approvar depois como pessoa publica (Assento de 23 de Julho de 1811, Consolid. da L. L. Civis, nota 3 ao art. 1059) — Devem assignar o instrumento de approvação todos as testemunhas em numero legal de cinco, como exige a Ord. liv. 4 tit. 80 § 1, não podendo qualquer dellas assignar a rôgo de outras (Consol. cit. nota 4 . in fine ao art. 1056 (23)

assignatura do testador ou de alguma testemunha por elle, «NA FÓRMA DA LEI, isto é, declarando ao pé do signal, que assigna por mandado do testador, por elle não saber ou não poder assignar »

O Assento de 10 de Junho de 1817, tratando de explicar o Assento de 17 de Agosto de 1811 na parte em que este prohibira substituir-se por equipollencia as fórmulas legaes, fêl-o pela seguinte fórmula:

« As formalidades substanciaes dos testamentos se
« não podem nem devem confundir-se com a ante-
« posição, posposição ou substituição *de palavras*,
« que tenham a mesma significação, designadas pela
« palavra equipollencia, ou com a ordem, que parece
« ser determinada pela expressão do Assento ».
(Cod. Philippino, pag. 1048.)

Portanto o que o Assento de 1817, permite, interpretando a ordenação e o Assento interpretativo de 1811, é a substituição de palavras equipollentes ou a alteração da ordem das solemnidades; mas o que os embargados pretendem emprestar ao mesmo Assento de 1817 é cousa muita outra: é a substituição da pessoa legalmente competente para um acto por outra pessoa, não investida dessa competência pelo legislador, quando tratou de determinar minuciosamente a fórmula de um importante acto juridico.

(23) O Tribunal de Justiça de S. Paulo por Accordão de 18 de Junho de 1895 confirmou a sentença do juiz de direito Fleury, nos autos de appellação n.º 428, vindos da comarca de S. Rita do Passa Quatro, que negou cumpra-se e nullo de pleno direito o testamento de Juventino Lopes de Faria porque o instrumento da approvação não estava assignado por cinco testemunhas, solemnidade essencial. Ord.-liv. 4 art. 80 § 1, Assento de 10 de Junho de 1817—Vide Revista Mensal das Decisões do Tribunal — n.º 1 — Julho — anno 1, pag. 198, nullidade reconhecida independente de acção ordinaria.

— Nullo é o testamento que fôr approved fóra da presença do testador e testemunhas, visto que a approvação deve ser feita em um só acto não interrompido, e as testemunhas devem estar presentes desde o começo até o fim, devendo lavrar-se o auto de approvação primeiro, e chamar-se as testemunhas no fim para assignarem. (Gama, Dec. 69; Pinheiro, de test., disputa 12, n° 47; C. Telles, Man. dos Tabell. § 253 e o Assento de 1817 que declara expressamente que as testemunhas devem estar presente a todo o acto).

— Nullo é o testamento que fôr approved por tabellião fóra do districto onde se lavrou o instrumento de approvação, porquanto o tabellião fóra de seu districto é tido como pessoa particular. (Peg. Comm. á Ord; tomo IV, pag. 246 n° 68; Vallasco, Consulta 9; C. Telles, Theoria da interp. das leis, n° 21 § 4; Chronica do Fôro n° 2; Rev. dos Trib. n° 93 — Chauveau, Direito criminal, vol. 2°, cap. XXII, pag. 363).

Ha nullidade em escrever o tabellião no instrumento de approvação o nome de uma testemunha como presentess e assignar outra ?

Houve simples erro de nome? E nesse caso póde o erro ser corrigido por elementos extranhos ao instrumento de approvação *ex aliundé*, isto é. por conjecturas e próva testemunhal? A presença da testemunha a actos da approvação póde ser provada por outro genero de provas que não o respectivo instrumento? (24)

(24) A Relação do Rio e Supremo Tribunal de Justiça julgaram que não era nullidade provando-se que o individuo que assignara, não nomeado no contexto do auto de approvação, assistira a todo esse acto, na causa entre partes appellantes Barão de Pitanguy e outros e appellados D. Maria Amalia Ferreira Lage e outros, no Direito, vol. V, n° 4, pag. 571 a 588. Lafayette, advogado na causa, sustentou opinião adversa, dizendo: - que no instrumento deve o tabellião nomear as testemunhas presentes—Gouveia Pinto, cap. 16; C. Telles, Man. dos Tabelliães, § 247 — Merlin, *verb.* testamento, Dalloz e outros jurisconsultos; que a falta de nomeação de testemunhas no acto é nullidade mesmo que assignem testemunhas em numero legal (Ord. lv. 4 tit. 8o § 1 in fine); que a presença

§ 83

O instrumento de approvaçãõ do te-tamento cerrado, deve conter :

1º A data, isto é, dia, mez e anno (Ord. liv 1, tit. 24 § 16, tit. 79 § 5º, tit 80 § 7, Consol., art. 386 §. 1, C. Telles, Dig. Port. vol III, nº 1783) e lugar onde foi feito o instrnmento.(Accordão da Relaçãõ do Rio, appell. nº 14.581, de 16 de Dezembro de 1874)

2º. O nome das partes e seu domicilio, indispensavel para se averiguar a competencia do tabellião, que fóra de seu districto, não póde funcionar como tal (Ord. liv. 1 tit. 24 § 36, tit 29 § 3, tit 80 § 7; Dig. Port., art. 316 (25)

da testemunha a todos os actos de approvaçãõ não pode ser provada por outro genero de prova que não o respectivo instrumento. Se é formalidade essencial que as testemunhas assistam a todos os actos de approvaçãõ do testamento de principio ao fim uno contextu—Ord. liv 4 tit 80 § 1 - Assento de 10 de Julho de 1817 nº 1; se é formalidade essencial que o tabellião narre no instrumento o preenchimento de cada uma das solemnidades externas do testamento, preenchimento que só póde ser provado por esse módo, resulta a necessidade logica e indeclinavel do tabellião declarar no corpo do instrumento os nomes das testemunhas; se o não fez, não consta que ellas hou vessem assistido a todo o acto. A simples assignatura sem mençãõ do nome da testemunha no corpo do mesmo instrumento não próva que a testemunha estivesse presente a todos os actos, próva só que poz a sua firma no fim do instrumento. Perdigão Malheiro, nas Consultas Juridicas, pag. 452, diz: havendo erro de nome entendo que elle não induz nullidade, restando provar-se a identidade da pessoa desde que se levante contestaçãõ-

Toda prova é admisivél, sendo de maior valia o depoimento de outras testemunhas instrumentarias, do official que fez a approvaçãõ, por serem presencias.

Sobre a nullidade do testamento, quando o auto de approvaçãõ em vez de assignado por uma das testemunhas presentes o foi por pessoa da qual não se faz nelle mençãõ, e sobre a nullidade do testamento quando, ao nome de uma das testemunhas accrescentou-se appellido de que nunca usou e essa testemunha declara não ter estado presente ao acto de approvaçãõ, vide Martinho Garcez, Nullidades dos Actos Juridicos, pags. 228-231 e 270 a 274.—Direito, vols. VI pags. 453 a 468 e X, pag. 562.

(25) Nenhum escrivão ou tabellião em geral pode fazer validamente acto de seu officio fóra do territorio onde fôr constituido, nem mesmo por consentimento das partes, porque o tabellião não tem jurisdicçãõ que possa prorogar-se, mas só um simples ministerio

3. O reconhecimento das partes ou por duas testemunhas conhecidas do tabellião (Ord. liv. 1 tit, 78 § 6; Reg. n.º 737 de 25 de Novembro de 1850 arts. 143 e 144; Per. e Souza, nota 468; C. Telles, Dig. Port., vol III, n.º 1783; Cod. Civ. Port., art. 1922 § 5.º)

4. A leitura. (Ord. liv. 1.º, tit. 78 §§ 4.º e 5.º, liv. 4.º, tit. 19, § 1; Regul. Comm., art. 684, § 2; Lobão, Dissert. 4, N. a Mello, § 37; Cod. Civ. Port., art. 1922, § 1.º)

5. O signal publico e assignatura do Tabellião. (Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 5.º; tit. 97, § 5.º; Av. de 1 de Agosto de 1831; Reg. do Desemb. do Paço, §§ 64 e 71.)

6. Assignatura do testador. (Ord., liv 1.º, tit. 78, §§ 4.º e 5.º; liv. 4.º, tit. 80.)

7.º Assignatura das testemunhas, e não sabendo o testador assignar, ou não podendo, assigne uma dellas declarando que por elle assigna por não saber ou não poder. (Ord., liv, 1.º, tit. 80.)

8.º Resalva no fim do instrumento de approvação, antes das assignaturas, de todas as emendas, entrelinhas, etc. (Ord., liv. 1.º, tit. 78, § 4.º, e Regul. do Proc. Comm. art. 146.)

Feito o que, o tabellião cerrará, lacrará, e sobrescriptará, declarando a quem pertence, e entregará ao testador. (26.)

que não é extensivel. (Ord-liv 4 tit 80 e tit. 78 § 20 - Accordão da Relação de Lisboa de 11 de Maio 1856; Mafra, Jurispr. dos Tribunaes, verb.-tabellião).

Não é valido o testamento approved por tabellião de fóra do districto onde lavrou o instrumento de approvação (Vallasco, Consulta 9, C. Telles, Theoria da Interpretação das Leis, § 4 n.º. 21). Aos tabelliães e não aos ajudantes incumbe escrever e approvar ou somente approvar testamentos e codicillos.—Art. 142 n.º 1 do decr. do Est. de S. Paulo n. 123 de 10 de Novembro de 1892.

(26) Costumão os tabelliães em comêço declarar se encontrarão o testador bom, ou de cama, em perfeito estado de juizo e livre de toda e qualquer coacção, o que se presume, salvo prova em contrario, mesmo que não o declare o tabellião; declarar o numero de fo-

§ 84

Os escrivães do Juizo de Paz, fóra das cidades e vilas, podem fazer e approvar testamentos. (LL. de 15 de Outubro de 1827, art. 6º; de 30 de outubro de 1830, arts. 1º. e 2º. ; Avisos de 13 de Fevereiro de 1829 e 1º de Agosto de 1831; Consol., art. 1084, nota 4.)

§ 85

Não podem fazer e approvar testamentos os escreventes juramentados. (Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 78 e art. 142 n. 1 do dec. n. 123 de 10 de Novembro 1892).

§ 86

Pode fazer-se o testamento em um tempo e em outro approvar-se (Lobão, Dissert. 4 §§ 6 e 36).

§ 87

Nullus é o testamento por falta de mente sã do testador por não estar no pleno gozo de suas faculdades mentaes para poder testar, porque testamento é—acto de de ultima vontade—requer espirito sã e liberdade. Se o testador não tem mente sã (*sain d'esprit*) não podia testar e não testou, o testamento que apparece em seo nome não é verdadeiro, é falso.

Se o testamento foi feito por um testador sã de espirito, mas coagido a testar, testou realmente: o testamento é verdadeiro, mas annullavel por effeito do vicio da coacção. In testatore requiritur: *mentis integritas, non corporis—plena libertas et capacitas civilis.*

lhas do testamento e rubrical-as; mas a falta da rubricadas folhas, de se coser e lacrar não produz nullidade. (Consolid. das Leis Civis, art. 1056, nota 4; C. da Rocha, § 679; C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, n. 1787 e Cod. Civ. Port., art. 1922, § 2º.)

Nada importa que assignasse mais uma testemunha, alem das do preciso numero, o auto de approvaçõ, pois que essa superabundancia de formalidades, em vez de prejudicar, robustece a verdade do testamento.

(Accordam da Relaçã do Rio — 3 de Dezembro de 1878, Direito, vol. 19, pags. 135 e 136.)

A integridade de mente póde coexistir com a não integridade de corpo, salvo enfermidades que ataquem o cerebro. (27)

§ 88

Não exclue as provas da loucura dizer-se no testamento ou no instrumento de aprovação ter parecido ao tabellião e ás testemunhas estar o testador no gozo de suas faculdades mentaes, mesmo sem arguir de falsidade o testamento (Furgole, Test. cap. IV n.º 209.) Da fé do tabellião resulta uma presumpção de direito que póde ser destruída por provas em contrario. São excusadas as provas de enfermidade espiritual quando pela qualidade das disposições se mostra que não estava elle evidentemente em seo perfeito juizo (T. de Freitas, Test. nota 23).

A declaração do tabellião de estar o testador em mente sã não exclue a prova de demencia, como não prejudica a validade do testamento a falta de declaração.

(Pothier—vol. 8, n.º 138, pag. 262).

§ 89

O segredo do testamento é direito do testador do qual elle pode usar como quizer; póde guarda-lo ou revelal-o. Nenhuma lei prescreve nem prohibe a revelação do segredo; e, sem prohibição da lei, sob pena de nullidade, não ha nullidade. A Relação do Rio de Janeiro por Accordão de 29 de Abril de 1879, na causa celebre do testamento Carneiro, herdeiro instituido Visconde de Nictheroy, não julgou nullidade estar presente o herdeiro instituido á cabeceira da cama do testador no acto de fazer seo testamento. (28)

(27) O tabellião não deve approvar o testamento daquelle que não está em perfeito juizo, as leis confiam em sua fé publica, sob pena de responsabilidade civil e criminal. Se tem começado a approvar e, depois da tradição do testamento, o testador manifesta trespasario, deve fazer constar no auto da approvaçõ a interrupção do acto. (T. de Freitas— Test. nota 3ª, pag. 6.)

(28) Serem secretos e cerrados os testamentos foi uma permissão em favor do testador, que elle póde renunciar. Neque vero ad testamenti solemniam requiritur ut a testatore claudatur et involvatur.

§ 90

O testamento cerrado póde ser escripto em lingua estrangeira e assim approva'õ pelo tabellião. Para ter execuçaõ o juiz que o abrir e mandar cumprir, deve ordenar sua traducçaõ, para depois ser registrado e archivado o original com a traducçaõ. (T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nóta 2 do art. 1055 e Testam. pag. 137, nóta 183 ao art. 73).

§ 91

Não importa nullidade do testamento e codicillo cerrado o não constar dos respectivos instrumentos de approvaçaõ a declaraçaõ de haverem sido lidos ao testador e testemunhas. Assim o julgou o Sup. Trib. de Justiça por Accordão de 23 de Junho de 1885; rev. civil n.º 10292—Direito, vol. 37, pags. 529 a 541. (29)

testamentum, sed solum hoc fit si testator velit neminem scire ea quae in testamenta scripta. (Lobão, N. a Mello, Diss. 4. § 15 e 2.^a linhas, Diss. 6, § 61).

(29) Diz o Accordão: “ Nem a ord. liv. 4. tit. 80 §§ 1 e 2.^o exige essa formalidade, como essencial, a leitura do auto de approvaçaõ ao testador e testemunhas que o subscreverem, nem o Alvará de 10 de Junho de 1817 especificando taxativa e restrictamente cada uma das formalidades externas substanciaes para a validade do acto da approvaçaõ do testamento cerrado comprehendeo essa entre as seis especificadas, e não se deve irrogar nullidade onde a lei a não decreta. (Assento n.º 325 de 23 de Julho de 1811). O Tribunal de Justiça de S. Paulo julgou que a ord. liv. 1 tit. 78 §§ 4 e 5.^o se refere aos contractos por escripturas e aos testamentos publicos, mas não ao acto da approvaçaõ, em Accordam de 6 de Junho de 1893 na appellaçaõ n.º 104 de Botucatu, appellante Antonio Soares do Amaral e appellado o testamenteiro de Domingos Soares de Barros—Gaz. Juridica do Estado, vol. IV n.º 4, pag. 302. A Relaçãõ de Porto Alegre por Accordãos de 16 de Maio de 1884 e 16 de Setembro do mesmo anno—Dir. cit., pag. 538 e 539 e Relaçãõ do Estado do Rio—Accs. de 9 de Maio e 11 de Setembro de 1893—Direito, vol. 63 n.º 4, pag. 505, julgaram o contrario e assim tambem o Acc. de Relaçãõ do Rio de 12 de Abril de 1870—Gaz. Jurid., Anno II, Vol. II, pag. 81. Martinho Garcez, *Nullidades*, pags. 232 a 237, diz ser nullidade substancial a falta de leitura do auto de approvaçaõ ao testador e testemunhas, pois, se a lei é silenciosa, tal solemnidadẽ se subentende como essencial em face do principio consagrado pelo § 2.^o do art. 684 do Reg. n. 737 de 1850 e a disposiçaõ da Ord. liv. I, tit. 78,

§ 92

A fé que merece um instrumento publico, qual o auto de approvação do testamento, e a presumpção legal que lhe assiste de solemne e verdadeiro só podem ser destruidas por provas plenas e concludentes (Per. e Souza, nóta 473; Paula Baptista; § 117; Ramalho, § 168.)

§ 93

Para que se execute ou prevaleça a vontade do testador é preciso que ella em sua fórma externa não se opponha aos requisitos e prohibições legaes, sem que se possa determinar o gráo de influencia que a infracção da lei possa ter na verdade e certeza da derradeira vontade de quem pretendeo testar. (Accordão da Relação do Estado do Rio — 9 de Maio de 1893—Direito, vol. 63 n.º 4, pag. 512.)

§ 94

Os consules brazileiros em paiz estrangeiro podem fazer e approvar os testamentos dos nacionaes, ahí existentes (Decr. n.º 520 de 11 de Junho de 1847—Decr. n.º 4968 de 24 de Maio de 1872). (30)

CAPITULO VII

TESTAMENTO NUNCUPATIVO

§ 95

Compete ao Juizo da Provedoria reduzir a publica— forma o testamento nuncupativo ou particular aberto, quando a herança se acha já arrecadada pelo juizo de ausentes. (Lei de 3 de Novembro de 1830, Avs. n.º 30 de 24

§ 4º é generica, comprehensiva de todos os instrumentos e, com mais força de razão, applicavel aos termos de approvação dos testamentos, quando o legislador redobra as formulas para garantir a livre manifestação da ultima vontade.

(30) As omissões do instrumento de approvação não podem ser suppridas por prova testemunhal (T. de Freitas, Consolid. das LL., —nóta 20, 3.ª ed).

de Fevereiro de 1848—Gouveia Pinto, *Trat. dos Test.* cap. 6—Macedo Soares—*Test.* pag. 68—Souza Bandeira. *Nov. Manual do Proc. dos Feitos*, § 354 e nota 384. (31)

(31) Perd. Malheiro, *Man. do Proc. dos Feitos*, nota 1339 e *Consultas Juridicas*, pag. 461, diz que a disposição do Aviso de 1848 não tem sido observada por se entender que, não havendo lei alguma que constituísse privativo para tal efeito o Juizo da Provedoria, deve a redução pertencer ao juizo commum civil por virtude do disposto na *Disp. Provisoria*, art. 13; *L. de 3 de Dezembro de 1841*, arts. 114 e 116; *Reg. de 15 de Março de 1842*, art. 2.º §§ 1 e 5.º; *Aviso de 1 de Outubro de 1844*, excluido o juiz de orphãos na forma do art. 20 da *Disp. Provisoria*, l. de 3 de Dezembro de 1841, art. 117; *reg. de 15 de Março de 1842*, arts. 4 e 5.º; *Regul. de 9 de Maio de 1842*, art. 32—*Av. de 17 de Abril de 1834* e cita a restos a respeito. *Per. de Carvalho*, *Proc. Orph.* capitulo 23, § 86 e nota 154, diz—que ao juiz, a quem compete o inventario, pertence tambem por dependencia a redução, do testamento. *C. Telles*, *Man. do Proc. Civil*, § 43, diz que o juizo do defunto é o competente para a redução do testamento nuncupativo, ou para pôr em publica fórma o particular, e bem assim para fazer o inventario. A opinião citada é a de *Per. de Carv.* que se conforma com a de *Gouvêa Pinto*, cap. 6.º, pag. 52. A redução, considerada como dependencia de inventario, era requerida perante o juizo de fóra ou ordinario; a este se devia requerer quando havia menores, e áquelle, quando os não havia; e a seguir-se essas opiniões, actualmente, seria competente o Juizo da Provedoria quanto tivesse de fazer inventario como o deve fazer no caso do defunto ter deixado testamento, e não haver herdeiros menores e interdictos (*Decr. n. 4824 de 22 de Nov. de 1871*, art. 83; *Avs. de 24 de Abril e 8 de Outubro de 1873*), podendo fazer a redução o Juizo de Orphãos, no caso de inventario havendo orphãos, interdictos e ausentes, quando tiver de fazer a arredação por seu Juizo nos termos dos arts. 1.º, 2.º, 3.º e 20 do *Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859*, por não existir na terra conjuge, herdeiro instituido ou testamentario que aceite a testamentaria, podendo fazer o juizo commum a redução quando fizer inventario, no caso do testador não deixar testamento, e não haver orphãos ou interdictos, ou ausentes que seja caso de arredação. (*Av. de 8 de Outubro de 1873*). Em nossa opinião todas as questões relativas os testamentos devião ser da competencia do Juizo da Provedoria, instituido para fazer valer e executar as ultimas vontades. Se ao Juizo Provedor compete abrir os testamentos cerrados; registrar; fazer inscrever e archivar os testamentos; tomar as contas testamentarias—como não ter a attribuição de completar pela redução o testamento, e reduzi-lo á verdade pela sentença?! *Tu cogita et melior sequor.* Aconselhamos, porém, que se siga *ad cautelam* a opinião consagrada pela praxe.

§ 96

Testamento nuncupativo é aquelle que é feito de viva voz ao tempo da morte. (Ord., liv, 4^o, tit. 80, § 4^o).

Não póde valer como testamento nuncupativo, e nem reduzir-sea publica fórma como tal senão aquelle que foi feito por um testador proximo á morte (*in articulo mortis*) na ultima enfermidade, de que não convalesceu.

§ 97

A expressão ao tempo da morte da Ord. liv, 4 tit. 80 § 4^o não significa a ultima agonia, porque ao agonizante falta perfeito juizo e a capacidade de testar; mas sim uma enfermidade grave e perigosa da qual o testador veio a fallecer (Lobão, N. a Mello, vol. IV. Dissert III, § 29—Accordão da Relação de Ouro-Preto de 24 de Abril de 1877 Accordam do Trib. de Justiça de S. Paulo, 3 de Novembro de 1893, na Gaz. do Estado, pags. 116 e 117, vol. 5^o n. 2. (32)

As leis estadoaes não são expressas a respeito, mas para basear a competencia do Juiz da provedoria póde-se tirar argumento do art. 63 II *d* da Lei n.º 18 de 1891 e decreto n.º 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 124 § 4, II. Se aos juizes provedores incumbe, em geral, prover ao que possa interessar á execução dos testamentos e codicillos, a redução do testamento interessa á execução do testamento. No districto federal compete á Camara Civil —art. 25 § 1 do decreto n.º 1334 de 28 de Março de 1893, impresso no Direito, vol. 60 n.º 4. pag. 648. Nas reduções intervêm o Procurador da Republica, seos adjuntos e auxiliares—art. 32 n.º 11 da Lei n.º 221 de 20 de Novembro de 1894.

Na redução procede o juiz summariamente sendo acto que não admite demora; causa de simples officio do Juiz (Menezes, J. Div., cap. 1.º pag. 5; Pereira e Souza, nota 1029; Vanguerve, part. 4.^a cap. 5.º; Gouvêa Pinto, cap. 6.º; Nazareth, Elem. do Processo Civil, § 131, vol. 1.º n. 32; C. Telles, Man. do Proc. Civil, § 114 nota pag. 294; art. 6º da Disp. Provis.; *N. G. dos Trib.* n. 105).

(32) C. Telles, Dig. Port. vol. 3º, pag. 289, arts. 1797 e 1798, diz: um doente de molestia perigosa póde testar de viva voz perante seis testemunhas varões e mulheres puberes e se o doente morre daquella molestia deve a disposição ser reduzida á publica formam. Nem se pode entender de outro modo, pois a lei falla da possibilidade de convalescer e ser nenhum o testamento, assim refere-se á doença em que está o doente e ser possivel ou provavel a morte, pois o testador não hade esperar a hora ou conjunctura da morte

§ 98

A redução do testamento deve ser feita no juizo do domicilio do defunto ou onde falleceo o testador quando o lugar do seu fallecimento não é o do seo domicilio?

E' no lugar do fallecimento, onde fez o testamento perante testemunhas ahi presentes, as quaes devem immediatamente ser ouvidas visto que podem fallecer de um momento para outro, não devendo ser redusido no fôro do domicilio dos herdeiros. (Direito—vol. XXIV. pag. 228).

§ 99

Este testamento de viva vóz, ao tempo da morte, fica de nenhum vigôr, se o testador convalescer da enfermidade, e, podendo fazer pelos outros módos de direito o seo testamento, o não fez. Só póde ser feito no caso de molestia perigosa e mortal, não havendo outro meio de evital-o. (Souza Bandeira, Man. do Proc. dos Feitos, nota 387, como é expresso na Ord. cit. § 4 *in fine*).

§ 100

Tambem se chama nuncupativo o escripto pelo testador que o manda ler á hora da morte perante seis tes-

para testar correndo o risco de ficar intestavel. Assim Gouveia Pinto, Test. § III, nota 62, pag. 55, falla de atacados por molestia perigosa ou de pessoa a quem aconteeo um desastre. C. da Rocha, § 682, diz: o testamento nuncupativo é o permittido aos doentes em perigo de morte e diz na nota—somente aos doentes em perigo. T. de Freitas, Test., pag. 149 § 71, nota 197, diz: é preciso que o testador esteja em perigo de vida e que a molestia não dê tempo para fazer seo testamento escripto; que o testador morra daquella molestia; porquanto, convalescendo, essa convalescença e o tempo para dispôr de outra forma dão causa á sua nullidade. Ao tempo da morte não quer dizer, diz Lobão, Diss. 3^a, pag. 98, Nota a Mello, § 29 na ultima agonia, a lei refere-se ao tempo da enfermidade que conduz á morte.

«*Nam et hic mortis, tempore seu in articulo mortis tam proprie a esse dicitur ut ille qui in infirmitate est, quae ducit ad mortem. Ille dicit laborare in extremis, qui ex tali infirmitate, sine sanitatis intervallo decedit.*»

Quando ha tempo sobejo para testar solemnemente não são validas as disposições nuncupativas.

(Relação de Ouro-Preto—Acc. de 4 de Outubro de 1876, appell. n^o 364—Direito, 15 de Novembro do mesmo anno, pag. 556).

temunhas, declarando ser essa a sua vontade, e que não foi approved por falta de tempo. (C. Telles, Dig. Port., tomo 3º, nº 1802; C. da Rocha, 682; Lobão, Dissert. 3ª N. a Mello §§ 17 e seguintes e Dissert. 5ª § 37; Consolid. da L. L. Civis, art. 1053, nota 4ª *in fine*).

§ 101

Se o testador escreveu todo o seu testamento e presentes as testemunhas em numero legal de seis, tendo o entregue ao tabellião, dizendo que o approvasse, morrer nesse momento, póde ser reduzido como nuncupativo, pois, havendo assistencia de seis testemunhas, realisa-se o facto de dispor o testador *in articulo mortis*. (Reynoso, Observ. 48, nº 18 e Phebo, Dec. 187, pag. 372).

§ 102

Para a redução devem ser citados, sob pena de nulidade, todos os consanguineos e herdeiros legitimos *ab intestato* que possam ser contradictores de sua validade (Lobão, Dissert. N. a Mello, pag. 98, § 31), porquanto devem ser citados todos a quem principalmente o negocio toca (Assento de 11 de Janeiro de 1653 e Resol. de 16 de Novembro de 1799) e especialmente porque assim determina para o caso vertente a Ord. liv. 4 tit. 80 § 3. (33)

§ 103

Devem tambem ser citados para a redução os representantes da Fazenda Nacional e Estadual e Promotores de Residuos. Havendo menores devem ser citados seus paes e tutores, bem como o Curador Geral, nomeando-se Curadores *in litem*.

§ 104

Se não tiver lugar a redução, cumpre ao Juiz Provedor fiscalizar se é caso de arrecadação de bens pelo juizo de ausentes e communicar ao mesmo juizo.

(33) Nullidade insanavel e insuprivel (Ord. liv. 3 tit. 63 § 5º, Accord. da Rel. de Pernambuco de 28 de Junho de 1851; N. Gaz. dos Trib. nº 179 de 14 de Agosto do mesmo anno). Para evitar duvidas cite-se os ausentes e incertos, nomeando-se curadores aos ausentes e menores puberes interessados.

Se não fôr e os herdeiros *ab intestato* forem sujeitos ao imposto de transmissão *causa-mortis* deverá se proceder a inventario afim delle se cobrar.

(Man. do Proc. dos Feitos, Perdigão, §§ 653 e 654)

§ 105

Para a validade do testamento nuncupativo é necessario que intervenham seis testemunhas, homens ou mulheres, devendo estas estar simultaneamente presentes ao acto. (Ord. liv. 4 tit. 80 e § 4º; Accordams do Trib. de Justiça de S. Paulo, 26 de Março e 25 de Outubro de 1895—appellação n° 451, capital, entre partes Ignacio Fernandes Mourão e outros e Fortunato Maria Barbosa e outros).

§ 106

O testamento nuncupativo em quanto não é redusido, não impede a arrecadação do espolio (Aviso n° 546 de 10 de Setembro de 1866), antes de redusido não ha herdeiro ainda certo, instituido, presente na terra e nem testamenteiro que, haja aceitada a testamentaria, presente na terra. (Reg. n° 2433 de 15 de Junho de 1859, art. 13 §§ 2.º e 3º).

§ 107

As testemunhas na reducção devem ser inquiridas pelo juiz (Lobão, Dissert. 3ª, supp. ás N. a Mello, § 32; C. Telles, Dig. Port. vol. 3º e art. 1798—Accordam da Relação de Ouro-Preto de 17 de Agosto de 1875—Direito, vol. 5º, pag. 557; Souza Bandeira, nota 390, § 104).

Devem as testemunhas ver o testador ao tempo e no acto que está testando nuncupativamente, e intermediando alguma cortina ou parede, não basta de fóra oução algumas palavras, ou todas ellas, sendo preciso a presença e vista physica de todas as testemunhas no acto de testar (L. 9 Cod. de test.; Pinheiro, de test. Disp. 2, secção 5ª n° 147; Lobão, cit. § 39, pag. 105; Cordeiro, Dubit. 10 n° 25). (34)

(34) Assim a Ord. liv. 4 tit. 80 princ. determina que o testamento seja presenciado por cinco testemunhas alem do tabellião; no § 1º que a tradição do testamento cerrado para a approvação se faça na presença de todas; no § 3º manda que seja lido perante todas, devendo o testamento ser feito *unico contextu*, presentes as testemunhas desde o começo até o fim.

§ 108

Devem as testemunhas depôr sobre o juizo perfeito do testador, que o virão doente de cama, proximo á morte, expôr quaes as disposições que fizera, taes como ouvirão, não bastando que se refirão a escripto, que póde ter sido feito para memoria; que fallecera sem ter convalescido pouco tempo depois da mesma molestia, que já então tinha; e que o factio fôra testemunhado por todas ellas, estando presentes, ouvindo e vendo o testador junto ao seu leito.

§ 109

As testemunhas devem depôr sobre todo o teor do testamento vocal, embora fação escriptos—apontamentos—para lembrança, não devendo depôr lendo os ou olhando para elles.

§ 110

Devem ser as testemunhas sem defeito e contestes, e nenhuma o testamento contradiga, porquanto o numero de seis testemunhas é requerido para prova e substancia do acto.

Assim contradiz o testamento:

- 1.º A que declara que não presenciou o testamento;
- 2.º A que diz que não vio ou conheceu o testador, por intermediar cortina ou parede;
- 3.º Que não proferio as palavras que se allega ter dito;
- 4.º Que não e-tava quando assim dispôz em artigo de morte, e que bem podia testar por qualquer outro modo geral de direito;
- 5.º Que é exacto ter disposto em artigo de morte, mas ter depois convalescido podendo e tendo tempo necessario de fazer por escripto o seu testamento;
- 6.º Quando nega alguma outra circumstancia que respeita á validade do testamento, salvo se se prova ser essa testemunha subornada ou peitada. (Lobão Dissert. cit., §§ 43 e 44).

Devem depôr sobre o dia, mez e anno e lugar da disposição, se foi á noute ou de dia, qual a disposição e

nomes dos beneficiados e clausulas das disposições. As testemunhas devem concordar na substancia das disposições ainda que discordem no accidental ou superficial das palavras (Lobão, Diss. cit., § 48).

§ 111

Podem ser testemunhas na redução os domesticos e os não prohibidos pela Ord., liv. IV, tit. 85. (Lobão, Diss. §§ 33 e 34). No Repert. *verb.* testamento — nota c. 1, pag. 4 se diz que na redução do testamento não podem depor o sogro, avô e affim do herdeiro instituido (Cabedo, parte 1.^a, dec. 169, n.º 7).

§ 112

E' necessario que sejam vivas todas as testemunhas que presenciarão a disposição nuncupativa, e morrendo uma só das seis não póde redusir-se á publica forma com outras que restão, ainda que jurem que a testemunha fallecida esteve presente. (Phoebo, Dec. 75 n.º 6; Cordeiro, de Dubit. n.º 4 e 10; Ord. liv. I tit. 80 § in fine; Pereira de Carvalho, parte 1.^a nota 154—Souza Bandeira, Man. do Novo Procurador dos Feitos, nota 391 ao § 356).

§ 113

Se forem vivas outras testemunhas além das declaradas, não pode-se com ellas supprir a falta da que morreo, dizem Lobão, Dissert. cit. §§ 45 e 52 e Per. de Carvalho, nota 154, não sendo necessario a rogação de testemunhas. (35)

§ 114

Os testamentos privilegiados, militar e maritimo, não dependem de redução.

(35) Em contrario pensam Mello Freire, Institut., liv. III, tit. V, § 10, C. Rocha, § 681, nota final, C. Telles, Dout. das Acções § 181, not. 3 e Dig. Port., liv. III, pag. 1777, Souza Bandeira, *Nov. Man. do Proc. das Feitos da Fazenda*, not. 386 e 391.

Macedo Soares no *Trat. de Test.*, em a not. á nota 64 do *Trat. de Test. de Gouveia Pinto*, não admite a redução do testamento nuncupativo, se morreu uma das testemunhas, porem admite no mesmo caso a redução do testamento aberto particular.

(Resol. de Consulta de 26 de Junho de 1867, sobre Cons. da Secç. de Justiça do Conselho de Estado de 10 de Setembro de 1866). Não a exige a Ord. liv. 4 tit. 83 e § 5º quanto ao primeiro e quanto ao segundo porque está munido com a fé e a autoridade publica do escrivão do navio.

§ 115

Póde converter-se em nuncupativo o testamento olographo, se o testador proximo á morte o lê, ou manda ler perante seis testemunhas, e declara que aquella é a sua ultima vontade. (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1802).

§ 116

Não póde valer como nuncupativo o testamento cerrado, ao qual falta alguma formalidade, por isso só que as testemunhas ouvirão ao testador dizer, que aquelle papel é o seu testamento, se este não fôr lido perante ellas. (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1803; Lobão ao liv. 3º de Mello, Dissert. 3ª, §§ 17 e seguintes).

§ 117

O testamento feito pelo moribundo (*in articulo mortis*) é valido, embora não possa pronunciar bem as palavras, e só por interrogatorio responda—sim ou não—não sendo o interrogatorio feito por pessoa suspeita. (Guer. de division, trat. 2º, liv. 3º, cap. 5º, ns. 30 a 32). (36)

§ 118

É valido o testamento, ainda que feito pelo testador agonisante, balbuciando palavras, que, ouvidas, possam

(36) Esta opinião não é seguida. C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, arts. 1804 e 1509, opina em contrario, e com elle Nov. Furgole de test., cap. 5º, secção 3ª, tomo 1º, pag. 135. Os DD. vari o quanto á validade dos testamentos *ad interrogationem alterius*. Lobão N. a Mello, diss. 2ª, §§ 38 e 39 diz que se deve attender ás circumstancias antecedentes, concomitantes e subsequentes para decidir da validade de taes testamentos ou sua nullidade; e diz que são suspeitos, quando não consta que o testador estava em plena integridade de juizo, e dando-se outras circumstancias que aponta, o que se deve deixar ao prudente arbitrio do juiz. (Vide Mello Freire, liv. 3º, tit. 5º § 28).

conter uma disposição (37), revelando não ter perdido o juízo. (Lobão, Dissert. 2^a, N. a Mello, § 36).

§ 119

A declaração verbal do testador não basta para revogar o testamento cerrado ou escripto, a não ser feita á hora da morte perante seis testemunhas, como testamento nuncupativo.

(L. 21 § 3, Cod. de test.; C. Telles, Dig. Port., vol. 3^o art. 1889).

§ 120

Pode ser promovido o processo de redução pelo herdeiro instituído, pelo legatário, fideicommissário, pelo credor, pelo testamentário, em fim por quem tiver interesse na publicação. (Souza Bandeira, cit., nota 388).

Macedo Soares (Test. pag. 731) opina que o próprio juiz *ex officio* póde ordenar e promover a redução.

§ 121

Contra a sentença de redução podem ser empregados os recursos de embargos e appellação. (Ord. liv. 3 tit. 81 —Lei n^o 242 de 29 de Novembro de 1841, art. 13—Souza Bandeira cit., § 358, pag. 217).

§ 122

Da sentença de redução cabe appellação no effeito devolutivo.

Deve, porem, ser recebida em ambos os effeitos quando a redução envolve reconhecimento de filiação natural, além de instituição de herdeiro.

(Accórdão da Relação do Rio, 12 de Agosto de 1884 —aggrav. n^o 4378—Direito vol. 35, pag. 203).

§ 123

Nos autos de redução de testamento não se póde discutir questões de alta indagação; assim não se póde discutir a injustiça ou nullidade da desherdação feita nuncupativamente. (Accórdão da Relação do Rio n. 4471

(37) *Dummodo ex verbis balbucienti lingua prolatis sanus sensus colligatur, et animus testamenti faciendi.*

de 17 de Fevereiro de 1852, appellante Antonio Machado Guimarães, appellado Francisco Fernandes Gomes; *N. G. dos Trib.* ns. 202 e 204; Menezes, J. Divisorios, cap. 2º, § 41 *in fine*).

§ 124

Na acção de redução deverá o juiz observar todas as formulas legais e a praxe. (38)

(38) A praxe é requerer-se ao juizo da provedoria a inquirição das testemunhas que ouviram o testamento verbal, desde o começo até o fim, *unico contextu*, com citação de todos os interessados, Promotor de Residuos, Procuradores Fiscaes ou Collectores; no districto federal dos representantes do ministerio publico, devendo intervir na redução o Procurador da Republica e procuradores seccionaes, Curadores Geral e ad litem, no caso de interesse de menores; fazendo-se a inquirição em dia e hora designados pelo juiz inquirindo elle proprio as testemunhas que devem ser habeis, idoneas e contestes, depondo no substancial, embora discordem no accidental. Feita a inquirição, o juiz dá vista ás partes, ao Promotor dos Residuos e representantes do fisco da União e dos Estados; feito o que, profere sentença, havendo ou não como reduzido á publica forma o testamento, pagas as custas pelos interessados ou contradictores vencidos. No caso de não se provar algum dos requisitos legais, ou se provaram por menos de seis testemunhas, julgará o juiz nulla e inefficaz a disposição e condemnará o requerente nas custas. Publicada a sentença, intimada, pôde ser embargada e appellada no effeito devolutivo, por ser a redução causa summaria; e, passada em julgado, deve seguir-se o registro e inscripção. Quando se não appella ficam os proprios autos de redução appensos ao inventario, diz Per. de Carvalho, nota 55, cap. 5º, 3ª parte, pag. 75; e quando se appella fica appensa a sentença que se extrahe depois de recebida a appellação no effeito devolutivo somente, em attenção á partilha.

Isto no caso de se admittir a opinião de que a acção de nulidade do testamento não suspende as partilhas, aliter se receberá a appellação em ambos os effeitos, suspendendo-se a partilha até a decisão final. (Per. de Carvalho, nota 55). Menezes, Juizos Divisorios, nota ao § 42 cap. II, pag. 69, diz: que, logo que se requiera a redução deve o juiz suspender a partilha e inventario, em quanto não for julgada a disposição e passada a decisão em julgado, porque a partilha depende da certeza dos herdeiros e disposição testamentaria que deve ser a base; mas, sendo necessario, proceder-se ha a inventario, esperando-se pela decisão da redução do testamento para fazer-se as partilhas.

Podem os terceiros interessados contestar ou embargar a redução, fazendo justificação em contrario, depois de feita a inquirição do herdeiro ou legatario justificante interessado na redução,

CAPITULO VIII

TESTAMENTO ABERTO POR INSTRUMENTO
PUBLICO

§ 125

Testamento aberto por instrumento publico ou feito pelo tabellião requer para ser valioso :

1.º Que seja escripto pelo tabellião no livro de notas, declarando dia, mez, anno e lugar, e com reconhecimento do testador e testemunhas;

2.º Que seja escripto segundo o dictado ou declaração do testador,

Não bastando para dictar o testamento que o testador interrogado sobre suas disposições responda por signaes ou por um—Sim ;

3.º A assistencia de cinco testemunhas, alem do tabellião, devendo ser maiores de 14 annos e varões;

4.º Que as testemunhas assignem todos com o testador, se souber e puder assignar, devendo a assignatura

podendo mesmo embargar como contestação (art 14 da Disp. Prov., Vanguerve, part. 4^a, cap. 5^o, n. 18 e seguintes; Gouveia Pinto, cap: 6^o, *in fine*; Per. de Carv., 3^a part., notas 49 e 51; Per. e Souza. nota 1029); e a razão de não se dar vista senão depois de feita e inquirição é pelo damno irreparavel que se seguiria, morrendo alguma testemunha antes de ter jurado. A melhor pratica, diz Per. de Carv., cit. nota 51, é não pedir vista do requerimento, mas sómente da sentença, quando o testamento se julga reduzido a publica fórma; porque, podendo acontecer que o Juiz o declare logo nullo á vista das testemunhas, evitão-se questões e demoras, sem que se perca cousa alguma, porque, ainda declarando-se valioso, resta o meio de embargos a sentença, onde se pôde deduzir a mesma materia da contestação do requerimento. (Cordeiro, Dubit. 10, n. 52 e seguintes). Sobre o formulario da acção veja-se Per. de Carvalho, 3^a parte, cap. 5^o; Menezes, Juizos Divisorios, cap. 2^o, §§ 11 e 42 e Vademecum forense, pag. 349.

Depois de julgado, o processo summario pôde tornar-se ordinario para disputar-se sobre a propriedade e herança; concedendo-se posse ao que teve em seu favor a reducção, visto que não apparece melhor prova. (Menezes cit).

No districto federal compete a Camara Civil processar e julgar as causas de reducção de testamento á publica forma.

das testemunhas ser em acto seguido, sem interrupção por outro acto differente, ouvindo ler as disposições. (T. de Freitas, Test., nota 170, pag. 130);

5.º Que não sabendo ou não podendo assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando logo ao pé da assignatura que o faz a rôgo do testador por elle não saber ou não poder assignar (Ord. liv. 4.º, tit. 80 princ.)

§ 126

Tanto o tabellião como as testemunhas devem conhecer o testador ou certificar-se por algum modo de sua identidade e de que o mesmo testador está em perfeito juizo e livre de toda e qualquer coacção.

§ 127

Um instrumento feito em nótas é uma prova provada, no que differe do testamento particular; e, ainda que o testador rasgue o exemplar que o tabellião lhe deu, nem porisso se entende revogado, no que differe do testamento cerrado, embora com instrumento de approvação (T. de Freitas, Test., nota 170, pag. 129).

§ 128

Nos districtos respectivos os Escrivães do Juizo de Paz são autorisados a fazer e approvar testamentos. (Leis de 15 de Outubro de 1827, art. 6.º, de 30 de Outubro de 1830, arts. 1 e 2, Avs. de 13 de Fevereiro de 1829 e 1.º de Agosto de 1831, T. de Freitas, Test., § 68, nota 167 e Av. n.º 47 de 6 de Setembro de 1883).

§ 129

Um codicillo póde tambem ser feito em nótas e differe do testamento:

1.º Em não se poder nelle instituir herdeiro, substituil-o ou desherdal-o;

2.º Em bastarem quatro testemunhas, homens ou mulheres, nas cidades, villas e lugares de grande povoação e nos de pequena povoação bastam tres.

(Ord. liv. 4 tit. 86 §§ 1 e 2.º)

CAPITULO IX

TESTAMENTO ABERTO POR INSTRUMENTO PARTICULAR

§ 130

O testamento aberto escripto pelo testador para ser valioso requer :

1.º Que seja feito pelo testador, ou outra pessoa a seu rôgo (Ord. liv. 4. tit. 80);

2.º Que intervenham cinco testemunhas varões, maiores de quatorze annos, alem do testador, escriptor ou signatario do testamento;

3.º Que seja lido perante as testemunhas e depois de lido, por ellas assignado em acto seguido;

4.º Que, depois da morte do testador, seja reduzido ou publicado judicialmente, isto é, julgado e confirmado pelo juiz ouvindo as testemunhas em depoimentos, com citação dos herdeiros *ab intestato* (C. Telles, Dig. Port. vol. 3º, nº 1776—Ord. liv. 4 tit. 80 § 3º, Coelho da Rocha § 681 *in fine*, Souza Bandeira, Man. do Proc. dos Feitos, nota 386).

§ 131

O Juiz da Provedoria é o competente para a publicação do testamento particularmente escripto, sem ella elle não pôde providenciar administrativamente sobre o cumprimento dos testamentos.

(Sent. do Supr. Trib. de Justiça de 27 de Novembro de 1880 nos autos de revista civil nº 9643, entre partes recorrente Maria Esteves Neves e recorrido Pedro da Silva Pereira. Vide Direito, vol. 40 nº 3, pag. 413, Accordão da Relação do Rio, 2 de Abril de 1886 em contrario).

§ 132

Para ter lugar a confirmação :

Devem as testemunhas do testador depôr,

1.º Contestes sobre o facto da disposição ou ao menos sobre sua leitura e assignatura perante ellas ;

2.º Reconhecer suas assignaturas.

§ 133

Si, ao tempo da morte do testador, por ocasião da reducção, não forem vivas todas as testemunhas, de sorte que possam depôr e reconhecer suas assignaturas, entendem uns que pode o testamento ser redusido e outros não Vide Coelho da Rocha § 681, C. Telles, Dig. Port. vol. 3 art. 1777 e Doutrina das Acções, § 181 nota 3^a, Liz Teixeira, Dir. Civ. vol. II, pag. 177, Mello Freire, Instit., liv. 3^a, tit. 5^o, § 10 pela affirmativa e pela negativa Lobão Diss. 3^a § 52 N. a Mello. Per. de Carv. Proc. Orph., nota 154, Trigo de Loureiro, Dir. Civil, arts. 356 e 357, Candido Mendes, Cod. Philippino, pag. 906 Souza Bandeira, cit. nota 386—Phoebo, Dec. 75.

§ 134

Em França e Italia o testamento particular ou *olographo* para ser valido deve ser escripto todo elle, datado e assignado pela mão do testador. Em Portugal não é permittido essa forma de testamento, entre nós pouco usada. (Cod. Civil Fr. art. 969, Cod. Civil Italiano art. 775 e Cod. Civil. Port. art. 1910 § 1 a 5.^o)

CAPITULO X

TESTAMENTARIAS

§ 135

Compete ao Juiz Provedor intimar os testamenteiros nomeados para que acceitem e cumprão as ultimas vontades do testador, juramentando-os; e nomear testamenteiros quando os nomeados recusam o cargo, têm fallecido, quando não puderem servir por incapazes, quando por fraude removidos, e quando os herdeiros recusão-se a cumprir as disposições do testador em falta de testamenteiros.

§ 136

O testador póde nomear testamenteiros para executar seu testamento a pessoa ou pessoas que melhor lhe pa-

recer, salvo prohibição legal. (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1821; C. da Rocha, § 720).

§ 137

Testamenteiros são as pessoas encarregadas de cumprir as disposições do testador.

Não o podem ser :

1.º As mulheres casadas sem autorização de seus maridos. (39)

2.º Os menores e interdictos. (40)

3.º As mulheres casadas separadas judicialmente, sem licença do Juizo. (Cod. Civ. Port., art. 1886).

4.º O devedor do defunto, salvo pagando o debito, ou lhe tendo sido perdoado. (Pinh. de test. app., secç. 3ª, § 11 *in fine*, n. 25).

5.º As ordens, irmandades, ou corporações (Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21; Alv. de 20 de Maio de 1796; Assento 1º de 29 de Março de 1770; Ass. 4º de 5 de Dezembro de 1770; Ass. 1º de 20 de Julho de 1780, e Ass. 2º de 21 de Julho de 1797; Consol. das Leis Civis, arts. 1002 e 1003).

8.º As camaras municipaes. (41)

(39) C. da Rocha, § 720; Pinh. de test. app., disp. unica, n. 4; Cod. Civ. Francez, arts. 1029 e 1030, porque a testamentaria sendo equiparada a um mandato, não podem ser testamenteiros aquelles que se não podem obrigar.

(40) Pinh. cit., secç. 1ª, § 3º, sustenta que o menor de 25 annos, e maior de 17 pôde exercer a testamentaria por ser o mesmo mandato *ad negotia*; julgamos, porém, a testamentaria, não um simples mandato extrajudicial *ad negotia*, e assim para ser testamenteiro é necessario a capacidade que se requer para o procurador judicial, sendo o testamenteiro obrigado a contas em Juizo. Cod. Civil F. art. 1030. e art. 905 do Cod. Civil Italiano.

(41) Em Bragança (S. Paulo) vimos um testador nomear a Camara testamenteira, e julgamos que o não podia ser por não poder contrahir obrigações além das do seu Regimento. F. de Freitas diz testamenteiros são *personas naturaes*, Test. § 137.

§ 138

Podem ser testamenteiros :

1.º Os Tabelliães no testamento que escrevêrão. (Guerr. liv. 4º, trat. 1º, cap. 6º, n. 16).

2.º As mulheres solteiras maiores e viúvas. (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1821; C. da Rocha, § 720; Guerr., trat. 1º, cap. 6º, ns. 12 e 13; Pinh. de test., disp. unica, append. n. 4 e T. de Freitas, Man. dos Tabelliães § 496; nota 597). (42)

§ 139

Ninguém é constrangido a aceitar a testamentaria, mas aceitando-a deve dar cumprimento. (Reyn. Observ. 55, n. 21; Themud. Dec. 62, n. 6; Guerr., Trat. 1º, liv. 4º, cap. 6º, n. 34. e seguintes; C. Telles, cit. n. 1822 e C. da Rocha, § 720).

§ 140

Se os testamenteiros nomeados não aceitam, ou se excusão, pertence aos herdeiros, como em falta de nomeação de testamenteiros, a execução do testamento. (43)

§ 141

O testador pôde nomear um ou mais testamenteiros, marcando a ordem successiva de sua chamada para o cargo.

(42) As viúvas, sustenta Pinheiro, passando ás segundas nupcias não perdem as testamentarias de que são testamentearas; nós, porém, julgamos que para continuarem a ser precisão de consentimento de seus maridos; o que é mais conforme as nossas leis civis, quanto ao poder marital. As mulheres podem exercer as testamentarias por não ser um officio publico.

(43) Liz Teixeira, vol. 2º, pag. 409, diz: que os herdeiros são os testamenteiros necessarios do testador, porque ent. o se presume que, não instituindo expressamente o testador a estranhos, tacitamente quiz instituir os herdeiros, a quem passão todos os incommodos e obrigações, bem como os commodos e bens; e só não querendo estes, deve o juiz nomear dativo (Mello Freire, liv. 3º, tit. 6º, vol. 3º, § 5º, pag. 93; Pinh. cit. secç. 1ª, § 5º; C. Telles, Dig. cit., art. 1824). Se as porções forem desiguaes nomeará o juiz o mais beneficiado herdeiro, e se forem iguaes, o que fôr nomeado pelos herdeiros, e não accordando elles nomeará o Juiz o mais idoneo (Cod. Civ. Port., art. 1839); e se a herança é dividida em legados, será nomeado o principal legatario. Só quando os herdeiros

§ 142

Compete ao Juiz da Provedoria nomear testamenteiros ou intimar os nomeados para que cumpram os testamentos e tomar contas, dando os recursos legaes, art. 124 § 4 n° II letra b. do Decreto estadual (S. Paulo) n. 123, de 10 de Novembro de 1892.

§ 143

Quando o testador, como é usual, não nomea em ordem successiva, de primeiro, segundo, terceiro, etc., deve-se considerar se a nomeação é uma testamentaria *in solidum* ou não. Se muitos testamenteiros são nomeados *in solidum* qualquer delles póde executar sem os outros o testamento. Se não são nomeados *in solidum* não póde um sem outros executar o testamento; salvo se a disposição é certa como de certo legado, porque então póde um sem outro dar o legado, ou se algum está ausente ou impedido, caso em que podem os outros sem o concurso executar o testamento, devendo prevalecer a vontade da maioria; e se estes são pares, e não impares devem os herdeiros decidir no caso de empate; e, não o querendo, decida o Juizo.

A declaração *in solidum* deve ser expressa, senão entende-se ser feita a testamentaria simplesmente para todos em *commum* executarem. (Pinh. de test. Disp. unica app. Sec. 3ª §§ 1º e 2º).

No caso de não querer algum ou alguns acceitar a testamentaria, os que ficarem podem exercer livremente para que não fique por cumprir a vontade do testador.

§ 144

Póde o testador nomear muitos testamenteiros, e separar as funções, caso em que cada um tem responsa-

são incapazes, ou não acceitação, é que o Juiz póde nomear para esse fim pessoa idónea que os substitua. (Mello Freire, liv. 3º, tit. 6º, § 15; Dec. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, § 3º; C. da Rocha, § 720; Pinh., App. ns. 47 e seguintes; Guerr., Trat. 1º, liv. 4º, cap. 6º, n. 76). T. de Freitas, *Test.*, nota 267 ao § 137 diz que está em uso a nomeação de testamenteiro dativo, que convem seja o herdeiro, como o mais interessado, podendo, porem ser outra pessoa.

bilidade limitada e separada. (C. da Rocha, § 720 in fine, Reynos, observ. 55 n. 25).

CAPITULO XI

CONTAS DOS TESTAMENTEIROS

§ 145

Compete ao Juizo Provedor tomar contas aos testamenteiros do que receberão e despendêrão dentro do prazo marcado no testamento; ou dentro de anno e mez, desde a morte do testador. (Ord., liv. 1º, tit. 50, tit. 62 princ. e §§ 1º, 2º, 8º, 19 e 23, L. de 3 de Novembro de 1622, 7 de Janeiro de 1750, 15 de Junho de 1775, 1º de Julho de 1768, Per. e Souza. Proc. Civil, nota 980, Dec. n. 834 de 2 de outubro de 1851, art. 34 e seguintes—lei 27 de Agosto de 1830, art. 1º e art. 124 § 4, II, let. b do decr. n. 123, de 10 de Novembro de 1892).

§ 146

O testamenteiro é obrigado a dar contas da receita e despeza ainda que o testador o desobrigasse, prohibindo que se as tomasse dando-o já por chão e abonado, sendo contraria a direito e portanto nulla a clausula de desobriga de contas. (Ord., liv. 1º, tit. 62 in princ.)

§ 147

Não é o testamenteiro, porém, obrigado a uma execução antecipada do testamento. (Pinh. de test. app. secç. 3ª, n. 167, Ord. cit., §§ 1º, 4º e 6º, Guerr. trat. 4º, liv. 1º, cap. 4º.)

§ 148

O testamenteiro não é obrigado a prestar contas fóra do lugar de seu domicilio. (Ord., liv. 1º, tit. 62, § 4º in fine. (44)

(44) A Ordenação diz:— o nossos Provedores não obriguem os testamenteiros a ir dar contas fóre *do lugar onde viverem* por a muita vexação, que nisso receberão nossos povos. Reynos. Observ. 55, add. n. 27, diz que o testamenteiro deve prestar contas no lu-

§ 149

Se o testador não marcou tempo para o cumprimento do testamento, é concedido ao testamenteiro um anno e mez contado da morte do testador. (Ord., liv. 1º, tit. 62, § 2º)

§ 150

Os pretores, no districto federal, processam e julgam as contas testamentarias de valor inferior a cinco contos e excedendo processam, julgando o Conselho do Tribunal Civil—art. 14, nº 6, § 6 e art. 33 § 2º do Decreto n. 1334, de 28 de Março de 1894.

§ 151

Se sobrevem litigio sobre a validade ou nullidade do testamento, o tempo se conta desde que findou o litigio por sentença passada em julgado.

gar do domicilio do testador, onde estão os bens, e onde morreo o mesmo. (Themud. Dec. 62, n. 9, Oliveira, de munere Provis., cap. 2º, n. 16, Guerr. trat. 4º, liv. 1º, cap. 4º, n. 34).

Se o testamenteiro acceitou em um lugar a testamentaria, outro que o de seu domicilio, poderá, embora vivendo em outro lugar, ser chamado por precatória a prestar contas no lugar da administração, e então o juiz deprecado deve remetter a elle obrigado ao juizo deprecante para prestar contas perante o juiz da administração, opinião esta de Guerr. e Gabriel, citada no Repert. das Ords. verb.—Testamenteiro, sustentando que o testamenteiro não é obrigado a presar contas no lugar em que ordenou o testador que devia ser enterrado, mas onde elle morou, e tinha os seus bens—*nam ubi quia administrationem gerit, ibi solummodo administrationis redere tenetur.*

Como a competencia especial deroga a geral: se os testamenteiros não forem domiciliados no mesmo lugar da aceitação das testamentarias no fóro destas podem ser obrigados a prestar contas, fóro de um quasi contracto.

(Ord. liv. 3, tit. 6 § 4, tit. 11 § 3, Mor. Carvalho, Praxe For. § 30, T. de Freitas, not 24 ao art. 1109 da Consolidação.)

PROPOSTA

— Antonia, viuva, moradora em Nova Friburgo, falleceu com o testamento que foi aberto pelo juiz da provedoria de Nova Friburgo e registrado.

O testamenteiro morador em Nova Friburgo acceitou a testamentaria perante o mesmo juiz, ficando até archivado o testamento.

Como, porém, o marido de Antonia tivesse fallecido em Itaguahy, onde elle era morador e onde se fez o inventario de seus bens, alli tambem o testamenteiro de Antonia foi fazer o inventario dos bens desta.

Pergunta-se:

§ 152

O Juiz não deverá conceder aos testamenteiros prorrogações do tempo assignado pelo testador ou legal, salvo precedendo justa causa. (Reg. do Desemb. do Paço, 16 de Setembro de 1586, § 117; Ord. liv. 1.^o, tit. 62, §§ 2.^o e 4.^o; Repert. verb. - Desembargador, pag. 42, vol. 2.^o.)

É justa causa:

O litigio sobre os bens da herança;

Impossibilidade de cumprimento por difficuldade de liquidação;

Impedimento que evidentemente tenha impossibilitado a execução do testamento, não provindo elle da culpa, móra ou negligencia dos testamenteiros. (Ord. cit., art. 34, § 1.^o, Regul. n. 834, de 2 de outubro de 1851).

Perante qual dos dous juizes deve o testamenteiro ser obrigado a prestar contas da testamentaria de Antonia?

No de Nova Friburgo, a cuja jurisdicção sujeitou-se aceitando a testamentaria, e por ser ahi domiciliado: — arg. da Ord. L. 1.^o T. 62 § 4.^o *in fine*; Consolid., 3.^a ed., nota ao art. 1109.

Rio, 27 de Fevereiro de 1890. — *Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.*

Subscrovo á douta opinião supra. Nova Friburgo, 8 de Março de 1890.—O advogado, *Candido da Silveira Rodrigues.*

Julgo liquido que é no juizo de Nova Friburgo que hão de ser prestadas as contas do testamento de Antonia, porque ahi até foi aceita a testamentaria—fôro do quasi contracto (Pr. Forense, § 38,) e tambem ahi reside o testamenteiro (Ord. Liv. 1.^o T. 62 § 4.^o, *in fine*, ex-arg.)

Rio, 26 de Fevereiro de 1890.—O advogado, *Aleixo Marinho de Figueiredo.*

Não ha a menor duvida que o testamenteiro a que se refere a proposta deve responder perante as justicas de Nova Friburgo, lugar que, alem de ser o do domicilio, é o da aceitação. Sim poder-se-hia duvidar á vista do disposto na Ord. L. 1.^o T. 62, § 4.^o; dado que o testamenteiro houvesse aceito a testamentaria em um lugar, e fosse domiciliado em outro. Ainda assim tem-se comtudo entendido que o fôro de aceitação prefere o de domicilio—considera-se ter havido um quasi—contracto.

Rio, 28 de Fevereiro de 1890.—*A. J. Rodrigues Torres Netto.*

A verificação do cumprimento das disposições testamentarias incumbe aos juizes provedores em cujos termos forão registrados e inscriptos os respectivos testamentos (Ord., L. 1.^o, T. 62, §§ 8.^o e seguintes), nada importando que se haja feito em outro termo o in-

§ 153

Não deve ser o testamenteiro constrangido a prestar contas antes do tempo marcado pelo testador, ou pela lei, salvo :

1.º Se requer antes a prestação ;

2.º Se torna-se suspeito, caso em que deve ser logo interinamente removido, e provada a culpa ser á final privado da testamentaria, e perder o premio, ou commodo deixado pelo testador. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 12, 14 e 19).

§ 154

Declarando os testadores que no caso de não se poder cumprir suas disposições em o primeiro anno, sejam cumpridas no segundo, ou terceiro, os testamenteiros não gozarão dessa faculdade, senão mostrando que no primeiro anno empregarão toda a diligencia. (Ord., cit., § 1º).

§ 155

São sómente sujeitos a contas até passarem vinte e cinco annos, quanto a bens de raiz e seus rendimentos ; e quanto a dinheiro e bens moveis, até quinze annos. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 8 e 22; Regul. n. 834, cit. art. 42; T. de Freitas, Consolid., art. 1119, nota 1ª).

ventario do testador, cujo espolio póde ser arrecadado, liquidado ou partilhado perante quaesquer outros juizes, conforme a sua competencia. (Cit. Ord., § 19).

O facto de ter-se procedido ao inventario do espolio da testadora em juizo diferente, *ex-vi* de uma lei de excepção, não faz prorogar a jurisdicção desse juizo para conhecer do cumprimento de um testamento já sujeito á competencia de outro juizo, de attribuição privativa e jurisdicção privilegiada.

Basta attender-se que poderia ter sido feito o inventario perante o juizo de orphãos, para convencer que não póde ser o testamenteiro desaforado da jurisdicção do seu juizo para ficar sujeito a outro de manifesta incompetencia, por sua jurisdicção improrogavel.

Assim pois, respondo que o testamenteiro de Antonia deve prestar suas contas no juizo de Nova Friburgo, onde residia a testadora e onde se acha registrado e inscripto o testamento. *Sub censura*. Rio de Janeiro, 24 de Fevereiro de 1890.—*Olympio Marques*.

Concordo. Rio, 24 de Fevereiro de 1890.—*Theodoro M. F. Pereira da Silva*.

§ 156

São os testamenteiros, porém, responsáveis até quarenta annos contados do dia da morte do testador pelos bens de raiz achados em seu poder, e adquiridos em contravenção á Ord., liv. 1.^o, tit. 62, §§ 22 e 7.^o.

As compras de taes bens, mesmo em praças publicas, são nullas, e estão sujeitos a sequestro decretado pelos Juizes Provedores e de Direito em correição.

Não sendo as compras e aquisições nullas *ipso jure*, devem ser annulladas por acção competente que por praxe se propõe no juizo commum, podendo-se sequestrar no Juizo da Provedoria.

Quando os bens são achados em poder dos testamenteiros sem terem dado o destino determinado pelo testador, deverão ser logo sequestrados, tirados do poder dos testamenteiros, que serão constrangidos a os entregar para se venderem em praça, e seu producto ser applicado ao ao residuo, entregando-se á Fazenda Nacional. (Ord., liv. 1.^o, tit. 62, § 22; art. 35, § 1.^o do Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851). (45)

Quando os bens são reivindicados do poder dos testamenteiros, ou se indevidamente os adquirirão, neste

Concordo, porque as contas da execução do testamento devem ser prestadas no juizo do domicilio do testador. (Peg. For. 3, n. 724. Barb. de Test., Episc. Alleg. 82, n. 13)

Rio, 1.^o de Março de 1890.—*M. A. Duarte de Azevedo.*

Concordo. Rio, 3 de Março de 1890. — *Paulino José Soares de Souza Junior.*

Concordo com o parecer do Dr. Olympio Marques. Rio de Janeiro, 8 de Março de 1890.—*Alfredo Chaves.*

(45) Neste caso não é necessario acção alguma, visto que taes bens não sahiram do dominio do testador para o do testamenteiro, mero administrador e depositario, e portanto sujeito até á prisão, salvo se os ditos bens lhe forem deixados expressamente pelos testadores, ou os houverão por qualquer justo titulo. (Ord. cit.)

Que o testamenteiro é administrador e ao mesmo tempo depositario dos bens confiados a sua guarda, diz Candido Mendes, Cod. Philip. vol. I, pag. 14, nota 1.^a á Ord., liv. I, tit. 62, § 4, citando a Resolução de 21 de Maio de 1821 e Avs. de 19 de Setembro de 1831 e outros.

caso, além de restituirem as cousas adquiridas, serão condemnados a perder o dobro da valia das ditas cousas pertencentes á fazenda dos testadores para o residuo, a bem da Fazenda Nacional (Ord. cit., § 7º; art. 35, § 1º do Decr. cit.), salvo mostrando-se que o defunto lh'as deixou por doação em seu testamento, ou que era seu herdeiro, e como tal as houve de que logo fará certo.

§ 157

E' nulla a cessão de bens da testamentaria aos testamenteiros pouco importando que se denomine composição.

(Accordam do Sup. Trib. de Justiça, de 8 de Março de 1880, rev. civil n. 9.550, Direito vol. do mesmo anno, pag. 284—vol. X, nº 2, pag. 326 e vol. XI, pag. 563).

§ 158

A separação de bens em partilha para pagamento de dividas da herança não tornam os testamenteiros e inventariantes senhores dos bens separados (Accord. do Trib. de Justiça de 8 de Fevereiro de 1882—Rel. do Ministro da Justiça, 1883, pag. 5º).

§ 159

A obrigação de contas se limita :

1º *In rebus minimis*, isto é, a respeito de pequenas despesas de que não se costuma passar recibos, sómente até á quantia de quinze mil réis, não excedendo cada addição mil oitocentos e setenta e cinco réis (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1844), sendo acreditados sob juramento ou justificação testemunal. (Ord., liv. 1, tit. 62 § 21. (46)

2º Quando em cartas reservadas secretas se fazem disposições que não querem que se saiba, caso em que

(46) A Ord. falla em duas onças de prata, que valião então 650 rs., e assim se deve áccrescentar o valor, attendendo á actualidade. Souza Bandeira, Man. do Proc. dos Feitos, diz que as verbas de despesas, não excedentes de 25\$, não precisam ser justificadas com recibos (nóta 370).

são admittidos simplesmente a jurar sobre o cumprimento das disposições que lhe forão commettidas em segredo, afim de se pagar o competente imposto quando fôr devido. (Resolução de 26 de Julho de 1813; T. de Freitas, Consolid., art. 1083, not 3., e art 1115; Ord. de 27 de Setembro de 1859, arts. 10 do Dec. n. 5581 de 1874 e 39 do Decr. do Estado, n. 355, de 1896). (47)

§ 160

Os testamenteiros devem mostrar em acto de contas a satisfação de todas as verbas do testamento com recibos, quitações, certidões e documentos justificativos das despezas que tiverem feito em fiel execução do testamento, reconhecidos os recibos pelo Escrivão da Provedoria. (Menezes, J. Divis., cap. 11, §§ 7º e 8º, Decr. n. 1569, de 3 de Março de 1855, art. 130; art. 142 § 1º do Regul. n. 5737, de 2 de Setembro de 1874; Decr. n. 2162 de 9 de Nov. de 1895, tabella IV, n.º 48 e art. 112 § 3º do Decreto Estadual n.º 178 de 6 de Junho de 1893). (48)

(47) Taes cartas devem ser appensas ao testamento que dellas deve fazer menção, pois quando forem avulsas, e sém menção, não têm validade, e nem quando são deixadas a quem não for testamenteiro.

(48) As Ords., liv. 1º, tits. 62, § 20. e 78. § 9º. determinaram que as despezas das testamentarias fossem feitas perante os Tabelliães de Notas, ou perante pessoa que o testador ordenasse em testamento que as escrevesse, e sòmente essas despezas, assim feitas, erão levadas em conta, e não outras, ainda que se documentassem com recibos particulares. (C. Telles, Man. dos Tabelliães, nota 1ª, § 213.) No Repert. das Ords., pag 409, se declara que não se observa esta Ord., e o senador Oliveira ahi citado diz: — *porque tanto que conste da verdade da despeza por escriptos ou conhecimentos de pessoas que receberão se levão em conta pelos Provedores.*—C. Telles cit. censura ter cahido em relaxação t o garantidora disposição. A pratica dos recibos em avulso continúa contra a expressa prohibição da Ord. e do Alvarã de 2 de Outubro de 1811 § 1º que terminantemente declarão não serem admissiveis na Provedoria recibos particulares, declarando que para prova dos pagamentos dos legados se deve juntar quitações passadas em o juizo respectivo do inventario, não sendo valiosos os recibos particulares dos legatarios, e nem pelos recibos lavar-se quitação, e para ser vãlida a quitação deve se mostrar ter pago o imposto de legados.

§ 161

Na prestação de contas devem ser glosadas :

1º As despesas não documentadas ;

2º As illegalmente feitas ;

3º As não conformes ao testamento, não ordenadas pelo testador ou alem do ordenado por elle ;

4º As que forem feitas pelos testamenteiros, depois de citados para prestação de contas, pois depois da citação, não poderão fazer mais despesas, sob as penas de glosa, remoção e perda de premio.

Os testamenteiros reporão, o que assim tiverem mal despendido e as reposições e indemnisações, a que são obrigados, constituirão residuo para ser applicado a bem do cumprimento dos testamentos e deverá ser entregue o que mal despendirão ao testamenteiro que o Juiz nomear. (Ord. liv. 1 tit. 62 §§ 12, 14 e 23 e Decr. n.º 834 de 2 de Outubro de 1851, arts. 32 § 7, 34 § 5º e 35 § 1º.) A perda do premio é applicada ao residuo, a bem da Fazenda Nacional.

§ 162

Não passa aos herdeiros a testamentaria, porque é um encargo pessoal, mas passa para elles a obrigação de prestação de contas, com responsabilidade da administração dentro das forças da herança. (Pothier, vol. 8, cap. 5º n.º 233, e vol. 1, pag. 210, n.º 21.) (49)

§ 163

Não póde a testamentaria, munus pessoal e personalissimo, ser exercida por procurador, que não tem em seu favor a confiança do testador (Accordãos do Relação do Rio, de 15 de Junho de 1852, 17 de Dezembro de 1850, *Gaz dos Tribunaes*, n. 130; *Nova Gaz.* n. 153 e *Guerr. trat.* 1, liv. 4º, cap. 6º, n. 139). (50)

(49) Assim como aos herdeiros do tutor passa a obrigação de contas (Sent. na Rev. n.º 6622 de 4 de Outubro de 1865, recorrente D. Marianna Candida de Barros Cavalcanti.)

(50) «Baseando se a escolha para o cargo do testamenteiro na confiança, amizade e conceito que o testamenteiro merece ao testador, ao qual compete graduar os testamenteiros, e marcar-lhes a

§ 164

Na Provedoria de Resíduos devem dar contas o Procurador da Republica e Procuradores Seccionaes que accoitarão as testamentarias de individuos que deixarem seus bens á Nação. (Avs. de 10 de Junho e 14 de Agosto de 1850).

§ 165

A jurisdicção para fazer cumprir e tomar contas dos testamentos deixou de ser de fóro mixto; é inteiramente secular. (Lei de 27 de Agosto de 1830).

§ 166

Não podem tomar contas aos testamenteiros as Camaras Municipaes ainda que o testador lhes dê essa faculdade contraria á lei, que não deve ser observada, contrariando a jurisdicção do Juiz da Provedoria. (Provisão de 1 de Setembro de 1817, Coll. Nabuco).

§ 167

Se o testador ordenou que por bem de sua alma se fação algumas obras meritorias, como se dêsse esmolas a determinadas pessoas, ou se casassem tantas orphãs, ou se dêsse esmola a tantos pobres; ou para alguma obra certa e designada, como Capella, o Juiz da Provedoria achando estas cousas por cumprir, ou no caso de ser e dever ser removido o testamenteiro, ordenará que deposite o dinheiro sufficiente, e encarregará o cumprimento daquellas obras pias a pessoa idonea, assignando tempo para cumprir. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 15 e 16; art. 36 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851; C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1845).

§ 168

Mas, se o testador deixou esmolas de missas e officios; ou deixou em peito do testamenteiro o despender certa

ordem da substituição, faculdade esta que na falta total dos nomeados compete ao Juiz (Dec. n. 834, art. 34, § 3º), devendo preferir os herdeiros, não pôde ser exercida a testamentaria por procurador por mais amplas e especiaes que sejam as procações, por ser *munus* personalissimo e intransmissivel.» (Cod. Civil Francez, arts. 1029 e 1030).

quantia em obras meritorias e objectos pios, não sendo para pessoas designadas, ainda que o nome não seja declarado, e o Juiz Provedor achar por cumprir taes legados pios, applicará tudo em beneficio dos hospitaes do districto ou á administração dos expostos, onde não houver hospitaes. (Ord., liv. 1º, tit. 62; Lei de 6 de Novembro de 1827 e Reg. de 9 Maio de 1842, art. 3º; Leis de 15 de Março de 1614, 5 de Setembro de 1786 e 3 de Novembro de 1803, arts. 34, § 4º, 36 e 40 do Dec. n. 834 de 2 de Outubro de 1851.)

§ 169

Nos lugares, onde não houver hospitaes de misericórdia, devem ser entregues taes legados ás Camaras Municipaes, ás quaes incumbe a criação dos expostos á custa de suas rendas nos lugares onde não haja rodas de engeitados. (Ord., liv. 1º, tit. 88, § 11; arts. 69 e 70 da Lei de 1º de Outubro de 1828). (51)

§ 170

O processo de contas é um processo verbal e summarissimo, que não admite figura de juizo (Menezes, Juizos Divisorios, cap. 11, §§ 10 e 11, *in fine*; Guerr., trat. 4º, liv. 8º, cap. 1º, n. 60; C. Telles, Doutr. das Acções, § 274); e são tomadas sob pena de remoção ou demissão, sequestro, revelia, perda do premio. (52)

(51) Em contrario decidem os Avisos n. 95 de 19 de Setembro de 1846 e 31 de Janeiro de 1872 no *Diario Official* de 6 de Fevereiro do mesmo anno, mandando pôr os legados pios não cumpridos, nos lugares onde não haja hospitaes e casas de expostos, em deposito no cofre publico. Julgamos que determinando o art. 34, § 4º do Dec., que nos lugares onde não houver hospitaes sejam entregues á administração dos expostos, e estando os expostos, nos lugares onde não ha taes estabelecimentos, sob protecção das rendas do Concelho, a quem incumbe sua criação, devem taes legados não cumpridos ser julgados devolutos e applicados aos cofres da Municipalidade.

Na actual lei municipal do Estado não vemos essa obrigação de criação de expostos imposta ás Camaras Municipaes.

(52) Pode ser o processo, de sua natureza summarissimo, iniciado por mandado ex-officio, a requerimento do testamenteiro ou do Promotor de Residuos, que deve ser diligente em chamar a contas os

§ 171

Devem os juizes de direito em correição rever as contas dos testamenteiros, emendando, reformando as nullidades, erros e irregularidades que nellas achem ; bem como tomar as contas nã tomadas pelos juizes provedores. (Arts. 34 §§ 1º e 2º e 35 § 5 do Dec. nº 834, de 2 de Outubro de 1851; Ord. liv. 1 tit. 62 § 29 e tit. 88 §§ 40 e 42; art. 119 da Lei de 3 de Dezembro de 1841; arts. 3 e 36 do Dec. nº 143, de 15 de Março de 1842.)

testamenteiros, para o que deve munir-se de uma relação extrahida do registro, igual a de que reza o art. 30 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, e que deve ser apresentada pelo Escrivão da Provedoria ao Juiz de Direito em correição.

Podem tambem os herdeiros e legatarios requerer a notificação do testamenteiro para contas, e mesmo os credores da herança. Deverá juntar-se em comêço dos autos como base o traslado do testamento, que deve conter todas as formalidades de abertura, juramento do testamenteiro, registro e inscripção ; e requerendo o testamenteiro deve este juntar á sua petição os recibos reconhecidos pelo Escrivão da Provedoria, quitação dos legados, certidões de inventario e mais documentos comprobatorios das despezas. O Juiz despachará mandando autuar e dar vista ao Promotor de Residuos.

Este em sua promoção deverá exigir o reconhecimento dos recibos, que seião sellados, a juntada do testamento por traslado, se não se tiver junto, e a citação do testamenteiro, herdeiros (Menezes, J. Divisorios, cap. 11, §§ 5 e 7 o que não está em uso), e dos representantes, tanto da Fazenda Federal como dos Estados, Collectores ou seus Agentes, para em dia, hora e lugar em que o Juiz designar se tomar contas, sob pena de revelia, e mais impostas por lei, protestando por nova vista para dizer o que fôr a bem da justiça. Designado o dia para contas, accusada a citação, o juiz tomará as contas presente o testamenteiro ou a sua revelia, lavrado o auto de contas ; e finda a tomada, conclusos os autos ao juiz, dará a vista ao testamenteiro, ao Promotor de Residuos. O Promotor de Residuos examinará o testamento, fazendo uma relação de todas as verbas, encargos e disposições pias, legados e dividas passivas, na maneira exposta por Menezes cit., cap. 11, § 8, pag. 265, e outra de abonos, descargas e descontos que constarem de recibos juntos aos autos, e conclusos estes com as respostas das partes, o juiz deferirá o que fôr requerido, e verificará se forao pagos os impostos devidos, como o imposto de transmissão de herança e legados

O Procurador da Republica, seos adjuntos e auxiliares officiam nos autos de contas das testamentarias pelo interesse do residuo devido á União—art. 32 nº 11 da Lei nº 221 de 20 de Novembro de 1894. No districto federal intervêm os membros do ministerio publico em geral; no Estado de S. Paulo podem ser ouvidos os

promotores publicos, mas a audiencia d'elles não é obrigatoria e por parte da Fazenda intervêm os procuradores fiscaes, e em segunda instancia o Procurador Geral do Estado.

Estes representantes da fazenda nacional e dos Estados verificarão : 1º, se o testamento foi registrado, (Ord., liv. 1º, tit. 62, § 8; L. de 7 de Janeiro de 1692, § 11; arts. 41 e 34 § 2, Dec. cit. n. 834), e se foi inscripto na recebedoria ou repartição fiscal, sem o que não se pôde julgar cumprido ; se está pago o imposto de herança e legados, sem o que não se recebem as quitações (Alv. de 2 de Setembro de 1811, § 1. e 2º), se ha residuo a bem do cumprimento do testamento e a bem da Fazenda Nacional, sendo os casos expressos no art. 35 do Dec. n. 834 cit. renda geral (Avis. n. 128 de 17 de Maio de 1852) promovendo a sua arrecadação e entrada nos cofres publicos, como dispõe o Av. n. 49 de 11 de Fevereiro de 1853. (Perd. Malh., Man. Procurador dos Feitos, nota 833); 3º se ha bens vagos ou de ausentes para se fazer arrecadar, e tudo quanto convier á Fazenda. Conclusos os autos, o juiz sentenciará as contas, levando em conta tudo quanto o testamenteiro bem despendeu, e achando que não foi bem despezo julgará para o residuo. Assim deverá glosar as despezas illegaes, não conformes com o testamento, não provadas e feitas depois da citação como não feitas, mandando entrar com os dinheiros despendidos, e com o alcance para o residuo, afim de ter applicação legal, demittindo-o e ordenando o sequestro como fór de justiça, e a perda de premio ou vintena, que é applicada a bem da Fazenda Nacional, fazendo arrecadar em livro proprio (§ 3º, art. 35 Dec. n. 834), cobrando-se recibo, que se juntará aos autos; e mandará applicar os legados pios como dispõe a lei. Se, citado o testamenteiro para contas, no prazo assignado não comparece, é lançado, e requer o Promotor de Residuos que o juiz, conclusos os autos, julgue por sentença o lançamento e a comminação das penas de remoção, sequestro, revelia e custas. Julgado o lançamento e comminação, intima-se a sentença e publica-se. Extrahida de novo, se requer a notificação pela sentença, e assigna-se o prazo de uma audiencia, findo o qual accusa-se a citação de novo, e se requer sob prégão seja lançado, e se tome conta á revelia, e o juiz, assim a toma, e ordena o sequestro em os bens do testamenteiro alcançado quantos bastem para o cumprimento do que deixar de cumprir.

Depois da sentença, é então que se pôde saber o *quantum* do alcance, para se proceder executivamente, não podendo soffrer mais rigor que os exactores da fazenda publica, que só depois de liquidados seus debitos com a contra corrente devidamente liquidada, expede-se então o mandado de sequestro. Feito o sequestro, é intimado o testamenteiro para dentro de dez dias allegar os embargos que tiver em sua defesa, sob pena de lançamento e julgar-se por sentença o sequestro, e julgado este, lançado o testamenteiro, é de novo intimado para pagar dentro de vinte e quatro horas, substituindo-se o sequestro por penhora, e procedendo-se aos ultiores termos da execução como no executivo por penhora. (Man. do Procurad. dos Feitos, §§ 146 a 155). Notificado o testamenteiro, pôde este

§ 172

Pelo alcance procede-se executivamente contra o testamenteiro e pode ser preso. (C. Telles, Doutrina das Acções, § 274; Paiva e Pona, cap. 14, n.º 27.) (53)

embargar a notificação allegando que fóra de seu domicilio não pôde ser obrigado a contas—que não é passado o prazo assignado pelo testador para prestação de contas ou marcado pela lei—que pende litigio sobre os bens da herança, e que ainda não foi julgado—que não é testamenteiro porque não acceitou ou foi por escusa exonerado, tendo prestado contas do tempo de sua administração—que as contas já forão tomadas e julgadas boas por sentença—que correu o prazo da prescripção, a qual não foi interrompida por citação accusada em audiência, e tomando o juiz conhecimento dos embargos como contestação summariamente, depois de prova dada, e corridos os termos da acção, julga-os procedentes ou não, no primeiro caso absolvendo o testamenteiro da tomada de contas, no segundo obrigando-o a presta-las, podendo a parte appellar, com effeito devolutivo, da sentença (C. Telles, Doutr. das Acç., § 274, nota 599), visto que não se trata do despacho interlocutorio que em começo obriga a contas, caso em que não ha o recurso de appellação (Guerr., trat. 4.º, cap. 3.º), porque semelhante despacho não finda o negocio principal, mas principia. Que a appellação deve ser recebida em ambos os effeitos, no caso do juiz julgar a parte obrigada a contas opina Guerr., arts. ns. 11 e 12. Escriptores ha que opinão, e assim Menezes, por nós citado, que a citação para contas não precisa ser accusada em audiência, e nem se assignão dias para comparecimento em juizo. Quando o testamenteiro mostra cumprido o testamento, o juiz assim por sentença julga, e manda passar-lhe quitação, cuja formula se vê em Menezes, cap. 11 ns. 10 e 11 *in fine*. As custas são pagas pelos testamenteiros, pelos bens do testador, costumando o juiz do inventario, e onde se vê junto o testamento por copia, assignar-lhes uma quantia para prestação de contas em acto de partilha; no caso de culpa ou dolo devem pagar as custas como pena imposta á sua má administração.

Os testamentos, registrados no cartorio da Provedoria, devem dentro de trinta dias ser remettidos na capital á Repartição do Contencioso e nas outras comarcas ás repartições fiscaes para a inscripção no livro competente, lançadas nelles as verbas de apresentação e inscripção. (Arts. 56 e 58 do Decr. estadual n. 355 de 14 de Abril de 1896 e 23 n. 3 do Decr. est. n. 336 de 15 de Fevereiro do mesmo anno, que reorganizou o Thesouro do Estado e creou os cargos de Sub-director do Contencioso e primeiro procurador fiscal e segundo procurador fiscal que officiam em todas as causas em que for a Fazenda do Estado interessada, no juizo de primeira instancia.)

(53) Considerando-se como um depositario, equiparando-se ao tutor, (Ord., liv. 4.º, tits. 49 § 1.º e 102, § 9.º, art. 32, § 7.º do Decr.

§ 173

Não serão julgadas as contas cumpridas não constando nos autos a certidão da inscripção da hypotheca legal que cabe á mulher casada sobre os immoveis do marido para segurança de bens adquiridos com a clausula de não communhão. (Art. 179 do Decreto de 2 de Maio de 1890, n.º 370).

§ 174

Não serão julgadas as contas não constando dos autos a certidão da hypotheca legal dos menores e interdictos. (Art. 193 do cit. Decreto n.º 370 de 1890.)

§ 175

Não serão julgadas as contas sem que se mostrem pagos os impostos fiscaes devidos á fazenda publica nacional e estadual. (Alvará de 2 de Outubro de 1811; Man. do Proc. dos Feitos, § 464 n.º 6; art. 40 do Decreto n.º 834 de 2 Outubro de 1851; Avisos n.º 154 e n.º 470 de 9 de Outubro de 1863, n.º 138 de 4 de Abril de 1867; art. 49 § 1 do cit. Decreto n.º 834.)

Devem ser intimados os testamenteiros para o pagamento d'elles, sob pena de remoção e sequestro. (Av. de 4 de Abril de 1867).

n. 834 de 2 de Outubro de 1851) devendo ser intimado para entrar com o alcance, sob pena de prisão, dentro de nove dias, ordenando o juiz que se remetta ao Promotor Publico os documentos necessarios para vir com a sua denuncia, caso se prove dissipação e extravio criminoso dos bens administrados, devendo o testamenteiro pagar os juro legaes pela móra em entrar com o alcance. (Decr. cit., § 8.º.) Por causa de contas *ab initio* n.º o póde ser preso o administrador de bens alheios, porquanto só se deve ordenar a prisão pelo alcance liquido verificado por sentença. (Guerr., Tomo 3.º, trat. 4.º, liv. 1.º, cap. 8.º, n. 43).

Alguns sustentam que o testamenteiro não pode ser preso visto que a Ord. liv. 1 tit. 62 §§ 63 e 66 não commina pena de prisão aos administradores considerados suspeitos, e negligentes ou prevaricadores, mas sim manda que sejam removidos, fazer execução em seus bens pelo alcance e desaprovar as contas, não impondo a pena de prisão o Decreto n.º 834 de 2 de Outubro de 1851 nos seus arts. 45 § 1 e 46 § 5.º. Doutrina esta que parece confirmada pelo Accordam da Relação do Rio, de 29 de Novembro de 1872 e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1873—

§ 176

Nos processos de contas de testamentos devem ser ouvidos os Promotores de Resíduos, no Estado de S. Paulo—Ord. liv. 1 tit. 50, princ. e § 12 e tit. 64—Lei n.º 18 de 1891, arts. 71 § 5 e 75; Dec. n.º 123, de 10 de Novembro de 1892, arts. 135 § 5º e 139 § 2º.

Pódem ser ouvidos os Promotores Públicos, mas a audiência delles não é obrigatoria—art. 1º § 12 da Lei n.º 80 de 25 de Agosto de 1892.

§ 177

Nenhuma lei patria ha que véde tomar-se contas da testamentaria por procurador, quando munido de poderes especiaes; accresce que a pratica do fôro apoia a prestação por procurador, bem como se tem admittido aceitar a testamentaria por procuração.

(Accordão da Relação da Bahia, de 15 de Janeiro de 1853—Mafra, Jurispr. *verb.*—*testamenteiro*. Vide § 163 e nota 50).

CAPITULO XII

DEVERES DOS TESTAMENTEIROS

§ 178

Os deveres e attribuições dos testamenteiros se contêm no testamento, dentro de seus limites e os da lei. (Cod. Civil Port., art. 1894), e consistem:

na revista n.º 2123 confirmando a sentença do Juiz de Direito da Bagagem que condemnou por abuso de poder o juiz municipal supplente do termo do Patrocínio pelo facto de ter mandado prender um testamenteiro que não entrou com o alcance. (Direito, vol. 1, pag. 45). Pelo alcance de contas e restituição em virtude dellas toda a administração está sujeita á prisão (Art. 126 *in fine*, Cod. Civil Fr.) A legislação portugueza—art. 1909—dispõe que o testamenteiro que se houver com dolo ou má fé no cumprimento de seo encargo, será responsavel por perdas e damnos e poderá ser judicialmente removido a requerimento dos interessados. Vide Direito—vol. II, pag. 180—Accordão da Relação do Rio, de 25 de Novembro de 1873—aggravo n.º 3587.

Testamenteiro é administrador e ao mesmo tempo depositario dos bens confiados á sua guarda, diz Candido Mendes, Cod. Philip. pag. 118, nota I á Ord. liv. I, tit. 62º § 4º, citando a Resol. de 21 de Maio de 1821 e Avisos de 19 de Setembro de 1831 e outros. Vide art. 331 § 2.º do Cod. Penal.

1.º Em apresentar ao Juizo da Provedoria o testamento cerrado do testador, que está em seu poder, para ser aberto, registrado, inscripto e archivado em cartorio;

2.º Prestar juramento ou compromisso de aceitar a testamentaria e de bem e fielmente cumprir e executar o testamento;

3.º Cuidar no enterro e funeral do defunto, fazendo as despesas necessarias, que lhes serão abonadas, bem como as mais de bem da alma, conforme o ordenado no testamento, ou conforme o costume da terra; (54)

(54) Coelho da Rocha, § 720; Corrêa Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1826. São despesas do funeral aquellas que se fazem antes de sepultado o corpo. (LL. 12, § 4º, e 13 de relig. et sumpt. funer.; Gama, Dec. n. 308; Guerr., trat. 2º, liv. 6º, cap. 6º, n. 68), e consistem: no toque dos sinos, caixão, armação, carro funebre, com o medico e botica na ultima enfermidade, habito e mortalha, cova, esportula de sepultura, acompanhamento de frades e clerigos, encommendação, officio de corpo presente, cêra, musica, e outras semelhantes e usuaes. Não se comprehendem nestas as despesas feitas na construcção do tumulo quando elle é de alguma importancia, e diverso daquelles de que se usa no paiz (Dig. cit., liv. 37, § 1º); nem aquellas que se fazem com a translação do cadaver ainda que o defunto a determinasse, nem finalmente as de mera pompa ou apparatus, como geralmente acontece. (Per. de Carv., cap. 2º, § 80, nota 143). Despezas do bem d'alma são aquellas que, depois de sepultado o corpo, se fazem nos suffragios, pertencendo a esta classe todas as despesas feitas com esmolos de missas, officios, e mais que fazem a bem d'alma, ou sejam feitas segundo o uso da respectiva Igreja, ou segundo a disposição do defunto. (Vall. de Partit., cap. 19, n. 48). As despesas do funeral devem ser pagas pelos bens do monte, considerando-se como divida passiva do inventario, e divida legal com preferencia a qualquer outra. (Prov. de 20 de Maio de 1729 *Nova Gaz. dos Trib.* n. 203; Per. de Carv., Proc. Orph., §§ 79 e 82). As despesas de bem d'alma são pagas pela meação do defunto (Per. de Carv., § 81; Lobão, Obrig. recip., § 47), não podendo exceder o terço da terça (Alv. de 20 de Maio de 1796) quando ha herdeiros necessarios; não os havendo podem exceder á terça (Per. de Carv., 2ª part. nota 21, pag. 31), porque no primeiro caso não pôde o testador offender as legitimas. Se o individuo morreu *ab intestato*, só pôde despender-se no funeral até a quantia de 100\$000 se tanto couber no terço da terça, e nunca além. (Prov. de 20 de Maio de 1729). As despesas de luto (vestes lugubres) da viuva, e filhos e dos criados, devem sahir da terça do defunto, e não do acervo, do qual só as despesas feitas antes do corpo ser sepultado se devem deduzir. (Gama, Dec. n. 308, ns. 3 e 5; Vall., cap. 19,

4.º Pagar os legados, as dividas passivas e cumprir os mais encargos da herança, quando testamenteiros universaes ;

5.º Compete-lhes mais, como testamenteiros universaes, requerer inventario. (Coelho do Rocha, § 722; Corrêa Telles. Dig. Port., vol. 3º, art. 1838; Guerr., trat. 1º, liv. 4º, cap. 6º, ns. 1 a 6);

ns. 52 e 53; Menezes, Juizos Divisorios, cap. 6º, pag. 183, nota 1.^a) Se o testador não deixou testamenteiro, incumbe aos herdeiros instituidos, e *ab intestato* cuidar do funeral (Lobão. Obrig. recip., § 474, lei. 12, § 4º, L. 14, ult., Dig. de relig. et sumpt. fun.), e são obrigados pro rata do que herdão, e, deduzida a despeza do cumulo da herança, cada um na partilha lá vai ficar com menos proporcionalmente. Qualquer herdeiro pôde fazer a sua custa as despezas do funeral, e o direito lhe assiste com a acção *negotiorum gestorum* para repetir dos mais as suas ratas, e sendo estranho, como se o testamenteiro as fizesse, desembolsando do seu, pôde repetir o solido e total, comtanto que sejam taes despezas modicas, justas e documentadas. (Lobão cit., § 282 e seguintes; Mello Freire, liv. 3º, tit. 1º, § 7º.) São os herdeiros tambem responsaveis pro rata quanto ao pagamento das despezas do bem de alma, (Per. de Carv., § 84 nota 151), e deduzidas da meação do defunto, isto é, da sua terça sem exceder o terço, lá vão na partilha receber menos proporcionalmente. Ainda que o testador não disponha sobre o bem de alma, o Parocho pôde fazer-lhe o do uso da igreja, e haver dos herdeiros a sua importancia pelos meios legaes por acção ordinaria, quando no inventario não se separarem bens para seu pagamento. (Per. de Carv., § 83, notas 149 e 150). As despezas do funeral são privilegiadas, preferem a quaesquer outras dividas, feitas sem luxo, e com relação á qualidade, condição e patrimonio do defunto, e as que derão lugar á doença de que falleceu, (Vall. de partit., cap. 19, n. 39; Cod. Comm., art. 876, § 1º; Cod. Comm. Port., arts. 1239 e 1240), privilegio este que sómente se pode referir aos móveis, aos immóveis não hypothecados, e ao preço destes depois de pagas as dividas hypothecarias. As despezas de bem de alma não são privilegiadas (Per. de Carv., § 82, nota 148), e constituem credito chirographario. Quando o defunto não testou, é bom que o Juiz no inventario arbitre a somma de bens que se deve separar para os suffragios, attendendo ao costume da terra e qualidade da herança. (Alv. de 13 de Fevereiro de 1710; Lobão, Obrig. reciprocas, pag. 282. Vide Ramalho, Institut. Orph. §§ 118 e 119).

O art. 67 *letra b* da actual lei de fallencias nº 917 de 24 de Outubro de 1890 diz: são credores da massa e são pagos com preferencia a quaesquer outros os credores de despezas com molestia e funeraes do fallido, *depois de declarada a fallencia*.

6.º Compete-lhes, como testamenteiros particulares, promover que os herdeiros paguem os legados e dividas passivas; (55)

7.º Sustentar a validade do testamento. (Gouvêa Pinto, *Trat. dos Test.*, cap. 34. vol. 1.º, pag. 180, nota 1.ª; Liz Teix., vol. 2.º, tit. 5.º, § 15, pag. 407; *Ord.*, liv. 1.º, tit. 62, §§ 2.º e 17; *Decr.* n. 854 de 2 de Outubro de 1851, art. 34, § 1.º; *Cod. Civil Fr.*, art. 1031; *Cod. Civil Port.*, art. 1899, § 3.º e *Cod. Civil Italiano*—art. 908; (56)

8.º Requerer em Juizo que os herdeiros lhes dêem o dinheiro necessario para cumprimento das disposições testamentarias. (Corrêa Telles, *Dig. Port.*, vol. 3.º arts. 1834 e 1835; *Guerr.*, trat. 1.º, liv. 4.º, cap. 6.º, n. 11; Coelho da Rocha, § 721; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º, tit. 6.º, § 15). (57)

(55) Quando testamenteiro universal pôde implorar o officio do Juiz para que se lhe faça entrega dos bens para pagar os legados, inventaria-los e pagar aos credores da herança; quando particular compete aos herdeiros o pagamento dos legados, e sómente aos testamenteiros promover que elles paguem, podendo obrigar os herdeiros que ministrem meios de executar o testamento (*Guerr.* trat. 1.º liv. 4.º cap. 6.º ns. 132, 133 e 134; *Pinh.*, de test. app., secc. unic., § 4.º) podendo só o testamenteiro pagar as dividas confessadas em testamento, e não poderá pagar os outros debitos e legados sem consentimento dos herdeiros. Testamenteiro universal se diz aquelle a quem é encarregada a administração da herança, ou parte della, directa ou indirectamente, como mandando-lhe o testador entregar aos herdeiros o remanescente dos legados. (C. 3, a Rocha, § 722).

(56) Julgamos que se deve distinguir ser ou não o testamenteiro particular ou universal, neste caso, estando *in loco heredis* com a posse da herança, competindo-lhe, como cabeça de casal, a que é equiparado, todas as acções activas e passivas, compete-lhe, tambem sustentar a validade do testamento, podendo os legatarios assistir-lhe no feito. Naquelle caso, em que a herança tem cabeça de casal ou herdeiros instituidos ou *ab intestato*, de posse dos bens, devem ser com elle conjunctamente citados, porque então a todos toca principalmente a defesa do pleito.

Os *Codigos Fr. e Italiano* dizem que os testamenteiros, no caso de controversia, litigio, *podem* intervir em juiz para sustentar a validade do testamento. O *Cod. Civil Port.* diz: devem os testamenteiros vigiar pela execução da disposições testamentarias e sustentar, *se for necessario*, a validade dellas em juizo ou fóra delle. Vide arts. 906 do *Cod. Hesp.* e 1295 do *Chile*.

(57) Não sendo o testamenteiro universal, como já vimos. O testamenteiro particular só pôde curar e promover a entrega dos

legados com o consentimento dos herdeiros, ou dissentindo elles, implorando o nobre officio do Juiz para que obrigue os herdeiros a lhe ministrar meios para cumprir o que lhe ordenou o testador, de cujos bens estão elles de posse, (C. da Rocha, § 721; Lobão, N. a Mello, liv. 3º, tit. 6º, § 15; Corrêa Telles, Dig. Port., vol. 3º, art. 1834); e se os legatarios o demandão e os herdeiros por acção ordinaria de reivindicacão, ou assignacão de dez dias (Corrêa Telles, Doutr. das Acções, §§ 98 e 159), poderá nomear á execucao os bens da herança. (Mor. de Exec., liv. 6º, cap. 7º, n. 72). Se, citados os herdeiros, não acodem á citação para lhe darem meios, se têm o testamenteiro facultade de vender os bens, poderá requerer ao Juiz venda em praça publica dos bens, começando pelos móveis, e depois passando para os immoveis, podendo vender particularmente pelo justo preço, se lhe foram dados poderes expressamente pelo testador; não podendo, porém, mesmo neste caso como no primeiro, haver por si, ou interposta pessoa, taes bens, sob pena de nullidade, sequestro, e acção criminal (Ord., liv. 1º, tit. 62 § 7º). São taes bens illegalmente havidos logo sequestrados, sendo o sequestro medida preparatoria da acção ordinaria de nullidade, salvo se o testamenteiro é seu herdeiro, e como tal houve taes bens, ou por doação em testamento. Os praxistas amplião esta Ord. na excepção dos casos em que o testamenteiro não acha comprador—lançador em praça, mesmo reformada a avaliação—quando vendida a cousa se compra segunda vez ao comprador que comprou e não pagou o preço—salvo se comprou *bona fide*—e outras limitações illusorias e repugnantes á Ord. Se o testador dispõe que o testamenteiro possa ficar dando o seu valor (v. g. terça dos bens) para cumprimento do testamento, parece-nos que pôde ficar com taes bens, porque então é herdeiro da terça, e está na excepção da Ord. cit.; mas deverá cumprir as disposições testamentarias para ficar com o dominio perfeito. Requerida a praça publica dos bens, podem os herdeiros impedir a hasta publica offerecendo dinheiros para pagamento dos legatarios e credores, remindo os bens sujeitos á arrematacao, ou offerecendo elles mesmo a vendê-los particularmente, sendo todos maiores, dando fiança de pagar os legados e dividas dentro de certo termo assignado, ou dando bens diversos. (Guerr., trat. 1º, liv. 4º, cap. 6º, n. 140 e seguintes; Pinh. de test., Secç. 2ª, § 3º). Guerreiro sustenta que os testamenteiros podem ficar com os bens da testamentaria para pagamento de seus creditos, tendo pago por seus bens proprios os legados, dividas passivas e despezas. (Guerr., trat. 1º, liv. 4º, cap. 6º, n. 148); mas a opinião corrente é que adjudicados os bens ao testamenteiro para pagamento dos desembolsos pelo Juiz do inventario, e não o da Provedoria, salvo se é tambem do inventario, deve-se requerer praça para que pelo producto da arrematacao delles seja satisfeito o computo das dividas, legados e despezas do inventario, e custas testamentarias; e excedendo o producto da arrematacao a importancia desses encargos, reverte a bem dos herdeiros o remanescente, e entre elles se sobrepartilha; e se pelo contrario não basta, tem o testamenteiro regresso contra os herdeiros, os legatarios,

9.º Prestar contas da execução do testamento no prazo legal, salvo se o testador fixar diferente;

10. Requerer a inscrição da hypotheca legal da mulher casada, proveniente de legado, ou herança instituída em testamento, de que é executor, se dentro de tres mezes, contados do registro do testamento, não estiver a mesma hypotheca inscripta pelo marido, pai ou por algum parente da mulher;

11. Requerer a inscrição da hypotheca legal do menor ou interdito proveniente de legado, ou herança instituída em testamento, do qual é executor, se dentro de tres mezes, contados do registro, não estiver a mesma hypotheca inscripta pelo tutor, curador, pai ou parente do menor ou interdito sob pena da perda da vintena em favor dos menores ou interdictos;

12. Em vigiar pela execução das disposições testamentarias e requerer as providencias conservatorias, que parecerem necessarias (Cod. Civil Port., arts. 1899 e 1903, § 1º);

13. Requerer, impedindo a arrecadação, no Juizo dos Ausentes, de bens de defunto que deixou testamento, e do qual fôr testamenteiro presente, e nomeado em testamento. (Regul. de 15 de Junho de 1859, art. 3º, § 3º; Man. do Procur. dos Feitos, notas 328, n. 5, 594 e 595; Consolid. das Leis Cívis, art. 1232, § 1º, nota 1; Aviso n. 333 de 31 de Julho de 1861); (58)

14. Apresentar o testamento cerrado, que tiver em seu poder, ao Juiz para ser aberto, no caso de ser de-

e conforme o deficit desfalca-lhes o acervo geral, ou sómente a terça testamentaria se se trata sómente do que fôr disposto no testamento, sendo abuso o ficarem os testamenteiros proprietarios dos bens adjudicados. (Rebouças, Observ. á Consolid. das L. L. Cívis ao art. 595).

(58) O testamenteiro ausente não impede a arrecadação; procedendo-se a ella, e se acontecer apresentar-se o testamenteiro, que estiver ausente, ser-lhe-ha entregue tudo para cumprimento do testamento, antes de feita a entrega aos herdeiros, ou recolhido o producto dos bens ás repartições fiscaes. Vide Direito, vols. 21, pag. 101 e 5º, pag. 73.

cretada a curadoria ou successão provisoria. (Per. de Car., Proc. Orph., § 177, nota 339; Cod. Civil Francez, art. 123 e art. 66 do Cod. Civil Port.);

15. Promover o pagamento da taxa de heranças e legados, não entregando os legados aos legatarios sem o pagamento do imposto, sob pena de ser solidariamente responsavel pela móra do pagamento. (Resol. de 21 de Maio de 1821; art. 25 do Dec. de 15 de Dezembro de 1860; Dec. n. 5581 de 31 de Março de 1874, art. 32 e art. 53 do Decreto Estadual n° 355 de 14 de Abril de 1896);

16. Pagar as indemnizações e penas pecuniarias devidas ao residuo, e fazer entrega dos bens julgados para o residuo. (Arts. 34 § 4° e 35 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851);

17. Executar todas as verbas do testamento, do qual é executor, com toda a diligencia e fidelidade de um zeloso mandatario, sob pena de responsabilidade, remoção, perda de premio, no caso de culpa, negligencia ou móra. (Art. 34, §§ 1° e 3° do Dec. cit.)

CAPITULO XIII

PROROGAÇÃO DO PRAZO PARA PRESTAÇÃO DE CONTAS

§ 179

Compete ao Juizo da Provedoria conceder prorogações do prazo, concedido pelo testador ou marcado pela lei, para cumprimento do testamento, precedendo justa causa.

Assim é justa causa haver litigio sobre os bens dos testadores, ou outro qualquer impedimento que evidentemente tenha impossibilitado a execução dos testamentos, não provindo elle da culpa, móra, ou negligencia dos testamentarios. (Ord., liv. 1°, tit. 62, §§ 2° e 17, art. 34, § 1° do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851).

§ 180

Devem os Juizes de Direito em correição revogar as prorrogações concedidas sem justa causa. (Art. 34, § 1º do Dec. cit.) (59)

CAPITULO XIV

DA EXHIBIÇÃO DOS TESTAMENTOS

§ 181

Compete ao Juizo da Provedoria mandar ex officio intimar o testamenteiro para exhibir dentro de um prazo o testamento que se prove ter evidentemente em seu poder, sob pena de prisão. (Corréa Telles, Dig. Port., vol. 3º, ns. 1829 e 1830; Peg. á Ord., liv. 1º, tit. 50; Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, art. 34, § 2 *in fine*). (60)

(59) T. de Freitas, na Consol. das Leis Civis, art. 1103, nota 3, diz que a Ord., liv. 1º, tit. 62, facilitava as prorrogações mas o Regim. do Desemb. do Paço de 16 de Setembro de 1586, art. 117, prohibio que se déssem esperas para cumprimento dos testamentos, concedendo-se sómente por vontade régia, precedendo justa causa. (Repert. verb. Desemb., vol. 2º, pag. 42). O Alvará de 2 de Outubro de 1811 determina que se deve conceder só em casos de absoluta necessidade, porquanto interessa ao bem publico a brevidade da execução das ultimas vontades.

(60) Julgamos com os praxistas citados que se pôde impôr a pena de prisão considerando-se como um depositario, contumaz e em móra, de uma escriptura tão importante confiada á sua guarda, podendo constituir a falta de exhibição o facto de sonegação do testamento, crime contra a propriedade alheia, visto que um testamento representa uma universalidade de bens, que pelo facto do testamento não revogado, *ipso jure* passa para o dominio dos herdeiros instituidos, que com a sonegação ficarião sem a sua propriedade. O Cod. Criminal Portuguez, arts. 272 e 273, § 4, considera o facto da sonegação—abuso de confiança,—visto que é um abuso de confiança todo o facto de se appropriar, desencaminhar, sonegar ou não dar conta de cousa entregue ao agente por qualquer titulo, ou para qualquer fim, com obrigação de restituir expressa ou *subentendida*, sendo crime qualificado quando o autor é testamenteiro e pratica o facto em prejuizo dos herdeiros e legatarios da successão. O Direito Romano considerava o facto da sonegação como crime de falsidade, e assim o Direito Portuguez antigo.

A Relação de Porto Alegre, em 2 de Julho de 1875, Direito, vol. 8, pag. 362, fundando-se na regra *nemine fraus sua patrociniari*

§ 182

Compete ao Juízo da Provedoria deferir a requisição legal de qualquer testamento em original, archivado, para alguma acção crime ou civil de falsidade, devendo ficar em seu lugar traslado. (Ord., liv. 1º, tit. 62, § 8º; C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, n. 1829; art. 41, § 2º do Dec. n. 834 de 2 de Outubro de 1851; liv. 1º, § 3º, Dig. de tabul. exhib.; Peg. 2 for., cap. 19 n. 113; C. Telles, Doutr. das Acções, § 236; Direito, vol. XV, pag. 670. Vide §§ 69 e 70.)

CAPITULO XV

SONEGAÇÃO DOS TESTAMENTOS

§ 183

Compete aos Juizes da Provedoria e aos de Direito em correição suspender e responsabilisar o escrivão que sonegar algum testamento. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 8 e 9; Lei de 7 de Janeiro de 1692; art. 34, § 2 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851; Chauveau, vol. 2º, pag. 330, cap. 22).

§ 184

O facto da sonegação de um testamento constitue um crime. (61)

CAPITULO XVI

REGISTRO DOS TESTAMENTOS

§ 185

Compete ao Juízo da Provedoria mandar intimar ex officio, ou a requerimento de parte, ou do Promotor de Resíduos, o testamenteiro, no caso de não apresentar o testamento em seu poder a registro dentro de sessenta dias, a contar da morte do testador, afim de trazê-lo a

debet, estabelece que é razão de nullidade de um testamento a prova, ainda que testemunhal, da existencia de outro posterior revogatorio, supprimido pelo herdeiro instituido no primeiro.

(Direito, vol. 16, pags 308 e 309).

(61) A subtracção de um testamento — suppressão e falsidade do testamento constituem os crimes previstos nos arts 333, 326, 258, 259 e 260 do Codigo Penal. Vide § 62.

registro no prazo de tres dias, sob pena de desobediencia, perda da vintena e custas. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 8 e 9; e §§ 3º, 4º, 9º e 11 da Lei de 7 de Janeiro de 1692).

§ 186

Devem os Juizes de Direito em correição providenciar sobre os testamentos não registrados. (Art. 34, § 2º do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851).

A bem da fiscalisação do registro devem exigir:

1.º Das repartições fiscaes competentes uma relação dos testamentos nellas inscriptos, afim de conferir a sobredita relação com o livro de registros e testamentos apresentados. (Art. 43 do cit. Dec).

2.º Do Escrivão da Provedoria uma relação em duplicata dos testamentos apresentados para serem registrados até á sua data, com declaração dos nomes dos testadores e testamenteiros e suas residencias, nome do Tabelião, data em que forão feitos e abertos e tempo designado para contas. (Art. 30 do cit. Dec). (62)

CAPITULO XVII

BENS DAS TESTAMENTARIAS

§ 187

Compete aos Juizes Provedores e de Direito em correição, providenciar sobre a conservação, administração e aproveitamento dos bens dos testadores. (Art. 34, § 4º do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851).

§ 188

Compete aos Juizes Provedores e ao de Direito em correição sequestrar os bens dos testadores havidos directa

(62) A Lei de 7 de Janeiro de 1692 concedia o registro gratuito ao testamenteiro se elle dentro de dous mezes depois da morte do testador apresentava ao registro o testamento em seu poder; se era citado devia pagar as custas e a metade da cópia, e se a citação era accusada em audiência pagava as custas por inteiro. (C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, ns. 1827 e 1828). A pena pecuniaria de vinte cruzados, metade para o denunciante, e outra para a Camara Municipal, está em desuso, e nem o Juiz tem pelo regimen actual poder arbitrario de pôr penas. (T. de Freitas, Consolid., art. 1092, nota 4ª.)

ou indirectamente pelos testamenteiros, communicando taes factos ao Promotor Publico para que promova a acção crime competente, providenciando sobre a annullação de taes compras em o juizo commum por intermedio dos Promotores dos Residuos. (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 7º e 38; arts. 32, § 6º e 34, §§ 4º e 5º do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851; Cod. Civ. Port. art. 1562, § 3º.)

Compete a esses juizes sequestrar, e fazer tornar á herança os bens de raiz pertencentes ao testador achados, dentro do prazo de quarenta annos, em poder dos testamenteiros. (Ord., liv 1º, tit. 62, §§ 22; art. 35 do cit. Dec. n. 834.)

§ 189

Compete aos Juizes Provedores, e aos de Direito em correição, sequestrar os bens das testamentarias havidos illegalmente pelos Escrivães da Provedoria, e quaesquer officiaes do Juizo, procedendo contra elles criminalmente (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 7º e 38; art. 32, § 6º combinado com o art. 34, §§ 4º e 5º do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851). (63)

§ 190

Compete aos Juizes da Provedoria deferir, quando Juizes do inventario, a venda em hasta publica dos bens lançados ao testamenteiro para, com o seu producto, cumprir o testamento, pagando os legados, dividas passivas, e prestando contas em Juizo. (Guerr., trat. liv, 4º, cap. 6º, ns. 141 e 146; C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, n. 1836.)

CAPITULO XVIII

DO RESIDUO

§ 191

Compete ao Juizo da Provedoria julgar para o residuo e fazer effectiva a sua arrecadação. (64)

(63) Os Juizes de Direito em correição usarão de iguaes medidas quanto aos Juizes Provedores inferiores quando, com violação da lei, adquirem taes bens, ainda que em praça publica, por interposta pessoa.

(64) Residuo vale o mesmo que restante, significa tudo aquillo que fica, sobra ou resta.

Constitue residuo para ser entregue á Fazenda Nacional (Lei de 4 de Dezembro de 1775; Alv. de 26 de Agosto de 1801; art. 35 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851):

Os Jurisconsultos Romanos entendião por esta palavra especialmente aquelle resto de dinheiro, que de maior somma ficava sonegado na mão do administrador dos dinheiros publicos, o que era um crime distincto de simples furto ou peculato, e se chamava propriamente crime de residuo, de que falla L. 4^a, § 3^o, liv. 9^o, Dig. *ad leg. Jul. de peculat. et sacrileg.* Em Portugal, residuo, ora se tomava pela casa do Juizo e Tribunal dos Residuos, composto de Provedor, Contador, Recebedor e Escrivão, ora pelos dinheiros publicos restantes de maior somma na mão do administrador delles, ou pelo restante dos legados, heranças e obras meritorias, que o testador não applicou, e que deixou em peito e arbitrio dos testamenteiros (Dissert. app. as obras de Mello Freire). A expressão residuo envolve, ora a idéa de uma renda, ora, geralmente, a idéa de uma pena imposta aos testamenteiros que não cumprem o testamento inteiramente, *deixando algumacousa por cumprir*, havendo então residuo, isto é, resto da execução do testamento que não foi cumprido; ou quando violão os seus deveres de administradores do alheio, casos em que o residuo é a pena:—*do dobro da valia das cousas pertencentes á fazenda dos testadores, que os testamenteiros comprassem para si ou para outrem;—o tresdobro em que são condemnados no caso de perjurio; a pena da perda da vintena; ou quando fazem despesas illegas e não conformes ao testamento, caso em que tem de indemnizar e repôr*; emfim, quando são negligentes, culposos e prevaricadores, presumindo-se que dos bens dos testadores, como da maior somma em poder dos administradores publicos entre os Romanos, alguma cousa fica, sobra ou resta em suas mãos, com degradação e infamia que acerbão os que fazem de uma testamentaria *herança para si*, muitas vezes dilapidando o que pertence aos orphãos, viúvas, pobres, casas de caridade, abusando como que sacrilegamente da vontade dos mortos. Assim, com o correr dos tempos, como essas indemnizações e penas pecuniarias erão arrecadadas para um fim pio como erão para a redempção dos captivos, em regra, começou-se a dizer—*julgar para o residuo*, como applicar taes indemnizações e penas a bem da Nação, ou do cumprimento dos testamentos, cuja execução interessa tanto ao bem particular como ao publico. Dissemos que o residuo envolve a idéa de uma renda, assim residuo se diz:—o producto da renda dos bens de raiz dos testadores, que até quarenta annos forem achados em poder dos testamenteiros e nos casos expressos no art. 35 do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, constituindo uma renda que deve ser entregue á Fazenda Nacional.

1º, o producto da venda dos bens de raiz e rendimentos, pertencentes aos testadores, que até quarenta annos fôrem achados em poder dos testamenteiros (Ord. liv. 1º, tit. 62, § 22);

2º, o dobro da valia de cousas pertencentes á fazenda dos testadores, que os testamenteiros comprassem para si ou para outrem (Ord. cit., § 7º); (65)

3º, as duas partes do tresdobro em que fôrem condemnados os testamenteiros, no caso de perjurio (Ord. liv. 1º, tit. 62, § 21);

4º, a perda do premio ou vintena, quando os testamenteiros não acudirem á citação para a prestação das contas, ou, acudindo, fôrem ellas glosadas por illegaes, não conformes ao testamento, ou por terem sido feitas depois da citação. (Ord. cit., §§ 12 e 14).

(65) A Ord diz. que a venda será nenhuma, voltando as cousas compradas á fazenda dos testadores d'onde sahirão (aos seus herdeiros), e perderá o testamenteiro o dobro da valia para o residuo, sendo tiradas de seu poder (sequestradas).

O residuo é renda da União. Art. 32 nº II da Lei nº 221, de 20 de Novembro de 1894—impressa na Gaz. Jurid. do Estado, vol. 7, pag. 268.

O testamenteiro, que directa ou indirectamente, como qualquer administrador do alheio, houver para si, ou por acto simulado, em todo ou parte, propriedade ou effeitos, em cuja administração, disposição e guarda estiver, ou deva intervir em razão de seu officio, ou entrar em alguma especulação de lucro ou interesse relativamente a taes bens, deverá ser criminalmente punido. (Ord., liv. 1º, tit. 62, § 12; Resolução de 21 de Maio de 1821; Regul. Commercial n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 549 § 2º). Devem taes bens ser sequestrados, e por acção annulladas as vendas feitas. (Dec. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 34 § 4º; Consolid. das Leis, T. de Freitas, arts. 585 e § 4º, 595, § 5º, 596 § 5º, e nota 117). T. de Freitas diz que, depois da promulgação do Cod. Criminal, não era mais applicavel a perda do dobro da valia de bens a bem do residuo. (Art. 1117, nota 5.^a) É justa censura que faz sobre essa opinião o Conselheiro Rebouças em suas Observ. á Consolid. quando declara que semelhante pena civil não se achava revogada pelo Cod. Criminal de 1830, não sendo mais que uma multa civil pela falta do cumprimento de um dever. O Regulamento das Correições não considerou revogada a pena da perda do dobro da valia de bens, bem como a de tresdobro, no caso de perjurio.

§ 193

Devem os Juizes Provedores arrecadar e mandar remetter ás repartições fiscaes competentes as quantias a que tiver direito a Fazenda Nacional, juntando-se aos autos conhecimentos da entrega. (Art. 35, § 4º do Dec. n. 834, de 2 de Outubro de 1851).

§ 194

Constitue residuo para ser applicado ao cumprimento dos testamentos :

1º, as reposições e indemnizações a que são obrigados os testamenteiros, quando as despesas forem glosadas: a) por illegaes: b) não conformes ao testamento; c) por terem sido feitas depois da citação para a prestação de contas (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 12, 14 e 23). (66)

2º, a terça parte do tresdobro em que forem condemnados os testamenteiros, se perjurarem. (Ord. cit., § 21). (67)

(66) A Ord. § 12 diz « O Juiz deverá examinar as clausulas dos testamentos e codicillos, e as despesas feitas. Se achar que têm tudo despezo, e nas *proprias cousas declaradas no testamento*, isto é, se tem cumprido todas as verbas do testamento, lhes mandará passar quitação; levando em conta tudo quanto bem despendêrão até o tempo que forem citados para as contas, porque as *despesas feitas depois da citação as haverão como se não fossem feitas*, e fará os testamenteiros entrarem com essas quantias a bem do cumprimento do testamento. Julgará o Juiz então *tudo que ainda tiverem por despende*r, tudo que mal despendêrão depois de citados, para o residuo. Assim fará entrar os testamenteiros com taes quantias glosadas, e os condemnará, alem d'isso, na perda da vintena e custas. »

(67) A Ord. dispõe que serão cridos os testamenteiros por seus juramentos até á valia de dous marcos de prata, ou por ditos de duas testemunhas dignas de fé em toda a dita conta, não passando cada addição de seiscentos e cincoenta réis. E se os Provedores reconhecerem *perjurio pagarão em tresdobro o que assim falsamente jurarem que tinham despezo*, do qual se cumprirá a vontade do testador, duas partes se arrecadando para o residuo; e, se houver denunciante, haverá a metade das duas partes para o residuo. O Regul. n. 834 cit. modificou a partilha do tresdobro, mandando reverter duas partes a bem da Fazenda Nacional, e outra a bem do cumprimento do testamento.

§ 195

A arrecadação do residuo será effectuada na Provedoria, onde haverá livro proprio para nelle se lançarem os nomes dos testamenteiros, e os das localidades, em que estes residem, o valor das quantias arrecadadas, remettidas ás repartições fiscaes e applicadas ao cumprimento dos testamentos, com as datas da arrecadação e sahidas das ditas quantias. (Art. 35, § 3º do Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851).

CAPITULO XIX
DA VINTENA

§ 196

Compete ao Juizo da Provedoria arbitrar o premio ou vintena devida aos testamenteiros. (Alv. de 23 de Janeiro de 1798; art. 37 do Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851 e Decr. n. 1405, de 3 de Julho de 1854).

§ 197

A vintena não poderá exceder de cinco por cento deduzida sómente da terça quando houver ascendentes ou descendentes, e de toda a fazenda liquida, em outros casos. (Art. 2º do Decr. n. 1405 cit.)

§ 198

A vintena é paga, deduzidas as dividas passivas, despeza do funeral e bem d'alma, e não da massa geral dos bens (Alv. de 23 de Janeiro de 1798; art. 37 do Decr. n. 834 cit.)

§ 199

Não vence o testamenteiro o premio marcado na lei :
1º, quando o testador, em seu testamento, marca o premio de sua administração expressamente ;
2º, quando é herdeiro ou legatario ;
3º, quando incorre na perda do premio. (68)

(68) A vintena é paga *pro labore et administratione*, é paga pelos bens da herança ; e não são bens da herança senão aquelles que ficam, pagas as dividas e despezas da herança (*deducto cere alieno*);

§ 200

Quando as dividas passivas abranjão todos os bens da herança, devem os credores, neste caso excepcional, pagar o premio sahindo este de todos os bens para que o testamenteiro não fique sem remuneração, em beneficio dos quaes trabalhou. (*Nov. Gaz. dos Trib.*, n. 251).

§ 201

O premio deve ser arbitrado attendendo-se:

- a) á quantia da herança;
- b) ao trabalho da liquidação;
- c) ao costume do lugar.

(Dec. cit., art. 1.º) (69)

e, a tirar-se de todo o monte, viria o herdeiro a pagar a vintena do que não herdou, e á custa dos bens que por direito lhe pertencem. Para se tirar parte proporcional dos herdeiros e dos credores, estes nenhuma obrigação têm de pagar, visto que a herança tem bens para indemnizar. (*Nov. Gaz. dos Trib.* n. 251). O art. 2.º do Decr. n. 1405, de 3 de Julho de 1854, diz expressamente que o referido premio deve ser deduzido de toda a fazenda *liquida*. O premio é contado sobre o valor de todos os bens, e assim comprehendendo as dividas activas; quanto, porém, ás reconhecidamente perdidas, julgamos que sobre ellas não se deve contar a percentagem; porquanto virião os herdeiros a pagar percentagem do que não herdão, e não teria o testamenteiro parte nas perdas; e sómente este deve ter direito á percentagem no caso de *cobrança* de taes dividas reputadas incobrayeis. O Tribunal do Commercio da antiga Córte no regulamento e tabella, marcando as commissões devidas aos curadores fiscaes e depositarios das massas fallidas, em 12 de Setembro de 1855, exceptuou do calculo das percentagens as dividas activas perdidas.

Não tem direito a percentagem o testamenteiro a quem em testamento foi deixado premio de administração (Accord. da Rel. de Ouro-Preto, 30 de Outubro de 1883; Resenha Juridica Mineira, de Abril de 1884, pag. 218.) O premio deixado ao testamenteiro é tido como legado. T. de Freitas, Test., nota 302 ao art. 172, diz que o testamenteiro não póde renunciar o premio e optar pela vintena e ainda com o escandalo de se lhe arbitrar maior vintena que a arbitrada pelo testador (Direito vol. 8, pags. 22 e 30 — Accordam da Relação de Ouro Preto, de 30 de Outubro de 1883, Resenha Juridica de 1884 n. 4 pag. 218.)

(69) No arbitramento devem ser ouvidos o Promotor dos Residuos, fisco e herdeiros que podem ser prejudicados. Nesse arbitramento o juiz não pode ser arbitrario prejudicando ou favorecendo o testamenteiro, marcando maior ou menor percentagem, sem respeitar as regras determinadas, devendo considerar como regra capital o trabalho da testamentaria; porquanto, sendo o premio um salario

§ 202

Póde-se appellar do arbitramento e usar dos mais recursos legais, quer quando excessivo, quer quando diminuto. (Dec. cit., art. 1º, *in fine*; Ord., liv. 3º, tits. 16, 17 § 5 e 78 § 2).

§ 203

Devem ser separados bens para pagamento da vintena no Juizo do inventario. (70)

dos serviços do testamenteiro, deve ser o preço justo e exacto do seu trabalho, levando-se em conta o valor da herança. Temos visto marcar-se a maior percentagem a testamenteiros, cujo unico trabalho é encommendar missas e fazer entrega de pequenos legados, tendo recebido do testador, antes de fallecer, objectos de valor doados. Nesse caso, intimado aos herdeiros o arbitramento, devem recorrer delle, porquanto a percentagem maior importa diminuição de sua herança, e um favor illegal em seu detrimento.

(70) Devem ser separados bens para pagamento da vintena ao testamenteiro, e para indemnização de despesas por elle feitas, em o juizo do inventario, onde se costuma separar bens para prestação das contas testamentarias, embora seja da competencia do Juizo dos Residuos o prévio arbitramento da percentagem, na fórmula do art. 1º do Dec. n. 1405, de 3 de Julho de 1854. Arbitrada a vintena, deve-se juntar aos autos do inventario a certidão do arbitramento, constando o despacho do Juiz dos Residuos para se attender em o acto de partilhas, deduzindo-se, no caso de herdeiros forçados, legitimos ou naturaes reconhecidos legalmente, da terça; e nos outros casos, do monte liquido. O arbitramento deve correr em separado do inventario, visto que é causa summarissima que dá lugar a recursos; e seria, correndo nos autos de inventario, um enxerto, podendo o Juiz, para arbitrar mui bem informar-se á vista do testamento e documentos presentes. Admittir-se o juiz do inventario como competente para arbitrar, feria-se a competencia do Juizo dos Residuos reconhecida pelo cit. Dec. de 1854, na hypothese de não ser o juiz do inventario o Juiz Provedor dos Residuos. Existe, porém, em alguns fóros a praxe de ser arbitrada a vintena nos proprios autos de inventario, onde realmente consta o exacto valor dos bens, e onde se tem de deduzir a mesma calculando-se a terça, da qual se deduz no caso de haver herdeiros necessarios, e nos outros casos do monte liquido. Taes bens separados devem ir á praça, afim de serem arrematados, para, com o seu producto, se pagar ao testamenteiro. Se os bens em praça maior lanço dão que o da avaliação, o excesso faz a bem dos herdeiros, e não do testamenteiro, para augmentar-lhe a vintena já anteriormente arbitrada. Sustentão alguns que, sendo maiores os herdeiros, podem consentir na adjudicação independente de irem os bens á praça, ficando o testamenteiro com elles. Parece não haver fraude, visto que, sendo todos os herdeiros maiores, e com capacidade civil podem renunciar os seus direitos

§ 204

Perderá o testamenteiro a vintena :

1º, se, notificado, não levar ao registro o testamento em seu poder dentro do prazo de tres dias (L. de 7 de Janeiro de 1692. § 5º; Ord., liv. 1º, tit. 62 § 9º);

2º, quando, tendo sido citado para a prestação de contas, não acudir á citação (Ord. cit.; Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 35);

3º, quando acudindo, forem as despesas glosadas por illegaes, não conformes ao testamento, e feitas depois da citação para prestação de contas (Ord., liv. 1º, tit. 62, §§ 9, 12, 14 e 23, art. 35, § 1º do Dec. cit.);

4º, quando não inscrever a hypotheca legal que cabe á mulher casada sobre os immoveis do marido para garantia dos bens provenientes de testamento, do qual é executor, deixados com clausula de não serem communicados;

5º, quando não requerer a inscripção da hypotheca legal do menor ou interdicto, proveniente de legado ou herança instituidos em testamento, de que é executor, se dentro de tres mezes, contados do registro, não estiver a mesma hypotheca inscripta pelo tutor, curador ou parente do menor ou interdicto (Arts. 174-178-187 e 192 do Decreto de 2 de Maio de 1890—nº 370.);

6º, Quando removido por prevaricador e negligente, não podendo vencer premio por sua má administração.

e dominio que em si têm; mas a adjudicação encontra obstaculo na expressão e força litteral da Ord., liv. 1º, tit. 62, § 7º. Na hypothese de haver menores ou interdictos, cessa toda a questão, devem necessariamente os bens ir a praça e o producto ser entregue aos testamenteiros para pagamento da vintena, dividas passivas, legados e mais despesas que hajão feito, desembolsando seus proprios dinheiros. Em todo o caso, a seguir-se a opinião da possibilidade da adjudicação na primeira hypothese, deve o testamenteiro pagar o imposto de transmissão de propriedade, sendo bens de raiz adjudicados. Vide Olegario, *Prat. das Correições*, pag. 416 e Mafra, *Jurispr. dos Tribunaes*, verb, *Vintena*.

§ 205

Não se póde pagar vintena, adjudicando-se ao testamenteiro immoveis contra a disposição da Ord. liv. 1 tit. 62 § 7, devendo ser paga em dinheiro: (Accordam da Relação de S. Paulo, 11 de Fevereiro de 1876, —Souza Bandeira cit., nota 380.)

§ 206

Têm os juizes e officiaes da provedoria porcentagem dedusada da vintena perdida, julgada para o residuo (Ord. liv. 1 tit. 62 §§ 12 e 23 — e art. 38 do Decr. n.º 834, de 1851. Os antigos regimentos de custas marcavam a porcentagem, não a marca o vigente no Estado, de 6 de Junho de 1893. No districto Federal vigora ainda a porcentagem — art. 11 letra *i* do Decreto n.º 2162 de 9 de Novembro de 1895.)

§ 207

Os testamenteiros tem direito á vintena mesmo que não protestem por ella em começo da administração, não havendo lei que exija esse protesto que se costuma fazer lógo que é aceita a testamentaria.

(Decreto de 3 de Julho de 1854—Accordão Revisór da Relação do Rio, revista n.º 8750, de 6 de Dezembro de 1875—no Direito, anno IV, vol. 9, n.º 3, de 15 de Março de 1875.) A razão do protesto cessou, pois o officio de testamenteiro não é gracioso e gratuito, no direito patrio.

§ 208

O Juizo do inventario é o competente para decidir as questões que se suscitarem sobre o modo de contar a porcentagem, embora não o seja para arbitral-a e julgar ser devida ou não. (Accordams da Relação do Rio, de 6 de Agosto de 1853 e 20 de Setembro de 1850 Nov. Gaz. dos Trib. n.ºs 250 e 138—Mafra, Jurisprud. dos Trib. *verb. vintena*).

§ 209

Se ao testamenteiro, que é herdeiro ou legatario, o testador deixar a vintena ou premio determinado, cum-

pre-se como qualquer outro legado (T. de Freitas, Consolid. das Leis Civis, art. 1140—nóta 55). (71)

§ 210

Não se reputa premio ao testamenteiro o que fôr deixado á sua mulher e filhos. (Consolid. das L. L. Civis, art. 1139, nóta 54).

§ 211

Não se reputa sem direito ao premio da lei o testamenteiro, cuja mulher fôr herdeira ou legataria particular de bens, salvo quando herdeira ou legataria universal, havendo communhão de bens. (72)

(71) Não tem direito a vintena o testamenteiro, a quem se deixou premio em testamento; sendo abuso no fóro deixando o testador ao testamenteiro sem declaração de ser em compensação de seu trabalho, poder este renunciar legado e optar pela vintena; e maior abuso quando o testador declara caber certa porcentagem ao testamenteiro pela liquidação de seu espolio ser arbitrada maior, assim 5^o%, quando o testador marcou dous por cento. (T. de Freitas, Consolid. das Leis Civis, arts. 1139 e 1140 — Conselheiro Azevedo Castro, Nov. Reg. do Imposto de Transmissão, nóta 34, pag. 14; Ribas, Consolid., art. 951; C. da Rocha, § 723; Gouveia Pinto acomodado ao fóro do Brazil por T. de Freitas, § 171; Per. de Carvalho, nota 84 ao § 39; Miscellanea Juridica — *verb. vintena*; Monte Razo-Nótas Forenses — *verb. vintena*. Sent. do Supr. Trib. de Justiça de 29 de Setembro de 1875. O testamenteiro que é legatario não pôde renunciar o legado e optar pela vintena. (Direito, vol. 8, pags 22 e 30; Sent. do Supr. Trib. de Justiça de 6 de Março de 1880; Accordão Revisôr da Relação de Ouro-Preto, 6 de Dezembro de 1882. Testamenteiro, a quem se deixa legado com o unico onus de accuitar a testamentaria não tem direito a vintena (Luiz da Veiga Resenha Juridica Mineira de 1^o de Maio de 1894 n^o 5, pags 270 a 273—Accordão da Relação de Ouro-Preto de 30 de Outubro de 1883, na cit. Resenha de 1884 n^o 4, pag. 218.— Vide Direito, vol. XXII n^o 1 pag. 41. Em contrario foi julgado pela Relação do Rio em 6 de Dezembro de 1875, Direito, vol. 9^o n^o 4, de Maio de 1876 — pag. 535.

(72) O Senr. T. de Freitas diz que se o regimen fôr de separação de bens, o marido tem direito a pedir o premio, embora sua mulher seja herdeira do testador, nota 54, 3^a ed. Consolid. cit. ao art. 1139, pag. 659. Se o regimen é de communhão de bens, sustenta que o marido não tem direito ao premio, se a mulher é herdeira e legataria. Vide Testam., nóta 301 ao § 171, pag. 254.

Sustentamos em parte opinião contraria á de T. de Freitas, Consolid., art. 1139, nota 5, porquanto a lei que declara que o tes-

§ 212

Se ao testamenteiro, que é herdeiro ou legatário, deixa-lhe o testador premio, sem duvida que deste não pode ser privado, pois a lei só dispõe para o caso em que o testador, não dando premio, tem elle de ser arbitrado pela lei.

(T. de Freitas, Consolid. da L. L. Civis, nota 55 ao art. 1140, pag. 660, em contrario á opinião no Direito vol. 66 n° 3 pags. 321 a 326 e Souza Band. cit., nota 380).

§ 213

Quando o testador fixa quantia certa de premio ao testamenteiro cessa a razão do arbitramento legal. (Consolid. cit., notas 54 e 55 aos arts 1139 e 1140).

§ 214

Tendo herdeiros necessarios o testador não pode deixar vintena alem das forças da terça, da qual só livremente póde dispôr.

§ 215

Se o testador deixa muitos testamenteiros sem ordem successiva e em exercicio em commum, se divide a vintena entre elles; e, morto um delles, a parte da vintena que lhe cabia accresce aos outros que ficam (Reynos. Observ. 55, n° 19—Pinh. de test. secção 3ª § 4, n° 199; Cod. Civil Port., art. 1907).

§ 216

A renda proveniente da vintena dos testamenteiros perdida por sentença, como residuo, é pertencente aos tamenteiro quando fôr legatario ou herdeiro não tenha premio, é penal, e não póde ter extensão á mulher; e quando esta é legataria, ou herdeira não universal, não achamos razão pelo simples facto de doar-se á mulher meieira de bens privar-se o marido do premio, tendo elle de administrar bens da testamentaria alem dos que tem de herdar sua mulher, ou de cumprir um testamento, cujo cumprimento interessa a todos os herdeiros, podendo lucrar, além da meação nos bens legados ou herdados, o premio de sua administração. O direito que tem á meação dos bens legados á sua mulher não o torna pessoal e directo legatario. Se a mulher é herdeira ou legataria universal dos bens do testador, certamente o marido testamenteiro não cobrará premio á sua mulher.

cofres da União — art. 32, II da Lei, nº 221, de 20 de Novembro de 1894.

§ 217

Perde o testamenteiro o legado se lhe foi deixado com declaração de premio de seu cargo, se não acceita a testamentaria.

§ 218

O conjuge sobrevivente não tem direito a vintena no inventario do fallecido que o nomeou testamenteiro, porque a mulher e marido meieiros, não tem direito em razão de sua qualidade de cabeça de casal, com obrigação de fazer inventario e dar partilhas (Perd. Malheiro, Consultas Juridicas, pag. 479). Vide nota 72.

§ 219

Não percebem vintena os Curadores dados ás heranças jacentes e bens de ausentes.

(Art. 79 § 5º in *fine* do Decreto nº 2433, de 15 de Junho de 1859 — Aviso nº 415, de 27 de Setembro de 1860). Percebem as porcentagens marcadas nos arts 82 e 83 do cit. decr. (Circular nº 53 de 30 de Janeiro de 1860; —Ord. nº 449 de 17 de Outubro do mesmo anno).

§ 220

Os premios ou legados deixados aos testamenteiros só pagão o imposto da taxa de heranças e legados, quando excedem a vintena. (Resolução de 1º de Julho de 1817; Dec. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860; Regul. Prov. de S. Paulo de 24 de Maio de 1865; arts. 13, § 2 do Dec. n. 5581 de 31 de Março de 1874 e art. 42 § 2º do Decreto Estadual, nº 355, de 14 de Abril de 1896).

CAPITULO XX

DO INVENTARIO

§ 221

Compete ao Juizo da Provedoria o inventario dos bens dos defuntos, que deixão testamento, não havendo orphão, menor, ou interdicto interessado na herança, e

não sendo caso de arrecadação pelo Juizo de Ausentes. (Avs n. 111 de 27 de Abril de 1849, n. 3 e 5 de Novembro de 1853; Resol. de 13 de Março de 1844; Avis. de 15 de Setembro de 1865 e 2 de Agosto de 1867; art. 83 do Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871 — Resol. de Consulta do Conselho de Estado de 5 de Abril e Avisos 24 de Abril e 8 de Outubro de 1873; (Lei do Estado de S. Paulo n° 18 de 1891, art. 63 II *d*; Decr. n° 123 de 1892, art. 124 § 4 II, *c* e *d*.)

§ 222

A competencia do Juizo da Provedoria para o inventario suppõe :

1º, testamento feito pelo defunto ;

2º, que tenha deixado na terra :

A) conjuge, ou herdeiros presentes, descendentes, ou collateraes por direito canonico notoriamente conhecidos, não havendo entre elles orphãos, menores, ou interdictos ;

B) herdeiro presente instituido nomeadamente no testamento, não sendo menor, orphão, ou interdicto ;

C) testamenteiro presente na terra e que accete a testamentaria ;

D) herdeiros ausentes que tenham presentes procuradores legalmente autorisados. (Resol. de Consulta de 5 de Abril de 1873).

§ 223

Devem ser feitos o inventario e partilha no fóro commum na falta de testamento, e de herdeiros menores, orphãos, ou interdictos. (Av. de 8 de Outubro de 1873).

§ 224

Deve ser feito o inventario no Juizo de Orphãos :

1º, quando houver herdeiros orphãos ou interdictos, em cujo numero não se comprehendem os ausentes ;

2º, quando se tiver de começar pela arrecadação dos bens nos termos dos arts. 1º, 2º, 3º e 20 do Regulamento annexo ao Decreto n° 2433 de 15 de Junho de 1859, por

não existir na terra conjuge, herdeiro instituído, ou testamentário que aceite a testamentaria. Art. 124—11—§ 3º letra c do Decr. Est. n.º 123, de 1892. (73)

(73) Basta que um só dos herdeiros seja menor, orphão, ou interdito interessado na herança em toda universalidade, ou quota parte della, ainda que o menor tenha pai, para que se faça o inventario no Juizo de Orphãos. (Borg. Carn., vol. 3º, § 235, n. 14; Per. e Souza, nota 1021). Quando o menor, orphão ou interdito fôr legatario de cousa certa e determinada, não tem o Juizo de Orphãos competencia para fazer o inventario, competindo-lhe sómente providenciar a bem da arrecadação de taes legados não tendo o menor pai; (Per. e Souza cit.; Per. de Carv., Proc. Orph., cap. 1º, § 1º; Av. de 28 de Novembro de 1834, § 2º; Sent. do Sup. Trib. de Justiça de 20 de Fevereiro de 1856), ainda quando sejam os legados de quantia incerta remanescente da terça. (Av. de 18 de Outubro de 1841). Quando fôr deixada toda a terça ao menor deverá o Juizo de Orphãos fazer o inventario. (Phoebos, parte 2ª, dec. 141, n. 8; Pona, Orph. Prat., cap. 1º, n. 19; Caet. Gomes, Man. Pract., parte 1ª, cap. XIV, n. 18, pags 207 e 281 e Lobão, Not. á Mell., vol. 3º, tit. 6º, § 11, pag. 381). Este escriptor considera a terça como quota de bens, e como quota da herança; e considera haver esta quando deixada em geral sem especificação de bens. Na verdade a terça de uma herança é parte importante da mesma, podendo ser em muito casos superior a heranças em outros inventarios em que sejam os orphãos herdeiros interessados; e quando a terça não consiste em bens certos e especificados deve intervir o Juiz de Orphãos na factura de inventario para fiscalisação de sua exacta liquidação e pagamento. Se o testador dispõe a herança em legados, e deixa o remanescente aos menores, orphãos ou interdictos deve ser feito o inventario no Juizo de Orphãos, porque esta disposição induz instituição de herdeiro. (Lobão cit., vol. 4º, § 18, pag. 345). Se o testador usa da expressão:—*lego a universalidade de meus bens*,— neste caso dá-se ainda instituição de herdeiro. (Lob. cit. § 21). Quando o menor ou orphão fôr interessado como fideicommissario, ou donatario universal, deve ser feito ainda o inventario no Juizo de Orphãos (Per. de Carv., nota 1ª, cap. 1º, 1ª parte; Silva, Ad. Ord., liv. 4º, tit. 9º, § 93. Quando o menor fôr usufructuario deve-se considerar como legatario. (Silva cit. n. 40). A menoridade termina aos 21 annos completos (Resol. de 31 de Outubro de 1831); e, chegando o orphão a essa idade, fica habilitado para todos os actos da vida civil. Sobre inventarios consulte-se Prim. Linh. sobre o Proc. Orph. de Per. de Carv., Ord., liv. 1º, tit. 88, e liv. 4º, tit. 96, Menezes, Juizos Divis., as obras de Vallasco e Guerreiro, e a modernissima obra do distincto jurisconsulto nacional Ramalho—Instituições Orphanologicas e Notas sobre o Proc. Orphan. de Pinto de Toledo. Em vista da importancia da Resolução Imperial sobre Consulta do Conselho de Estado de 5 de Abril de 1873, transcrevemo-la litteralmente.

« Ministerio da Justiça.—Rio de Janeiro, em 24 de Abril de 1873.—Levei á presença de Sua Magestade o Imperador o officio de V. Ex. de 20 de Novembro do anno passado, sob n. 4, com a cópia do que lhe dirigira o Juiz Provedor de Capellas e Residuos dessa capital, consultando se compete ao Juizo de Orphãos ou ao da Provedoria, em face do art. 83 do Decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, fazer o inventario e partilha dos bens dos fallecidos com testamento, que não deixarem herdeiros orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes.

« E o mesmo Augusto Senhor, vistos os pareceres do presidente da Relação da Côrte e da Secção de Justiça do Conselho de Estado, manda declarar a V. Ex. que, nos casos de herança de defuntos testados, o Juiz de Orphãos só é competente para o inventario :

« 1.º, quando houver herdeiros orphãos ou interdictos, em cujo numero não se comprehendem os ausentes, conforme se deduz do art. 83 do citado Decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

« 2.º, quando se tiver de começar pela arrecadação dos bens, nos termos do arts. 1.º, 2.º, 3.º e 20 do Regulamento annexo ao Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859, por não existir na terra conjuge, herdeiro instituido ou testamentario que aceite a testamentaria.

« O que V. Ex. fará constar ao Juiz Provedor de Capellas e Residuos dessa capital.

« Deus guarde a V. Ex.—*Manoel Antonio Duarte de Azevedo.*
—Sr. presidente da provincia do Maranhão.

PARECER A QUE SE REFERE O AVISO

« Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial, por Aviso de 19 de Março do corrente, que a Secção de Justiça do Conselho de Estado consultasse com seu parecer sobre o incluso officio do Juiz Provedor de Capellas e Residuos da capital do Maranhão, em o qual consulta a que juizo pertencem, á vista do art. 83 do Decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, os inventarios e partilhas dos bens de defuntos testados que não deixarem orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes. »

O officio referido é o seguinte :

« Juizo da Provedoria de Capellas e Residuos da comarca da capital do Maranhão, 19 de Novembro de 1872.

« Illm. e Exm. Sr.—Tendo-se suscitado duvidas no foro desta capital, onde exerço a vara especial da provedoria de capellas e residuos, sobre o juizo competente, depois da novissima reforma judiciaria, para os inventarios de bens de fallecidos testados que deixarem herdeiros ausentes, não os havendo orphãos ou interdictos; e reputando de grande utilidade para prompta e regular administração da Justiça, dissipar a hesitação das partes e prevenir os conflictos, que no correr do tempo terião naturalmente de sobrevir, mediante uma declaração do poder competente, que, fixando o sentido e alcance da disposição controversa, estabeleça a linha divisoria das attribuições da provedoria e do juizo de orphãos, tomo a deli-

beração de me dirigir a V. Ex. para que se digne de submitter á decis.º do governo imperial a seguinte consulta com a exposição constante do presente officio.

« Em face do art. 83 do Decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, a que juizo pertence fazer o inventario e partilha dos bens dos fallecidos com testamento, que não deixarem herdeiros orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes?

« A duvida nasce de entenderem alguns que, além do caso de menores ou interdictos herdeiros, deve a competencia da provedoria para os inventarios de heranças testamentarias soffrer a restricção proveniente das attribuições conferidas ao juizo de orphãos, em relação ás causas de ausentes por leis e regulamentos anteriores; parece-me, entretanto, evidente que, sendo tambem fundada em lei a competencia privativa desse juizo para as causas dos orphãos e interdictos, não faria o art. 83 citado excepção *unicamente* dos herdeiros destas duas especies, em nenhuma das quaes se comprehendem os ausentes, que nunca na linguagem juridica foram chamados orphãos ou interdictos, se não fosse intenção do legislador subordinar á regra geral da competencia da provedoria o inventario e partilha dos bens de defuntos que deixassem testamento e herdeiros ausentes, o que não é para estranhar, visto que se tem entendido que os regulamentos expedidos pelo governo para a execução das leis e em virtude de autorisação destas formão um complemento das mesmas leis, que participa de sua força obrigatoria e de mais efeitos.

« Deus guarde a V. Ex.—Illm. e Exm. Sr. vice-presidente da provincia, desembargador José Pereira da Graça.—O juiz de direito, *Antonio Augusto da Silva.* »

O conselheiro director geral da secretaria deu o seguinte

PARECER :

« Não tem fundamento a duvida suscitada pelo Provedor dos Residuos da capital da provincia do Maranhão. »

Diz o art. 83 do regulamento annexo ao Decreto n. 4824 de 22 de Novembro do anno passado :

« O inventario e partilha dos bens de defuntos, que deixarem testamento, sem herdeiros, orphãos ou interdictos, é da competencia do Juiz da Provedoria.

« Na falta de testamento e de herdeiros, orphãos ou interdictos será feito o inventario pelo juizo commum.

« Por argumento, entende aquelle magistrado que, fallecendo algum com testamento, se houver ausentes, o inventario e partilha dos bens deve pertencer igualmente ao Juizo da Provedoria.

« N.º podia, porem, essa disposição, méramente regulamentar e generica, derogar a lei especial de 13 de Novembro de 1830, que, extinguindo a provedoria de defuntos e ausentes, attribuiu ao Juizo dos Orphãos a arrecadação e administração dos bens de ausentes.

Parece-me pois, que se deve resolver negativamente a duvida apresentada pelo Provedor dos Residuos da capital do Maranhão.

Directoria Geral, 13 de Dezembro de 1872.—*A. Fleury.*

O Presidente da Relação da Côrte opina pelo modo, que consta do officio que se segue :

« N. 250.—Secretaria da Relação da Côrte, 6 de Março de 1873.—Illm. e Exm. Sr.—Satisfazendo à ordem do Exm. Sr. Ministro da Justiça, que me foi transmittida por V. Ex., tenho de dizer o seguinte, que fará favor de levar ao conhecimento do mesmo Exm. Sr.:

« A disposição do art. 83 do Regulamento n. 4824 de 1871 determina a necessidade de combinar as suas disposições com as dos arts. 1º e 3º do Regulamento n. 2433 de 1859, que regula a competencia do Juiz de Ausentes.

« Com effeito da combinação desses artigos resulta que a competencia da provedoria suppõe a existencia do testamento; deixando o testador na terra: 1º conjuge, ou herdeiros presentes, descendentes ou collateraes dentro do 2º gráo por direito canonico, notoriamente conhecidos (citado art. 3º, § 1.º do Regulamento de 1859), mas não havendo entre elles orphãos ou interdictos (art. 83 do Regulamento de 1871);—2º herdeiro presente instituido nomeadamente no testamento (citado art. 3º, § 2º do Regulamento de 1859), mas não sendo orphão ou interdicto (art. 83 do Regulamento de 1871);—3º testamenteiro presente na terra, e que aceita a testamentaria (citado art. 3º § 3º do Regulamento de 1859);—4º herdeiros ausentes, que tenham presentes procuradores legalmente autorizados (citado Regulamento de 1859, art. 3º, § 4º.) Fundo-me 1º em que o Regulamento de 1859 não deroga expressamente a jurisdicção do Juizo de Ausentes, e não se póde considerar derogada essa jurisdicção por meras inducções; 2º em que o regulamento de 1871, art. 83, não parece ter em vista senão distinguir o Juizo da Provedoria do Juizo de Orphãos, mas não falla expressamente do Juizo de Ausentes, cuja competencia por consequencia continúa.

« Aproveito a occasião para reiterar os meus protestos de estima e consideração á pessoa de V. Ex., a quem Deos guarde.—Illm. e Exm. Sr. conselheiro André Augusto de Padua Fleury, director geral da secretaria da justiça —O presidente interino, *Firmino Pereira Monteiro.* »

A Secção de Justiça do Conselho d'Estado concorda com os referidos pareceres do director geral da secretaria e do Presidente da Relação.

Vossa Magestade Imperial mandará, porém, o que for mais acertado.

Sala das conferencias da secção de justiça do Conselho de Estado, em 5 de Abril de 1873.—*José Thomaz Nabuco de Araujo.*—*Visconde de Jaguaray.*—*Visconde de Nictheroy.*

Entendemos dever colligir diversas decisões sobre competencia do juiz do inventario.

Inventario começado no juiz do civil ou da provedoria, tendo o inventariado se findo com testamento, deve ser remetido para o de orphãos desde que se dá superveniencia de menores interessados pelo fallecimento do marido de uma herdeira deixando filhos menores devendo-se no juizo do inventario fazer-se quinhão aos filhos

menores representando a meação do pae finado, assim decidiu o Tribunal de Justiça de S. Paulo por Accordão de 20 de Agosto de 1895 no agravo, n^o 668, do Rio Claro, aggravante Baroneza do Rio Dourados. A especie era esta: — depois de feitas as avaliações falleceo Eduardo de Oliveira, casado no regimen de communhão de bens com a herdeira D. Olympia Candida de Oliveira deixando filhos menores, sendo remettidos os autos para o juizo de orphãos, visto que o direito hereditario de sua mulher se communicou, entrando na pösse civil por força da lei e seos filhos menores succederam no direito adquirido á meação dos bens do quinhão materno, devendo este ser subdividido em duas metades: uma para mãe e outra para ser subdividida entre os filhos menores do pae meheiro. Vide Revista das Decisões do Tribunal, vol. de Setembro, pag. 251—anno 1895. Não decidiu o Tribunal que a herdeira, filha do inventariado, herdava por si e por sua propria representação e que depois que recebesse sua quota hereditaria que lhe coubesse no juizo commum, fosse então com ella e os demais bens deixados pelo seo marido para o juizo de orphãos onde ahi fizesse delles partilha com seos filhos menores, como se vê julgado pelo Superior Tribunal do Estado de Alagôas por Accordão de 27 de Julho de 1894. — Direito, vol. 65, pags. 178 a 183. No mesmo vol. 65 do Direito se vê a seguinte consulta e pareceres que sustentam a ultima opinião. Transcrevemos em seguida, e recommendamos a leitura do Accordão da Relação de S. Paulo de 22 de Outubro de 1880 no Direito, vol. XXV n^o 1 — anno 9 — pag. 124; mas aqui a hypothese se refere a herdeiro fallecido e casado e não a conjuge fallecido de herdeiro, filho do inventariado.

Incompetencia do juiz de orphãos para proceder ex-officio a inventario e partilhas de bens entre herdeiros maiores, embóra um destes herdeiros (viuvo) tenha orphãos menores.

CONSULTA

No dia 11 de Julho de 1893 falleceu sem testamento nesta cidade, Pedro, casado com Maria, sob o regimen da communhão de bens. Os herdeiros de Pedro são os seus filhos todos maiores de 21 annos e havidos do seu casamento. Em 4 de Janeiro do corrente anno falleceu um genro de Pedro, sobrevivendo-lhe a mulher com filhos menores de seu consorcio. Não se fez ainda inventario quer dos bens de Pedro, quer dos de seu genro.

O quinhão que a viuva filha de Pedro tem de receber da herança paterna deve fazer parte dos bens do seu casal. Os herdeiros de Pedro tratam antes de fazer amigavelmente inventario e partilhas.

Pergunta-se:

O juizo de orphãos é competente para proceder e *ex-officio* ao inventario e partilha dos bens de Pedro, sendo seus herdeiros todos maiores?

Macciò, 7 de Abril de 1894.

PARECERES

I

Nos termos do art. 83 do Dec. n. 4.824 de 22 de Novembro de 1871, é competente o juizo commum para o inventario e partilhas dos bens dos fallecidos sem testamento e entre cujos herdeiros não hajam orphãos nem interdictos.

Na hypothese da consulta supra os herdeiros de Pedro, que são os seus filhos, são todos maiores; e o fallecimento do genro de Pedro não fez mudar a natureza desses herdeiros, desde que os netos não se podem considerar taes, emquanto for viva a mãe dos mesmos netos, filha do dito Pedro. Nesta conformidade nada tem que ver o Juizo de Orphãos no inventario de Pedro, devendo figurar somente no inventario do genro do mesmo Pedro, onde ha herdeiros menores.

Respondo, pois, negativamente á consulta supra. *Sub-censura.*
Recife, 14 de Abril de 1894. — *Dr. Adolpho Cirne.*

II

Si os herdeiros são *todos maiores*, não é competente o juiz dos orphãos.

A questão é si os menores, netos de Pedro, e que já herdaram, pelo simples facto do fallecimento de seu pai, uma parte do direito que tinha a filha de Pedro em communhão com seu marido, hoje fallecido, devem figurar no inventario dos bens de Pedro *como herdeiros do mesmo*. Respondo negativamente. Não é no inventario dos bens de Pedro que se deve partilhar entre os netos o quinhão que a filha tinha o direito de receber.

Ella deve partilhar esse quinhão e todos os mais bens de seu casal em outro processo. Recife, 14 de Abril de 1894. — *Dr. José Joaquim de Oliveira Fonseca.*

III

O Juiz de orphãos não tem competencia para o inventario do espolio de Pedro, cujos herdeiros são maiores e *sui juris*.

Não importa que antes de feito esse inventario fallecesse um genro de Pedro, deixando filhos menores. Estes não são herdeiros do avô, e sim a mãe, que hoje viuva, representa por si propria e pôde, com os demais irmãos e a meieira, regular a partilha como melhor entenderem, requerendo simplesmente que seja homologada pelo juizo civil. O quinhão que assim couber á viuva filha de Pedro fará monte para o inventario do casal.

Este, sim, deverá ser processado no juizo orphanologico.

Santo Antonio de Muriahé (Minas), 30 de Abril de 1894. —
Visconde de Ouro Preto.

IV

O Juiz de orphãos só é competente para proceder *ex-officio* ao inventario e partilhas, quando os herdeiros ou alguns delles são menores. E' este um principio fundamental de nosso Direito. No caso

sujeito, o genro, tendo o sogro fallecido antes d'elle, adquirio como meheiro direito á metade do quinhão que devia tocar a sua mulher. E' este direito que por sua morte posterior passou a seus filhos. O direito, portanto, do genro não foi por elle adquirido na qualidade de herdeiro de Pedro, mas simplesmente como marido meheiro da filha do mesmo Pedro. A realidade é esta: a herança passou á mulher, filha de Pedro, e uma vez adquirida por ella, tornou-se commum.

Os filhos succedem aos pais nos seus direitos e pelos mesmos titulos, porque os pais os possuíam, e pois, como o genro não era herdeiro de Pedro, tambem não o são os filhos. Em consequencia, na hypothese de que se trata, o Juiz de orphãos não tem competencia para proceder *ex-officio* ao inventario e partilhas.

Em 29 de Abril de 1894. — *Lafayette Rodrigues Pereira*,

— O Trib. de Justiça de S. Paulo por Accordão de 5 de Março de 1893 no agravo interposto pelo Doutor Ignacio de Mendonça Uchôa no inventario do finado Dr. Tamandaré, tendo sido iniciado o inventario no juizo da provedoria por ter o inventariado morrido testado e com herdeiros maiores, mandou que elle fosse passado para o juizo de orphãos por ter morrido uma das filhas, D. Georgina, casada com o Commendador Teixeira, deixando sobreviventes seo marido e tres filhas menores.

— Que não deve ser feito no juizo de orphãos, mas no da Provedoria, o inventario dos bens de uma testada que morre e os herdeiros são maiores, embora tenha morrido depois della a *mulher de um herdeiro* e tenha de transmittir, como socia da communhão do casal, a metade de seus bens e entre estes a metade dos bens que o marido herdeiro necessario da testada tenha de herdar, a seus filhos, nêtos menores da inventariada testada, porque, em quanto ha pai vivo, filho do defunto, nada tem que ver na successão os nêtos, filhos deste filho, só morto o pae, herdeiro necessario, são chamados os netos que, como filhos do defunto herdeiro, seo pai, passam pela representação a occupar o lugar do mesmo na successão (Ord. liv. 1 tit. 96 princ. e tit. 82 § 1.^o); que o herdeiro, morta a mulher receba seu quinhão como herdeiro necessario, sua legitima, e dê partilha della e dos mais bens de seu casal extincto aos filhos que ficaram, assim o julgaram o Supremo Tribunal de Lisbôa, na Gaz. Juridica, vol. 19, pag. 399 e Relação do Rio por Accordam de 19 de Julho de 1849 e Supremo Tribunal de Justiça do extincto Imperio por Accordam de 26 de Maio de 1886 no Direito, vol. XL, anno 14, de 15 de Julho do mesmo anno, pags. 373 e 374. Esta ultima sentença sustenta que o neto não é herdeiro do avô em quanto vivo fôr o pai (filho do avô); pelo que é da competencia do juizo da provedoria e não do de orphams a factura do inventario da avô, fallecida testada, posto que esse inventario comprehenda bens da herança deixada pela avô fallecida quando o neto era menor (Rev. civil n^o 10.449. Vide Direito, vol. 40, pags. 360 a 374).

§ 225

O Juizo dos Feitos do Estado, quando não se tiver dado começo ao inventario dentro de trinta dias por outro juiz competente, tem competencia para o inventario para haver o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

Lei nº 18 de 1891, art. 63 II d; decreto nº 123 de 1892, art. 124 § 4 nº 1 letra d. (74) Sent. do Supr. Trib. de Justiça de 4 de 1886 — Rev. civil nº 10490 — Direito vol. 41 nº 2, pags. 208 a 212 e art. 54 do Decreto Estadual nº 355 de 14 de Abril de 1896. Vide Aviso de 30 de Dezembro de 1880.

Esta competencia é excepcional; apparece como pena quando os juizes competentes se descuidam e já era consagrada no Regul. de 15 de Dezembro de 1860, aceitos os capitulos 3º e 4º pelo art. 44 do Decreto nº 5581 de 31 de Março de 1874 (Souza Bandeira, § 22 nº 6, nota 31 e § 303 nº 4).

§ 226

No districto federal os pretores processam os inventarios sempre que o valor exceder a 5:000\$000, ou ex officio ou a requerimento de parte.—art. 14 nº 6 do Decreto, nº 1334, de 28 de Março de 1893 regulando a parte civil

Em contrario outros sustentam que a partilha se deve fazer no inventario dos avós e não nos inventarios do pae ou mãe mortos. Accordão da Relação do Rio de 24 de Março de 1887 no Direito, vol. 43 nº 2 de 15 de Junho do mesmo anno, pags 233 e 234.

(74) Esta disposição, pondera Brasilio Machado, Organização Judiciaria do Estado (S. Paulo), é restricta á capital. Nas outras comarcas, não só fallecem aos juizes de direito attribuições de juizes dos feitos, como ainda seria inexequivel, si competencia houvesse: porque os juizes de direito, os mesmos individuos que, como juizes do civil, dos orphãos, da provedoria, deixassem de processar os inventarios e partilhas em que fosse devida a taxa, não tratariam, sem duvida de processar as mesmas causas, como juizes dos feitos—quando attribuição destes é supletiva da daquelles (pg. 212).

do Decreto n° 1030 de 14 de Novembro de 1890 e processam e julgam (75) os de inferior valor.

§ 227

Os inventarios e partilhas excedentes a 5:000\$ são julgados pelo Conselho do Tribunal.

§ 228

Na falta de testamento e de herdeiros orphãos ou interdictos devem o inventario e partilha ser feitos no juizo commum, mesmo havendo herdeiros *ausentes em parte incerta*, competindo ao Juiz dos orphams somente nomear Curador aos ausentes para por elles assistir ao respectivo inventario e partilha e depois arrecadar e administrar os bens que pertencem aos mesmos ausentes (Accordam da Relação de Porto Alegre, de 27 de Novembro de 1885, agravo de instrumento n° 288 — Direito, vol. 43 n° 2, de 15 de Fevereiro de 1887, pags 234 á 257). (76)

(75) Se no inventario houver questão de que se possa tomar conhecimento, ou por ser de direito ou quando, por ser de facto, admittir prova in *continenti*, o pretor mandará que as partes, sem prejuizo da marcha do feito, façam suas allegações, que serão appensas aos autos e decididas em occasião opportuna pelo juiz competente. Não pôde o pretor conhecer da acção de nullidade de testamento, quando mesmo arguida em inventario, cujo preparo e julgamento lhe compete: e não proseguirá neste caso nos termos do inventario, em quanto não fôr pelo juizo competente decidida a prejudicial. Nos casos de haver notificação para se fazer inventario e o notificado offerecer no prazo de cinco dias allegação ou embargos, o pretor, ouvida a parte contraria por outros cinco dias, concederá para prova uma só dilação de dez dias, que correrá desde a publicação do despacho em audiencia; e, finda a mesma dilação, será, pelo juiz competente, proferida sentença. A partilha se faz, no districto federal, por partidores nomeados a aprasimento das partes ou pelo escrivão do feito, se houver annuencia de todos os interessados, tomada por termo nos autos (Art. 14 do cit. Decr. n° 1334 de 1893 — §§ 1 a 5.º — Homologam os pretores as partilhas amigaveis, na sua alçada, excedendo as homologa o Conselho do Tribunal Civil.

(76) Na hypothese não podia haver arrecadação pois os bens ficaram em poder da mulher meicira, que, inventariante dos bens de seu finado marido, declarou existirem herdeiros todos maiores, entre estes um maior ausente em parte incerta.

§ 229

A arrecadação dos espólios dos estrangeiros, fallecidos no Brasil, compete ás autoridades estadoaes, de accordo com o Decreto n° 855 de 8 de Novembro de 1851, e a ellas cabe proseguir nos ultteriores termos até julgamento final.

A justiça federal, quer pela lei de sua organização, quer pela Constituição Federal, só pôde intervir em tal objecto quando houver recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 9 n° 11 da letra *b*,

Os herdeiros ausentes podem estar em parte certa, e sabida neste caso não ha questão, o herdeiro maior ausente é citado por precatoria e pôde representar-se por procurador, ou vir pessoalmente defender seus interesses e direitos. A questão controvertida é para o caso de ser o herdeiro maior ausente em parte incerta, não se sabendo se é vivo ou morto. Sustentam alguns que sempre que ha herdeiros ausentes em parte desconhecida, são estes ou devem ser equiparados aos menores, que pelo facto de ausencia e inscientes do fallecimento do *de cujus* e muitas vezes até da existencia de bens a partilhar, precisam da protecção legal da autoridade, para obviar o descaminho das quotas de taes herdeiros que pelo facto da ausencia e ignorancia do inventario devem ser tidos como incapazes, sendo injustificavel a não intervenção do juiz de orphaos quando se trata de resguardar o patrimonio daquelle que desapareceu de seu domicilio, sem que delle se tenha noticia, não havendo deixado procurador que o represente ou administre os bens ou mulher na pösse de seos bens, vendo-se que diversos praxistas equiparam aos menores, orphaos e interdictos os ausentes em parte incerta (Per. de Carvalho, § 1.º; Menezes, Juizos Divisorios, cap. 13 § 19; Cod. Orph. de Suzano, edd. de 1871 — nota 84; Didimo, annot. a Per de Carvalho, nota g ao § 1.º. Outros entendem que maiores auzentes não são orphaos, menores ou interdictos para que devão ser feitos o inventario e partilhas no juizo de orphaos; que os interesses e direitos do ausente em parte incerta não ficão descurados pela lei, pois ao juiz de orphaos fica competindo o direito e dever de nomear curador ao ausente para assistir ao processo de inventario e partilhas no juizo commum (T. de Freitas, art. 34 § 3 e 331). A Relação de Porto-Alegre firmou a regra: — Na falta de testamento e de herdeiros orphaos e interdictos devem o inventario e partilha ser feitos no juizo commum havendo herdeiros ausentes em parte incerta. (Dir. vol. 42 n° 2, pags. 234 a 257). Que o juiz de de orphaos não pode obrigar a fazer inventario havendo herdeiros maiores, posto que ausentes em parte incerta, se vê decidido no Aresto CXV — Auxiliar Juridico, C. Mendes, pag. 360.

do decreto n° 848, de 11 de Outubro de 1890 e do n° 2 do artigo 61 da Constituição.

(Officio do Ministerio dos Negocios da Justiça ao Ministerio das Relações Exteriores, 1 de Novembro de 1892. Direito, vol. 63 n° 3, pags. 414 e 415). (77)

(77) A legação portugueza pedio providencias no sentido de ser reconhecida á justiça federal a competencia em relação ao inventario e liquidação dos espolios pertencentes aos estrangeiros, e teve em resposta o citado Aviso de 1892. Fallecendo algum estrangeiro, cujos bens devam ser arrecadados pelo Juizo de Ausentes, podem dar-se tres hypotheses que alteram a forma do processo, diz Souza Bandeira, Nov. M. do Proc. dos Feitos, § 418: 1° Havendo convenção especial com a nação, a que pertence o finado, observa-se o direito convencional. 2° Em falta de convenção especial havendo reciprocidade ajustada entre a Republica e a nação do finado, o processo é o determinado pelo Decreto n° 855, de 8 de Novembro de 1851, reciprocidade que deve ser declarada por Decreto do Governo. 3° Em falta de uma e outra segue-se a regra geral do Decreto n° 2433, de 15 de Junho de 1859. Tivemos as seguintes convenções consulares: com a Inglaterra — vide Decreto n° 5333 de 24 de Janeiro de 1874 — convenção de 22 de Abril 1873; com Portugal — Decreto n° 6236 de 21 de Julho de 1876 — convenção de 23 de Fevereiro do mesmo anno; com a Italia — Dec. n° 6582 de 30 de Maio de 1877 — convenção de 6 de Agosto 1876 — Decr. n° 7727 de 9 de Setembro de 1880; com a Hespanha — Decr. n° 7054 de 26 de Outubro de 1878 — convenção de 15 de Julho do mesmo anno; com a França — Decr. n° 7110 de 3 de Dezembro de 1878, convenção de 25 de Outubro do mesmo anno; com a Suissa Decr. n° 7303 de 31 de Maio de 1879, convenção de 21 de Outubro de 1878; com a Hollanda Decreto n° 7459 de 30 de Agosto de 1879, convenção de 27 de Setembro de 1878; com a Allemanha, Decreto n° 8616 de 15 de Julho de 1882, convenção de 10 de Janeiro do mesmo anno; com a Belgica Decreto n° 9023 de 29 de Setembro de 1883; com o Paraguay Decr. n° 8234 de 28 de Junho de 1884. A Convenção de Portugal cessou em virtude da denuncia feita pelo Governo Brasileiro desde 21 de Maio de 1884, sendo substituida a convenção consular promulgada pelo Decreto n° 6236 de 21 de Julho de 1876 pelo Decreto n° 855 de 1851. Officio do Ministerio dos Estrangeiros de 21 de Maio de 1884—Avisos Circulares de 24 do mesmo mez e anno, e de 21 de Dezembro de 1888. As da Allemanha, França, Inglaterra, Hespanha, Italia, Hollanda e Suissa foram denunciadas pelo Governo Brasileiro por nota de 22 de Setembro de 1886 e seos efectos cessaram desde 22 de Setembro 1887 A convenção da Belgica foi denunciada a 4 de Julho de 1887 e seos efectos cessaram desde 4 de Setembro de 1888. Quanto a França o Decreto n° 10379 de 28 de Setembro de 1889 mandou applicar ás successões

§ 230

O inventario deve ser feito no lugar do domicilio do defuncto e as leis de successão estão sujeitas á influencia da lei nacional do *de cuius*; tendo o defuncto domicilio no estrangeiro ahi se abre a successão, devendo ahi dar-se a jurisdicção para um unico inventario, repel-

dos francezes fallecidos no Brasil as disposições do Decreto n° 855 de 8 de Novembro de 1851 a começar de 1 de Novembro de 1889 (Avisos Circulares de 3 de Outubro de 1889, n° 12 e 16), declarando o Aviso de 15 de Fevereiro de 1890 que houve accordo quanto ás successões abertas antes de 1° de Novembro de 1889, continuando a liquidação pela autoridade judiciaria ou consular que a houver começado. Quanto á Italia, o decreto de 30 de Março de 1889 (Aviso do Ministerio dos Negocios Estrangeiros de 4 de Abril de 1889 e officio Circular do Presidente de S. Paulo) manda applicar de 1 de Junho de 1889 ás successões dos subditos italianos fallecidos no Brasil as disposições do Decr. n° 855 citado de 1851, a que se refere o art. 24 (Vide Av. Circular de 30 de Abril de 1889). Quanto a Hespanha o Decreto n° 10323 de 27 de Agosto de 1889 manda applicar iguaes disposições ás successões dos hespanhóes fallecidos no Brasil. A convenção com Portugal foi substituída pelo citado decreto de 1851. A da Belgica expirou em 4 de Setembro de 1888. A convenção com o Paraguay terminou em 28 de Maio de 1890. O Decreto n° 2169 de 21 de Novembro de 1895 accieitando a proposta do Governo Suisso com a clausula de reciprocidade, manda que as successões dos cidadãos suissos fallecidos no Brasil, que se abrirem de 1 de Janeiro de 1896 em diante, sejam regidas pelas disposições a que se refere o art. 24 do Decreto n° 855 de 1851 e logo que cessasse o accordo que deo lugar ao decreto, as successões que estiverem em liquidação passarão para o regimen do Decreto n° 2433 de 15 de Junho de 1859, decreto este que o Governo de S. Paulo deo conhecimento aos Juizes de Direito por Circular de 30 de Novembro de 1895. (Vide Souza Bandeira N. Proc. dos Feitos, notas 463 e 464). Sobre arrecadação de bens dos estrangeiros leia-se o citado Novo Man. do Procurador dos Feitos e Decreto n° 3433 de 15 de Junho de 1859 e Decreto n° 855 de 1851.

Quando o fallecimento fôr de estrangeira casada com brasileiro, nenhuma intervenção tem os Consules, porque a fallecida tem ent o a nacionalidade brasileira (Av. n° 147 de 17 de Março de 1856.) Quando o estrangeiro fallecido tiver sido socio de alguma sociedade commercial ou tiver credores commerciantes de quantias dignas de attenção, procede-se na forma dos arts. 309 e 310 do Cod. do Commercio. Ao Juizo dos Ausentes e ao respectivo Agente Consular somente competirá arrecadar a quóta liquida que ficar pertencendo á herança, podendo o Agente Consular requerer o que fôr a bem da mesma. (Souza Bandeira, cit. nota 466 — art. 9° do cit. Decr. 1851.)

lida a jurisdição do lugar do fallecimento e o da situação dos bens, dependentes estes somente de avaliação por meio de cartas rogatorias. (Vide Officio do Ministerio das Relações Exteriores ao Ministro da Justiça, de 11 de Janeiro de 1895). (78)

(78) Transcrevemos verbo ad verbum os Avisos seguintes a respeito:

Resolve sobre o inventario e partilhas de bens sitos no Brazil ou em Portugal.

Ministerio da Justiça e Negocios interiores—Directoria Geral da Justiça — 1ª secção — Circular — Capital Federal, 24 de Novembro de 1893.

Não havendo accordo especial entre o Brazil e Portugal, que permita aos juizes de um dos dous paizes inventariar e partilhar bens sitos no territorio do outro, e devendo o inventario ser feito no lugar onde o individuo tinha os bens e domicilio, e não onde falleceu, rogo-vos providenciais afim de que as autoridades judicias desse Estado, observando rigorosamente a doutrina do aviso n. 33 de 12 de Julho de 1882, se limitem a inventariar e partilhar os bens existentes em seus termos, cabendo aos interessados constituir procuradores que requeiram a avaliação e partilha dos bens situados naquelle reino, e ficando as sentenças de formal de partilhas, dalli vindas, dependentes, como todas as sentenças estrangeiras, para terem aqui execução das condições estabelecidas no decreto n. 6982 de 27 de Julho de 1878, de accordo com os arts. 93 a 96 do regulamento n. 1334 de 28 de Março ultimo.

Saude e fraternidade. — *Fernando Lobo*. — Aos presidentes de Estado.

Rogatoria e sua devolução pelo ministro ao juiz deprecante por conter a mesma, materia exequivel e inexequivel.

Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. — Directoria Geral da Justiça. — 1ª secção. — Capital Federal, 15 Agosto de 1895.
Sr. Presidente do estado de S. Paulo.

Com officio de 10 de Junho ultimo, sob n. 687, o secretario dos negocios da justiça desse estado trasmitiu-me uma rogatoria pela qual o juiz de 1ª vara de orphãos de S. Paulo depreca providencias ás justicas de Portugal no sentido de proceder-se alli á arrecadação, avaliação e cautela não só dos bens pertencentes ao inventario de Antonio dos Santos Seabra, cujo processo corre perante a dita 1ª vara de orphãos, mas tambem dos que forem legados aos filhos do inventariado pelo prior José dos Santos, que acaba de fallecer naquelle reino.

Segundo os principios geraes de direito, reciprocamente admissiveis entre as nações cultas, que estabelecem a unidade das successões e, como consequencia, a dos inventarios e subseqüentes partilhas, tal rogatoria é exequivel apenas quanto á primeira parte, concernente aos bens que estão sendo inventariados no Brazil.

Para os fins indicados na segunda parte, que se refere ao espolio do prior José dos Santos, cumpre aos interessados constituir procurador no juizo do respectivo inventario para promover e resalvar os seus direitos, uma vez que os bens não estão situados no Brazil, nem tampouco se trata de diligencias que importem a decisão de alguma causa processada no fóro do brasileiro, nos termos dos avisos circulares do ministerio a meu cargo de 14 de Novembro de 1865 e 5 de Dezembro de 1882.

Nesta conformidade, restituo-vos a mencionada rogatoria afim de que o juiz deprecante a reduza á materia propria desse instrumento.

Outrosim, communico-vos que o Ministerio das Relações Exteriores, a cujo conhecimento levei o caso occorrente, recommendou ao respectivo consul brasileiro que, verificada a existencia de menores brasileiros interessados no inventario do referido prior, tomasse as providencias necessarias para acautelar os seus direitos, até que elles se façam representar devidamente em juizo.

Saude e Fraternidade. — *Gonçalves Ferreira.*

Manda dar andamento á carta rogatoria expedida pelas justiças de Portugal para nomeação de louvados e avaliação de bens.

2.^a Secção n. 4 — Ministerio das Relações Exteriores — Rio de Janeiro, 11 de Janeiro de 1895.

Sr. Ministro. Com o aviso n. 1.159 de 7 do mez findo, devolveis a este Ministerio a carta rogatoria expedida pelo Juiz de Direito da 6.^a vara civil da comarca de Lisboa as justiças desta cidade, a requerimento de D. Joaquina Santos Lima de Arriaga Nunes para nomeação de louvados e avaliação de bens pertencentes ao inventario a que se procede por morte do Dr. Manoel de Arriaga Nunes.

Deixando de encaminhal-a ao seu destino ponderastes que tratando-se de avaliação de bens que vão ser partilhados, mórmente de bens constituídos por immoveis, tendes duvida em conceder á dita carta o *exequatur* exigido pelo art. 12 § 4.^o da lei n. 221 de 20 de Novembro ultimo, porquanto, segundo a doutrina do aviso n. 33 de 12 Junho de 1882, na qual insistiram a circular de 24 de Novembro de 1893 e o aviso de 11 de Outubro de 1894, não sendo permitido ao juizes de um paiz, salvo accordo especial, inventariar e partilhar bens situados no territorio do outro, cabe ao alludido Juiz de Direito mandar que os interessados constituam procurador para requerer avaliação e partilha dos bens situados na Republica.

Entretanto declarastes que, si algum motivo ponderoso de interesse internacional se impõe para o cumprimento da dita rogatoria, providenciareis para tal fim.

Peço licença para discordar do vosso modo de decidir sobre o assumpto que nos occupa.

O patrimonio do defunto, sua successão ou herança, é um todo juridico, uma universalidade de direito, *universitas juris*; determina um *judicium universale* ou acção universal. Tem intima e immediata connexão com a pessoa do defunto, quer quanto á capacidade de transmissão dos bens, quer quanto aos direitos de familia que limitam essa capacidade. Dar-lhe por séde o logar em que se encontram ou todos os bens que o compõem, ou a maior parte ou a principal, é puramente arbitrario; dar-lhe tantas sédes quantos os logares em que se encontrassem suas diversas partes seria, além disso, multiplicar, como se exprime Pacifici Mazzoni, a personalidade do defunto, admittir outros tantos *universum jus*, ou imaginar um unico *universum* logicamente concebivel em um estado errante. Por essa razão é menos accetavel o *quot territoria tot patrimonia*, já repellido do direito da fallencias pelo decretos n. 6.982 de 27 de Julho de 1878 e n. 917 de 24 de Outubro de 1890.

A successão que abre o inventario e provoca a partilha é uma e universal; o inventario e a partilha devem ter tambem essa unidade.

Obrigar a tantos inventarios e partilhas quantos os logares da situação dos bens é perturbar o que constitue a essencia e efficacia juridica do juizo *familiae eriscundae*, suggerir conflictos de legislação de character internacional e de jurisdicção interestadual.

O aviso circular de 24 de Novembro de 1893, revigorando a doutrina do aviso n. 33 de 12 de Junho de 1882, não póde regularmente ser mantido.

Considerem-se, deixando de parte as questões, que a nomeação de inventariante póde suscitar; as difficuldades que embarçarão o principio da igualdade das partilhas, a necessidade de evitar a continuação de um estado de indivisão pela formação de condomínios, os obstaculos á effectividade das collações, a multiplicidade das tornas e compensações, a verificação da inofficiosidade dos legados e ver-se-ha que a pluralidade de inventarios e de partilhas destôa dos intuitos das regras de direito que submettem a successão á influencia da lei nacional do *de cujus* e ao domicilio a abertura della, repellido a jurisdicção do logar do fallecimento e a da situação dos bens.

Até 1882 foi dado cumprimento ás rogatorias da especie da devolvida e os interesses da soberania e os fiscaes, salvos raros equívocos, nunca ficaram desamparados.

A' execução das sentenças estrangeiras de partilhas precede o *cumpra-se* ou a homologação do Supremo Tribunal Federal, órgão da soberania territorial; á real transferencia dos bens o pagamento do imposto de transmissão de propriedade *mortis causa*; o que está perfeitamente acutelado na legislação anterior á lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894 e por ella foi mantido.

Ainda accresce que o aviso n. 33, de 12 de Junho de 1882 é contemporaneo da unicidade da legislação formal, ao passo que hoje aos Estados compete legislar exclusivamente sobre o direito processual do qual fazem parte os juizos divisorios.

Pedindo a vossa attenção para este assumpto, espero que dareis andamento à rogatoria devolvida e que de novo vos apresento, modificando-se assim a pratica inaugurada pelo citado aviso n. 33, de 12 de Junho de 1882 e apadrinhada no actual regimen politico pela circular de 24 de Novembro de 1893.

Saude e fraternidade—*Carlos de Carvalho*—Ao sr. ministro de Estado da Justiça e Negocios Interiores.

O inventario do estrangeiro fallecido em seu paiz e com bens na Republica, deve ser feito no lugar de seu nascimento e fallecimento; aquelles bens devem ser avaliados por carta rogatoria que deve ser cumprida pelo juiz, (Direito, vol. 18, pag. 474), sendo competente o juiz de seu paiz para iniciar e concluir o inventario — Rev. n.º 9362, recorrente Joaquim Antonio da Silva Ferreira e recorrida a Meza da Irmandade da Santa Casa de Misericordia do Porto. A successão deve reger-se, qualquer que seja a situação dos bens, pela lei do domicilio do fallecido (Savigny, §§ 360 a 368; Foelix., Direito Internacional, n.º 90), pois que o domicilio determina a séde juridica das pessoas para saber-se as leis civis que regulam os seus direitos. Regulam-se pelas leis estrangeiras—art. 3. § 3 do Regul. n.º 737 de 25 de Novembro de 1850; lei n.º 1096 de 10 de Setembro de 1860, art. 1.º, dispõe que o direito que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros, sem ser por serviço de sua nação, poderá tambem ser applicado ao estado dos filhos destes mesmos estrangeiros nascidos na Republica, durante a menoridade somente, sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pela Constituição, confirmam a regra de que o direito de successão se rege pelo direito civil do *de cujus*.

E' justo que se transcreva nesta nota a Sent. do Supremo Tribunal Federal de 3 de Março de 1894, no agravo civil n.º 57, Direito, vol. 64 n.º 3, pags 326 a 330, sobre applicação do direito civil do *de cujus* em materia de successão e relativamente á competencia da justiça federal para conhecer das questões relativas á successão dos estrangeiros, dando intelligencia dos arts. 60 letra *h* e 61 § 2 da Constituição Brasileira, 9 n.º 11, letra *b* da Lei, n.º 848, de 11 de Outubro de 1890 e 25 do Decreto, n.º 1336, de 28 de Março de 1893.

AGGRAVO CIVEL N. 57

Aggravantes—*Dr. Antonio da Silva Canelhos e Antonio José Ferreira Alegria.*

Aggravado—*O Juizo Seccional.*

SENTENÇA

Vistos e relatados os presentes autos de agravo em que o Dr. Antonio da Silva Canelhos e Antonio José Ferreira Alegria, aggra-

varam da sentença do juiz seccional, rejeitando a excepção de incompetencia pelos mesmos apresentada na causa de nullidade de testamento e petição de herança, em que são réos com D. Clara Rosa de Jesus e D. Maria Rosa de Jesus, e autores D. Joanna Nepomuceno de Menezes e seu marido João Machado da Silveira Menezes e D. Maria das Dores Sillos, considerando: que, de accordo com art. 3º § 3º do regulamento de 1850 regulam-se pelas leis e pelos usos commerciaes dos paizes estrangeiros a questão de estado dos estrangeiros; que a lei n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, art. 1º, dispõe que o direito que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros ahí residentes, sem ser por serviço da sua nação poderá ser tambem applicado ao estado civil dos filhos destes mesmos estrangeiros nascidos no Imperio, durante a menoridade sómente, sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pela Constituição no art. 6º; que consequentemente se conclue destas disposições vigentes e applicaveis à hypothese em discussão que as leis e usos dos paizes estrangeiros regulam, não só o estado civil dos estrangeiros residentes no Brazil como o dos filhos menores desses mesmos estrangeiros, ainda que nascidos no Imperio; que, assim sendo, indifferente seria que as autoras D. Joanna de Menezes e D. Maria de Sillos, fossem ou não brasileiras para justificar a legitimidade da successão, uma vez provado o direito; que, no entanto, tal hypothese não se verifica por que ambas as autoras, filhas naturaes de paes portuguezes, casaram ainda menores sob o regimen do direito paterno e com todas as formalidades legaes sendo que a primeira dellas, D. Joanna de Menezes, contrahio alliança com individuo de nacionalidade tambem portugueza; que pela natureza do objecto desse pleito o direito de successão, e em virtude das disposições legaes citadas, se rege pelo direito civil do *de cuius*, constituindo consequentemente uma questão de direito internacional civil privado, affecto pela Constituição Brasileira á justiça federal, art. 60; que á mesma conclusão se chega pelo art. 9º n. 11 letra *h* da lei, n. 848, de 11 de Outubro de 1890, que regulando a competencia de cada um dos orgãos da justiça federal deñrio ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de julgar em gráo de recurso e ultima instancia « as questões relativas a successão de estrangeiros, quando o caso não fór previsto por tractado ou convenção » e no art. 15 letra *a* deu competencia aos juizes de seccão para processarem e julgarem as causas em que alguma das partes fundar a acção ou defesa em disposiçãõ da Constituição Brasileira, caso que se verifica nesta hypothese, em que as autoras invocam em seu favor o preceito constitucional do art. 60 letra *h*, por se tratar de uma questão de direito internacional civil privado, conforme o regulamento de 1850 e a lei de 10 de Setembro de 1860; e mais, considerando, que não póde ser invocada em favor dos aggravantes a disposiçãõ da Constituição, art. 61 § 2º, cujo objecto não é o mesmo, é pelo contrario diverso do previsto pelo citado art. 60 letra *h* da mesma Constituição, referente este ao direito civil internacional na sua generalidade comprehensiva do estatuto pessoal de estrangeiros, como por exemplo, o das relações de direito ás suas successões ou

heranças, ao passo que aquelle é concernente ao estatuto real sobre o seu espolio, como, por exemplo a sua arrecadação e cobrança de impostos por effeito da *lex rei sitae*, sujeita ás exigencias da legislação commum do logar em quem os bens existiam, salvo havendo tractado ou convenção, que disponham o contrario, as justiças ordinarias dos Estados podem conhecer de taes questões de estatuto real sobre espolio de estrangeiros, mas com o recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal; disposição diversa da outra do citado art. 60 letra *h*, sobre a successão de estrangeiros, pelo seu estatuto pessoal, como os nossos praxistas implicitamente os distinguem por outros termos (Gouvêa Pinto, *annot.* de Macedo Soares) provindo da diversidade dellas a sua regulação, como foi feita nos alos artigos da Constituição; conclue-se:

a) que não ha contradicção entre elles, visto regerem assumptos differentes ou inassimilaveis;

b) que subordinado a esta interpretação da Constituição na especie dos autos, deve ser entendido o art. 9 n. II, letra *b*, da lei n. 848 de 11 de Outubro de 1890; e

c) que o art. 25 do decreto n. 1.336 de 28 de Março de 1893, sobre a alçada de juizes ou tribunaes ordinarios, como a Camara Civil, não lhes dá competencia para conhecerem de causas privativas, de outras jurisdicções privativas como as da Justiça Federal, seja qual fôr o valor dessas causas e caibam ou não naquella alçada, pela razão de serem causas privativas e, portanto, excluidas daquella competencia commum ou ordinaria. Pelo que tudo e o mais que consta dos autos, accordam em negar provimento ao agravo, condemnando nas custas os aggravantes.

Supremo Tribunal Federal, aos 3 de Março de 1894. — *Aquino e Castro*, vice-presidente. — *C. Bara'a Ribeiro*, relator. — *Pereira Franco*. — *Pisa e Almeida*. — *José Hygino*, de accordo com a conclusão. — *Macedo Soares*. — *Ovidio de Loureiro*, vencido. — *Andrade Pinto*, vencido por julgar que na especie dos autos a competencia é do juiz local.

A circumstancia de se dever applicar ao caso as regras do direito internacional privado, como sustentou o accordão, não basta para firmar a competencia da Justiça Federal, pois, tanto esta como a local applicam as ditas regras *commune preceptum*, nos termos do art. 3º do regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850 e mais disposições em vigor.

E' indispensavel que o litigio agite um caso *casus foederis*, que é o criterio seguro, unico, para distinguir as duas jurisdicções.

A Constituição conferio, é certo, no art. 60 letra *h*, á Justiça Federal o conhecimento das questões de direito internacional criminal ou civil, mas abriu logo uma excepção no art. 61 a respeito do espolio do estrangeiro não regulado por convenção ou tratado, determinando que continue a pertencer o seu conhecimento á justiça local com recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal.

Assim, muito embora as questões de direito internacional privado sejam devolvidas á Justiça Federal, continúa na justiça local

a competencia para arrecadação, inventario e successão do estrangeiro, ficando os interesses internacionaes que naquelles actos possam estar envolvidos, sob a tutela do mais elevado tribunal da União, para o qual podem os interessados interpôr seus recursos.

Nestes actos podem suscitar-se e frequentemente suscitam-se questões de direito internacional privado, como o estado de pessoa, a capacidade hereditaria, o direito de representação e outras, que são reguladas por aquelle direito sem que esta circumstancia modifique de modo algum a competencia da justiça local, consagrada mesmo na Constituição.

Portanto, longe da antinomia, os dous artigos se completam: em um está a regra geral, no outro, a excepção. Demais, as questões de direito internacional privado a que allude o primeiro desses artigos, são as questões principaes, as que constituem mesmo a substancia da acção e não os incidentes, que podem occorrer em qualquer instancia.

São, pois, as questões em que para voltarmos á locução propria, possa surgir algum *casus foederis*, por exemplo a extradicação de criminosos, a execução e effeitos dos julgados estrangeiros, civis ou penaes. Si o art. 6o pudesse estender-se aos incidentes de qualquer causa, desde que nelles se aventasse alguma questão de estado ou outra pertencente ao dominio do direito internacional privado, então a competencia geral seria da Justiça Federal, pois que, em quasi todas as causas especialmente nas commerciaes, são frequentes taes questões, e nesse caso, devolver-se-hiam sempre essas causas, em razão de seus variados incidentes, ao conhecimento da Justiça Federal contra a letra e o espirito da Constituição, que lhe assignalou uma jurisdicção restricta e improrogavel.

Estas considerações augmentam de valor desde que se considere que a nossa Constituição afastou-se sensivelmente, neste ponto, das constituições americana e argentina, porquanto, ao passo que estas estabeleceram a competencia federal sempre que uma das partes em litigio fosse estrangeira, a nossa não cogitou, antes rejeitou semelhante idéa, firmando a competencia federal nos factos expressos no art. 6o, isto é, antes na natureza dos actos do que na qualidade das partes, o que claramente consta da exposição de motivos que precedeu o decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, organisador da Justiça Federal.

Estão ahí escriptos os seguintes conceitos, que grande luz deram sobre o caso julgado — « Mais liberal do que a propria organização americana » (lê-se naquelle documento) o decreto restringe a jurisdicção civil da Justiça Federal, ampliando correspondentemente a esphera da competencia da justiça territorial. E' assim que segundo a lei americana, todos os litigios, qualquer que seja o seu character, suscitados entre cidadãos de diversos Estados, são sujeitos ao julgamento dos juizes federaes; no entanto que entre nós, de accordo com a melhor doutrina e dando mais amplitude á esphera de acção do poder local, essas causas, quando não envolvem ques-

§ 231

A mulher brasileira que se casa com um subdito estrangeiro, residente no Brazil, adquire a nacionalidade do marido, ficando sujeita ao estatuto pessoal do mesmo. As questões de estado oriundas do casamento devem ser reguladas entre elles pelas leis do paiz de sua nacionalidade.

Accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo de 26 de Março de 1895 — Gaz. Juridica do Estado — vol. 9 n° 1 — anno III, pags. 16 a 30. (79)

§ 232

A naturalisação do marido importa a da mulher e a dos filhos menores que com elle vivem, sem comtudo

t.es, que pela sua natureza devam pertencer á alçada da justiça nacional, recahem sob a privativa jurisdição local.

Está ahí bem positivamente assignalada, como principal característico do regimen adoptado, a co-existencia de um poder judiciario local, cada um desenvolvendo a sua acção dentro da respectiva esphera de competencia, sem subordinação, porque ambos são soberanos, e sem conflictos, porque cada um conhece a natureza diversa dos interesses, que provocam a sua intervenção. Taes foram as idéas que animaram o decreto n. 848, como ainda depois animaram a Constituição, a qual apenas copiou, na formação do poder judiciario federal, o que se achava disposto no projecto constitucional, base daquellie decreto que é por isso o melhor interprete da mesma Constituição, nesse ponto.

Por estes motivos votei pelo provimento do agravo, para que o juiz *a quo* declinasse de uma competencia, que não lhe pertence nem pela Constituição nem pela lei ».

(79) Decidio o Tribunal no agravo cível, n° 530, de Guaratinguetá que, sendo o casamento contrahido entre portuguez e brasileira, sem estipulação alguma quanto aos bens, dá-se a communhão, nos termos da lei portugueza, ficando, por mórte do marido, a viuva na posse do casal até as partilhas.

Não podendo o juiz brasileiro privar a viuva da posse dos bens pelo facto de ser o marido maior de 60 annos quando casou-se. (art. 58 § 2 do Decreto n.º 181 de 24 de Janeiro de 1890).

Cita o Accordam Pim. Bueno — Direito Internacional Privado n° III, art. 2º da Lei n° 1096 de 10 de Setembro de 1860 e art. unico do Decreto n° 3.509 de 6 de Setembro 1865 e art. 24 do Cod. Civil Port. que diz: os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes ao seo estado.

poder derogar os efeitos ou direitos adquiridos pelo casamento anterior, não podendo ter efeito retroactivo.

(Pim. Bueno — Dir. Intern. Privado, pag. 40). (80)

§ 233

O viuvo ou viuva, que tem filho de conjuge fallecido, não poderá recasar em quanto não fizer inventario

(80) Na Rev. Juridica do Estado, anno II, vol. V n^o 1, pags 5 a 13, vê-se um parecer interessante relativamente aos esposos Jacques Boudoussier e Seraphina Villaret, de nacionalidade franceza, casados em França, sob contracto feito em Montpellier, que se mudaram para o Brasil, capital do Espirito Santo, fallecendo Boudoussier, deixando um herdeiro maior e bens adquiridos na constancia do casamento, sendo consultado o Dr. J. Monteiro sobre a legislação a applicar: a brasileira ou franceza, no caso de ter conservado a sua nacionalidade e no de ter accettato a grande naturalisação estabelecida pelo Decreto n^o 58 A de 14 de Dezembro de 1889 e quaes os efeitos da naturalisação relativamente á condição da mulher e filhos e regimen de bens na sociedade conjugal. Nós seguimos a opinião de que a naturalisação grande produz os mesmos efeitos da pessoal ou singular (Laurent., Dir. Civ. Intern. III, 184); mas não admittimos a opinião de que produza o efeito derogatorio dos pactos matrimoniaes e regimen de bens ao tempo do casamento com offensa de direitos adquiridos e quando são inalteraveis as convenções antenupciaes expressas ou tacitas.

O estatuto pessoal do marido exerce influencia sobre esta materia, como diz Pim. Bueno cit. n^o 117, pag. 64; mas, si o marido naturalisando-se muda seo estatuto pessoal, jamais pôde produzir o efeito de alterar os pactos expressos ou tacitos matrimoniaes. O estatuto pessoal do marido deve ser o unico regulador das convenções matrimoniaes, mas ao tempo do matrimonio; não deve a naturalisação produzir efeitos com retroactividade offendendo direitos adquiridos. Ha tres escolas: a primeira que se chama *realista* que sustenta com Argentré e Story que os bens dos conjuges quanto ao regimen estão sujeitos á lei do lugar da situação, principalmente os immoveis, principio adoptado pela *common law* pela Inglaterra e Estados Unidos; a segunda que se diz ter mais sectarios, dever os bens conjugaes constituir uma unidade patrimonial regulada por principios uniformes; pois, ao contrario, dar-se-ha fraccionamento do patrimonio em tantos patrimonios sujeitos á leis diversas, tanto quanto os immoveis situados em paizes diversos. Que o patrimonio deve ser sujeito á lei do domicilio do marido, isto é, do domicilio conjugal. A escola italiana se approxima desta escola, mas dá preferencia á lei nacional do marido. A mudança de nacionalidade não influe sobre o regimen conjugal dos bens. G. Grasso — Dir. Intern. Publico e Privado, pags 248 á 250.

dos bens do casal; se casarem com infracção dessa disposição do art. 7º § 9º da Lei nº 181 de 24 de Janeiro de 1890, perderá, em proveito dos filhos, duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, se o tivesse feito antes do seguinte casamento e o direito á administração e ao usufructo dos bens dos mesmos filhos (art. 99 da citada lei).

Na expressão inventario se comprehende a partilha e deve preceder acção e sentença julgando a perda das duas terças partes dos bens. Deixa de prevalecer essa disposição não havendo bens provando-se com a declaração de duas testemunhas maiores. (Aviso do Ministerio da Justiça de 14 de Janeiro de 1891 nº 2, Decisões do Governo do Estado de S. Paulo, nº 138 de 23 de Julho de 1850 e nº 639 de 21 de Julho de 1894 -- Officios nº 602 de 17 de Maio de 1893 — 21 de Agosto e 10 de Setembro de 1890; Clovis—Direito da Familia, pag. 478, §§ 13 e 76, dizendo: *o edicto legal fere indistinctamente a qualquer dos conjuges, desidiioso em partilhar a fortuna do casal, posto que soffrega por contrahir novo consorcio*. Em contrario julgou o juiz de Batataes nos autos de appellação nº 829, em 8 de Maio de 1895, opinando: *bastar a descripção fiel e exacta de todos os bens possuidos pelo defunto ao tempo de sua morte* (Ord. liv. 1 tit. 88). Vide Gaz Jurid. do Estado, vol. 7, pag. 135.

§ 234

A mulher viuva, ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, não poderá se casar, salvo si depois desta ou daquella e antes do referido praso, tiver algum filho. Se infringir essa disposição do art. 7º § 10 da Lei nº 181 de 1890, não poderá fazer testamento nem communicar com seu marido mais de uma terça parte dos bens presentes ou futuros. (Art. 100 da cit. lei; Officio do Governo de S. Paulo de 20 de

Agosto de 1890; arts 223 do Cod. Civil Francez; 45 § 2º, hespanhól; 58 italiano — Vide Clovis — Direito da Família, pags. 87 e 89 e art. 99 da lei argentina).

§ 235

Na falta de contracto antenupcial, os bens são reunidos communs desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consumado. Esta próva não será admissivel quando tiverem filhos anteriores ao casamento ou forem concubidados antes delle ou este houver sido precedido de raptó (Art. 57 da cit. lei nº 181 de 1890). (81)

(81) Consulte-se a lei citada sobre a communhão ou não communhão de bens—artigos 57, 58 e 59. Nos casos em que a lei nega a communhão, os bens são considerados dotaes. Os bens da viuva quinquagenaria que se casa, tendo filhos do primeiro consorcio, não se communicam com os do segundo marido. Nessa separação de bens, por força da lei, está tambem incluída a terça que não se comunica. Se o segundo marido vem a fallir, não podem esses bens ser arrecadados como pertencentes á massa. A' essa arrecadação pode a quinquagenaria oppor-se com embargos de terceira senhora e possuidora (Accordão do Trib. de Justiça de S. Paulo de 7 de Agosto de 1894 — Gaz. Juridica do Estado — vol. VI, nº 1, pag. 78, agravo, nº 372 da capital, aggravante D. Delphina da Cunha Bueno e a massa fallida de Jo. o de Oliveira Guimarães).

ACCÓRDAM

Accordam em Tribunal:

Que, feito o sorteio de juizes adjunctos e relatorio do estylo, bem discutida a materia exposta do agravo baseado no art. 150 § 4º do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, dão provimento ao agravo interposto por termo de fs 34 v. *in fine* para reformar, como reformam, a sentença de fs. 33 v. a fs 34 que julgou improcedentes os embargos de terceira senhora e possuidora de fs 4 a fs 6, oppostos pela aggravante D. Delphina da Cunha Bueno, representada por seu curador Joaquim da Cunha Bueno, e, mandando depositar os bens reclamados e arrecadados na massa fallida de Joao de Oliveira Guimarães, unico representante da firma Guimarães, & Comp., remetteu a referida aggravante para os meios ordinarios, e mandam que os bens reclamados, 1107 acções da Companhia de Vias Ferreas e Fluviaes e 15 predios na cidade de Limeira, arrecadados como bens daquella massa fallida, sejam entregues á aggravante, senhora e possuidora delles como bem o provou com os documentos de fs 12 *usque* fs 23.

Assim julgam, pois dos autos se prova que a aggravante, viuva por obito de Thomaz da Cunha Bueno, tendo um filho de seo primeiro matrimonio, contrahiui, sendo maior de cincoenta annos, segundo casamento com o fallido João de Oliveira Guimarães e assim, em face da lei, casou-se com separação de bens que possuia ao tempo em que se concertou casar em face da expressa disposição da Ord. Liv. 4.^o tit. 105, que dispõe n.º o haver absoluta communhão de bens nem da terça dos bens da quinquagenaria com os do segundo marido, tendo filhos do primeiro consorcio, conferindo somente á mulher a faculdade, de testar da terça dos bens á vontade, faculdade que seria restringida ao terço da terça desde que se dêsse a communicação da metade da terça parte dos bens e assim entende o insigne Mello Freire, interpretando a citada lei, quando diz: *Ea vero bona, quæ mater jam habebat tempore secundarum nuptiarum, vel quæ postea ab adscendentibus, descendantibusve quovis titulo adquisivit, non communicantur neque de eis disponere potest inter-vivos vel mortis causa, tertia excepta, quæ in legitimam non computatur. Tertia bonorum uxor libere potest disponere: quam nimirum facultatem non haberet, si cum marito communis foret* (Mello Freire, Instit. Jur. Civ. Luz Liv. II, tit. VIII § 12; Themudo, decisão 328; Guerreiro, *de divisionibus*, trat. 2.^o, liv. 6.^o cap. I, n. 110 e seguintes; Lobão, Notas a Mello, tomos II pag. 358 e IV, pags. 394 e 395; Aresto da Casa da Supplicação de 12 de Dezembro de 1647; Repert. das Ords. verb. — *marido e mulher s.º meeiros em seus bens*, nota c; Accórdam da Relação do Rio, de 21 de Setembro de 1876 e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1877, revista civil n.º 9160, Direito, vol. 15 n. 1, anno VI, de 15 de Janeiro de 1878, pag. 81; Cod. Philippino, pag. 1014).

Desde que a Ord., presuppondo o casamento feito, concede á quinquagenaria a faculdade de dispor da terça em testamento, é claro que essa faculdade não existiria desde que houvesse a communicação da terça, pois não poderia dispor sinão da terça desta.

A observação de Lafayette, Direito de Familia, § 64 n. 1, nota 2.^a, é de improcedencia manifesta; porquanto a contraposição á idéia contida na proposição anterior seria um absurdo, visto que, em hypothese alguma, ainda não se casando a quinquagenaria, ella poderá dispor para depois de sua morte de mais do que a terça.

Não ha paradoxo: porquanto, quando o casamento se effectua com absoluta exclusão de bens por contracto, a livre disposição destes por qualquer dos esposos não implica a necessidade ou possibilidade de communicação e esta exclusão de bens é o que se verifica nos termos da Ord. Liv. 4.^o tit. 105 (Direito, vol. 23 n. 1, de 15 de Setembro de 1880, pag. 20).

Accresce que, na controversia das opiniões: da communhão geral seguida por Pegas sem sequito, da exclusão absoluta da communhão e da communicação da terça, veiu a lei novissima n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, que não veiu só estatuir direito novo como derimir duvidas, e acceitou a solução dada pelo insigne Mello, como jurisconsulto, sustentando a logica interpretação da Ord. Liv.

§ 236

No caso de não apparecerem interessados a habilitar-se como legitimos successores e herdeiros dos defuntos intestados, o juiz de ausentes, lavrados os termos neces-

4.^o tit. 105; e, quando as leis novas se ligam ás leis mais antigas, ellas se interpretam umas pelas outras conforme sua intenção commum todos os pontos que as ultimas nada têm de contrario ás primeiras. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahuntur* l. 26 *sed et posteriores leges Dig. de legibus; ad priores pertinent, nisi contrariae sint* (l. 28).

A citada lei de 1890 nega communhão á maior de 50 annos que se casa, seja solteira ou viuva, tenha filhos ou não, dispondo com maior amplitude e não se diga que a lei nova tem odio dos casamentos na velhice e a Ord. liv. 4.^o, tit. 105 por intenção o favor dos filhos do primeiro casamento, pois na amplitude da disposição da lei n. 181 citada se comprehende tambem o favor dos filhos da viuva quinquagenaria que se casa.

Mandam, portanto, reformada a decisão aggravada, que á terceira embargante aggravante sejam entregues os bens reclamados, excluindo-os da arrecadação da massa fallida aggravada que pagará as custas.

S. Paulo, 7 de Agosto de 1894.

Souza Lima, presidente. — *Ferreira Alves*, relator designado. *Xavier de Toledo*: vencido. Votei com fundamento na Ord. Liv. 4.^o tit. 105, onde se estatue que a mulher viuva quinquagenaria, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não pôde dispor por titulo algum das duas partes dos bens que tinha quando concertou de se casar, podendo somente dispor da terça.

O direito de communicar esta comprehendido no direito de dispor—é uma derivação deste e presuppõe a faculdade de poder alienar uma vez que a citada Ord., usando de phrase adversativa, deve ser entendida segundo a regra de interpretação contida no Dig. Liv. 1.^o tit. 3.^o frag. 19, onde diz Celsus « *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quae vicio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc passit.* »

Vencido neste ponto de direito, e uma vez que a Ord. Liv. 4.^o tit. 105 veda que a quinquagenaria possa alienar os dous terços, negando-lhe o dominio com os seus consecrarios — *jus utendi, fruendi et abutendi*, — sendo considerada méra usufructuaria obrigada á caução — *de bene utendo* — entrei em duvida si ella podia figurar como terceira embargante senhora e possuidora.

Oliveira Ribeiro. — *Brottero*, vencido: entendo que a terça dos bens da viuva binuba quinquagenaria communica-se, e assim se tem interpretado geralmente a Ord. Liv. 4.^o tit. 105 — como attesta Teixeira de Freitas, Consolid. das Leis Civis art. 163, n. 6 — e Valasco, Consulta 103, n. 10 — dizendo — *ita vidi saepe judicatum.* — *Pinheiro Lima*. — *Canuto Saraiva*.

sarios por que conste claramente haverem-se praticado todas as diligencias legais, com audiencia dos representantes da fazenda nacional e estadual, julgará por sentença vacantes e devolutos á Nação (União) os bens das heranças (Art. 51 do Decr. de 15 de Junho de 1859). (82)

(82) Se ao paiz de origem ou do *de cujus* ou ao da situação dos bens compete a successão no caso de tornar-se vaga a herança, tem sido assumpto de reclamações diplomaticas, sustentando os nossos ministros de relações exteriores que a lei nacional preceitua a devolução á Fazenda Publica do paiz em que se deo o fallecimento, verdadeiramente não succedendo, mas arrecadando e fazendo seos os bens vagos, os bens que não tem dono, exercitando acto de soberania; e, desde que se trata de soberania, o estatuto é real e, dado o conflicto de legislação, prevalece o systema de occupação ou da situação dos bens. (Relatorio ultimo do Ministro Carlos de Carvalho). Nesse relatorio se allude á herança de Nicola Tarsia recolhida á collectoria de Campinas e reclamada pelo Ministro da Italia Cav. Aldo Nobili. Por nosso direito, na falta de descendentes, ascendentes, collateraes, conjuge, herda o fisco ou thesouro nacional (União). O Senr Pimenta Bueno, Dir. Intern. Privado, pag. 78, n° 144, diz: fallecendo um estrangeiro que tem bens no territorio e que por sua lei pessoal não tem herdeiros quanto á successão pelo thesouro brasileiro ou fisco estrangeiro, póde haver boas razões para uma e outra solução; o melhor principio, porem, o mais generoso será o de reciprocidade e sem differença de moveis ou immoveis. O principio devia ser: — a nacionalidade de cada individuo é tambem seu herdeiro legitimo na falta de anterior ou mais graduado successor. Já tratamos da questão: se se deve devolver os bens ao thesouro federal ou ao dos Estados. Em S. Paulo o Congresso do Estado em suas leis de orçamento tem comprehendido esses bens como devolvidos ao Estado e não á União; a lei d'Orçamento de 1° de Agosto de 1891, art. 29, determina que fica incorporada á legislação do Estado o decreto geral n° 2433 de 15 de Junho de 1859; mas a lei n° 221 de 20 de Novembro de 1894 firma o direito da União a esses bens mandando intervir em taes processos perante as justicas estadoaes o Procurador da Republica, seos adjuntos e auxiliares; a lei n° 1334 de 28 de Março de 1893, incumbindo aos pretores a arrecadação dos bens de defuntos, ausentes e vagos, manda ouvir os procuradores seccionaes e julgando-se vacantes os bens e devolutos á nação communicar aos juizes seccionaes para fazer-los incorporar ao patrimonio nacional. Vide Sent. do Sup. Trib. de Justiça Federal, de 26 de Julho de 1893, Direito, vol. 62 n° 3, pag. 347 a 350, que transcrevemos.

SENTENÇA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de conflicto de jurisdicção positiva, entre partes o juiz seccional do Estado de Minas

Geraes e o juiz de direito da comarca de Ouro-Preto, no mesmo Estado, suscitado a requerimento do respectivo procurador seccional. Julgam ser incontestavel a competencia da justiça estadual para funcionar em todos os actos, desde a arrecadação dos bens de defunctos e ausentes até serem declarados vagos e devolvidos á fazenda nacional, sendo d'ahi em diante competente a justiça federal; cabendo, porém, a esta officiar, desde o seu inicio, nos processos dos bens vagos, especificados no art. 11 do Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, em vigor, á vista do art. 83 da Constituição da Republica, como reconhecem os juizes em conflicto, ainda que ou por virtude do art. 362 do Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, ou em razão do disposto no art. 2º do Decr. n. 1420 A de 21 de Fevereiro de 1891, a justiça local haja de funcionar, á requisição ou não da federal na arrecadação, inventario e liquidação de que trata o art. 12 do referido Reg. de 1859, reservada á justiça federal a decisão sobre direitos e interesses relativos aos mesmos bens.

Nada se pôde inferir do art. 15 letra *d* do Decr. n. 848, invocado pelo procurador seccional, como nunca se inferiu do art. 2º da lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841 contra a competencia do juiz de orphãos e ausentes para a arrecadação, inventario e administração dos bens do defunctos e ausentes, até serem havidos por vagos e devolutos á Nação. Antes disto a presumpção é, que taes bens são do dominio particular, e o interesse da fazenda se limita a fiscalizar os actos que possam prejudicar ao seu direito eventual, sendo nella representada pelos seus fiscaes, que presentemente são nas capitaes dos Estados os procuradores seccionaes, em face do decreto n. 1166 de 17 de Dezembro de 1892, combinado com o art. 24, letra *c*, do Decr. n. 848, nada impedindo, que, fóra das capitaes, essa representação se faça pelos outros fiscaes da fazenda, a que se referem os arts. 11 e 90 do cit. Decr. n. 1166.

O nosso actual systema com a dualidade judiciaria não se oppõe á existencia da alludida linha divisoria entre a competencia estadual e a federal; por isso que de um lado, cada um dos Estados deve velar na segurança dos direitos dos residentes no seu territorio, cabendo á sua justiça verificar si os bens n'elle existentes têm ou não dono conhecido, si o ausente é vivo ou morto, si ha herdeiro que queira receber a herança, tomando, entretanto, as providencias precisas para a conservaçõ e administração dos bens, e de outro lado a União tem interesse, emquanto os bens vagos pertencerem á Nação, em acautelar os seus direitos; e, declarada a vacancia, é ella parte em qualquer causa que tiver per objecto esses bens, e assim é competente a sua justiça para processal-a e julgal-a nos termos do art. 60 letra *b* da Constituição.

Mas, na arrecadação e apuração dos bens vagos de que trata o art. 11 do citado regulamenso de 1859, regulados no art. 12, continuando a ser, desde o começo, a principal interessada nessa liquidação a fazenda da União, as respectivas attribuições conferidas aos juizes locais, passaram neste regimen a ter o caracter de commissão, só admissivel nos termos de § 3.º do art. 7º da Constituição

não podendo envolver delegação de jurisdição por vedal-o o art. 60 § 1.º da mesma constituição; uma vez que as justíças dos Estados são independentes da União,

E quer seja a arrecadação feita n'esta hypothese, quer na permittida pelo mencionado decreto n.º 1420 A, art. 2.º, por motivo de urgencia, á justiça local cumpre, quanto aos actos subsequentes, não só ouvir ao procurador seccional, ou aos que fizerem suas vezes, onde elle não se achar, mas tambem attender a distincção entre as diligencias para a liquidação que á requisicão do juiz seccional, poderá o juiz local effectuar, na forma do art. 362 do decreto n.º 848, e os actos decisorios sobre direitos e interesses respectivos, visto dever competir ao juiz seccional, unico juiz de direito instituido pela União nos Estados, a jurisdição sobre bens vagos ou devolvidos á Nação.

Portanto, nos termos expostos, julgam o conflicto em favor do juiz de direito da comarca de Ouro Preto.

Rio de Janeiro, 26 de Julho de 1893. *Freitas Henriques*, presidente. — *Pereira Franco*. — *Ovidio de Loureiro*. — *Andrade Pinto*, vencido. — *José Hygino*. — *Bento Lisboa*. — *Piza e Almeida*. — *Aquino e Castro*. — *Macedo Soares*. — *Barradas*. Vencido quando á limitação feita pela sentença supra á competencia da justiça local do Estado de Minas Geraes. Os bens vagos, de defunctos e ausentes, quando não apparece quem os reclame, são do dominio casual do Estado, onde o *de cuius* tinha seu domicilio, e não da União, pois incidem sob a soberania territorial desse Estado. As Ords do Reino e toda a legislação posterior acerca da vocação da Nação e da sua anomala successão em taes bens tornaram-se obsoletas depois do regimen federativo proclamado pelo art. 3.º do decreto de 15 de Novembro de 1889 sob a base da soberania dos Estados, e adoptado pelo art. 1.º da Constituição Federal. A esta soberania territorial, que é o dominio eminente, de que falla o Sr. ministro procurador geral da Republica no seu parecer de fl. 14, foi *ope legis* transferido o direito *real* da Ord. liv. 2.º tit. 43 ou o dominio casual da Nação teconhecido no decreto de 15 de Junho de 1859. A forma federativa trouxe esta modificação no direito civil, como succedeu em todos os povos, que o adoptaram. Assim: na America do Norte o assumpto é regido pelos codigos civis do Estados, e o chanceller Kent e Walker (*American Law*) não hesitam em affirmar que a successão *by escheat* cabe aos Estados, e Carlier (*Rep. Americ.*) tambem o affirma citando o Ccd. Civ. da California; nas Republicas Argentina e Venezuelana esses bens são arrecadados em beneficio dos institutos de instrucção e caridade do domicilio do *de cuius*; na Suissa o *Cod. Federal das Obrigacões* não o menciona, abandonando-os á legislação peculiar dos Cantões, como o de Grisões, art. 499; na Allemanha do Norte e projecto do Cod. Civ. do Imperio, art. 1974, os adjudica ao dominio privado do Estado domicilio do *de cuius* e *por Estado*, dizem Braune, Hegener e Ver Hees (*Droit Civil Allemand*, n. 639) *entende-se não o Imperio, mas o Estado particular*. Adherio á esta doutrina o projecto do Cod. Civ. Braz. do senador Coelho Rodrigues

§ 237

O Supremo Tribunal de Justiça julga, em gráo de recurso e ultima instancia, as questões relativas á successão dos estrangeiros, quando o caso não fôr previsto por tratado ou convenção. (Const. Polit. Federal, art. 61, II; art. 9º letra *b* do Decreto n. 848 de 11 de Outubro 1890, arts 54, IV, da Lei nº 221 de 20 de Novembro de 1894 e 15, I, *b* do Regim. do Sup. Trib. Federal).

§ 238

O recurso é o de appellação — arts. 58 do cit. lei n. 221 de 1894 e 92 do cit. Regimento.

no art. 2425 a 2430. Caducaram, pois, a Ord. cit. e seus subsequentes, inclusive o Decreto de 15 de Junho de 1859, por contrarias do espirito das novas instituições. O que regula actualmente esta materia não é só o art. 83, mas o art. 69 n. 2 da Constituição Federal.

Os poderes e direitos da União são unicamente aquelles, que a mesma Constituição lhe outorgou; todos os mais pertencem aos Estados, e n'esta reserva não se incluem somente as facultades politicas, como alguns pretendem, mas todos os direitos, quaesquer que sejam, que possam competir ao Estado como individuo ou pessoa juridica. E' bem significativa a locução — todo e qualquer poder *ou direito* — de que usa a Constituição quando allude á somma das facultades outorgadas aos Estados, não se podendo admittir nas leis palavras ociosas ou pleonasticas, como se daria si as duas palavras — *poder ou direito* — fossem mera repetição.

Firmado o principio de que ao dominio privado do Estado pertencem os bens vagos e as heranças vacantes, a conclusão logica é que compete exclusivamente á justiça local a arrecadação, a declaração da vacancia e a devolução dos mesmos bens ao fisco estadual. Nada ali tem que ver a justiça da União. Querer, pois, que a justiça federal intervenha n'aquelles actos é de um lado manter um tradicionalismo incompativel com o novo direito publico interno e de outro consagrar, como dizia um publicista argentino (Duarte — *Las Provincias ante la Corte*), a repugnante contradicção de uma nação constituida sob o regimen federal e entretanto governada pelas inspirações do espirito unitario e centralizado. Em conclusão: o meu voto é que ao juiz local do Estado de Minas Geraes compete a jurisdicção exclusiva por pertencerem os bens, de que trata o presente conflicto, ao dominio privado do mesmo Estado, e esta parece ser a disposição da lei mineira n. 18 de 28 de Novembro de 1891, art. 195, §§ 30 e 35 — *Ferreira de Rezende*. — Fui presente. *Sobral*.

Foi voto vencedor o Exmo. Sr. Amphilophio.

Vide, artigo no Direito, vol. 67 nº 3, pag. 32.

Transcrevemos adiante:

CAPITULO XXI

DA LEGITIMA E TERÇA

§ 239

Legitima é a porção de bens que o testador, não pôde dispôr por ser applicada por lei aos herdeiros necessarios. Consiste nas duas terças partes dos bens do testador, ao tempo de sua morte.

Em face dos arts. 1.º e 65 § 2.º da Constituição Federal e da legislação comparada, a successão dos bens vagos pertence aos Estados ou á União?

I

A Republica exige imperiosa e urgentemente que o Congresso Nacional vote o projecto do codigo civil de Coelho Rodrigues, indispensavel desde já para adaptar as relações do direito privado á nova forma de governo em tudo quanto esta pôde affectar directa ou indirectamente aquellas relações.

Não temos jurisprudencia nacional em ramo algum de direito para transformar pelo direito costumeiro moderno as antigualhas do direito civil portuguez e nem a tarefa é facil, tanto que até os ultimos dias da monarchia abolida reviviam, na opinião de autores nossos, institutos do governo da metropole incompativeis com as instituições constitucionaes representativas.

Antes das obras de Teixeira de Freitas poucos se animavam a atacal-os de frente.

O que a doutrina não pôde fazer neste ponto, sinão muito lentamente, a lei fará em um dia, truncando controversias sem razão de ser e harmonizando a vida politica com a civil ao menos naquelles pontos em que ellas são inseparaveis, porque a connexão é evidente, como no assumpto de que nos vamos occupar muito perfunctoriamente.

No estado actual da legislação brazileira com as modificações que lhe imprimiu no paiz o regimen federativo, nos parece que a *successão dos bens vagos* pertence aos *Estados* e não á *União*.

Antes de tudo convém deixar logo fóra de duvida que si o art. 83 da Constituição Federal declara—« continuam em vigor, emquanto não revogadas as leis do antigo regimen »—prudente e sabiamente o legislador constituinte tomou a cautela de accrescentar: « no que explicita ou implicitamente Não for CONTRARIO AO SYSTEMA de governo firmado pela Constituição e AOS PRINCIPIOS nella consagrados.

(C. Telles, Dig. Port., vol. III, arts 1646, 1647 e 1648; D. das Acc., nota 280; Coelho da Rocha, §§ 349 e 691; T. de Freitas, Consol. dos L. L. Civis, nota 22 ao art. 1008, e Test., § 202, nota 348).

Esse systema é o estabelecido conforme o art. 1.º:

« A Nação Brasileira adopta como forma de governo, sob o regimen representativo, a Republica Federativa, proclamada a 15 de Novembro de 1889, e constitue-se por união perpetua e indissolavel das suas antigas provincias em *Estados Unidos* do Brazil. »

A interpretação para o noso caso, dessa disposição, sem invocar principios theoreticos, está justamente no seu simples confronto com a do art. 65 n. 2, que é o complemento natural e necessario da do citado artigo, quando diz:

« Art. 65. E' facultado aos Estados:

« 2.º Em geral, todo e qualquer *poder* ou *direito* que lhes não fór negado por clausula expressa, ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição. »

A doutrina que resulta ineluctavelmente dessas disposições não foi impugnada no seio do Congresso Constituinte, a não ser sómente pelo senador Theodureto Souto, de saudosa memoria, que aliás reconhecia ser um corollario do systema federativo, que elle não desejava levar a todas as suas consequencias, quando na sessão de 26 de Janeiro de 1891 dizia:

« E' assim que ainda por um principio de direito que rege todas as relações em materia dos bens de ausentes e das heranças jacentes, as terras que deixarem de ser occupadas e não encontrarem pessoa apta para herdar-lhes a propriedade, passam a pertencer ao Estado (União). »

A doutrina do illustre senador foi impugnada, como destructiva da federação, estatuida no art. 1.º, por outros representantes do paiz no Congresso Constituinte.

No seio da commissão chamada dos 21, o que se disse apenas sobre terras devolutas contraria aquella opinião isolada, mesmo quanto á formação do novo direito.

Ao contrario, ainda discutindo o art. 63 do Projecto, que corresponde ao art. 64 da Constituição sobre terras devolutas, o pranteado deputado Nina Ribeiro allegava uma razão que fundamenta o direito dos Estados de um modo geral.

Dizia elle na sessão de 9 de Janeiro de 1891:

« Eu não comprehendo como possam existir Estados autonomos sem direito ao seu territorio. Estado sem territorio é uma entidade impossivel de concepção, porque o Estado é o governo da sociedade de um certo territorio. E' o dominio deste que justifica o governo dos povos que o habitam. »

O deputado João Barbalho na sessão do dia anterior tambem assim se exprimia:

§ 240

As legitimas não podem ser clausuladas por condições ou oneradas por encargos, livres e plenas pertencem *de jure* aos herdeiros em linha directa ascendente ou descendente.

«... entre nós porém que as antigas provincias não são simples territorios, mas passáram a constituir Estados, as terras das provincias devem necessariamente pertencer aos Estados. As terras são dos Estados; não é a Constituição, não é a União, não é a federação que lhes dá o territorio, que já é delles mesmos etc....»

Essas ideias exprimem a comprehensão do systema federativo e o alcance de sua adopção, estando aliás de accordo com as constituições de outros povos que tambem a adoptaram, especialmente a dos Estados Unidos da America do Norte e da Confederação Helvetica.

A disposição citada do art. 65 n. 2.^o da nossa Constituição tem na federal suissa uma correspondente à que podemos comparal-a.

«Os cantões, diz o art. 3.^o, são soberanos em tudo aquillo em que a sua soberania não é limitada pela Constituição Federal e como taes exercem *todos os direitos* que não são *delegados ao poder federal.*»

Este artigo, nota Marsauche, é completado pelo art. 2.^o que diz: «A confederação tem por fim assegurar a independencia da patria, proteger a liberdade e os direitos dos Confederados e acrescer sua prosperidade commum.

E para aquelles que duvidarem do paralelo entre o nosso typo de governo e o da Suissa diremos com Loumyer que no—fundo é sem razão que a Constituição de 1874 dá a Suissa o nome de Confederação, quando ella se deveria chamar os *Estados ou Cant es Unidos da Suissa.*

A historia interior da Suissa demonstra claramente a existencia de uma soberania dupla no seio da Confederação, uma federal, outra cantonal, e pode-se citar numerosos exemplos de casos em que ellas se tem achado em opposição uma com a outra.

Os juristas, dizem judiciosamente Adams & Cunningham, acharam talvez esta expressão *dupla soberania* mais ou menos inexacta, porque não pode haver em um Estado sinão um poder supremo ou soberano

Mas esta expressão está consagrada pelo uso universal na Suissa e não pode ser substituida por nenhuma outra.

Estabelecidos estes principios muitos geraes, cuja invocação a novidade dos problemas no nosso direito impõe como condição de soluções adequadas, diremos que sob o ponto de vista especial de que nos occupamos, a these que assentamos é uma realidade legislativa e pratica nos Estados Unidos da America do Norte na Suissa

Nos limites da terça havendo herdeiros necessarios e em toda a herança si não os houver, é licito ao testador dispôr com condições e encargos que quizer, uma vez.

na Confederação Germanica, e em summa nos paizes de systema de governo identico ou semelhante ao nosso.

Na Suissa, dizem os ultimos autores citados, as questões relativas á transferencia da propriedade, quer por testamento, quer *ab-intestato*, são da competencia dos tribunaes *cantonaes*, ordinarios e não *dependem* NEM por via de appellação do Tribunal Federal — o que succederia si a União fosse de qualquer modo interessada.

E' sabido que na Suissa a lei federal se limita á acquisição da propriedade por contracto (transmissão da propriedade).

Por isso diz Haberstich, o texto da Constituição Federal não permite ir mais longe.

O direito cantonal rege os outros modos derivados de acquisição, assim como todos os modos primitivos (thesouro), em particular a acquisição em virtude de acto de ultima vontade, de sentença judiciaria, de prescripção.

E nem é isso de admirar quando a tendencia do direito civil é para attribuir a successão dos bens *vagos* até ás *communas* nas proprias monarchias unitarias e centralisadoras.

E' assim que Enrico Cimbali, professor da Universidade de Roma, propondo reformas que entendiam deverem ser introduzidas no codigo civil italiano chega a dizer que não estava longe de accetar uma disposição do cod. civil da Saxonia adoptada em parte no *avant-projet* do celebre jurisconsulto belga Laurent e segundo a qual faltando os successiveis, conforme a ordem ou gráo estabelecido na lei, se faria devolver a successão sinão no todo, ao menos em parte aos hospicios orphanologicos e aos hospitaes *locaes*, onde se achava asylado antes da morte o *de cujus*, ou onde no caso de necessidade teria tido elle o direito de ser gratuitamente asylado.

A phase evolutiva porém, na formação do nosso novo direito privado ou civil determinada pela preferencia do systema federativo já está energicamente accentuada.

Assim, si pelo *projecto* do cod. civil do senador Felicio dos Santos (arts. 1507 e 1508), na falta dos herdeiros mencionados pela lei passa a herança para o Estado (União); ao contrario pelo *projecto* de cod. civil do senador Coelho Rodrigues (artigos 2425 e segs.), a successão dos bens *vagos* pertence ao Municipio, *Estado*, ou União conforme as distincções que os citados artigos estabelecem, sendo, porém, a União somente preferida em relação á nação estrangeira a respeito de bens immoveis situados no Brasil.

Sendo o direito civil unitario e só podendo legislar sobre elle o Congresso Nacional como é expresso na disposição do artigo 34. n. 23 da Constituição Federal, o nosso futuro codigo civil é que definitivamente deverá regular a materia.

que não sejam impossíveis, torpes ou irrisórias, reputando-se estas como não escriptas, sem que resulte nullidade ao testamento.

II

Particularisando o caso, por exemplo, a este Estado de Pernambuco, cuja Constituição não faculta tal successão ao Municipio, neste momento, a questão se restringe à preferencia entre aquelle, isto é, entre o Estado e a União.

Releva notar que a nossa Constituição Federal tem ainda carencia de muitas leis regulamentares que devem desenvolver ou desdobrar os respectivos preceitos nella contidos virtualmente; assim como, que a execução della é muito recente para que sobre esta no ponto questionado possa offercer-nos algum apoio a jurisprudencia que por ventura se houvesse formado ou estabelecido.

Entretanto é de rigor notar o caso unico que encontramos como *aresto* formulado e inserto n' *O Direito*, por estes termos:

« A's justicas estadoaes compete o processo de arrecadação, inventario, administração e liquidação dos bens *vagos* e devolvidos á fazenda *nacional*, caso em que cessa a sua competencia para dar lugar á das justicas *federaes*: cabendo, porém, a estas officialem, desde o seu inicio, nos processos de bens *vagos*, especificados no art. 11 do Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, em vigor ».

A summa da decisão é que o Supremo Tribunal Federal reconhecendo no caso alludido, isto é, no julgamento de um *conflicto de jurisdicção*, que era competente a justiça federal para officiar, proceder ou intervir no caso de successão de bens *vagos*, PORQUE considera os mesmos bens como *nacionaes*.

A sentença é de 26 de Julho do anno passado e nella apenas assignaram vencidos os ministros Andrade Pinto e Barradas, tendo este fundamentado o seu voto.

Mas pode-se dizer que a razão de decidir ou a parte expositiva é que contraria mais a opinião que preferimos, não a parte dispositiva ou decisiva della.

Assim, o ponto capital da decisão versava *sobre* o direito *adjectivo*, processo.

Não versava sobre o direito *substantivo* (direito civil).

Sendo assim como mostra a decisão occorre-nos a idéa de esperar que semelhante *aresto* não firme jurisprudencia a vista mesmo dos irrecusaveis fundamentos do autorisado voto divergente do ministro Barradas, que já transcrevemos, para tornar conhecidos integralmente os argumentos respectivos em um caso recente e tão importante.

No caso particular que examinamos, só temos a notar sobre a demonstração do voto illustrado que transcrevemos, a idéa a que já nos referimos, encarnada aliás no citado *Projecto*—Coelho Rodrigues, isto é, que a lei federal póde attribuir ao Estado ou ao Municipio a successão dos bens vagos; mas os imraoveis mesmo que

(T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota 22, 3^a edd. ao art. 1008: l. 32 Cod. de inoff. testam; C. Telles, Dig. Port. vol. III, art. 1647. (83)

§ 241

O dote promettido ou dado pelo pae ou pela mãe, existindo outros filhos, não póde exceder á legitima e terça do dotador. Na parte em que vae alem das forças da legitima e terça, é inofficioso; o dotado fica obrigado a restituir o excesso — Ord. liv. 4 tit. 97 § 3 — Lafayette, Dir. de Fam., § 76 n° 2.

deviam tocar á uma nação estrangeira devem ter o mesmo destino, por não haver uma razão especial para devovel-os á União, quando em geral as terras devolutas e os proprios nacionaes, inclusive os immoveis, passaram para os Estados.

Assim é que o diz a Constituição Federal:

Art. 64 *Pertencem* aos Estados as minas e *terras devolutas* situadas nos seu respectivos territorios, cabendo á União somente a porção de territorio que for indispensavel para a defeza das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes.

Paragrapho unico. Os *proprios nacionaes*, que não forem necessarios para serviços da União, passarão ao dominio dos Estados, em cujo territorio estiverem situados».

Mas em conclusão: no estado actual do nosso direito, o voto do ministro Barradas consagra a unica opinião accetavel na materia, isto é, a successão dos bens vagos pertence aos Estados.

Recife, Setembro de 1894.

DR. JOÃO VIEIRA ARAUJO.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, actualmente, obedece á doutrina do Sup. Trib. Federal, cuvindo os Procuradores Seccionaes nos autos de habilitação e arrecadação de bens de ausentes. Vide nota 6 e Gaz. Juridica do Estado, vol. III, de Março, pag. 52.

(83) O Tribunal de Justiça de S. Paulo na appellação entre partes Commendador Eugenio Teixeira e Dr. Ignacio Uchôa por Accordãos de 6 de Julho de 1894 e 3 de Setembro de 1895 (inventario Tamandaré), julgou valida a clausula posta em disposição da terça em favor dos nêtos imposta pelo avô testador privando o seo genro (páe dos nêtos) não só da administração como do usufructo dos bens legados; porquanto, diz o 1° Accordao, do qual fui relator, permits tem as leis que os paes, possam em terça ser privados pelos avô-de seos filhos não só da administração dos bens como do usufructo delles legados (Ord. liv. 4.º tit. 98 § 1; Lobão N. a Mello, vol. 2.º, pag. 377. § 189, liv. 1 tit. 21; Lafayette, Dir. de familia, § 119 letra c, pag. 218; Heineccio, § 185; Novella 117 cap. 1 tit. 18 e

§ 242

O dote constituído pelo pae ou pela mãe, não havendo declaração em contrario, é considerado adiantamento de legitima, devendo ser completado pela terça no que exceder á legitima (Ord. cit.; Dig. Port. art. 88, part. 2^o; Lafayette cit., art. 76 n^o 3).

§ 243

Quando o dote é dado pelo pae conjunctamente com a mãe, entende-se que cada ou delles contribue com a metade, qualquer que seja o regimen do casamento.

(Lafayette cit., art. 76 n^o 4; Ord. liv. 4 tit. 97 *princ.*; Vallasco, Consulta 127; Borg. Carn., l. 1, tit. 15, §. 139 n.º 17 e 21).

§ 244

Quando pae e mãe são casados por carta de metade, o dote em moveis dado pelo marido é considerado divida commum. Se o dote consiste em immoveis não póde ser dado sem consentimento da mulher. (Ord. liv. 4 tit. 48 Lobao N. a Mello l. 2 tit. 9 § 7 n^o 5), qualquer que seja o regimen do casamento. (Lafayette cit., art. 76 n^o 5)

Cod. Civil Port. art. 147, § 3^o, dispendo a novella citada que os paes possam ser privados em terça da administração, podendo as mães, avós, dispôr livremente em terça, salvo as legitimas que não podem ser oneradas, não nomeando os maridos ou genros administradores desses bens e isto, dizem os praxistas *ob evidentem prodigalitatís suspicionem*. Não se dá ahi a privação de patrio poder que o pae conserva sobre as pessoas e bens dos filhos menores, ha uma restricção do exercicio do patrio poder imposta por quem póde dar livremente o que é seu, em terça, com quaesquer onus, encargos e restricções, autorizado pela lei (liv. 4 tit. 99 § 1 e Nov. 117 citada). Declarou o Accordão que, mesmo que fosse essa clausula tida como impossivel perante a lei, seria a condição como não escripta e conservaria vigor a disposição testamentaria e se cumpriria como se não fôra imposta a condição. (C. Telles, Dig. Port. vol. I, art. 114; L. 104, Dig. de legat.; Ribas, Direito Civil, vol. 2^o, cap. 5 § 1 n^o 4, pag. 383; Mello Freire, livro III tit. 1 § 33; Ramalho, Instit. Orph. Tit. 1 cap. III, secção 2^a § 4 e nota 245) Vide Revista Mensal das Decisões proferidas pelo Tribunal coordenadas pelo illustrado collega Dr. José Machado Pinheiro Lima, mez de Outubro, n^o 4—anno 1—pags. 342 a 348.

§ 245

Nos regimens exclusivos da communhão o dóte dado por um dos conjuges sahe de seus bens e não dos do outro conjuge. (Lafayette, cit. art. 76 n. 7).

§ 246

As doações quer feitas aos filhos, quer feitas aos estranhos, prejudiciaes ás legitimas de outros irmãos no primeiro caso e aos filhos no segundo, podem ser annulladas pela queréla de inofficiosidade que é uma acção *in rem scripta*. (84)

(84) As doações feitas aos filhos adulterinos só podem prevalecer no terço, pois nesse terço os paes podem livremente dispôr, não tendo esses filhos direito á legitimas reaes ou distarçadas, e só direito a alimentos nas condições requeridas pela lei e só podendo receber legados em terça. A acção de querelar doação inofficiosa compete ao filho contra o donatario qualquer do pae, seja filho ou *estranho*, para lhe pedir legitima, caso seja fraudada pela doação, com respeito aos bens que o doador deixou por sua morte — l. 2, l. 5 Cod. de inoff. don. — Ord. liv. 4 tit. 97 § 3; Auth. Unde Si Parens, C. de inoff. test.; Ord. liv. 4 tit. 65 § 1; Merlini, Trat. de leg. tit. 1, 9, 21, nº 23. Confere Vallasco, Consulta 189 nº 28, assim o diz C. Telles, Doutr. das Acções — § 141, nota 1, pag. 95 — ed. 1865. Si é possível entre nós querelar de inofficiosa uma doação feita a estranhos; e, em caso affirmativo, qual o tempo para se verificar a inofficiosidade: o da doação ou o da morte do testador, foi questão agitada no Tribunal de Justiça de S. Paulo, na appellação civil nº 433 de Batataes brilhantemente discutida pelos advogados Dr. Azevedo Marques e Conselheiro Duarte de Azevedo, entre partes Primo Bernardes Lemes e outros e Izaac Adolpho Ferreira. Teixeira de Freitas, na nota 14 no art. 420 diz: Não vejo em alguma lei nossa, nem ha exemplo no nosso fóro de revogação por tal motivo; mas continua elle, pode-se entretanto argumentar com a Ord. liv. 4 tit. 97 § 1 e tit. 65 §§ 1 e 2, porque a razão é a mesma. E' omisso, na verdade, porem não prohibitivo. Si a primeira daquellas ordenações prohibe que as legitimas dos filhos do primeiro leito sejam por qualquer modo defraudadas em virtude de promessa de arrhas que seo pae viuvo faça a segunda mulher, pela razão de serem sagradas as legitimas; si á segunda Ord. dá ao herdeiro acção para revogar a doação do marido á mulher ou vice-versa, até haver cumpridamente sua legitima; e, si o doador fallece com testamento em que distribua a terça sem revogar a doação, são seos herdeiros primeiro entregues de sua legitima — *havendo respeito aos bens que o defunto deu em vida e dos que ficarem por sua morte, ainda pela razão de garantia ás legitimas* — é bem claro que a *fortiro*

§ 247

O testador, ainda que tenha herdeiros necessarios a quem deva legitima, póde da terça parte de seus bens dispôr *como l'he aprouver, e a bem de quem quizer.* (Ord., liv. 4^o, tit. 82 princ. e tit. 91, § 1^o.)

§ 248

A terça é a terça parte dos moveis, semoventes, immoveis disponiveis, direitos e acções que o testador tiver ao tempo de sua morte. (Guerr., trat. 2^o, liv. 5^o, cap. 2^o, n. 38 e seguintes).

Devem os herdeiros ter acção para revogar doações a estranhos. O Cod. Civil Fr. nos arts. 915 e 920 prohibe expressamente de serem as legitimas dos herdeiros do doador offendidas por liberalidades em actos *inter vivos* ou *testamentarios*. Não se concebe motivo especial para negar aos legitimarios acção contra estranhos quando elles a tem contra seos proprios paes. Sendo omisso o direito romano, é subsidiario o direito novissimo. Este conhecido por *Novellæ* ou *Authenticæ*, colleccionado ainda no reinado de Justiniano de 535 a 565, dispóz na *Novella* 92, cap. 1, da qual se extrahio a *authentica* — *Unde et si parens* — Cod. de inoff. testam. Diz essa *authentica*: — Si o pae fizer doação indevida a favor de algum filho *ou de quem quer que seja*, cada um (filho) terá direito a receber da herança em nome da lei *Falcidia* tanto quanto podia ser-lhe devido antes da doação; diz a *Authentica* in *quendam liberorum*, vel in *quosdam* — Vid. C. Telles, D. da Acc. § 141 nota, 1, § 139 nota 2; C. da Rocha, Dir. Civ. vol. 1 § 353, nota pag. 243; Borg-Carn., vol. 2^o § 183 n^o 6, 24 e 40; C. Telles, Dig. Port. vol. 3 n^o 154 e outros. Maynz, vol. III, § 393, pag. 399, da 5^a edição, diz: — a querela *inofficiosæ donacionis* é dada ao legitimario com o fim de rescindir *toda* doação, mesmo simulada, que tenha lesado sua legitima. Ella dá-se contra as pessôas que tem sido beneficiadas a custa dos legitimarios e contra seos herdeiros. Aubry et Rau, vol. 7, pag. 188 *letra b*, diz que não se deve distinguir liberalidades feitas a estranhos e as feitas aos successiveis (Vide os memoriaes do distincto advogado Dr. Azevedo Marques, a respeito). No Direito, vol. 12, pag. 688 a 693, ha, porem, Accordão a respeito, negando a acção de inofficiosidade de doações feitas a estranhos.

Quanto ao tempo a considerar relativamente á inofficiosidade entendem alguns que se deve considerar o valor dos bens ao tempo da doação, porque a Ord. liv. 4, tit. 97 cogita de doações a filhos quando manda attender ao tempo da morte. Outros sustentam que se deve considerar o tempo da morte. Outros que os tempos da doações e da morte são inseparaveis, ambos entram no calculo. Valasco, na Consulta citada diz: — que, quando se trata de doações a estranhos deve-se observar a epoca da doação para que se julgue *nofficiosa* porque a respeito destes não ha a razão que ha para os

§ 249

Antes de se apurar as legitimas é a terça, se deve tirar do cumulo dos bens as dividas passivas e despezas do funeral, porquanto não ha bens senão depois de pagas as dividas. (Corr. Telles, Dig. Port., vol. 3º, ns. 1682 e 1683; Guerr., trat. 3º de division., cap. 6º ns. 13 a 16). (85)

filhos de dever-se a legitima *post mortem*, razão que cessa a respeito de estranhos. A opinião de Vallasco não tem fundamento, porque tanto em umas doações como em outras trata-se de verificar o excesso e o prejuizo das legitimas. Nas doações a filhos o calculo é feito com os valores do patrimonio do doador e da doação ao tempo da morte, porque então só pode saber-se si o filho dotado recebeu mais do que a sua legitima devida nessa occasião; mas nas doações feitas a estranhos que nada recebem por morte do doador a inofficiosidade deve ser calculada segundo as posses do doador ao tempo da doação porque nestas não se dá aquella razão, nestas o donatario nada recebe por morte do doador. Olha-se o patrimonio ao tempo da doação, porem sem excluir o confronto com as legitimas recebidas ao tempo da morte: ao passo que nas doações a filhos olha-se o patrimonio ao tempo da morte sem reportar ao anterior.

O Senr. Conselheiro Duarte Azevedo sustentou que a inofficiosidade da doação, ou antes a lesão da legitima, determina-se pelo estado do patrimonio do doador ao tempo da doação—*quantum poterat ante donattonem deberi*. Cita Maynz, Droit Romain, III, § 475, nota 64; Mackeldey, § 465, letra a; Vangerow, traducção de Crescenzió, 257; Vallasco, Consulta citada dizendo que aos *estranhos*, não sendo devida legitima *post mortem*, cessa a razão da Ord. liv. 4º tit. 97, § 3º mandando attender ao tempo da morte; distinguindo Borg. Carneiro, vol. II, § 183 n. 24 e 34, doações feitas aos filhos e estranhos. Que o filho donatario, para quem a doação foi apenas um adiantamento de legitima e que tem de conferil-a, aguarde a morte do pae, afim de se conhecer se obteve doação excedente á sua legitima e á terça do defuncto; mas não ha razão para se attender a tempo diverso do da doação quando feita a estranhos. Vide artigo de doutrina na Gaz. Juridica do Estado, mez de Maio, pags. 241 á 246. O Tribunal de Justiça na causa citada julgou poder-se querelar de inofficiosa a doação feita a estranhos, devendo attender-se ao tempo da doação; (Accordãos de 8 Outubro de 1895 e 25 de Julho de 1896).

(85) No inventario, em acto de partilha, são sommados todos os bens avaliados; formado o monte-mór ou geral dos bens, deduzem os partidores as dividas passivas e despezas do funeral; o monte liquido restante se divide em duas partes, uma para se pagar a meação do conjuge sobrevivente, e outra da qual se tira a terça, recebendo os herdeiros os dous terços restantes. Tratando-se de um inventariado viuvo, ou solteiro, se tira a terça, deduzidas as dividas passivas e despezas do funeral, do monte partivel.

§ 250

Quando ha herdeiros necessarios, da terça devem sahir os legados e despezas de bem d'alma, como as missas. (Vallasc. de partit., cap. 19, n. 39; C. Telles, Dig. Port., vol. 2º, n. 1048, e 3º, n. 1682; Paiva e Pona, cap. 11, n. 11; C. Telles, Doutr. das Acc., nota 326, § 154).

Não havendo herdeiros necessarios, devem sahir os legados da massa dos bens do testador, *ex-acervo hereditatis*.

§ 251

As doações e dotes trazidos á collação não augmentão a terça dos bens do doador. (86)

Exceptuão-se os casos:

1º, quando as doações e dotes validos são inofficiosos, prejudiciaes ás legitimas dos outros filhos, excedendo á legitima do filho donatario, e mais a terça do pai ou mãe doadores, ou de ambos si ambos fizerão a doação. (Ord., liv. 4º, tit. 97. § 3º, T. de Freitas, Consolid., art. 1198;

2º, si os dotes conferidos, excedendo a taxa legal, não forão insinuados, caso em que o excesso da taxa faz augmento da terça (Consolid., nota 2 ao art. cit.; Per. de Carv., § 64, nota 121;

3º, si a doação fôr nulla de seu principio, caso em que inteira augmenta a terça. (Per. de Carv. cit.)

§ 252

Quando o pai exceda os limites da terça se devem desfalcar *pro rata* os legados, sejam pios ou profanos, de coisa certa ou incerta, sem attenção a serem escriptos em primeiro lugar que outros, salvo si o testador expres-

(86) As doações e dotes trazidos á collação se devem juntar á meação partivel do defunto, deduzido o terço; e quando feitos por ambos os conjuges, sómente se une a metade aos dous terços da meação dividenda do conjuge predefunto, devendo o herdeiro entrar com a metade que fica em o inventario do outro conjuge, salvo si o inventario que se faz é de ambos. (Lobão, Dissert. 6, § 1º e seguintes; Coelho da Rocha, § 350; Per. de Carv., *Prim. Linh.* do Proc. Orph., § 64, notas 121 e 122; T. de Freitas, Consolid., art. 1198, nota 2; Rebouças, Observ. á Consolid. ao art. e nota)

samente isentar do rateio ou desfalque, dando preferencia nos pagamentos. (Guerr. cit.; Lobão; Obrig. recipr., § 405; Ord., liv. 4º, tit. 65, §§ 1 e seguintes; Phœbo, 2ª part., Arest. 88; Oliveira de Muner., Provisor. cap. 1º, § 8, n. 64; C. Telles, Dig. Port., tomo 3.º, ns. 1660 e 1661; Doutr. das Acç., pag. 89, notas 283 e 346; C. da Rocha, § 352; Cod. Civ. Fr., arts. 926 e 927 e Cod. Civ. Port., art. 1795).

§ 253

As terças em primeiro lugar devem refazer os dotes e doações promettidas aos filhos, e depois os legados,

As doações dos pais aos filhos não insinuadas, sejam feitas ou não por occasião de casamento, sómente entrão na terça dos doadores até a quantia de 360\$000 feitas pelo pai, e de 180\$000 pela mãe, conforme a Ord., liv. 4º, tit. 62; L. de 15 de Janeiro de 1775; Ass. de 21 de Julho de 1797, e Alv. de 16 de Setembro de 1814). No excesso da referida taxa, além das legitimas, sendo nullas as doações aos filhos, dotaes ou não, deve-se nesse mesmo excesso considerar no dominio do doador, necessariamente fazendo parte do acervo dos bens e por conseguinte fazendo parte das legitimas e terça testamentaria. Para a deducção das legitimas e da terça sómente não pôde fazer parte do acervo dividendo, o que estava inteiramente fóra do dominio do testador ao tempo de seu fallecimento (ex Ord., liv. 4º, tit. 65), como são as doações validas até onde não dependem de insinuação, ou sendo insinuadas, por importarem tanto como alienações realisadas effectivamente, desde logo, irrevogaveis e absolutamente exclusivas e excluidas de todo o dominio do doador na razão de quaesquer alienações a pessoas estranhas por titulo gratuito ou oneroso. (Rebouças, Observ. á Consolid. ao art. 1198 e nota. Vide Lobão, Acc. Summ., Dissert. 7º, §§ 1º e seguintes; C. da Rocha, § 350; Per. de Carv., § 64, notas 121 e 122). Sendo nulla a doação desde o seu comêço importa o mesmo que nada ter sido doado; e, neste caso, os bens doados não se julgão ter sahido do poder e dominio do inventariado, e todo o valor delles, accrescendo ao monte dos bens, vem augmentar a terça. Assim os bens vendidos pelos pais aos filhos contra a lei que taes contratos prohibem augmentão a terça (Ord., liv. 4º, tit. 12; Per. de Carv. cit.), sendo o fim da lei evitar fraude em prejuizo dos descendentes; mas consentindo os filhos que possam ser prejudicados, são validos os contratos. (T. de Freitas, Consolid., art. 582 § 1 e vide Silva, Comm. á Ord. cit. Não ha terça si todos os bens são absorvidos pelas dividas, e só ha massa partivel formada pelas doações conferidas que não augmentão a terça (C. da Rocha., § 350 *in fine*).

Doad a terça ou filho seo estranho fica sujeita ao terço das dividas posto que aquelle se levante com ella e se abstenha da he-

ainda que os doadores não as obrigassem expressamente, e dellas por outra maneira dispozessem os seus testamentos. (Ord., liv. 4^o, tit, 97, § 3^o.)

§ 254

Os pais, dispondo do terço, devem fazê-lo em todos os bens moveis, semoventes, immoveis, direitos e acções; não podem designar sómente os de raiz para nelles se fazer a terça ou os melhores bens, e só valerá o legado até a terça parte da melhor propriedade. Si os bens, porém, são da igual qualidade podem designar qualquer delles. (Lobão, Acç. Sum., tom. 2^o; Dissert. 5^a, § 324, pag.

rança (Lobão Acc. Summ. § 27, nota 28 e seguintes e pag. 144 Auxiliar Juridico, pag. 594 *verb* terça. Se os dotes ou doações validamente feitos excederem ás legitimas como inofficiosos, o excesso deve ficar preenchido em terça, formando-se esta da meação partivel do defunto; e excedendo á terça, devem o dotado ou donatario repor o resto para se juntar á dita meação e partir-se entre os mais herdeiros e o mesmo no caso de levantamento dos dotes para casamentos.

(87) Alguns opinão distinguindo legados de cousas fungiveis, e não fungiveis, de corpos certos, e cousas indeterminadas ou quantidades, e declarão que os legados de corpos certos não entram em o rateio com os outros legados para reparar a lesão e offensa das legitimas, e assim opinão Pothier, *Trat. das Doações Test.*, cap. 4^o, § 5^o n. 199, e T. de Freitas, *Consolid.*, art. 1010, nota 1. Pothier sustenta que no rateio só devem entrar em contribuição os legados de sommas de dinheiro ou cousas indeterminadas, e não legados de corpos certos. Julgamos não haver razão para a exclusão dos legados de cousa certa da contribuição proporcional, porquanto tendo o testador igualmente querido que os legatarios de uma somma de dinheiro tivessem a somma inteira que elle lhes legou, como quiz que os legatarios de corpos certos tivessem as especies certas legadas; a condição de uns e outros, que têm em seu favor uma igual vontade do testador, deve ser igual no rateio, A L. 56, § 4^o Dig. ad. leg. falc. fundamenta a opinião de que os legados sem distincção devem entrar em rateio nas forças da terça, e seria injusta a diminuição em uns, em detrimento de outros, que houvesse preferença desde que o testador, não preferio, desde que não declarou expressamente a preferença, mandando que do rateio fosse isento algum ou pago depois dos outros. O Cod. Civil Fr., art. 926 segue esta opinião. Pothier segue a opinião de Duplessis, que basêa sua opinião declarando que os legatarios de cousa certa nada tem de commum com os de sommas de dinheiro, pois que estes são pagos tirados da universalidade dos bens, e os legados de cousas certas são de cousas que o

275, aliter Vallasco. cap. 19, n. 33 de partit.; Guerr., trat. 2º, liv. 5º, cap. 1º, n. 32; C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, ns. 1685 e 1686; Per de Carv., Proc. Orph., nota 156).

§ 255

Se o defunto não dispoz de toda a terça, ou se elle não a consumio toda na sua disposição, accresce o que resta ás legitimas. (C. do Rocha, § 349; Cod. Civ. fr., art. 919)

CAPITULO XXII

DAS DIVIDAS PASSIVAS

§ 256

As dividas passivas são deduzidas da massa geral dos bens. Bens proprios é o que fica depois de se tirar o que se deve (*deducto ære alieno*).

§ 257

Os credores prevalecem aos herdeiros, fideicommissarios e legatarios, porque não ha herança, fideicommissou legado, sem pagamento das dividas passivas (Guerr., trat. 1 liv. 3, cap. 9, nº 20).

§ 258

O cabeça de casal e inventariante depende de autorisação do juiz para pagamento de dividas do casal,

testador separou da universalidade. Parece ter acompanhado essa opinião Menezes (Juizos Divisorios, cap. 3º, § 13, pag. 93) sustentando que taes legados não entrão no inventario e partilha. Mas a razão de Duplessis não procede, porquanto todo o legado é tirado dos bens do testador, não se póde considerar legados fora da massa dos bens, e do mesmo modo pelo qual elle considera, se podia considerar as sommas de dinheiro. Pothier accrescenta que, quando o testador lega sommas de dinheiro, taes legados contém adjecta a condição tacita: — *se houver com que pagar*. Achamos esse argumento sem força alguma. No rateio se deve, porém, levar em conta os onus e dividas passivas que tenham pago os legatarios como condição imposta a seus legados, não tendo sido as mesmas consideradas na deducção das dividas passivas feita do monte, devendo ser obrigados os legatarios a pagar sómente a differença se maior fór a rata do que a quantia que pagarão. (Lobão, Obr. recip., § 405). Si algum legatario *alienar* o legado para evitar a rata, pagará o seu successor. (Cod. Civil fr., art. 930).

não as podendo repetir e nem por ellas reter os bens respectivos; mas tendo-as pago ainda que illiquidas, pode seu procedimento ser approvado pelo juiz. (Auxiliar Juridico, pag. 399 — Vide Ramalho, Instit. Orph., nota 626 ao § 89, pag. 208 — Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 1874, Rev. n. 8551, recorrente Manoel Gomes da Cunha e recorrido Thomaz Pereira dos Santos Moreira — Direito, vol. 5 n. 4, de 15 de Dezembro do mesmo anno.)

Não pôde vender os bens para pagamento ou dal-os *in solutum*, sem autorisação do juiz — Accordão de 17 de Setembro de 1875 — Direito vol. V, pags. 589 a 597 — C. Telles, D. da Acc. § 148, nota 2ª n. 3. (88)

§ 259

Pendente o inventario, e dentro do termo legal, não podem os credores, bem como os legatarios, demandar os herdeiros. (Vallasco de partit., cap. 8º, n. 40 e seguintes; Cardoso de Judic. verb-legatum, n. 9; Mello Freire, Instit. Jur. Civ. Luz liv. 3º, tit. 6º, § 11 *in fine*; Lobão, Exec., § 30; Guerr., vol. 2º, liv. 7º, cap. 3º, n. 106, pag. 962). (89)

(88) O inventariante e testamenteiro não podem ter o pleno arbitrio de dispôr da herança a seu talante sem sciencia dos interessados compromettendo seos interesses e direitos e sem fiscalisação judicial. Não pôde pagar sem habilitação dos credores e autorisação do juiz, ouvidos os herdeiros e representantes do fisco caso haja o interesse pelo imposto de transmissão *causa mortis*. Não podem por acção ordinaria pedir o pagamento de despezas que se fizeram por sua ordem sem estar devidamente autorisados para faze-las pelo juiz competente nem outrosim haver o que sem autorisação pagou por conta da ultima enfermidade das pessoas, de cujos bens são administradores.

(Accordãos da Relação do Rio 14 de Outubro de 1875 e 17 de Abril 1873—Sent. do Sup. Trib. de Justiça de de 26 Setembro de 1874 — Direito, vol. 5 nº 4, pags. 589 a 597). O inventariante não pôde pagar-se por suas mãos de quantias contra o voto de um dos herdeiros. (Sent. do Supr. Trib. de Just., 21 de Julho de 1888 Direito, vol. 47 nº 1, pag. 70, rev. civil, nº 10848.

(89) Julgamos que é por essa razão que se lê em Oleg., Prat. das Correições: que a pratica invariavel dos tribunaes tem consagrado o principio de não se pagar premios de dividas no inventario além da data da morte do inventariado. (*Gas. dos Trib.*, n. 245).

§ 260

Devem ser pagas as dividas liquidas e certas, constantes de escripturãs publicas ou particulares, ou contas correntes, consentindo no inventario todos os co-herdeiros que se paguem, bem como se separem bens para seu pagamento. (Per. de Carv., Proc. Orph., § 75, notas 137 e 138).

§ 261

As dividas confessadas no testamento podem ser pagas sem demora e sem dependencia de justificação quando os testadores não tenham herdeiros necessarios no lugar onde fallecerem (Prov. de 28 de Abril de 1753 e T. de Freitas., Consolid. da L. L. Civis, art. 1133.)

Julgamos, porém, que essa opinião se deve restringir ao tempo legal da factura do inventario, devendo o inventario começar dentro de trinta dias depois do fallecimento do inventariado, e ser concluido dentro de sessenta (Ord., liv. 1.º, tit. 88; Per de Carv., cap. 1.º, § 4.º, nota 9); porquanto neste caso o inventario, acto forçado dependente do juizo, tanto interessa aos herdeiros como aos credores, não devendo os herdeiros soffrer com a móra legal da liquidação da herança pagando premios. No caso, porém, de ser protelado o inventario além do prazo de tres mezes seria injusto soffrerem os credores com a perda de juros de sua dividas durante um e mais annos. A opinião de não se contar os juros até o acto da partilha quando se separão bens para os credores excita geral clamor dos capitalistas e mais credores. Per de Carv., Proc. Orph., nota 138, sustenta a opinião que, *só depois de adjudicados os bens aos credores é que deve cessar a contagem dos juros, porque a adjudicação equivale a pagamento*, conformando-se com a opinião dos juizes que mandão contar os juros até o acto de partilha quando são separados bens para pagamento dos credores, ou dados *in solutum*, independente de irem á praça.—Vide no vol. 17 pag. 401, Direito de 15 de Novembro de 1878 o estudo sobre pagamento de juros por Macedo Soares pags. 401 a 411, sustentando: 1.º Nos inventarios não se pagam juros da móra, ainda que pedidos sejam, porque esses só se devem da contestação da lide em diante, nas demandas propriamente ditas (l. 24 de Outubro de 1832, art. 3.º; Ord. liv. 3 tit. 66 § 1; l. 22 Cod. de reivind., Silva ad. Ord. n.º 13; Per. e Souza nota 386—2.º Mas pagam-se os juros estipulados até a factura da partilha, porque a obrigação sobrevive ao defuncto, é exequivel nos seus bens, e até onde chegam estes, a solução da divida se hade fazer até completar o total do capital e juros. Pela adjudicação dos bens mediante a partilha, fica pago o credor que optou por esta forma de cobrança. (Accordãos da Relação da Bahia de 10 de Fevereiro de 1880 e da Relação do Rio de 2 de Julho de 1876—Direito, vol. de 15 de Julho de 1880—pag. 510, e de 15 de Dezembro de 1876, pag. 860 e vol. XI, pag. 865.

§ 262

O juiz do inventario não tem poder para obrigar os herdeiros ao pagamento de dividas contestaveis e contestadas — Accordão da Relação do Rio de 17 de Março de 1885 — Direito, vol. 41 n° 2.

§ 263

O comprador de um quinhão hereditario está obrigado proporcionalmente ás respectivas dividas do espolio — Ord. liv. 4 tit. 61 § 4; Per. e Souza, nota 777; Lobão Exec. § 39 e nota e art. 492 § 6 do Reg. n° 737, de 25 de Novembro de 1850. (90)

§ 264

O néto que succede ao avô pelo direito de representação não pode ser obrigado pelos bens desta herança a pagar as dividas de seo pae, o qual não foi herdeiro, porque representou o gráo e não a pessoa (Pinh. de testam., disputa 5ª, n° 422; Portugal de donation., liv. 3, cap-

(90) O comprador de uma herança responde pelas dividas da herança vendida ou legados do testador, salvo quando comprou, sustentam alguns, declarou ficar o vendedor obrigado a pagal-as, de outra forma o vendedor pôde mesmo demandal-o pelas dividas que pagou — Vide Direito — vol. 59 n° 2 pags. 311 e seguintes; l. 18 Dig., l. 2 Cod. de hæred. et act.; Man. dos Tabelliães, C. Telles, § 30, nota 6, pag. 40, Guerreiro, de invent. trat. 1, liv. III, cap. 7º, pag. 289, sustenta que o vendedor da herança sempre fica obrigado a pagar as dividas do inventariado e cita a l. 2 Cod. de hæred. vendit. que assim o diz. Elle opina que, vendida a herança, o vendedor e não o comprador é obrigado a pagar e entre outras razões argumenta com o preceito que as acções pessoas não seguem a cousa, mas a pessoa. *Actiones personales non sequuntur rem sed personam*. Diz que o herdeiro pôde comtudo obrigar o comprador que comprou a herança com o pacto de pagar os credores a pagal-os, podendo os credores demandar o vendedor ou comprador nesse caso. Pothier opina e C. Telles, que o comprador tem obrigação de pagar todas os dividas presentes como futuras (assim as custas relativas á herança que comprou e cita a lei 2 § 20 que julgam contra-producente á opinião de Guerreiro — vide. vol. III, n° 545 e C. da Rocha § 826; e C. Telles, Dig. Port. art. 393; Cod. Civil Fr., art. 1698; Aubry et Rau, vol. IV, § 359.

19 n.º 47; Guerr., trat. 2.º, liv. 4, cap. 6 ns. 21 e 24 — C. Telles, Theor. da Interpr. das Leis, § 6 n.º 32; Ramalho Instit. Orph., tit. 1.º, cap. II, § 11, pag. 20; C. da Rocha, § 336 e Baudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil, vol. II, n.º 68, pag. 42). A representação parte da lei e não da qualidade de herdeiro. O representante é chamado a exercer os direitos do representado, direitos que lhe concede a lei e não os tem como successor, que não o é, do representado e cujas dividas não é obrigado a solver.

§ 265

Havendo herdeiros necessarios, dever-se-há só pagar as dividas declaradas no testamento que couberem na terça. (Prov. de 28 de Abril de 1753; Consolid. cit., art. 1134) (91)

(91) Guerr., trat. 1.º, liv. 4.º, cap. 10, ns. 23 e seguintes, citado por Per. de Carv., § 73, nota 136, sustenta que a confissão do defunto, ainda sendo feita em testamento solenne, não é prova attendivel. Essa opinião não deve ser abraçada, visto que a confissão feita em testamento, instrumento publico, deve fazer prova plena (Ord., liv. 3.º, tit. 25 pr.; Reg. Com., art. 164; Ramalho, Prat. Civ., part. 1.ª, tit. XVII, cap. 3.º, § 10, e Consolid. dos L. L. Civis art. 1333, Provisão de 28 de Abril 1753) salvo o caso especial de haver herdeiros necessarios, caso em que pôde dar-se prejuizo das legittimas, e ser ferida a igualdade da partilha com pagamento de dividas simuladas, devendo, porém, attender-se na terça a divida passiva, mesmo simulada, visto que nella os pais podem fazer as disposições como quizerem e aprouverem. Silva, commentando a Ord., liv. 4.º, tit. 12 n. 15, opina que se deve considerar como legado a divida declarada quando o pai confessa semelhante divida em favor de um filho em prejuizo de outros, salvo quando a declaração é adminiculada com outras provas insuspeitas e evidentes de sua realidade, e ainda mesmo assim se deve considerar a divida como legado, e se imputar na terça do pai. (Peg. for., cap. 24 n. 45; Lobão, N. a Mello, liv. 2.º, 147, n. 14; Obrig. Recipr. § 251 n. 6, pag. 141; Gabriel Per., Dec. 44, ns. 1 e 2; Vall., Consul. 87, n. 242 e 243). Guerr., trat. 2.º, cap. 10, n. 6, sustenta que o irmão pôde propôr acção revocatoria contra a confissão de seu pai declarando seu irmão credor do espolio, salvo se consta por provas evidentes o recebimento do preço, (*vera numeratione pretii*), e que mais suspeita é ainda a confissão em beneficio de filho espurio incapaz de successão (Trat. 1.º, liv. 1.º, cap. 10, ns. 26 a 31). Os Accórdãos

§ 266

Quando os credores não tiverem titulos comprobatorios de suas dividas poderão justifica-las perante o juizo do inventario, não excedendo a quantia de duzentos mil réis. (Arg. do art. 48 do Regul. n. 2433, de 15 de Junho de 1859. Per. de Carv., nota 136. e Aviso de 13 de Agosto 1834.) (92)

§ 267

Quando as dividas passivas não são liquidas, não se achão provadas, no caso de duvida e opposição, deve o juiz do inventario indeferir os credores, remettendo-os para a acção ordinaria. (Per. de Carv., Proc. Orph., nota 136, § 73; Lobão, Acc. Summ., tomo 1^o, § 334; Per. e Souza, nota 1021).

§ 268

Contractos de qualquer valor provam-se por escriptos feitos e assignados pelo punho do devedor e por duas testemunhas, salvo os casos em que por lei a escriptura publica é exigida para substancia do contracto como no caso da hypotheca convencional, venda de bem de raiz, cujo valor exceda a 200\$000 etc. (Decreto n^o 79, de 23 de Agosto de 1892 art. 2^o). (93)

de 19 de Junho e 16 de Novembro de 1855, confirmados pelo Sup. Trib. de Just. em 23 de Abril de 1855 declararão bastar para a prova da divida, ainda que avultada seja, escripto particular reconhecido em testamento. (Mafra, Jurispr. dos Tribunaes, verb. *testamento*, vol. I, pag. 298.)

(92) O Regul. cit. declara que deverão ser justificadas as dividas passivas não excedentes á alçada. Actualmente a alçada dos juizes foi elevada; julgamos, porém, que se deve conservar a praxe, visto que o legislador considerou o valor de duzentos mil réis como limite ás justificações, como meio de prova, o qual não deve ser elevado.

Souza Bandeira, Nov. Proc. dos Feitos, § 430, diz que são admittidas justificações até a valor de quinhentos mil réis.

(93) Anteriormente a esse decreto era necessaria para prova a escriptura publica em contractos, cujo objecto excedesse á taxa de 800\$ em bens de raiz e 1:200\$ em bens moveis.

(Alv. 30 de Outubro de 1793). Exceptuavam-se os contractos entre pai e filho, entre filho e mãe, entre sogro e sogra, genro ou nora durante o matrimonio, entre irmãos germanos ou unilateraes,

§ 269

A confissão da divida do defunto em testamento so lemne não é prova attendivel de divida passiva e vale apenas como esmóla ou legado, havendo filhos ou herdeiros legitimos forçados (Resol. de Consulta do Conselho d'Estado de 26 de Julho de 1867. (Vide § 262)

§ 270

A mórte do devedor não impórta o vencimento da divida a praso, salvo clausula em contrario.

O direito do devedor ao praso da divida não vendida passa a seus herdeiros; não póde o credor demandar antes do tempo do vencimento convencionado. (94)

primos co-irmãos, entre sobrinhos e tios (Ord., liv. 3^o, tit. 59, § 11), os contractos commerciaes que se regularão pelo Cod. Commercial, e mais os casos apontados em T. de Freitas, Consolid. das L. Civ., art. 369 A escriptura particular não serve para provar a divida, não confessada, superior á taxa da lei. (Rev Cível n. 8492, Sent. do Sup. Trib. de Just. de 3 de Junho de 1874, Recorrente José Bento Ferreira de Brito, Recorrido o Juizo, publicada no *Direito*, anno II, vol. IV, n. 6 de 30 de Julho do mesmo anno). Devedor que confessa ser sua a firma inserta em um credito de quantia superior á taxa da lei, embora negue, sem o provar, a obrigação, é obrigado ao pagamento. (Accórdão da Rel. da Côte, de 30 de Junho de 1872, publicado no *Direito*, anno I, vol. X, de 15 de Novembro de 1873, pag. 431). Quando o pedido excedente da taxa da lei, é desacompanhado de prova de escriptura publica não póde o Juiz absolver o réo no excesso da taxa, e condemna-lo na parte não excedente á mesma. (Accórdão da Rel. do Rio, de 12 de Dezembro de 1871, appell. n. 13573, appell. Angelo Abbiate, appell. Francisco José dos Santos per cabeça de sua mulher e outros). O Alvará de 1793 cit., § 4^o, determina expressamente que sómente por escriptura publica se possão provar direitos e obrigações que se derivão de contratos superiores á taxa da lei, *n o bastando escriptos particulares, ainda que assignados por cinco testemunhas*. (Sent. do Sup. Trib., Rev. n. 7406 de 10 de Julho de 1869).

Disposições estas anteriores ao Decr. n. 79. de 1892. Vid. Dir. vol. 15 de Janeiro 1877, pag. 90, e vol. 23 n. 4, pag. 591.

A citada Lei de 1892, art. 2^o, diz que nos casos em que a escriptura não é da substancia do contracto *as pessoas que podem passar procuração do proprio punho* estão habilitadas a contrahir por instrumento particular feito e assignado de seu punho e com duas testemunhas obrigações e compromissos, qualquer que seja o valor da transacção.

(94) Analogia não ha entre a fallencia e mórte. No caso de insolvabilidade do acervo cessa a regra de não poder ser demandada

a divida antes do termo. Si tem o devedor, que paga antecipadamente, direito a desconto; si o credor, tendo o prazo em seu beneficio é obrigado a receber — vide Baudry Lacantinerie, Précis de Droit Civil, vol. II, ns. 1790 a 1794. Transcrevemos a seguinte proposta e pareceres a respeito.

PROPOSTA

Maria, viuva de José, falleceu quatro mezes depois de ter aceitado uma letra de certa quantia que devia a Pedro, para paga-la de sua data a dous annos, com os juros convencionados, que correrião da mesma data, e procedeu-se a inventario judicial de seus bens para dar-se partilha aos respectivos herdeiros da legitima materna, visto que já estão inteirados da paterna. Pergunta-se:

1.º

Pela morte de Maria deve reputar-se vencida a sua letra para o effeito de requerer-se no inventario o pagamento della, ou passou para os herdeiros respectivos a obrigação de paga-la quando findar o prazo estipulado?

2.º

Pedro está obrigado a guardar a expiração do prazo, ainda que os herdeiros de Maria não lhe mereção confiança?

3.º

Basta a simples allegação desta falta da confiança, ou é necessario provar causas que a justifiquem para poder Pedro pedir o pagamento pelo inventario ou por acção competente contra os herdeiros?

EM RESPOSTA

Ao 1.º As obrigações do devedor fallecido passão para seus herdeiros, taes quaes forão contrahidas, e portanto, havendo estipulação de prazo para o pagamento e não estando vencido o prazo, os herdeiros não tem obrigação de pagar antes do vencimento. Esta decisão prova-se pelo seu enunciado, simplesmente apoiada na regra do art. 136 do codigo do commercio.

Ao 2.º Quem faz contractos com a simples garantia pessoal do seu devedor sujeita-se ás emergencias do fallecimento deste. Não basta, portanto, dizer que os herdeiros de Maria não lhe merecem confiança.

Ao 3.º Não pôde Pedro pagar não estando vencida a letra, porque não se dá nenhum dos casos excepcionaes a que allude o citado art. 136 do codigo do commercio. Leve a duvida ao conhecimento dos herdeiros, requerendo para tal fim, antes do inventario, e protestando haver de cada um delles sua quota parte na razão dos quinhões hereditarios. Rio de Janeiro, 23 de Novembro de 1863.
— *Augusto Tetzeira de Freitas.*

Consultados, recentemente, distinctos advogados, entre outros pontos, sobre o seguinte:

« Pelo facto da morte do devedor, as dividas se considerão

§ 271

Os credores da herança e os legatarios tem direito de ser pagos pelos bens della com preferencia aos credores pessoaes do herdeiro e os credores pessoaes do herdeiro pagam-se pelos bens proprios delle e o restante dos hereditarios, pagos os encargos da successão. (B. Lacantinerie cit., vol. II. nota ao n. 201, pag. 128.)

§ 272

A herança não responde pelas despezas que fazem os credores com a legalisação de suo dividos, salvo quando em processo regular fôr condemnada em custos.

§ 273

O facto de ter o credor exigido pagamento de sua divida no inventario não o priva de propôr a acção competente para haver seo pagamento, quando ha duvida sobre o principal sobre os juros somente; e nem se argumente com prevençã de juizo, pois a prevençã dá-se entre juizes igualmente competentes e a exigencia de pagamento da divida no juizo do inventario não importa prevençã de jurisdicção. (Direito, vol. 3 pag. 3 — Resenha Juridica Mineira, anno II n° 3, pag. 143.)

§ 274

Os herdeiros são obrigados ao pagamento das dividas da herança *ultra vires hæreditatis* se não acceitaram-n'a

vencidas? » — respondêrão :

— A morte do devedor não importa o vencimento da divida, salvo clausula em contrario. O direito do devedor passa aos seus herdeiros nos mesmos termos em que elle o possuia. Rio, 6 de Maio de 1882. *Lafayette Rodrigues Pereira*.

— Pela morte do devedor não ficam vencidas as dividas cujos prazos ainda não têm decorrido; e por isso não pô te o credor demandar o seu pagamento, antes do tempo do vencimento convencionado. S. Paulo, 10 de Maio de 1832 — *Joaquim Ignacio Ramalho*.

Em contrario opinava Perd. Mulheiro, Consultas Juridicas, pag. 121, não tendo, porém, fundo juridico, pois não se deve equiparar a morte do devedor á fallencia — Vide Consolid. da L. L. Civis, art. 351, citada por Perd. Mulheiro.

a beneficio de inventario. (Direito, vol. 18 n° 3, pags. 467 e 469 — nota 33 ao art. 978 da Consolid. da L. L. Civis). (95)

(95) Em regra a obrigação do herdeiro pagar as dividas do defunto com seos proprios bens é uma injustiça; dividas da herança devem ser pagas por bens della e não por bens proprios dos herdeiros que, sendo seos bens penhorados, podem embargar como terceiros; e, podendo os herdeiros maiores fazer a partilha amigavel, não está por lei marcado o praso preciso para faze-la e nem para desistirem da herança e não podem os credores nesse caso por falta de inventario e repudio da herança argumentar que os herdeiros são obrigados pelas dividas da herança *ultra vires haereditatis*. (Accordãos da Relação de Ouro-Preto 5 de Dezembro de 1876 e 3 de Junho de 1877, Sent. do Sup. Trib. de Justiça de 11 de Maio de 1878, Rev. civil n° 9.248 — Direito, vol. 17 n° 2, de 15 de Outubro de 1878 — pags. 279 a 284. Lobão em Exec., porem, sustentou a opinião que os herdeiros só podem eximir-se da execução em seos bens por dividas do defunto, 1° quando tiverem aceitado a herança a beneficio de inventario; 2° provando que a herança está exaurida (§ 31). Ramalho, Instit. Orph., tit. 1, cap. I, § 8, *in fine* diz: hoje não ha necessidade de fazer termo de herdar a beneficio de inventario, porque este beneficio se concede a todos os herdeiros havendo o inventario, ainda que o não tivessem requerido, aliás respondem pelos proprios bens, ainda alem das forças da herança e esta é a praxe. (C. Telles, D. das Acc, nota 635). T. de Freitas chegou a sustentar que *ainda* que não fizesse inventario, não podia o herdeiro ser obrigado alem das forças da herança, pois Mello Freire, tit. 6° § 9, diz: que o beneficio de inventario, admittido no Direito Romano, nunca foi recebido por lei ou costume; mas modificou a sua opinião, como confessa na nota 513 ao § 314, onde define o que é beneficio de inventario em sua obra — Testamentos, pag. 438, dizendo que a pratica, uso e costume têm admittido o beneficio do inventario e do qual goza-se fazendo-se inventario, meio de separação dos bens da herança e proprios (Gouvêa Pinto, cap. 33 e Coelho da Rocha § 450). E' conveniente, portanto, que os herdeiros acceitem a herança a beneficio de inventario, e os tutores e curadores dos menores e os dos interdictos não devem acceitar de outro modo, e muitos sustentam que não basta o inventario, é preciso a declaração expressa em termo judicial. Os herdeiros beneficiarios só respondem pelas dividas passivas cada um em proporção de sua quota hereditaria demonstrada pelos algarismos da partilha, salvo si o testamento os encarregou expressamente de pagar a divida por inteiro; si o caso fôr de obrigação indivisivel; si o caso fôr de obrigação hypothecaria, tendo recebido algum co-herdeiro o immovel hypothecado em pagamento de sua quota hereditaria, pois a hypotheca é indivisivel; por privilegio da fazenda publica; e os que pagarem alem de suas quotas tem direito a reclamar dos outros o excesso, em rateio por todos.

(Vide T. de Freitas, Test., pags. 441 e 442, §§ 316 e 317).

§ 275

Embora o conjuge sobrevivente renuncie a sua meação em beneficio dos credores, essa renuncia não o isenta da obrigação de pagar as dividas contrahidas na constancia do casamento, na parte que lhe é relativa.

A' esta obrigação estão sujeitos os bens adquiridos posteriormente á morte de um dos conjuges pelo que lhe sobrevive. (Accordãos da Relação de Ouro-Preto de 7 de Julho de 1885 e 23 de Outubro do mesmo anno, appellação civil n.º 1043, Resenha Juridica, anno II, n.º II, pag. 636 e 640 — Direito, vol. 39, n.º 3 de 1886 — pag. 496.) (96)

(96) Diz o Accordão : « E porque da communhão de bens deriva-se a communicação das dividas contrahidas durante a mesma communhão, continua o meeiro obrigado a pagar a metade do debito não obstante desistencia da meação sempre vinculado á obrigação que contrahio. E nem do pagamento dessa divida podem ser excluidos os bens que a mulher ou marido houve, posteriormente ao fallecimento de outro, por herança; porque a obrigação communicada entre os conjuges e não solvida continua, dissolvida a sociedade conjugal, a cargo do conjuge meeiro na parte que lhe é relativa e só se extingue a obrigação por algum dos meios de direito e entre estes não se inclue o direito á renuncia da meação em beneficio dos credores, feita pelo conjuge sobrevivente. O beneficio de inventario, instituição de nosso direito fundado no romano, só diz respeito aos herdeiros do devedor defunto, os quaes são livres ou não de não continuar a personalidade juridica do defunto com acceitação ou renuncia della. A doutrina do art. 1453 do Cod. Civil Fr. não pôde ser transferida para nosso direito (Lafayette, Dir. de Familia, nota 1.^a ao § 55). Em contrario, que a mulher casada não é responsavel pessoalmente por dividas do marido alem das forças do casal por seos bens proprios e posteriormente adquiridos, se vê julgado por Accordão de 29 de Junho de 1873, sustentado pelo de 26 de Setembro, appell. n.º 1437 da Relação do Rio. Perd. Malleiro, Consultas Juridicas, pag. 324 limita a opinião no caso da mulher sonegar bens e não ter feito inventario, podendo a mulher, como si lhe não pode recusar o direito de entregar to los os bens aos credores. O herdeiro que acceitou a herança sem allegar o beneficio de inventario e si o inventario não foi feito no tempo legal, está sujeito á execução pelos proprios bens para pagamento da divida da herança, se os bens desta não chegam. (Direito, vol. XXI, n.º 3, pag. 523; C. d. Rocha, pags. 339 e 341, arts. 430 e 432 e Rev. J. de 1866, pags. 188 a 197)—A acceitação a beneficio de inventario importa preferencia dos credores hereditarios, importando cessão de bens e ficam inhibidos os herdeiros de dispor dos bens, só podendo dispor dos remanescentes, pagos os credores — Acc. do

§ 276

O inventariante pode remir os bens da herança pagando as dividas e a metade do imposto de transmissão de propriedade, recebendo immoveis em adjudicação. (97)

§ 277

A falta de descripção das dividas passivas no inventario não prejudica aos credores, (C. Telles, Dig. Port. vol. II, art. 1019, C da Rocha § 476.)

E a descripção de uma divida, sem prova legal, não constitue obrigação. (Acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo, Gaz. Juridica, vol. V. pag. 47 e Direito, vol. 60, n. 2, pag. 209.)

Sup. Trib. 27 de Setembro 1865 — rev. n.º 6726. Vide citada Rev. Juridica. O herdeiro beneficiario deve ser considerado como tendo dois patrimonios distinctos, seu patrimonio proprio e o do defunto. O beneficio do inventario impede a confusão dos patrimonios, o qual produz a acceitação pura e simples; isola o patrimonio do defunto do do herdeiro—opéra a separação dos bens hereditarios dos pessoas dos herdeiros.

O herdeiro beneficiario póde fazer o abandono de todos os bens da herança aos credores e legatarios, com vantagem de não ter mais obrigação de administração dos bens hereditarios e responsabilidade consequente.

Vide Baudry-Lacantinerie, vol. II n.ºs 200 - 201 e 202.

(97) A remissão sempre pagamento feito pelo conjuge ou herdeiro ao credor do casal, cuja divida é assim remida ou então transferencia do direito creditorio para o conjuge ou herdeiro que é subrogado nos direitos do credor sobre os bens do casal correspondentes á divida que assim tambem é remida. Não ha remissão de dividas sem audiencia dos credores. Perd. Malheiro, Man. do Proc. dos Feitos, nota 1103, § 529 n.º 10—Lobão, Exec., § 450. Absorvendo o passivo o activo póde o inventariante remir consentindo os credores por um termo de adjudicação que sejam adjudicados os bens ao inventariante com obrigação de pagar. (Ramalho, Instit. Orph., nota 828, pag. 283, e assim julgou o Tribunal de Justiça de S. Paulo por Accordão de 13 de Agosto de 1895, appellação civil n.º 584 da Capital, appellante Verissimo Ferreira de Paiva e appellado Curador Geral dos Orphãos, Rev. Mensal, anno 1.º, Setembro pag. 224) Da obrigação de pagar a siza no caso de remissão, vide o Regul. de 31 de Março de 1874 e art. VI do Decr. Estadual n.º 355 de 14 de Abril de 1896.) O cabeça de casal paga metade do imposto de transmissão (art. 19 § unico do Decr. n.º 5581 de 31 de Março de 1874 e 6.º § unico do cit. Decr. de 1896).

§ 278

Os bens separados aos credores para pagamento de dividas não torna-os senhores dos bens, devem ir necessariamente á praça havendo orphãos e em falta de lançador adjudicados com consentimento do inventariante e herdeiros, dando-se então uma *datio in solutum* que deve pagar imposto de transmissão. (Ord. liv. 1.^o tit. 88 § 14; Accordão da Relação de S. Paulo, de 26 de Maio de 1882. — Direito, vol. 29, pag. 49, a 51; Menezes Juizos Divisorios, § XXXI, pag. 51; Ramalho, Instit. Orph, § 116).

§ 279

A separação de bens a um herdeiro com obrigação de pagar as dividas não impede que outro co-herdeiro requeira praça dos bens, mesmo depois de julgada a partilha, ainda mesmo que os credores tenham concordado na adjudicação e o coherdeiro entenda que os bens foram adjudicados por baixo preço e que em praça podem alcançar mais vantajoso (T. de Freitas, nota 11 ao art. 1151; — Consolid., pags. 671 e 672).

§ 280

Apezar de adjudicados bens para pagamento de credores, podem estes continuar na marcha legal das execuções que promoveram em consequencia de acções que propôzera; mas não pôdem impedir a adjudicação e recusar o pagamento offerecido pelo herdeiro adjudicatario.

(T. de Freitas, cit., pag. 672).

§ 281

Ha dividas passivas que não sahem do monte, e são imputadas na meação do conjuge devedor, taes são;

1.^o, as dividas contrahidas antes do matrimonio, que são pagas pelos bens do conjuge devedor, e pela sua metade nos adquiridos durante o matrimonio; (Ord., liv.

4º, tit. 95, § 4º; Consolid. das L. Civis, arts. 115 e 116; Per. de Carv., Proc. Orph., § 78). (98)

2º, as que procederão da dissipação, ou do jogo, ou delicto que devem ser pagas pela meação do responsável (Per. de Carv., § 78, nota 141; C. da Rocha, § 247; Guerr., trat. 1º, liv. 1º, cap. 4º, n. 10 e 56; Borg. Carn., Dir. Civ. liv. 1º, tit. 13, § 128, n. 31; T. de Freitas, Consolid., nota 4ª ao art. 115.);

3º, o valor de alguma propriedade que um dos conjuges vendeu depois da morte de outro, antes de se effectuarem as partilhas; (Per. de Carv., § 29, nota 67; Vall., Consult. 69, ns. 23 e 27; Cabed., part. 1ª, Dec. 146; Paiva e Pona, cap. 3º, n. 19; Man. dos Tabel., C, Telles, § 38; Borg. Carn., tomo 2º, liv. 1º, tit. 13, § 131, n. 10; Repert.-verb. *cabeça de casal*);

4º, as despezas de bem d'alma; (Per de Carv., cit. § 81, notas 141 e 146).

5º, a divida resultante da fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher. (Ord. liv. 4º tit. 60.)

§ 282

A separação de bens no inventario e partilhas para pagamento do credores não é verdadeiro pagamento, e nem os credores estão obrigados aceita-los, quer pela avaliação, quer com abatimento; mas devem ser vendidos

(98) T. de Freitas, nota 7ª ao art. 116 cit. da Consolid., diz que não é possível conhecer o que ha de adquiridos sem partilha de todo o casal, e que os credores não podendo requerer essa partilha, torna-se impraticavel semelhante disposição, e no mesmo sentido opina Coelho da Rocha, Dir. Civ., nota ao § 246, quando diz: — *a outra parte da Ord. que permite aos credores executar a metade dos aqueridos do devedor, não tem podido ser entendida pelos praxistas, porque os adquiridos não se podem fixar sem a separação das entradas, e partilhos de todo o casal, o que o credores nunca podem requerer.* — Rebouças opina em as suas Observ. á Consolid., que é praticavel a Ord., que dispõe que primeiro se deve pagar a divida pelos bens adduzidos pelo conjuge devedor, e pela sua metade dos adquiridos, vindo o que restar a se reunir aos bens de outro conjuge para fazer monte partivel. (Borg. Carn., Dir. Civil, liv. 1º, tit. 13, § 128, n. 12).

em praça por conta dos herdeiros, e do seu producto se deve fazer o pagamento aos credores, e o resto entregar-se aos herdeiros. (C. da Rocha, § 489; Menezes., Juiz. Divis., cap. 2º § 14; Consolid. das L.L. Civ. nota 11 ao art. 1151; Accordãos da Relação do Rio de 26 de Setembro de 1856, na appell. n. 6746 e da Relação de S. Paulo de 28 de Julho de 1874, appellante Jesuino Baptista e appellado Dr. Manoel Pereira de Souza Arouca). (99)

(99) Os bens separados para pagamento de credores, nos inventarios, mesmo de maiores que não consentirão na dação *in solutum* ou adjudicação, não lhes dão e nem transferem dominio; só lhes dão o direito de pedir a venda delles em praça para seu pagamento, ainda que os credores sejam testamentarios ou inventariantes. Si não achão lançador podem ser novamente avaliados, e ir á praça por um preço menor; si ainda não encontrarem lançador pôde dar-se a adjudicação, mas sem o abatimento legal, que se fazem em execuções vivas de sentenças. Si o producto da arrematação, tendo elles lançador, exceder o valor das dividas, a sobra a pertence aos herdeiros e si o producto da arrematação não chegar para pagar os credores, os herdeiros são responsaveis pelo restante *pro rata*. Si os credores concordão, e os herdeiros, quando são to los maiores, convêm em receber e entregar os bens separados, ficando delles senhores e possuidores os credores, semelhante *datio in solutum* é permittida, pagos os impostos fiscaes (T. de Freitas, Consolid., art. 1151, nota 11), — sendo herdeiros menores, devem necessariamente ir os bens á praça. (Avis. de 7 de Julho de 1870; Men. J. Div., cap. 2º, § 31). Da adjudicação a herdeiros de qualquer especie (necessarios ou não) que tenham remido, ou se obriguem a remir dividas do casal, ou para indemnisação de legados e despezas, é devido o imposto de transmissão de propriedade correspondente á compra e venda; sendo esta disposição applicavel aos conjuges meeiros, e, no caso de remissão, por estes, de dividas, será deduzido o imposto da *metade do valor dos bens adjudicados*. (Art. 19 do Dec. n. 5581 de 31 de Março de 1874 e art. 6º do Regul. Estadual nº 355 de 14 de Abril de 1896). Assim achão-se sem vigor as isenções anteriormente estabelecidas de não pagar o imposto as remissões de dividas feitas pelo conjuges e herdeiros necesarios, antes de feitas as partilhas, revoga-los os Avisos n. 228 de 8 de Setembro de 1851, n. 19 de 25 de Janeiro de 1854, n. 404 de 16 de Setembro e n. 405 de 17 do mesmo mez de 1861, n. 389 de 6 de Setembro de 1865 e outros. Separados bens, e não adjudicados aos credores, não se realizando a *datio in solutum*, tendo os bens de ir á praça, não devem os credores pagar um imposto sobre bens que não lhes forão transmittidos. A venda dos bens separados deve ser feita perante o juizo do inventario. (Dec. de 15 de Julho de 1757). O credor que voluntariameare sujeitou-se a ser pago no juizo do inventario requerendo adjudicação de bens e sen-

§ 283

Deve-se primeiramente para pagamento dos credores separar os moveis e semoventes, e só, na falta destes, e que póde-se separar os de raiz.

Entre os moveis precede o dinheiro. (Per. de Carv., § 76, nota 139; Ord., liv. 3^o, tit. 86, §§ 7^o e 8^o; Reg. Comm. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 512 § 1^o e Ramalho, Instit. Orph., § 116 e nota 825). (100)

§ 284

As dividas dos herdeiros devem ser lançadas a conta de seos quinhões hereditarios e não rateadas como se procede quando se trata de dividas de estranhos, (Sent. do Sup. Trib. de Justiça de 21 de Julho de 1888, Rev. n^o 10. 848, Direito, vol. 47 n^o 1, de 15 de Setembro do mesmo anno, pags. 74 a 75 e Sentença do mesmo Tribunal de 24 de Novembro de 1869—Direito, vol. II. pag. 339 a 341.) Se são

do estes adjudicados por falta de lançador em praça, não póde recorrer mais ao juizo contencioso. Assim o credor hypothecario que no inventario accitou bens em pagamento e adjudicação não póde depois recorrer á acção executiva, a qual renunciou no inventario.

(Accordão do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 28 de Abril de 1896, na Revista Mensal, vol III n^o 1, de Abril, pag. 115).

(100) A carta de sentença extrahida pelo credor dos autos de inventario é susceptivel de execução, e não se pode considerar como um méro documento para instrucção de acção ordinaria que deva ser proposta. (Accord. da Rel. da Côte, na appell. n. 3582, de 21 de Novembro de 1873). Declara este Accord. que o credor deve executar a sentença no juizo do inventario e partilhas, onde obteve. No Direito, anno 2^o, vol. 3^o, n. 3, vem citado o Accordão de 12 de Setembro de 1871 em a appell. n. 3151 como contrario ao primeiro Accordão; julgamos, porém, que na hypothese decidida pelo ultimo Accordão julgou-se ser inexecutable a execução da carta de sentença, quando os bens não foram lançados aos credores, mas sim ao inventariante, para pagamento delles. Que os formaes ou cartas de partilhas não têm execução contra terceiros que não foram partes no inventario decidirão os Accs. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 28 de Fevereiro e 13 de Junho de 1893.—Gaz. Juridica do Estado, anno I, vol. I n^o 1, pags. 37 a 38; Per. de Carvalho, Proc. Orph., § 110; Ramalho, Instit. Orph., § 136, salvo quando terceiros que receberam causa do vencido, assim comprando a herança. (Gaz. cit., vol. XI, n^o 84, pag 274).

dividas de herdeiros descendentes devem vir á collação.
— Ord. liv. 4, tit. 97. (101)

§ 285

O cabeça de casal não pôde ser accionado *in solidum* para pagamento de dividas, senão em casos especiaes, em accções especiaes.

(Sent. do Superior Tribunal do Estado de Alagõas, de 7 de Abril de 1893—Direito, vol. 62, n° IV, pag. 489 a 491; Mor. de Carv. Praxe For., n°ta 46 — Direito, vol. 64 n° 2, pag. 182; Acc. da Relação de S. Paulo de 13 de Novembro de 1888, appell. n° 1589 — Direito, vols. 48 n° 1 e 15 n° 2. (102)

(101) Modifiquei a minha opinião nas anteriores edições quando sustentei que as dividas passivas no inventario devem ser rateadas proporcionalmente, ainda que sejam devedores os herdeiros, citando o Accordão da Rel. do Rio de 11 de Setembro de 1868, Direito, anno I, vol. II n° 3, pag. 339 e Consolid. da L. L. Civis, art. 1208, nota 13. O Cod. Civil Fr., art. 829 manda conferir as sommas das quaes é devedor o filho e todas as doações directas e indirectas e o mesmo dizem Ramalho e Lobão, Obrig. Recipr. § 664 e Notas a Mello, liv. 3° tiv. 12 § 12-13 n° 18, dever os filhos trazer á collação os valores que o pae deo em empréstimos para pagar dividas, dinheiros para similhante fim, sendo regra que os bens conferidos compõem os quinhões dos herdeiros donatarios. (Ramalho, Instit. Orph. § 107, n°ta 734, pag. 252; C. da Rocha, § 480, Cod. Civ. Port. arts. 2098 e 2104; Pothier, vol. 1 pag. 510 n° 78, Accordão de 24 de Novembro de 1870 do S. Tribunal de Justiça, rev. n° 7546). T. de Freitas diz que se devem imputar por inteiro em seos quinhões, parte da divida em proporção de sua quota, dando-se aos outros partes respectivas, com vantagem de impedir a fraude dos herdeiros contra seus credores, simulando o herdeiro devêdor deve a herança de accordo com os mais herdeiros. Ma si o herdeiro requerer que seja imputada a divida por inteiro em seo quinhão e houver annuencia dos demais herdeiros. inventariante, Curador Geral, como impedir o juiz no processo administrativo do inventario? A praxe é varia. (Dir. vol. 49 pag. 209.)

(102) O cabeça de casal ou inventariante não pôde ser accionado *in solidum* pelas dividas da herança ainda não partilhada, sendo indispensavel a citação de todos os herdeiros. A posse civil dos bens do de cujus passa para os herdeiros com todos os effeitos da pösse natural, lógo após á sua morte *ex vi* do Alvará de 9 de Setembro de 1754 e Assento de 16 de Fevereiro de 1786, assistindo a todos os herdeiros o direito de propriedade é indispensavel a citação de todos como immediatamente interessados na causa em que

§ 286

O fôro do domicilio do defuncto, onde se faz o inventario, só é obrigatorio para os herdeiros em quanto a herança está indivisa, dando-se um fôro de quasi-tracto (Paula Baptista, § 46, pag. 35; Ord. liv. 3.º, tit. 11, § 2.º C. Telles, Man. do Proc. Civil, § 43, pag. 20). (103)

se demanda a divida da herança. A pösse que a Ord. liv. 4 tit. 95 dá ao cabeça de casal é uma posse provisoria e imperfeita que só autorisa os interdictos possessorios, não podendo o inventariante propôr outras acções. Pode ser accionado, divisivel a divida, por metade ou conjunctamente com os herdeiros pela divida em geral. Si na acções hypothecaria e divisão e demarcação de terras pode dar-se a citação do inventariante, na forma das leis n.º 370 e 720 de 1890, são disposições excepçoes em acções especiaes. Si a causa corre sem citação dos herdeiros, a nullidade affecta a estes e não ao inventariante responsavel por metade do debito. Ha opiniões em contrario. Silva distingue, commentando a Ord. liv. 3.º, tit. 27 § 2.º, acções novas e começadas, no primeiro caso diz que o inventariante antes de partilha pôde demandar e ser demandado *in solidum*. Borges Carneiro tambem sustenta que ao conjuge vivo em quanto está na posse civil, antes da partilha, compete activa e passivamente todas as acções tocantes ao casal, sem necessidade de intervenção dos herdeiros do defuncto e diz ser a praxe do Reino (vol. II, § 131, n.º 6 e 7, pag. 112; Per. e Souza, nota 250; Repert. das Ords. pagina 603 verb. *mulher fica*). Si a causa é já começada em vida do defuncto, então, passando a instancia aos herdeiros é necessaria a habilitação delles, assim entende Phebo, part. 1, aresto 1.º; C. Telles, D. Das Acções, § 288; Mello Freire, Inst. de Dir. Civ., livro 3.º, tit. 6.º § 11; Per. de Carvalho cap. 1 § 29; C. da Rocha, nota U ao § 475, pag. 375 do 2.º volume. Grande variedade de opiniões a ponto de Alvaro Vallasco sustentar as duas. — Vide Consulta 128 e desdizendo-se no cap. VI n.º 1 das Partilhas. Ramalho diz que a opinião mais sã é a de Per. de Carvalho, § 29—Instit. Orph., § 87, nota 599, pag. 200. No Instituto de Advogados do Rio de Janeiro discutio-se a these, tomando parte na discussão varios advogados, os Doutores Silva Costa e Viriato de Freitas emitiram opiniões divergentes e o Doutor Moreira Tavares uma opinião distincta dos dous, o primeiro sustentou que o inventariante podia demandar e ser demandado *in solidum*, o segundo *aliter*. O Dr. Moreira Tavares sustentou a opinião de que possa demandar, mas não ser demandado. Vide Direito, vol. 42, pags. 201 a 208 — T. de Freitas a Pereira e Souza, pag. XVI, nota 3.ª — Direito, vol. 15, pag. 375 — vol. I, pag. 39 e Gaz. Juridica, vol. 12 pag. 403.

(103) Em quanto a herança está indivisa podem os herdeiros ser accionados em o mesmo juizo do defuncto, posto que moradores de fôro differente, por causa da connexão e continencia da causa;

§ 287

As dividas activas reputadas perdidas, duvidosas, litigiosas ou de difficil cobrança, necessariamente devem ser divididas proporcionalmente entre o cabeça de casal e herdeiros, *ut unus non gravat, aliis gratificando*. As dividas boas, reconhecidamente boas, póde o juiz partilhar uma para cada coherdeiro para que o titulo da divida propria fique em poder e o devedor não seja vexado por muitos concredores. (Guerr., trat 2º, liv. 2, cap. IV, nº 41, pag. 251).

§ 288

Quando o acervo hereditario não chega para pagamento de todo o passivo vão os autos ao Contador para verificação e liquidação, feita a conta e nella attendendo-se á preferencia dos creditos e, pagos os credores hypothecarios e privilegiados, o restante se faz rateio ou se o faz lógo não havendo preferencia. (Avis. de 24 de Fev. de 1846 e nº 85 de 18 de Fev. de 1865 — Pothier, vol. 8, pag. 132.)

CAPITULO XXIII

DOS LEGADOS

§ 289

A propriedade da coisa legada adquire o legatario, desde a morte do testador; a posse, porem, deve receber se a herança já foi dividida, cada herdeiro deve ser accionado no seo domicilio, quando se trata de causa divisivel — Guerr., Trat. de Recusat. liv. 3 cap. III nº 22 e trat. 1º de Munere Jud. Orph. l. 2 cap. II, devendo ser a excepção de incompetencia de fóro allegada antes de sentença pois dá-se então prorogação. T. de Freitas, consultado, opinou de módo contrario que, sendo a obrigação divisivel divide-se lógo pelos herdeiros desde o fallecimento do devedor, sem que dependa da conclusão do inventario e partilha; que a Ord. liv. 3 tit. 11 § 2 só procede quando a causa já pendia com o fallecido — vide Reg. Commercial nº 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 63; Ramalho, Prat. Civ. e Comm., part. 1ª, tit. III, cap. 3 § 3 e nota C.; Per. e Souza, nota 40 ao § XXXI. A consulta de T. de Freitas é de 31 de Março de 1869 sobre proposta vinda da comarca de Vassouras e publicada no Jornal do Commercio. Vide Accordão do Trib. de J. de S. Paulo na Gaz. Juridica, vol. 6 nº 6, de 19 de Outubro 1894, pag. 326.

da mão dos herdeiros ou testamenteiro universal. (104)

§ 290

O legatario é dono de todos os fructos, naturaes e civis provindos da cousa legada, desde a mórte do testador, quando adquire o dominio desde esta data, como quando consiste em especie e cousa propria do testador; mas não nos casos em que o legatario não adquire o dominio *ipso jure*, senão depois da tradição; porque, em taes casos, são devidos os fructos somente depois da móra. (Lobão, Acc. Summ., § 355; Ramalho, § 47, pag. 93 e nota 286; C. da Rocha, § 710; Cod. Civil Port., art. 1840. (105)

(104) O dominio da cousa legada sem condição passa *ipso jure* ao legatario immediatamente depois da morte do testador; mas não a posse sem effectiva apprehensão, porque o Alv. de 9 de Novembro de 1754 transferindo aos herdeiros a posse civil com todos os effectos da natural, não contemplou os legatarios e fidei-commissarios particulares. (T. de Freitas, nota 57 ao art. 1025 da Consol. das L. L. Civis.) Não póde o legatario metter-se na posse da cousa legada por sua propria autoridade, salvo si o testador expressa ou tacitamente lh'o facultar; e, em quanto não se verifica si a herança é solvente ou não, ou se entre os legatarios deve haver rateio, compete ao herdeiro a administração do legado, para que, depois de liquidado, faça entrega ao legatario. (Ramalho, Instit. Orph., § 47). Si o legatario arroga a posse tomando-a por privada autoridade, é caso do herdeiro pedir a restituição pelo interdicto *quod legatorum*, especie do interdicto unde vi (força), Lobão, Interdictos, § 59. Ha casos, porém, em que o dominio da cousa legada não passa aos legatarios *ipso jure*, quando o legado não consiste em certa especie, senão em quantidade ou em genero; quando o legado é alternativo, em razão da incerteza da cousa legada; quando o legado foi deixado *in diem* ou debaixo de condição; quando o legado é de usufructo; no legado de opção, antes de feita a escolha; quando o testador deixa em legado uma parte quotitativa de bens, porque é incerto o que hade ser dado em pagamento ao legatario.

(Vide Ramalho, cit. § 47, pag. 90 a 92).

(105) Que os rendimentos da cousa legada só são devidos depois da demanda, dizem C. Telles, Doutr. das Acc., nota 337 ao § 150 e C. da Rocha, § 710), e não da morte do testador (Pothier — vol. 8, nº 276 e seguintes; Cod. Civ. Fr., arts. 1014 e 1015). Que o testamenteiro remisso entregar o legado consistente em dinheiro só é obrigado a entregal-o com os juros da mora a contar da contestação

§ 291

Si o legado é de corpo certo e determinado pôde o legatario propôr a acção de reivindicação. (L. 80, Dig. de legat.; C. Telles, Dig. Port., Tomo 3º, art. 1751, D. das Acç. §§ 98 e 159, nota 336; Consolid. das L. L. Civ., art. 1025, nota 57; Cod. Civ. Port. art. 1857; L. de 9 de Nov. de 1754 — Pothier. vol. 8º, nº 387).



§ 292

Si o legado é de quantia liquida de dinheiro, pôde ser demandado por acção de assignação de dez dias. (Mor. de Exec., liv. 1º, cap. 4º, § 3º, n. 55; Mello Freire, liv. 3º, tit. 7º, § 5º; C. Telles, Dig. Port., Tomo 3º, art. 1752, D. das Acç., §§ 159 a 165, nota 339; C. da Rocha, § 710, nota, L. L. 26, §§ 2º, e 27, Dig. de legat. (106)

da lide, assim o julgou a Relação do Rio, na Revista nº 8664, em 26 de Junho de 1874 — Vide Sent. do Sup. Trib. de Justiça de 12 de Janeiro de 1875 — Dir. vol. 8º, pag. 295; Acc. de 14 de Setembro de 1877, citado no citado numero do Direito; vide vol. II nº 12 de 15 de Dezembro de 1873, pag. 207; Accs. da mesma Relação de 23 de Março e 26 de Setembro de 1876 — 21 de Agosto e 21 de Novembro de 1877; Sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 1875, no Direito, vol. 19 nº 3, pags. 435 a 441.

A razão de não ser devidos juros do dinheiro legado senão da móra vem de que, diz Teixeira de Freitas, nota 57 ao art. 1025 da Consolid. das L. L. Civis, si o legado é de cousa fungivel (indeterminada ou quantidade) o legatario não adquire dominio sinão unicamente o direito de exigir a entrega ou o pagamento do legado; si é de uma cousa não fungivel (corpo certo) e, portanto, susceptivel de ser reivindicada, o legatario adquire dominio della desde o fallecimento do testador e pôde intentar neste caso acção de reivindicação contra o possuidor; e no primeiro caso quando o legado é de quantia liquida de dinheiro, na praxe do fóro demanda-se por acção de assignação de dez dias; (C. Telles, Dig. Port., tomo III, arts. 1751 e 1752).

(106) E' de praxe requerer-se primeiramente perante o juiz do inventario administrativamente; no caso, porém, de opposição tem sido praxe, como já vimos em começo, recorrer-se á via contenciosa no fóro commum. C. Telles, Dig. Port., vol. 3º, n. 1750, diz que pôde ser demandado o legado no fóro do herdeiro, como perante o juizo encarregado de executar o testamento. Gouveia Pinto, Trat.

§ 293

Não póde o legatario pedir o legado emquanto o herdeiro está constituido dentro do tempo de fazer o inventario. (Cardoso, *in praxi verb-legatum* n. 9; Caet. Gomes, Man. Pract., Cap. XLIX, pag. 217, n. 7). (107)

§ 294

Não póde o legatario pedir o legado emquanto pende litigio sobre a validade do testamento. (Coelho da Rocha, § 710). (108)

§ 295

Caducam os legados se morrem os legatarios antes do testador. (C. da Rocha § 712, Lobão Acc. Summ. §§ 185 e seguintes; Cod. Civil Fr. art. 1039; Cod. liv. 6 tit. 5º fr. unico § 2º, Ramalho Instit. Orph. § 48 nº 3, pag. 96).

Caducam tambem os legados condicionaes não sobrevivendo o legatario ao testador e condição; se a coisa legada pereceo em vida do testador ou depois da morte delle sem culpa do herdeiro, não havendo móra na entrega.

§ 296

As doações *causa mortis* e legados pagam o imposto de transmissão de propriedade (Decreto n. 5581 de 31

dos Test., cap. XL, diz que cabe em todo o caso a acção de assignação de dez dias acompanhando Mello Freire citado por ser o legado divida constante de uma escriptura publica qual o testamento, dando-se um quasi contracto.

(107) *Quia intra illud tempus hæres a creditoribus et legatariis molestari non debet., ex l. fin. Cod. de jure deliber.* Só depois de avaliados os bens legados, e consideradas as forças da terça em acto de partilha, e depois de julgada esta por sentença, é que se deve fazer entrega. Sendo o legado de cousa certa em especie, não achamos razão para se demorar a entrega do legado, depois de avaliada a especie, visto que em partilha se attenderá ao seu valor para calculo das forças da terça.

(Direito, vol. 28 nº 3, pag. 430 a 432—C. da Rocha § 710).

(108) Salvo os casos em que nullo é o testamento, mas não os legados, cabendo estes nas forças da terça, havendo herdeiros necessarios.

de Março de 1874; Lei n.º 15 de 11 de Novembro de 1891; art. 13 da Lei d'Orçamento n.º 380 de 23 de Setembro de 1895 e Decr., n.º 355, de 14 de Abril de 1896). (109)

CAPITULO XXIV

ACÇÃO DE NULLIDADE DE TESTAMENTO

§ 297

A acção de nullidade de testamento deve ser proposta no juizo commum, sendo competente para propol-a aquelle a quem por direito cabe a successão *ab intestato*, devendo provar a sua qualidade hereditaria. (Man. do Proc. dos Feitos, nota 1346; C. Telles, Doutrina das Acc. §§ 120, 124, 130 e 132—Direito, vols. 6, pag. 430 e 8 pag. 363 e 56, pag. 201 e 65 n.º 1, pag. 18). (110)

(109) Sobre legados e fideicommissos vide o insigne Mestre Ramalho, Instit. Orph. cap. IV. Parte Geral, titulo 1.º, magistralmente se occupando delles, seo objecto; acceitação; renuncia; caducidade; condições; encargos; do direito de accrescer; e no tit. II dos acções competentes e T. de Freitas, Testamentos.

(110) Já expendemos a nossa opinião á respeito, opinando na nota 2.ª que a acção devia ser proposta no Juizo da Provedoria de Resíduos, juizo dos testamentos, porque a nullidade do testamento, no dizer de Lobão, Seg. Linhas Civ., vol. 2.º, Secç. 4.ª, art. 7.º, n. 67, é *questão preambular da execução do testamento*. Tem-se julgado o Juizo de Orphãos e Ausentes incompetente. (Accordão, em a Rev. n. 6.560, da Rel. do Rio de 29 de Outubro de 1864, Recorrentes Anacleto e outros, Recorrido o curador da herança jacente de D. Joaquina Maria de Jesus. (Devem ser citados os herdeiros instituidos; havendo menores interessados seus pais, tutores, curador geral, nomeando-se curador *ad litem*, bem como deve ser citado o testamenteiro, sendo de estylo ouvir-se os representantes da Fazenda e Promotor do Resíduos. (Man. do Proc. dos Feitos, § 650). Se não ha herdeiro instituido, sendo toda a herança distribuida em legados, devem ser citados os legatarios, testamenteiro e inventariante. (Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º, § 29). Costuma-se cumular a acção de nullidade e a acção de filiação e petição de herança e sobre esta acção, requisitos e excepções do réo, vide Ramalho, Instit. Orph., parte geral, tit. II cap. 1, Secç. 1.ª e sobre acção de partilha (*familiæ erciscundæ*) a secção II.

Quando a acção de nullidade envolve questão de direito civil internacional privado, assim questão de successão que deva ou se diz dever ser resolvida pelo direito estrangeiro, deve ser proposta a acção de nullidade e petição de herança no juizo federal. Assim de-

§ 298

Quando a Fazenda Nacional é herdeira instituída em verba testamentaria, e sobre o testamento promove-se acção de nullidade, o juizo competente é o privativo dos Feitos da Fazenda, nos termos do art. 2º da L. n. 242 de 29 de Novembro de 1841. (Sent. do Supr. Trib. de Justiça de 30 de Abril de 1873 e Accordão da Rel. do Rio de 14 Dezembro de 1873 — Direito, vol. 15 de Setembro de 1874, pag. 80). Hoje o juiz competente é o seccional.

§ 299

A acção de nullidade deve ser intentada, sob pena de ficar prescripta, dentro do prazo de 30 annos. Ord., liv. 4º, tit. 79 princ.; Mello Freire, liv. 4º, tit. 23, § 20; C. Telles, D. das Acç., § 133, nota 272 e Per., Dec. 77, n. 8).

§ 300

A acção de nullidade do testamento compete:

1º, aos descendentes, ou ascendentes do testador preteridos, ou desherdados sem causa, ou com causa falsa, que o herdeiro instituído não possa provar (Ord., liv. 4º, tit. 82 §§ 1º e 2º);

2º, aos irmãos do testador, sem herdeiros necessarios, preteridos no testamento, contra o herdeiro instituído, sendo pessoa torpe, e de máos costumes (Ord. liv. 4º, tit. 90);

cidio o Supr. Trib. Federal em agravo incidente nos autos entre partes D Joanna Nepomuceno de Menezes e outros e D. Maria Roza de Jesus e outros, relativamente á nullidade do testamento do finado subdito portuguez Alexandre José Correia Villar, appellação civil nº 141 julgada por Accordãos de 8 de Fevereiro e 25 de Abril de 1896—Direito, vol. 70 nº 1—pags. 13 a 15, versando a nullidade do testamento sobre a preterição de duas filhas naturaes do testador, dizendo-se estas reconhecidas legalmente segundo o Cod. Civil Port. que permite a investigação da paternidade illegitima.

Quanto á audiencia do testamenteiro nas acções de nullidade julgou a Relação de S. Paulo por Accordãos de 2 de Maio e 26 de Agosto de 1892, nulla a acção entre partes D. Maria Fugoni e D. Graciana Maria dos Passos por falta de citação do testamenteiro dos bens do finado Jo.º Pellanca. Vide a nota 56 e § 178, § 7º, pag. 112 desta obra. Vide Gaz. Jur. do Estado, vol. XII anno IV, pag. 65.

3º, a todos os herdeiros *ab intestato*, contra o herdeiro escripto para pedir que o testamento se julgue invalido por falta de solemnidade interna ou externa.

§ 301

A acção de nullidade do testamento é transmissivel aos herdeiros, e póde ser por elles exercitada, no praso de 30 annos, ainda quando não tenha sido intentada pelos primeiros que a podiam propôr (C. Telles, D. das Acç., § 134). (111)

§ 302

Julgada a nullidade do testamento, o herdeiro não deve entrar na posse da herança, sem que preceda liquidação dos respectivos bens, averiguando-se a quantidade e identidade delles. (Ass. 2º, de 5 de Abril de 1770; Ord., liv. 3º, tit. 66, § 3º, e tit. 86, § 19; Fern. Thomaz, Repert., letra—e—n. 637, e letra—s—n. 218; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civ., art. 1032 e nota 64).

Exceptuam-se aquelles bens que, por inventario ou por outros documentos authenticos, constar que pertencem á herança. (Nazareth, 2º vol., Elem. do Proc. Civ... § 642, nota A; Lobão, Exec., § 65; Consolid., das L. L. Civis, arts. 1032 e 1033 e Ass. citado).

§ 303

Annulado o testamento, passam os bens aos herdeiros *ab intestato*, com todos os rendimentos, (L. 16 § fin. Dig. de inoff. test.; C. Telles, D. das Acç., §§ 128 e 132). (112)

(111) C. Telles citado e nota 264, opina que, por excepção, os sobrinhos não podem mover acção de nullidade, quando seus paes são preteridos em o testamento de seus tios sem ascendentes ou descendentes, excepto se seus pais preteridos tiverem antes proposto o pleito. Julgamos, porém, que C. Telles se refere ao testamento solemne e válido, visto que faltando, alguma solemnidade interna ou externa, como qualquer outro herdeiro *ab intestato*, pôdem intentar a acção de nullidade.

(112) Cumpre ver se é caso ou não de arrecadação pelo Juizo de Ausentes, e se é ou não devido o imposto da taxa de heranças. Vide, porém, a nota 403 de Souza Bandeira, citado, pag. 221.

§ 304

Annulado o testamento, nulla, porém, não é a terça :

1º, quando fôr annullado com o fundamento de ter o testador preterido os herdeiros necessarios, instituindo herdeiros estranhos (Ord., liv. 4º, tit. 82, § 1º);

2º, se fôr annullado, por ter o testador desherdado os herdeiros necessarios, sem declaração de causa legitima ;

3º, quando fôr annullado o testamento, não sendo provada pelo herdeiro instituido a causa da desherdação, declarada pelo testador. (Ord. cit., § 2º).

Declarando o testador a causa da desherdação, incumbe ao herdeiro instituido provar a legitimidade e veracidade da causa declarada, e, provando-a, o testamento será valido. (Accordãos do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 28 de Junho e 8 de Outubro de 1895. appellação, nº 716, de S. Carlos do Pinhal — Rev. Mensal das Decisões — vol. II, anno 1, n.º 17, pags. 45 a 47).

§ 305

Nulla é todo testamento, na instituição e terça :

1º, quando o testator preterio os herdeiros necessarios julgando-os mortos (Ord. cit., § 3º);

2º, se sobrevem algum filho legitimo (*posthumo*) (113);

3º, se tinha algum filho e não era sabedor (Ord. cit. § 5º);

4º, quando o testamento é nulla por falta de solemnidade interna ou externa.

§ 306

Nulla é o testamento instituindo o conjuge, herdeiro universal, tendo o testador, brasileiro naturalizado, mãe viva no estrangeiro.

(113) Pela superveniencia de filho, o testamento se rompe, quando elle nasce viavel; se a mulher aborta, tem direito a haver a herança e della tomar conta, o herdeiro testamentario—diz Ortolan, Instit. de Dir. Romano, vol. II, pag. 475, nº 698: «*como, que, no presente caso, fica paralyzado o effeito do testamento na previsão do nascimento, subordinada a validade do testamento ao facto de ter nascido vivo ou não.*»

(Vide Parecer do Dr. J. P. Monteiro, Direito, vol. 59, pag. 104).

§ 307

E' valido por nossas leis o testamento do pupillo que institue herdeiro o tutor, não se dando d'ólo. A Ord., liv. 1o, tit. 88 § 29, é expressa a respeito de poder succeder e não distingue successão legitima ou testamentaria (Accordão da Relação do Rio na appellação civil, n° 102, app. Filadelpho de Castro e appellado João Bernardo Nogueira da Silva, Direito, vol. X n° 2, pag. 326).

§ 308

Na acção de nullidade de testamento devem ser citados todos os que têm um interesse principal na causa, e não, em regra, os legatarios (S. Vicente, Apont. do Proc. Civil ao tit. 3o, cap. 4 § 1o; Accordãos da Relação do Rio 16 de Julho e 12 de Outubro de 1875 — Direito, vol. X n° 3 de 15 de Julho de 1876, pag. 433 a 437, e Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 1876).

Devem ser citados, porém, os legatarios, sob pena de nullidade, quando a herança foi distribuida em legados, sem se instituir herdeiro universal (Sent. do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1890, Rev. n° 11, 154 e Accordão Revisór da Relação de S. Paulo, de 6 de Fevereiro de 1895 — Direito, vols. 52, pag. 593, e 55, pag. 392).

§ 309

O testamento de mão commum entre os conjuges é nullo, se não é reciproco nas vantagens da instituição; mas reputa-se valido em relação aos legados da terça. Assim, um conjuge que tiver herdeiro necessario, não póde testar reciprocamente em favor de outro que não tem; pois a retribuição é a base dessa qualidade de testamentos, tanto que pela revogação de um, sem consentimento de outro, entende-se revogada a disposição deste em todas as vantagens concedidas em commum. E' pre-

ciso que não haja desigualdade e inteira reciprocidade. (Sentenças da Rel. do Rio, 16 de Julho e 12 de Outubro 1875 e Sup. Trib. de Just., 12 de Março 1876, Dir. vol. X pag. 433, Rev. n° 8843 e vol, 1 pag. 179).

§ 310

E' nullo o testamento que prova-se ter sido revogado por outro que o herdeiro, instituído no primeiro, subtrahiu.

(Accordams da Relação de Porto Alegre de 2 de Julho de 1875 e 3 de Setembro do mesmo anno, Direito, vol. 8).

§ 311

Não deve o Juiz sobrestar na execução de um testamento valido, solemnizado com todas as formalidades legais, e conforme a direito, devendo respeitar a posse do herdeiro testamentario immediata á morte do testador; e, se ha questão de nullidade ou falsidade, não póde negar-se-lhe a posse, reservada a questão para acção ordinaria. (Per. de Carv., Proc. Orph., § 87, notas 155 e 156; Lobão, Interdict., § 57, pag. 48). (114)

(114) Não deve o juiz desconiderar um testamento ordenado com todas as solemnidades legais essenciaes (Ord., liv. 4^o, tits. 8o, 83, 86, e Ass. de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Junho de 1817), e conforme a direito; deve ser cumprido, não podendo ser sua execução suspensa pela arguição de nullidades, emquanto não forem declaradas por sentença; tanto mais que a posse civil que o defunto tinha em sua vida, passando logo para os herdeiros escriptos (Alv. de 9 de Novembro de 1754), não podem estes ser della privados ou perturbados, emquanto se não provar a nullidade do titulo pelo qual a houveram e deve o juiz, tendo por base o testamento, por sentença ainda não annullado, proseguir nos termos do inventario e partilhas. (Accórd. da Rel. do Rio, de 6 de Agosto de 1861, confirmado por Sent. do Sup. Trib. de Just., em a Rev. n. 6243, entre partes recorrente Francisco Gonçalves Pereira Duarte, e recorrido José de Araujo Coelho, testamenteiro de Manoel Gonçalves Pereira Duarte, de 15 de Outubro de 1862). Deste Accórdão se infere que a questão de nullidade de testamento (que se vê quasi sempre cumulada a de filiação e petição de herança), não deve impedir o inventario, e nem as partilhas, o que se conforma com a opinião de Per. de Carv., Proc. Orph., part. 3^a, cap. 1^o, pag. 26, nota 19, declarando que a opinião contraria de Lobão, Acc. Summ., § 334, Seg. linh. do Proc. Civ., § 126, tomo 2^o, pag. 206; de Peg., tomo 7^o á Ord. liv. 1^o, tit. 87, § 4^o, n. 9, e For. tomo 5^o, cap. 8^o, n. 44, é insusten-

tavel. Diz Per. de Carv.: « parece-me insustentavel semelhante opinião de que deve a acção de nullidade do testamento impedir que se faça a partilha com o argumento de que, não sendo certos os herdeiros, se não deve fazer partilha, porque não se pôde deliberal-a com acerto; visto que a Ord., liv. 1.^o, tit. 88, prefinindo um termo certo e muito breve para se ultimarem os inventarios, em que figurão menores, e excluindo delles as questões que dependem de alta indagação, parece ordenar que a partilha se faça, apezar da questão de nullidade de testamento; e quando expressamente determina o Alv. de 29 de Setembro de 1754 que a posse dos bens que o defuncto tinha em sua vida passe logo com todos os effeitos da civil e natural aos herdeiros testamentarios, com preferencia aos legitimos, rematando o dito Alv. com as seguintes palavras: *E havendo quem pretenda ter acção aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre propriedade sómente e pelos meios competentes* », não podendo, ser a posse legal demorada. Acompanham a opinião de Per. de Carvalho, Valasco, De Partit., cap., 2.^o, n. 21, e Borg. Carn., vol. 3.^o, pag. 92. Lobão, em sua obra Interdictos, se contradiz com o que escreveu nas Acções Summarias. Não ha razão em deixar de fazer as partilhas, porque, no caso de ser julgado nullo o testamento, proporão os herdeiros *ab int stato* acção, e vão haver a herança, com todos os rendimentos, dos herdeiros testamentarios; podendo antes disso constrangel-os a dar caução de *bene utendo*, com pena de sequestro. Caet. Gomes, Man. Prat., pag. 222, declara que, quando o testamento é daquelles em que ha herdeiros necessarios, a acção de nullidade não impede a partilha dos dous terços, versando sómente sobre a terça.

A acção de nullidade de testamento e petição de herança não determinam a suspensão do inventario. A quem propõe essas acções cumuladas, fica sempre salvo o direito de requerer a fiança que lhe competir, nos termos da Ord. liv. 3.^o, tit. 31, assim o julgaram a Relação de S. Paulo por Accordão de 26 de Agosto de 1879 — Direito, anno 7.^o, vol. XX, n.^o 2 de 15 de Outubro de 1879, pags. 343-357 e Trib. de Justiça de S. Paulo, por Accordão de 8 de Dezembro de 1893, no aggravado civil n.^o 219, aggravantes Guilherme Ciurlo e aggravada D. Maria Benedicta Gneco (herança de Lourenço Gneco). A opinião mais geral é que a partilha se deve fazer em virtude do testamento sem que seja decidida a acção que torna a herança litigiosa, por sentença irrevogavel, não podendo essa questão prejudicial impedir a marcha do inventario; e, se ha temôr de dissipação da propriedade e fructos da herança, pôde ser requerida a fiança da Ord. liv. 3.^o tit. 31 § unico n.^o 3, sob pena de sequestro (Guerr. trat. II, liv. 6, cap. 12 n.^o 59, independente da justificação dos requisitos. O inventario pôde incorrer em nullidades patentes e evidentes que envolvem questões de direito e as quaes, por mais difficeis e intrincadas, não se julgam de alta indagação, ou dependentes as nullidades de provas *aliunde* e assim, no primeiro caso, o juizo não deve remetter na questões para acções ordinarias, quando ás questões versem sobre solemnidades externas, constando do proprio instrumento para que o juiz se certifique logo de sua validade. Assim, um testa-

§ 312

As formas dos testamentos, feitos e approvados fóra da Republica ou nella nos consulados estrangeiros, serão julgadas pelas leis e costumes dos respectivos paizes, em vigôr ao tempo de cada um dos actos. (T. de Freitas, Test., § 50).

CAPITULO XXV

IMPEDIMENTO A' FACULDADE DE TESTAR

§ 313

Compete ao Juizo da Provedoria, logo que conste que alguém está impedido de fazer o seu testamento por coacção de qualquer natureza, intervir ex-officio, a bem da liberdade de testar. (Ord., liv. 4^o tit. 84, §§ 1^o a 5.^o; Cod. Civil Port., arts 1749 e 1750). (115)

mento cerrado, que tem o instrumento de approvação assignado por menos de cinco testemunhas, o juiz, certificando-ser julga-o nullo com appellação para segunda instancia, sem necessidade de remessa para um pleito que consome tempo, paciencia, e dinheiro, retardando a administração da justiça. Vide Direito, vol. 56, pags. 201 e seguintes. Não cabe agravo do despacho do juiz julgando valido o testamento e mandando proseguir o inventario, feita a partilha; julgada, a parte contraria que appelle. (Accordam da Relação de S. Paulo, de 14 e 5 de Agosto de 1892 — agravo n^o 1127 da capital, aggravante Carlos Bonzani e aggravado Carlos Colombo). Da decisão que em inventario julga nullo o testamento, cabe appellação em ambos os effeitos legaes, assim foi recebida a appellação da sentença do juiz de direito de S. Rita do Passa-Quatro julgando nullo o testamento cerrado de Juventino Lopes de Faria, na appell. n^o 428 — Vide Revista Mensal das Decisões do Trib. de Justiça, accordam n^o 59. A Relação do Estado do Rio julga appellavel tanto um como outro despacho, julgando valido ou nullo o testamento, impugnado pelo herdeiro interessado (Accordams de 9 de Maio e 11 de Agosto de 1893 — Direito, vol. 63 n^o 4, pag. 505).

Sobre acção de nullidade de testamento, vide Souza Bandeira, Nov. Proc. dos Feitos §§ 318 a 374 e notas respectivas. Antes de annullado o testamento não póde o herdeiro, que se julga preterido, vir no inventario com embargos de terceiro allegando nullidade delle; pois deve propor acção e antes de annullado por sentença irrevogavel deve ser mantido na posse o herdeiro instituido. (Gaz. Juridica do Estado, vol. 9, pag. 31).

(115) Diz a Ord.: — *E mandamos que tanto que vier á noticia do Juiz, que ha alguma pessoa que deixa de fazer o seu testamento, por medo ds seus parentes, estando doente, ou lh'o impedem, ou de quasquer outras*

CAPITULO XXVI

DIREITO DE ACCRESCER

§ 314

Direito de accrescer é aquelle pelo qual o collegatario percebe a porção de outro collegatario, nomeado *conjunctamente*, na mesma cousa ou na mesma somma legada, sem limitação de partes (*partibus non assignatis*), nos casos de caducidade, nullidade, revogação e renuncia por parte de um delles (collegatarios). (Coelho da Rocha, § 697 — Pothier, vol. I, n° 145, pag. 454). (116)

peçoas, posto que ninguem lhe peça, nem requiera, de seu officio, vá a casa delle, doente ou impedido, e faça vir o tabellião, e as testemunhas necessarias, com os quaes possa o testador livremente fazer o seu testamento.

Dá-se o caso de procedimento criminal e previsto no art. 180 do Cod. Penal, Vide Gouveia Pinto. Trat. dos Test., cap. XLVI, *in fine*.

Se é certo que, em face da Ord. liv. 4º, tit. 84, § 2, é nullo o testamento que o testador quer revogar, e o herdeiro instituido o impede, com maioria de razão o é, quando o testador o revoga e o herdeiro instituido o supprime, ninguem devendo tirar proveito de seu proprio dolo: *nemini fraus sua patrocinari debet*. (Accordãos da Rel. de Porto Alegre, de 2 de Julho de 1875 e 3 de Setembro do mesmo anno, vol. 8, Direito pag. 361. (Um testamento revogatorio de outro deve ser real, legal e valido—Mourlon, Repet., tomo 3º, n° 1, pag. 338; C. Telles, Dig. Port. vol. 3º, art. 184. Não pôde provar-se por testemunhas a revogação de um testamento e só por meio de revogação escripta com solemnidades, revestida de fórmias testamentarias.

(116) Si é admissivel o direito de accrescer na jurisprudencia patria, é questão controversa. Sustentam uns que o direito de accrescer dos Romanos não tem uso entre nós; assim o entendem Gouveia Pinto, Trat. de Test. e Succ., cap. 41, nota 2ª e Mello Freire, Instit. de Dir. Civil, § 23, e sua nota ao tit. 7º do livro terceiro, sem distincção de exclusão desse direito quanto a heranças e legados. Dessa opinião é o illustre jurisconsulto e juiz Carlos Ottoni, (Apostamentos de Magistratura, *verb. direito de accrescer*, pag. 118), dizendo que pela nossa legislação foi expressamente repellido o direito de accrescer; que a lei de 18 de Agosto de 1769, no seu preambulo, excluiu as leis imperiaes que tiveram por fundamento superstições proprias da gentilidade; que a lei de 9 de Setembro de 1769 pronuncia a mais formal condemnação do *jus accrescendi*, dos principios supersticiosos dos romanos e assim aquelle de que ninguem pode morrer *pró parte testatus*, e *pró parte intestatus*; que o Decreto de 17 de Julho de 1778 confirmou essa condemnação; pois, derogando

§ 315

Só haverá direito de accrescer para os collegatarios :

1º Quando foram *conjunctamente* nomeados, conjunctos *re et verbis* e *re tantum* e não *verbis tantum*; (117)

varias disposições dos § 1 a 10, 18 a 20 e 27 a 29, declara, ficando tudo o mais que se contém na sobredita lei, em seu vigôr e observancia; que por obediencia ao preceito da lei de 9 de Setembro de 1769 que manda favorecer de preferencia a successão natural, deve ser repellido o direito de accrescer. Correia Telles, na sua *Theoria da Interpretação da Lei da Boa Razão*, nota 78, diz: «Si a regra não se poder morrer em parte testado e em parte intestado é filha da má logica dos Romanos, se deve banir tambem o direito de accrescer, deixando aos herdeiros *ab intestato* a consolação de aproveitarem o que os herdeiros escriptos e legatarios não querem». Outros excluem o direito de accrescer somente quanto ás heranças, e o admittem quanto aos legados; sendo desta opinião Lobão, *Dissert. 8ª ás Acções Summarias*, § 30, nota, e Conselheiro Ramalho, *Instit. Orph.*, § 49. Outros aceitam o direito de accrescer quanto ás heranças e quantos aos legados, assim Coelho da Rocha, § 697, pag. 550 e nota *gg*, pag. 737, dizendo que as leis romanas, com as quaes se conformam os codigos modernos, admittem esse direito assim nas heranças como nos legados, não pelo fundamento nos principios supersticiosos dos romanos, mas sim porque, permittida pelas leis a liberdade de testar, é consequente cumprir-se a vontade do testador, expressa ou presumida, em tudo quanto não offender a razão; que se das palavras da disposição se deprehende que a vontade do testador foi deixar toda a herança ou legado aos nomeados *conjunctamente*, não se póde dizer injusto que a parte que falta accresca ás outras. Ramalho entende que Mello Freire e G. Pinto têm razão para excluir o direito de accrescer quanto ás heranças, pois, o direito romano se baseava na indivisibilidade da herança e principio supersticioso de não se poder morrer parte testado e parte intestado; mas não quanto aos legados, pois o argumento da vontade do testador presumindo-se em favor dos herdeiros *ab intestato* e no caso de duvida dever ser preferido o herdeiro ao legatario, não prevalecem, sendo muitas vezes mais favorecido por direito o legatario que o herdeiro. (Liz Teixeira, *Comment. ás Inst. de Mello Freire*, liv. III, tit. VII, § 23, pag. 475). Quando o testador colligou os legatarios, nomeando successores ou substitutos, *tollitur questio*.

(117) Quando se trata de direito de accrescer, se deve suppor que uma mesma cousa inteira foi legada conjunctamente a muitos e que, entre os legatarios, uns acodem para receberem o beneficio do legado e outros faltam, ou pelo facto de fallecimento antes do testador, ou por nullidade do legado quanto a elles, revogação ou caducidade, casos em que as partes dos que faltam accrescem áquelles collegatarios que ficam. Assim, si o testador disser: — «Eu lego minha casa a Pedro e a Paulo conjunctamente»; e si, por exemplo,

2º Consistindo o legado em coisa indivisível (Art., 1045, Cod. Civil Fr.; Dig. Port., C. Telles, art. 1745; Lobão Diss. 10ª ás Acc. Summarias, § 20);

Paulo morrer antes do testador, sua parte accresce á de Pedro que ficará com direito a toda casa. Para que haja logar ao direito de accrescer aos collegatarios, é preciso que a coisa seja legada *toda ella—toda inteira*, a cada collegatario; que cada um seja ao menos chamado eventualmente a receber a coisa toda inteira; é preciso, em outros termos, que haja solidariedade de vocação ou nomeação entre todos os collegatarios. Quando esta solidariedade de vocação existe (o que pôde resultar da vontade expressa ou presumida do testador), si todos os legatarios acodem a receber o legado, deve se operar entre elles a partilha da coisa, pois que é impossivel dal-a toda inteira a cada um, bem que cada um seja legatario do todo: o concurso de diversos collegatarios traz necessariamente a partilha da coisa commum, *concurso partes fiunt*. Si um dos collegatarios falta, quer por motivo de caducidade do legado, quer por motivo de nullidade ou revogação, haverá um comparte de menos; e se todos fazem falta menos um, o direito deste ultimo, não terá mais em face nenhum direito rival; pôde exercer seu direito em toda a plenitude, e a totalidade da coisa lhe pertence. O direito de accrescer tem por base a vontade do testador, e, na ausencia della expressa ou presumida, terá lugar a applicação do direito commum, passando aos herdeiros *ab intestato* o legado caduco. Si o testador manifesta sua vontade expressa não ha difficuldade. Assim se, por exemplo, o testador disser: a parte dos collegatarios que fizerem falta accrescerá aos outros ou se disser que o legado lhes é feito *conjunctamente*, não ha duvida a respeito do direito de accrescer. Acontece, porém, que a vontade do testador é duvidosa e então se deve interpretal-a attendendo-se á formula do legado, devendo-se distinguir legatarios conjunctos *re et verbis*, *re tantum* e *verbis tantum*. No primeiro caso, quando uma mesma coisa foi legada por uma mesma disposição; assim se o testador diz: «*Eu lego a minha casa A—a Pedro e Paulo*» dá-se a conjuncção *re* porque a mesma coisa foi legada, e conjuncção *verbis*, pois os legatarios foram comprehendidos na mesma disposição. A parte que ficar vaga de Pedro passará a de Paulo que ficará dono de toda casa. No segundo caso, de legatarios conjunctos *re tantum*, na hypothese da mesma coisa legada por disposições differentes, dá-se ainda o direito de accrescer. Assim nesta hypothese diz o testador: «*Eu lego a minha casa A—a Pedro*» e logo depois em verba distincta diz: «*Eu lego a minha casa A—a Paulo*», neste caso, ha a conjuncção *re*, pois a mesma coisa foi legada, mas não *verbis*, pois diversas são as verbas. Em fim, na terceira hypothese, ha a conjuncção *verbis tantum* quando o testador assignou a cada um dos legatarios sua parte na casa legada, por ex: dizendo: «*Eu lego minha casa A—a Pedro e Paulo, a cada um por metade*». Nesta hypothese são fracções da mesma coisa que foram legadas a cada legatario e não a mesma coisa inteira; da-se a conjuncção *verbis*, non etiam *re*. Nesta ultima hypothese não

3º Quando tal direito fôr expressamente concedido pelo testador. (T. de Freitas, Test., § 382).

§ 316

Os legatarios, que houverem o accrescido, succederão em todos os direitos, encargos e obrigações que caberiam áquelle que não quiz ou não pode receber a deixa, si a houverem acceitado. (Cod. Civil Port., art. 1855; Cod. Civil. Italiano, arts. 882, 883 e 887). (118)

CAPITULO XXVII

CEMITERIOS

§ 317

Como consecretario do decreto do Governo Provisorio da Republica, nº 119, de 7 de Janeiro de 1890, letra A, que ha direito de accrescer (Vide arts. 1044 e 1045 do Cod. Civ. Fr.). Quando a assignação de partes não é feita de modo principal e dispositivo como acaba de ser dito pelo testador; quando a assignação é relativa somente á execução do legado, é accessoria e regulamentar; assim no caso do testador dizer: «*Eu lego a Pedro e Paulo a minha casa A, — para que partilhem por metade*», ha controversia, sustentando B. Lacantinerie (vol. II, nº 663) que, na especie, ha legado de toda cousa a cada legatario, indicando o testador somente as proporções que deverão ser observadas na partilha, assim tambem o declarando o Cod. Civil Italiano, art. 881. Pothier opina em contrario (vol. 8º, nº 351), dizendo que o testador na especie legou a metade da casa a cada um legatario, a qual será effectiva pela partilha. Sobre direito de accrescer, vide B. — Lacantinerie cit., vol. II, n. 660 a 668; Pothier vols. I, n. 145 a 149 e VIII, n. 340 a 355; Cod. Civil Port., arts. 1852, 1853, 1854 e 1855; Cod. Civil Italiano, arts. 879 a 887.

(118) E' possivel que o legado, tornado caduco, esteja gravado com encargos; o collegatario em proveito do qual se deu o accrescido, será obrigado a taes encargos, ou por outra, o accrescido passará *cum onere* ou *sine onere*? Baudry-Lacantinerie entendem que o encargo deve passar com o accrescido, porque, embora, haja solidariedade na cousa legada, o encargo é imposto ao legado e não ao legatario, e que o legatario, a quem deve passar o accrescido, póde renuncia-lo, si não quizer supportar o onus (Vol. II, nº 667 — Cod. Civ. Port., arts. 1855 e 1856 — Pothier, vols. I, nº 146 e VIII, nº 355). Bugnet diz que se deve distinguir encargos pessoaes e reaes. Sobre o direito de accrescer quanto a usufructo de cousa legada — vide Lacantinerie citado, pag. 142, nº 668 — Pothier, vols. I, nº 148 e 8º, nº 352). O direito de accrescer não póde se conceber desde o momento que todos os collegatarios se apresentam á partilha da cousa legada e tenham acceitado o legado e o adquirido, vindo a falta delles collegatarios a realisar-se depois da acceitação.

declarou a separação da Igreja do Estado, foi instituída a secularização dos cemiterios pelo Decreto, n.º 789, de 27 de Setembro do mesmo anno.

§ 318

Compete ás municipalidades a policia, direcção e administração dos cemiterios, sem intervenção ou dependencia de qualquer auctoridade religiosa; não podendo ellas, no exercicio desta attribuição, estabelecer distincção em favôr ou detrimento de nenhuma egreja, seita ou confissão religiosa.

§ 319

Os cemiterios, óra pertencentes a particulares, a irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas, e a hospitaes, são por elles ou continuam a ser administrados; mas sujeitos á inspecção e policia municipal. (119)

§ 320

Estão prohibidos os cemiterios particulares.

§ 321

As corporações religiosas devem ser mantidas no dominio e posse dos cemiterios que lhes pertencem e que já existiam ao tempo da promulgação da lei que separou a egreja do Estado,

A intervenção da autoridade religiosa só é prohibida na administração dos cemiterios civis creados em virtude do Decreto n.º 789 de 27 de Setembro de 1890.

(119) Ao tempo da lei. Transcrevemos o Decreto n. 789, de 1890 e bem assim as disposições referentes ao assumpto, reproduzindo o que havia e existe a respeito, antes e depois desse decreto de secularisação. As Camaras Municipaes, antes da secularisação, sobre o estabelecimento dos cemiterios, conferiam com a autoridade ecclesiastica do lugar, na forma do art. 66 § 2 da Lei de 1 de Outubro de 1828 e com esse direito se conformava o Decreto n.º 2812 de 3 de Agosto de 1861 sobre os cemiterios publicos e particulares do Rio de Janeiro, tornado extensivel aos cemiterios das provincias pelo Aviso de 5 de Julho de 1871; impondo o Decreto n.º 3316 de 11 de Junho de 1887 aos parochos a obrigação de remetter á secretaria de estado dos negocios do imperio mappas estatísticos de obitos durante os trimestres de Março, Junho, Setembro e Dezembro

de cada anno. O parochio tinha o *jus sepulturas dandi* inherente a seo cargo, os enterramentos dependiam do *sepulte-se* do parochio como do visto do delegado e certidão civil do registro de obito. A respeito davam-se conflictos entre as Camaras e Parochos a respeito do — *sepulte se* — a respeito da area destinada aos catholicos e profanação da area para os acatholicos, negando-se as Camaras a fazer essa discriminação; assim, em 1887, a Camara Municipal da Conceição de Itanhaem foi accusada por não querer fazer a discriminação das areas no cemiterio publico, dando lugar ao officio de 10 de Agosto do mesmo anno do Visconde do Parna-hyba ao Bispo Diocesano. O actual Presidente da Republica, quando Governador deste Estado, antes do decreto da secularisação expedio o seguinte officio que reproduzimos na summa:—«Officio de 18 de Abril de 1890. Que, em quanto não fosse promulgada a lei de secularisação dos cemiterios devia subsistir a legislação anterior e os usos e costumes da egreja catholica em relação aos fieis de sua religião. Que não estava abolido o *sepulte-se parochial* para os catholicos, nos cemiterios catholicos e nem as municipalidades tinham competencia para determinar a suppressão. Que nos cemiterios municipaes, os enterramentos podião ser feitos independentemente do *sepulte-se parochial* para os catholicos; mas nos cemiterios catholicos como nos acatholicos, em quanto não fossem secularizados por lei geral, deviam prevalecer as prescrições estabelecidas pelas respectivas confissões religiosas, ficando á consciencia dos fieis a observancia das mesmas, sem intervenção alguma do poder civil. Ao Vigario de Taubaté dirigio-se a seguinte portaria: — Palacio do Governo do Estado de São Paulo, 6 de Fevereiro de 1890. — Respondendo á consulta que fizestes em vosso officio de 24 de Janeiro ultimo, si póde o conselho de Intendencia Municipal, considerar a parte sagrada do cemiterio dessa cidade, como destinada aos catholicos, e, portanto, sob a jurisdicção do parochio; e si, não querendo o concelho de Intendencia assim consider-a, deve retirar-se a cruz de modo a se poder fazer publico: que o cemiterio está *in totum* secularizado, e perdeu a sagração ou benção; tenho a declarar-vos que, emquanto não fôr publicado o decreto sobre secularisação de cemiterios, deve permanecer o *statu quo* estabelecido pela legislação vigente. — Saude e fraternidade. — Prudente J. de Moraes Barros.»

Veio o Decreto da secularisação diminuir, mas não extinguir conflictos, e para prova estão no fóro deste Estado e Paraná os pleitos sobre a posse dos cemiterios existentes quando se promulgou a lei da secularisação. E' interessante a leitura da Consulta do Conselho de Estado de 4 de Fevereiro de 1870 provocada pelo facto de ser negada sepultura ao infeliz suicida David Sampson pelo vigario geral e governador do Bispado do Rio e que deo lugar ao Aviso Circular de 21 de Abril de 1870 recommendando aos Bispos das Dioceses a profanação de parte da area benta dos cemiterios para que nelles houvesse espaço em que pudessem ser enterrados aquelles a quem a Egreja Catholica não concede sepultura em sagrado. Por extensa

deixamos de transcrever-a. Transcrevemos o Decreto da secularisação e Aviso do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores, de 11 de Março de 1893, reguladores hoje da materia.

MINISTERIO DO INTERIOR

DECRETO N. 789 DE 27 DE SETEMBRO DE 1890

Estabelece a secularisação dos cemiterios

O generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório constituído pelo exercito e armada, em nome da nação, dando cumprimento ao disposto no art. 72, § 5º da constituição publicada com o decreto n. 510 de 22 de Junho ultimo, decreta:

Art. 1º Compete ás municipalidades a policia, direcção e administração dos cemiterios sem intervenção ou dependencia de qualquer autoridade religiosa.

No exercicio desta attribuição não poderão as municipalidades estabelecer distincção em favor ou detrimento de nenhuma igreja, seita ou confissão religiosa.

Art. 2º A disposição da primeira parte do artigo antecedente não comprehende os cemiterios ora pertencentes a particulares, a irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas e a hospitaes, os quaes ficam entretanto sujeitos á inspecção e policia municipal.

Art. 3º E' prohibido o estabelecimento de cemiterios particulares.

Art. 4º Em todos os municipios serão creados cemiterios civis, de accôrdo com os regulamentos que forem expedidos pelos poderes competentes.

Parapho unico. Emquanto não se fundarem taes cemiterios nos municipios em que estes estabelecimentos estiverem a cargo de associações, de corporações religiosas ou dos ministros de qualquer culto, as municipalidades farão manter a servidão publica nelles existente, providenciando para que os enterramentos não sejam embaraçados por motivo de religião.

Art. 5º Revogão-se as disposições em contrario.

Sala da sessão do governo provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil, em 27 de Setembro de 1890, 2º da Republica. — *Manoel Deodoro da Fonseca.* — *José Cesario de Faria Alvim.*

Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. — Directoria do Interior — 1ª secção — Capital Federal, 11 de Março de 1893.

Como conseqüencia do decreto do governo provisório n. 119 A de 7 de Janeiro de 1890, que declarara a separação da igreja do Estado, foi instituida a secularisação dos cemiterios pelo Dec. de n. 789 de 27 de Setembro do mesmo anno.

De accordo com este ultimo acto, fixou-se a competencia das municipalidades quanto á policia, direcção e administração dos cemiterios sem intervenção ou dependencia de qualquer autoridade religiosa, não podendo haver distincção em favor ou detrimento de nenhuma igreja, seita ou confissão; prohibio-se o estabelecimento de

Provada, portanto, a p^oss^e das egrejas sobre seus cemiterios, exercida pelos respectivos fabriqueiros; e, havendo turbação por parte da municipalidade, deve ser concedido o mandado de manutenção; e, tratando-se desse interdito, não tem logar a discussão de dominio.

(Accordam do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 24 de Maio de 1895, na app. civil, n^o 611, de Lençóes, appellante o Fabriqueiro da Matriz e appellada a Camara Municipal. (Gaz. Juridica do Estado, pags. 106 a 109).

§ 322

Compete ás Camaras do Estado deliberar sobre os cemiterios e serviços de enterros organisando os respectivos regulamentos, em que deixarão livre a todos os cultos a pratica de ritos religiosos, desde que não offen-

cemiterios particulares; mas respeitada a existencia dos então pertencentes a irmandades, confrarias, ordens, congregações e particulares, os quaes ficaram todavia sujeitos á inspecção e policia municipal, foi mantida a servidão publica nelles estabelecida.

Posteriormente a Constituição Federal, no art. 72 § 5^o, consagrou o mesmo principio geral, dispondo que os cemiterios teriam caracter secular e seriam administrados pela auctoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação a seus crentes, desde que não offendam á moral publica e ás leis.

Quanto ao districto federal, mais tarde, a lei de sua organização municipal n. 85 de 20 de Setembro de 1892, entre as funções legislativas que deverão ser exercidas pelo conselho deliberativo, tambem prescreveu no art. 15 § 21, a de prover sobre a instituição e administração dos cemiterios e sobre o serviço funerario, sendo, porém, vedado ao conselho conferir monopolio ou privilegio.

A' vista do exposto, é fóra de duvida que o ministerio a meu cargo não pôde mais tomar conhecimento de pretenção ou reclamação que neste assumpto lhe seja presente, e, como algumas lhe tenham sido endereçadas ultimamente, cabe-me declarar-vos, para os fins convenientes, que os actos que regulavam a materia são: quanto aos cemiterios publicos desta capital á cargo da irmandade da Santa Casa da Misericordia, serviço de enterro e taxas funerarias, os Decrs. ns. 2812 de 3 de Agosto, 2851 de 27 de novembro de 1861 e os de ns. 583 de 5 de Setembro de 1850, 842, e 843 de 16 e 18 de Outubro de 1851 e outros, que todos se acham colligidos no folheto junto.

Saude e fraternidade. — *Fernando Lobo.* — Ao Sr. prefeito do districto federal.

dam á moral publica e ás leis. (Arts. 53 e 14 da Lei, n° 16, de 13 de Novembro de 1891 e 12 § 9 letra *u* do Decreto, n° 36, de 29 de Julho de 1892).

No districto federal compete ao Conselho Municipal prover sobra a instituição e administração dos cemiterios e sobre o serviço funerario sendo-lhe vedado conferir monopolio ou privilegio.

(Art. 15 § 21 da Lei, n° 85, de 20 de Setembro de 1892). (120)

§ 323

Os cemiterios terão character secular, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação a seus crentes, desde que não offendam á moral publica e ás leis e serão administrados pela auctoridade municipal. (Arts. 72 § 5° da Constituição Federal e 57, IV, letra *f* da Constituição Política do Estado de S. Paulo, de 14 de Julho de 1891).

§ 324

Os cemiterios e enterramentos estão sujeitos, no Estado de S. Paulo, ás posturas municipaes e ás disposições do Codigo Sanitario, capitulos XXIV e XXV. Vide Decreto, n° 233, de 2 de Março de 1894 para execução do art. 3° da Lei, n° 240, de 4 de Setembro de 1893 e art. 7° § 2 do Decr., n° 394 de 7 de Outubro de 1896.

(120) No Direito, vol. 62 n. 3—de 15 de Fev. de 1893, pags. 352 a 355, se lê a sentença do juiz de direito da comarca da Lapa (Estado do Paraná), sustentando que o parochio, como representante dos direitos e interesses de sua egreja e accumulando as funcções de fabriqueiro, é parte legitima para mover em juizo acção de força nova relativa á administração, gozo e posse de cemiterios quando obras da fé, devoção e piedade dos fieis. Quando esbulhado dessa pösse, deve ser a ella restituído. Essa posse não exclue a inspecção e policia attribuidas por lei ás municipalidades (Acc. do Sup. Trib. de Justiça do Paraná, de 10 de Janeiro de 1893, confirmando a sentença; e vide Direito, vol. 60, á pag. 574.) Na Italia os cemiterios deixaram de ser dependencias das egrejas, estão subordinados ás Juntas Municipaes, sem ingerencia da inspecção da auctoridade ecclesiastica. (Cezare Olmo, Dir. Eccl. Italiano vigente, § 62, pag. 102).

CAPITULO XXVIII

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS

§ 325

A taxa de heranças, legados e doações causa-mortis é devida ao Estado pela transmissão de propriedade plena ou usufructo por titulo de successão legitima ou testamentaria, de bens situados no Estado. (Alvs. de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º e de 2 de Outubro de 1811; Regul., nº 2708, de 15 de Dezembro de 1860; art. 19 da Lei, nº 1507, de 26 de Setembro de 1867; Decreto, nº 4355, de 17 de Abril de 1869; Decreto, nº 5581, de 31 de Março de 1874, mandado vigorar no Estado de S. Paulo pelos arts. 7 e 17 § 1º da Lei Estadual, n. 15, de 11 de Novembro de 1891; art. 32 do vigente Regul. Estadual, nº 355, de 14 de Abril de 1896, autorizado pelo art. 21 da Lei, nº 118, de 3 de Outubro de 1892).

§ 326

O imposto de transmissão *causa-mortis* recae sobre os bens immoveis, moveis e semoventes existentes por occasião da abertura da successão, ainda que no Estado não fosse domiciliado o defuncto. (Art. 33 § 1º do cit. Regul. Estadual, nº 355, de 1896).

§ 327

A quóta do imposto será deduzida pela forma constante da tabella annexa ao cit. Regul., nº 355, de 1896 sobre a importancia liquida da herança ou legado, constante das avaliações dos inventarios.

A tabella é a seguinte: (121)

(121) A tabella annexa ao Regulamento que acompanha o Decreto nº 5581 de 31 de Março de 1874, foi alterada pelo art. 17 da Lei d'Orgamento do Estado de S. Paulo, nº 239 de 4 de Setembro de 1893, na parte que se referia á transmissão *causa-mortis*. Actualmente vigora a tabella transcripta supra (nº VII, ultima parte do Reg., nº 355, de 1896). Do producto do imposto de heranças e legados arrecadados fóra da capital, se deduz 3 1/2 % (tres e meio por cento), um e meio por cento para os Collectores, 1 % para o

Transmissão por titulo successivo ou testamentario

Em linha recta, sendo herdeiros necessarios	1½ %.
Em linha recta, não sendo herdeiros necessarios	10 %.
Entre conjuges, por testamento	10 %.
A irmãos, tios irmãos dos paes, tios irmãos dos avós, sobrinhos netos de irmãos	15 %.
Entre os mais parentes até o decimo grau contado por direito civil	15 %.
Entre conjuges <i>ab-intestato</i>	15 %.
Entre extranhos	20 %.
Legados e heranças que tiverem de sahir do paiz, além das taxas devidas mais	5 %.
Sobre o valor dos bens a que refere-se o art. 69, § unico	20 %.
Legados de que trata o art. 33, § 3.º	5 %.

Pagam ainda as heranças e legados o imposto adicional de dez por cento (Arts. 13 da Lei Estadoal, n.º 15, de 1891 e 13 da Lei d'Orçamento, n.º 380, de 23 de Setembro de 1895).

Escrivães das Collectorias e 1 % para os Escrivães do juizo (Art. 66 do Decreto cit., de 1896, Officio do Thesouro do Estado de 2 de Julho do mesmo anno). Do producto do imposto de heranças e legados arrecadados na capital se deduz quatro e meio por cento, sendo um e meio por cento para o 1.º Procurador Fiscal, um por cento para o 2.º Procurador Fiscal, para o Escrivão um por cento e para o solicitador um por cento, pagos em juizo pelo escrivão do do inventario. Todos os inventarios estão sujeitos ao imposto, pagando os herdeiros necessarios, ascendentes e descendentes successives *ab intestato*, o imposto de meio por cento e dez por cento addicionaes, imposto que substituiu o antigo imposto de um decimo por cento. Si esses herdeiros necessarios são contemplados com legados pagam, alem do imposto sobre a quota hereditaria, o imposto de 5 % (Art. 33 §§ 2.º e 3.º do cit. Regul., n.º 355, de 1896). Sobre dever ser feito inventario judicial no caso de haver interessados herdeiros necessarios em linha recta, transcrevemos os seguintes officios da Secretaria dos Negocios da Justiça.

Aos juizes de direito do Estado foi dirigida a seguinte circular:

«Secretaria dos Negocios da Justiça.—S. Paulo, 17 de Julho de 1895.—1.ª secção.—N. 885.—Sr. dr. juiz de direiro da comarca de...

Attendendo ao que me representou o secretario da Fazenda, em officio n. 49 de 11 do corrente mez, acerca do facto de não ser ouvida a Fazenda do Estado nos inventarios e partilhas, cujos qui-

§ 328

São isentos do pagamento do imposto :

1.º As heranças e legados de propriedade ou uso-fructo deixados ás Casas de Misericordia do Estado, para auxilio dos respectivos hospitaes.

2.º Os premios ou legados deixados aos testamenteiros até a importancia da vintena.

3.º As heranças ou legados não excedentes de cem mil réis, não comprehendendo-se nesta disposição as quotas hereditarias.

4.º Os legados e heranças da propriedade litteraria ou artistica.

5.º Os legados e heranças deixados ao Estado e aos municipios.

nhões hereditarios estão sujeitos ao imposto de 112 0/10 de que trata o art. 17 da lei n. 239 de 4 de Setembro de 1893, em vez do de 1110 % que anteriormente era devido pela transmissio de propriedade «causa mortis», recommendo-vos que determineis sempre a audiencia do representante fiscal, naquelles processos, ainda mesmo que só hajam herdeiros necessarios.

Saúde e fraternidade.—*João Baptista de Mello Peixoto*.

(Circular no D. Official de 27 de Julho de 1895).

Secretaria dos Negocios da Justiça, 1ª secção — n. 1147 — S. Paulo, 7 de Novembro de 1895—Ao sr. dr. juiz de direito da comarca de S. Bento do Sapucahy—Conforme decidiu o dr. secretario da Fazenda, em aviso de 30 de Outubro findo, em solução á consulta do vosso officio de 19 do referido mez, sobre o assumpto de que trata a circular que dirigi aos juizes de direito do Estado, sob n. 855 de 17 de julho ultimo, vos declaro, em relação á primeira parte da consulta, que acha se ella resolvida pelo art. 7.º do decreto n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 (em vigor pelo decreto n. 5581 de 31 de Março de 1874 art. 44 e lei n. 15 de 11 de Novembro de 1891, art. 7 § 1.º) a qual estabelece que todos os bens, cujos herdeiros e legatarios houverem de pagar imposto, serão inventariados, avaliados e partilhados com audiencia do representante fiscal, podendo effectuar-se amigavelmente a partilha dos mesmos, satisfeito previamente o imposto devido á Fazenda; e em relação á segunda parte, que os representantes fiscaes não têm emolumentos nos inventarios, pois que são sufficientemente compensados com a porcentagem que percebem pela arrecadação dos impostos, notando-mais que hoje todos os inventarios estão sujeitos ao imposto de transmissao de propriedade *causa mortis*, com a taxa do 1/2 0/10 que substituiu o antigo sello de quinhão hereditario de 1/10 0/10—Saúde e fraternidade.—*João Baptista de Mello Peixoto*.

6.º Os legados e heranças deixados a estabelecimentos de instrução a juizo do governo.

7.º Os legados e heranças que gozarem de isenção por lei especial.

8.º Os legados e heranças consistentes em apolices federaes ou estadaes.

9.º Os seguros de vida.

(Art. 42 do Decreto, n.º 355, de 1896).

§ 329

Todas as heranças ou sejam de testamento, ou *ab intestato*, cujos herdeiros ou legatarios tiverem de pagar imposto, serão inventariadas, avaliadas e partilhadas com audiencia do procurador fiscal do Thesouro do Estado, na comarca da capital e dos respectivos representantes nas outras comarcas.

A partilha dos bens poderá effectuar-se amigavelmente, satisfazendo previamente o imposto devido, no caso de serem todos os herdeiros maiores. (Art. 43 e § unico do Regul., n.º 355 citado).

§ 330

A taxa de heranças e legados deduz-se do liquido que fica, depois de deduzidas as dividas passivas legalizadas e reconhecidas, despezas e outros encargos; cobrando-se o imposto logo que se possa liquidar directamente pelo inventario em qualquer estado d'elle, ou esteja liquida pelo testamento a sua importancia.

§ 331

O imposto das heranças e legados recae sobre todos os bens, qualquer que seja a sua natureza, moveis, semoventes ou immoveis, direitos e acções, comprehendidos os titulos de fundos publicos ou acções de companhias ou sociedades estrangeiras, comtanto que tenham pertencido ao defunto no momento de sua morte.

Exceptuam-se os bens immoveis, moveis e semoventes situados em paiz estrangeiro ou em outro Estado.

§ 332

E' calculado o imposto pela lei em vigôr ao tempo do fallecimento do inventariado, qualquer que fôr a epoca em que venha ser pago (Souza Bandeira, Novo Procurador dos Feitos, § 310, pag. 192 e n'ota 327; Direito, vol. 29, pag. 354; art. 64 do Decreto, n' 355, de 1896) (122)

§ 333

De conformidade com a legislação em vigôr o imposto devido ao Estado deve recahir nos bens existentes no Estado e não f'ora d'elle; e, se ha bens f'ora, a avaliação se póde deprecar com citação do representante do Estado respectivo. (Officio do Thesouro do Estado, de 11 de Dezembro de 1893, dirigido ao Collector de Guaratinguetá).

§ 334

Na existencia de bens situados no f'oro do inventario e f'ora em outro municipio fiscal, o imposto é pago no inventario iniciado no domicilio do inventariado, sendo os bens somente avaliados f'ora por deprecada.

(Ordem n' 4, de 13 de Janeiro de 1887).

§ 335

O valor dos bens para pagamento do imposto será o do tempo em que o imposto se tornar exigivel. (Art. 41 do Reg., n' 355, de 1896).

§ 336

O augmento de valor que tiverem os bens desde a morte do testado ou intestado até a epocha do pagamento do imposto será attendido a favôr da Fazenda do Estado para d'elle se pagar o imposto devido; bem como o será

(122) O direito do imposto do legado ou herança é firmado pela epoca do fallecimento em que se abre a successão e em que, portanto, é esta adquirida, como resolveo o Aviso n' 26, de 16 de Fevereiro de 1848, e não deve ser calculado pela data do inventario e partilha. Vide Ordens do Thesouro Nacional n.º 34, de 1849; n' 133 de 1851; n' 71 de 1863; 14 de Dezembro de 1860; 21 de Julho de 1866 e 12 de Janeiro de 1871; Perd. Malheiro, Consultas Juridicas, pag. 252.

em prejuizo da mesma Fazenda a perda do valôr no caso de ruina total ou parcial dos bens de que se compuzer a herança. (Ord. n° 163, de 12 de Outubro de 1850; art. 51 do Decreto n° 355 citado).

§ 337

A favôr da Fazenda do Estado, por determinação do Secretario da Fazenda e conforme a circumstancia, pode-se-á cobrar os juros desde que se completa um anno depois do fallecimento do testado ou intestado, sem que se tenha pago imposto, salvo si na forma da legislação em vigor, o tempo para o cumprimento do testamento fôr maior que o da conclusão do inventario prorogado, ou si a terminação não tiver logar por qualquer causa justa a juizo do mesmo secretario. (Ordem de 15 de Fevereiro de 1887, art. 52 do Decreto, n° 355, de 1896).

§ 338

No caso de legados e heranças em usufructo para uns e nua propriedade para outros, o imposto de transmissão é cobrado do usufructuario lógo, na forma do art. 67 do Regul., n° 355, de 14 de Abril de 1896; devendo o do pleno dominio da propriedade ser pago pelos legatarios ou herdeiros, quando entrarem na posse da herança ou legado (Ordem, n° 456, de 17 de Junho de 1869; Officio do Thesouro do Estado, de 11 de Dezembro 1893, ao Collector de S. José dos Campos).

Nos usufructos o imposto é calculado sobre o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos quantos forem os de usufructo, nunca excedendo de cinco.

§ 339

No caso de fideicommisso, de herdeiros fiduciario e fideicommissario, este sò paga o imposto quando entrar na posse dos bens, quando estes passam do dominio do fiduciario para elle fideicommissario seo successor, devendo, porém, lógo pagar o herdeiro fiduciario. (123)

(123) O fiduciario e o fideicommissario pagam o imposto correspondente ao gráo de seo parentesco com o testador, sendo, po-

§ 340

Os filhos de pai ou mãe que passar a segundas nupcias, e succederem em bens hereditarios de irmão predifunto (Ord., liv. 4º, tit. 91, § 2º), são sujeitos ao imposto como irmãos. (Art. 3º, § 3º do Decr. n. 2708; Av. de 13 de Janeiro de 1854; art. 3º, § 3º do Regul. Prov. de S. Paulo de 24 de Maio de 1865 arts. 7º do Decr. n. 5581 de 1874 36 do Decreto Estadual n. 355 de 1896).

rém, devido somente o correspondente ao que effectivamente lhe couber quando entrar na posse, e quando o fideicommissario apenas tiver direito ao que restar, por ser facultado áquelle o direito de dispôr. (Ord. n.º 289, de 12 de Outubro de 1870, art. 35 do Decr. n.º 355 de 1896). Nos casos de usufructo e fideicommissio, findo o prazo daquelle ou terminada a condição ou clausula deste, para que a nua-propriedade seja devolvida a quem de direito, é mister que, em juizo, se verifique o facto da extincção. O herdeiro da nua-propriedade justifica sua identidade e junta os documentos necessarios para estabelecer a veracidade da extincção, v. g, certidão de obito do usufructuario, que é o facto o mais frequente. Si não occôrre duvida, procede-se ao calculo para pagamento dos direitos fiscaes, e, pagos estes, declara-se por sentença extincto o usufructo ou fideicommissio. (Souza Bandeira, Nov. Proc. dos Feitos, nota 333 ao § 315). São sempre ouvidos os Procuradores Fiscaes e o Promotor Fiscal de Residuos. E' a causa da extincção do usufructo a consolidação do dominio directo com o util, em virtude da venda. (Ord. n. 328 de 17 de Julho de 1862) Quando são avaliados os bens em inventario promovido pelo fiduciario, não é ouvido o fideicommissario; pois, em vida do fiduciario, não tem, segundo a opinião corrente, direito adquirido e sim uma *spes debitum iri*. Torna-se necessaria para o pagamento do imposto a distincção do usufructo e fideicommissio. No usufructo ha desmembração de propriedade, cabendo a um o usufructo e a outro a nua propriedade. O imposto do usufructo é regulado pelo direito vigente ao tempo do fallecimento do testador, pois desde essa data se effectua a transmissão. Quanto ao fideicommissio o mesmo se não pôde dizer, porque no fideicommissio, embora equiparado o fiduciario ao usufructuario para certos effectos, não ha tal desmembração de dominio, e sim transmissão para o fiduciario de propriedade resolovel, quando outra cousa não dispõe o testador. (C. da Rocha, § 718). No entanto deve-se observar que a transmissão para o fideicommissario, embora venha realmente a effectuar-se por morte do fiduciario, ou verificada a condição de que ficára dependente, todavia opera-se pela morte do testado ou intestado (C. da Rocha, § 715), salvo disposiçào em contrario. E, pois, parece applicavel áquelle mesmo principio, se outra cousa não é expressamente determinada, sendo aliás certo que a lei não tem effecto retroactivo, mesmo em materia fiscal (Perd. Math., consultas, pag. 254).

§ 341

Nos casos de curadoria e successão provisoria (Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 38; Reg. do Desembargo do Paço, § 50; Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, art. 47), é exigivel o imposto, salvo o direito de restituição, apparecendo o ausente. (Decr. n. 2708 de 1860, art. 4.º, arts. 8.º do Decr. n.º 5581 de 1874 e 37 do Decr. Estadual, n.º 355. de 1896).

§ 342

Dos filhos naturaes reconhecidos por escriptura publica ou testamento, sendo-lhes judicialmente contestada a qualidade de herdeiros forçados, cobrar-se-ha a taxa, a que são sujeitos os estranhos, salvo o direito de restituição, quando o reconhecimento fôr confirmado por sentença que se tornar irrevogavel. (Decr. n. 2708, art. 3.º n. 1 e art. 4.º do Decr. n. 5581 de 1874). (124)

(124) Não nos conformamos com essa disposição dos regulamentos fiscaes, e resultantes das Ordens, n.º 180, de 13 de Junho de 1849 e 24 de Maio de 1859. Basta o reconhecimento por escriptura publica, como por testamento, para que os filhos naturaes entrem na posse dos bens de seus pais, porque a escriptura e o testamento são a prova plena da filiação natural, cabendo aos reconhecidos a indisputavel pösse do Alvará de 9 de Novembro de 1754. Quem tiver interesse na successão hereditaria *ab intestato* de excluir o filho natural reconhecido em escriptura publica pelo pae, que denuncie a supposta espuriedade para reivindicar-lhe a herança e então prove que é adulterino ou incestuoso. Emquanto porém, não se tenha assim julgado, a escriptura publica de reconhecimento paterno deve ser tida por tão efficaz para o fim do Decreto de 2 de Setembro de 1847 como a certidão de baptismo e matrimonio declarando os paes para as successões legitimas. Vide Rebouças, na nota 1.ª ao art. 964 da Consolid. das L. L. Civis, combatendo esse artigo que dispõe que os filhos, reconhecidos por escriptura publica, devem ainda habilitar-se provando a qualidade de simplesmente naturaes, quando fôr contestada essa qualidade, argumentando T. de Freitas com os arts. 3.º 1.º do Regul., n.º 2708, de 15 de Dezembro de 1860 e 5.º do Regul. n.º 2433 de 15 de Junho de 1859 que dispõe: si os herdeiros forem filhos illegitimos e houver fundamento para contestar a qualidade hereditaria, tambem terá logar a arrecadação judicial, que cessará sem deducção de porcentagem, si elles justificarem seo direito certo e indubitavel á herança; proseguindo-se nos ulteriores termos della, para serem os bens entregues, a quem de direito pertencerem, si não fôr concludente a justificação. Taes regulamentos importam uma expoliação de posse em virtude do Alvará de 1754

§ 343

Os legatarios devem pagar a taxa de seus legados e não a herança, na forma do Alvará de 17 de Junho de 1809, salvo si o testador no seu testamento tiver ordenado que se entregue o legado livre da taxa, que será então paga por sua terça. (Gaz. dos Trib., de 26 de Dezembro de 1859, n.º 148; arts. 11 § unico do Decreto n.º 2708 de 1860 e 27 § 2.º do Decreto n.º 5881 de 1874 e Sent. do Supr. Trib. de Justiça, de 12 de Junho de 1875, Rev. n.º 8664).

§ 344

Das deixas e legados commettidos em segredo, nas cartas chamadas de consciencia, a taxa será cobrada na forma estabelecida pela Resolução de 26 de Julho de 1813 (Arts. 21 do Decr. n.º 2708 de 1860, 10, do Decr. n. 5581 de 1874 e 39 do Regul. Estadual n. 355, de 1896). (125)

e Assento de 16 de Fevereiro de 1786. A presumpção é pela filiação natural reconhecida por escriptura publica ou testamento, e o reconhecido tem direito a posse dos bens de seu pai natural até que por sentença se destrua o reconhecimento e prove-se a espuriedade. O Trib. de Justiça de S. Paulo assim julgou na appell. de Bragança, appellante Satyro Zotico. O Regul., n. 355, de 1896, não contem essa disposição.

(125) Em Gouveia Pinto, Trat. do Test., cap. V, § III, nota *in fine*, se lê: — Quando o testador no testamento faz menção de certa disposição commettida em segredo a seu testamenteiro em carta chamada de consciencia, incluída e appensa ao mesmo testamento, tal disposição é uma declaração feita em testamento solemne, e portanto tem validade legal; por ella se commette ao testamenteiro a execução da vontade do testador declarada em carta admissivel em direito para se não infamar a memoria dos testadores com a solução patente de certas dividas de consciencia; seria iniqua e até mesmo injusta a interdicção de certos actos semelhantes, na occasião mais seria e sisuda, em que o testador consulta os deveres sociaes com os da religião e consciencia. No mesmo Direito Romano, onde as ultimas vontades eram sujeitas a tantas solemnidades em favor dellas, foram admittidas semelhantes declarações compatíveis com amplissima liberdade de testar que tinham os cidadãos; ellas tem seu assento nas LL. 38 Dig. de condition, et demonstr. e 25 de reb. dub. Ficou por isso sendo no fóro jurisprudencia admissivel, e recebida a declaração do testador feita nas cartas chamadas de consciencia, julgando-se ellas por cumpridas e executadas com o juramento dos tes-

tamentos no juizo de contas, como se manifesta das opiniões dos escriptores praticos do paiz. Quando as cartas fôrem avulsas, ou dellas se não fizer menção no testamento, nenhuma validade tem, nem merecem consideração, visto que a sua disposição não foi comprehendida no testamento, e não fez parte d'elle. O meio de evitar a fraude que poderá nascer a respeito da satisfação de legados deve ser o mesmo, pelo qual se julga comprida no Juizo de contas a vontade do testador; e vem a ser o juramento do testamenteiro para declarar si as disposições que lhe forão commettidas em segredo pelos testadores na cartas de consciencia são meramente deixas ou legados, ou restituções e pagas de dividas de consciencia; no primeiro caso, devem pagar a taxa; no segundo ser isentas conforme o seu juramento. (Resolução de 26 de Julho de 1813). A nota transcripta é a do commentador Conselheiro Furtado de Mendonça.

Em seguida transcrevemos a Resolução de 1813.

«As transmissões e aquisições feitas por actos de ultima vontade, sempre mereceram protecção das Leis para sua devida e inteira execução, quando ellas por modo claro e não equivoco, manifestam a vontade do testador; mas não basta isto somente, torna-se necessários serem revestidas as ultimas declarações de certa prova para se reputarem verdadeiras.

THE
REV. «Essa prova é a solemnidade com que é feito aquelle acto de ultima vontade; de sorte que a vontade do testador de qualquer forma explicada e entendida no *testamento* feito legalmente, tenha o cunho da Lei para seu inteiro cumprimento.

«Daqui vem que, quando o testador faz menção no *testamento* de certa disposição commettida em segredo a seu testamenteiro nessas chamadas—*Cartas de consciencia*,—como incluídas e appensas no testamento; tal disposição equivale a uma declaração feita em testamento solemne, e portanto com validade legal.

«Por ella se commette ao testamenteiro a execução da vontade do testador declarada naquella—*Carta*—admissivel em direito para não infamar-se a memoria dos testadores com a solução patente de certas dividas de consciencia. Seria injusta a interdicção de actos semelhantes na occasião mais seria—*em que o testador combina deveres sociaes com os da religião e da consciencia!*

«No direito commum onde as ultimas vontades estão sujeitas a tantas solemnidades, foram admittidas taes declarações, por compatíveis com a liberdade amplissima de testar.

«Ficou sendo por isso no fóro jurisprudencia admissivel e recebida a declaração do testador nas chamadas—*Cartas de Consciencia*,—julgando-se cumpridas e provadas só pelo juramento dos testamenteiros no Juizo das contas, como se manifesta das opiniões dos escriptores praticos do Reino.

«Quando as — cartas — forem avulsas, ou dellas não se faça menção no testamento, nenhuma valididade têm, não merecem consideração, visto que sua disposição não foi comprehendida no testamento, e não fez parte d'elle.

§ 345

Nenhuma partilha se julgará por sentença, nenhuma herança ou legado, ainda mesmo de usufructo, poderá ser entregue, nem se receberá ou passará quitação, sem constar o pagamento do imposto (Alv. de 17 de Junho de 1809 §§ 8 e 9; arts. 11, § unico, do Decreto n° 2708 de 1860 e 44 do Decr. n° 5581 de 1874).

§ 346

Liquidado o imposto por calculo feito pelo Contador e sobre o qual são ouvidos o Procurador Fiscal antes de homologação e as partes interessadas, o representante do Thesouro do Estado requererá que para pagamento do imposto se arrematem do espolio tantos quantos bens

«Estabelecidos estes principios, é claro que não tem lugar a exhibição das —*Cartas de Consciencia*— só porque podem conter liberalidades e legados, e serem por isso prejudiciaes a taxa legal do citado Alvará de 1809.

Quando se verificar dolo, como no caso apontado pelo Provedor, então não merece tal disposição secreta contemplação alguma, para deixar de pagar o imposto estabelecido; mas só porque um testador dispôz por este modo em fraude das Leis, comprehendel-os todos para soffrerem a mesma medida, antes de convencida a fraude das é certamenne jurisprudencia sem apoio em direito, ou em qualquer legislação.

«O meio que parece adequado para evitar a inculcada fraude, deve ser o mesmo pelo qual julga-se cumprida no Juiz das contas a vontade do testador; e vem a ser o juramento dos testamenteiros para declarar se as disposições que lhes foram commettidas em segredo pelos testadores nas chamadas — *Cartas de consciencia*, — são meramente deixas, ou legados ou instituições, ou pagas de dividas de consciencia.

«No primeiro caso deve pagar a taxa.

«No segundo deve ser isento conforme seu juramento.

«E' quanto parece dever-se declarar ao Provedor de defunctos e ausentes da cidade de S. Paulo.

«Vossa Alteza Real, porém, mandará o que fôr mais justo.

«Ouvido o Procurador da Corôa e da fazenda, respondeu o seguinte: — Conformo-me com o parecer do Ministro informante.

«O que tudo visto parece ao Conselho o mesmo que informa o Ministro informante, e responde o Dezembargador Procurador da Fazenda.

«*Resolução*. — Como parece. Palacio do Rio de Janeiro, 26 de Julho de 1813.

forem necessarios para completarem a importancia correspondente ao imposto.

Si algum herdeiro ou interessado se offerecer a pagar a importancia devida ao Thesouro e effectuar o pagamento em moeda corrente, dentro de cinco dias, não terá lugar a arrematação.

(Art. 48 e § 1º do Decr. Estadual, nº 355, de 14 de Abril de 1896). (126)

§ 347

Na arrematação de bens para o pagamento do imposto seguir-se-ão os termos das execuções fiscaes (Av., nº 49 de 10 de Abril de 1848; Perd. Malheiro, Proc. dos Feitos, § 433 e nota 795; Souza Bandeira, nota 325, pag. 191 Decreto nº 9.885, de 27 de Fev. de 1888; art. 48, § 2º do Decreto Estadual, nº 355, de 1896).

§ 348

Do despacho que manda fazer o calculo não cabe recurso (Accordão da Relação de S. Paulo, 12 de Outubro de 1888, no agravo, nº 820, aggravante D. Felicissima de Campos Barros).

Do despacho que manda, feito o calculo, pagar o imposto com impugnação da parte, cabe agravo (Acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 25 de Novembro de 1892, no agravo, nº 16. capital).

Da decisão homologando o calculo cabe appellação recebida nos effeitos regulares (Acc. do Trib. de Justiça, de 7 de Agosto de 1894, na carta testemunhavel nº 10 da capital, interposta por Leovigildo da Silva Prado, em autos referentes á herança de Verissimo Prado, Gaz. Juridica do Estado, vol. III, nº 1, pag. 13; Acc. do Trib. de Justiça de 26 de Junho de 1892, na appellação civil

(126) Esta disposição ressen-te-se de excessivo rigor fiscal dispensando a previa notificação para pagamento do imposto, antes de separação de bens para arrematação a bem do fisco, como se procedia anteriormente em execução do Decr., nº 5581, de 31 de Março de 1874.

nº 2080, appellante João Dias Campello e appellado Antonio Gouveia de Almeida Rocha). (127)

§ 349

O imposto não é extensivo aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados e intestados. (Alv. de 9 de Novembro de 1754; Ord., n. 163 de 12 de Outubro de 1850; arts. 22 do Decr. n. 2708, de 1860; 11 do Decreto nº 5581, de 31 de Março de 1874 e art. 40 do Decreto Estadual nº 355, de 14 de Abril de 1896; Accordão da Relação do Rio, de 8 de Novembro de 1892 no Relatorio do Ministerio da Justiça de 1883, appendice, pag. 21). (128)

(127) Do despacho que, feito o calculo, manda pagal-o, antes de julgamento, cabe appellação, decidiu a Relação de S. Paulo por Accordão de 30 de Novembro de 1888, nos autos de agravo nº 855, da capital, aggravante D. Felicissima de Campos Barros, com fundamento de *damno irreparavel* e que devia ser recebida em ambos os effeitos e assim o decidiu tambem por Accordam de 1 de Fevereiro de 1889, em agravo, nº 839, dizendo *que se não deve logo ordenar o desembolso de quantia para o imposto, cuja restituição é difficil*. Hoje o *damno irreparavel* é fundamento para agravo e não appellação, como o era pela Ord., liv. 3 tit. 69. O Tribunal de Justiça de S. Paulo por Accordão de 18 de Outubro de 1892, nos autos de agravo, nº 5, da Capital, aggravante Francisco Ignacio de Camargo e aggravada a fazenda estadual, julgou dever ser recebida no effeito devolutivo a appellação interposta da sentença homologatoria do calculo feito, *tendo sido já recolhido o imposto*.

(128) «A lei que estabeleceu o tributo da taxa de heranças e legados, lançando-se só e expressamente sobre os bens que ficão dos fallecidos testados ou intestados, e que devem passar a seus herdeiros escriptos ou legitimos completamente habilitados com relação ao valor que têm ao tempo do fallecimeato; e lhes é certificado pela avaliação do inventario, como se deduz das mais claras disposições do Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º, e de 2 de Outubro de 1811, não se pôde fazer extensiva aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados, a este computo que não se pôde considerar herança, mas producto e proveito della; segundo, porque sendo decretado pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754, que a posse civil que os defuntos em sua vida houvessem tido, passe logo nos bens livres aos herdeiros escriptos ou legitimos, tendo a sua posse civil todos os effeitos de posse natural, sem que seja necessario que se tome, segue-se que todos os fructos e rendimentos dos bens dos defuntos ficão desde o acto da morte pertencendo aos herdeiros de pleno direito, sem mais onus ou encargo de taxa hereditaria, além

§ 350

Havendo entre as dividas activas da herança algumas que se possam reputar incobráveis ou de difficil liquidação por insolvabilidade, fallencia ou outras circumstancias dos devedores, é permittido que os herdeiros paguem o imposto sobre o producto das mesmas dividas, em hasta publica, no juizo do inventario, ou renunciem as dividas para exonerarem-se do pagamento da taxa, recolhendo-se os respectivos titulos ao cofre dos depositos publicos.

Se os devedores rehabilitarem-se, serão os titulos entregues aos interessados, quando os reclamarem, satisfazendo préviamente a taxa, ou prestando fiança idonea para paga-la em prazo razoavel. (Arts. 19 do Decr. n. 2708, combin. com o art. 44 do Decr. n. 5581 de 1874 e 49 do Decreto, n.º 355, de 1896. (129)

do valor que tinham os bens ao tempo do fallecimento. E para obviar outras duvidas, que possam occorrer sobre a materia, declara-se mais que, acontecendo que os bens de que se compuzer a herança depois de descriptos e avaliados, e no tempo decorrido da morte do testador ou intestado até a adjudicação por sentença de partilhas, tenham augmento de valor, como por ex: no caso de venda em arrematação por preço maior que o da avaliação, deve essa maioria no valor da propriedade ser contemplada tambem a favor da Fazenda para della se pagar a taxa; assim como se nos ditos bens, e no decurso do dito tempo acontecer a perda delles no todo ou parte, como por ex.: ruina total, destruição de immoveis e morte de semoventes se deverá contemplar a perda ou diminuição em prejuizo tambem, caso em que se não paga taxa, ou ao menos diminuindo o valor liquido.» Assim dispõem litteralmente o Av. de 2 de Outubro de 1850; arts. 23 do Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860; 20 do Regul. Prov. de S. Paulo, de 24 de Maio de 1865, 12 do Decreto n.º 5581 de 31 de Março de 1874 e 51 do Decr. Estadual, n.º 355, de 1896.

(129) Não é prohibido cobrar-se a taxa hereditaria das dividas activas do espolio sobre o producto dellas em praça, ainda depois de recolhidos os titulos ao deposito: a fiança a prestar para o levantamento dos titulos deve ser pela integridade do imposto, cobrando-se, porém, este do que fôr effectivamente recebido dos devedores, provada concludentemente a circumstancia de se não ter cobrado senão parte. (Port. de 15 de Março de 1864 no *Diario Official* de 31 de Março, suppl. ao Man. do Proc. dos Feitos, § 195.) A fiança deve ser prestada no juizo do inventario, obrigando-se ao pagamento integral correspondente ao valor dos titulos em um prazo que o Juiz marcar, e inserindo-se no precatório para entrega dos titulos o termo da mesma fiança. (Suppl. cit.)

§ 351

As apolices federaes ou estadoaes estão isentas do pagamento do imposto de heranças e legados—art. 42, § 8º do Decreto, nº 355, de 14 de Abril de 1896. (130)

No Diario Official de 28 de Fevereiro de 1888 se vê publicada a decisão do Tribunal do Thesouro Nacional deferindo o recurso da casa de caridade da Parahyba do Sul, no Estado do Rio, para que pudesse pagar em prestações o imposto a proporção que se fossem cobrando as dividas activas doadas.

(130) As apolices estadoaes não pagam imposto á União e nem ao Estado. As apolices da divida publica nacional pagam, porém, o imposto de transmissão *causa-mortis*, devido á União, imposto regulado pelo decreto, nº 4113, de 4 de Março de 1868 e na forma do art. 2º § 2º, do Decreto, nº 5881 de 31 de Março de 1874, pago no logar da repartição encarregada da transferencia ou no do inventario, renda geral, qualquer que seja o domicilio do defunto.

Em S. Paulo eram tributadas as apolices da divida publica nacional pela lei provincial, nº 89, de 13 de Abril de 1876 art. 6º, sendo atacada essa lei como inconstitucional por violação do art. 10 § 5º do Acto Adicional, teve a Relação de S. Paulo de julgar importante pleito sobre isenção das apolices geraes do pagamento de direitos provinciaes, julgando-as isentas por Accordam de 10 de Maio de 1883, sendo parte no pleito o Doutor Antonio de Paula Ramos. Cessou a questão, pois a lei provincial nº 112 de 7 de Julho de 1881 isentou os apolices geraes de pagamento do imposto provincial de heranças e legados. A Resolução de Consulta do Conselho de Estado de 4 de Março de 1868 e Aviso nº 207 de 17 de Abril, de 1880, citados por Souza Bandeira, nota 327, pag. 192, dizem que as apolices nacionaes não podem ser tributadas pelas leis provinciaes. As apolices dos Estados só devem pagar imposto aos Estados, salvo o caso de isenção, como em S. Paulo. (Avisos, nº 207, de 1880 e 135 de 21 de Março de 1881—Vide Accordam da Relação de S. Paulo, appellação nº 731, de 3 de Maio de 1882). Os conhecimentos do pagamento de imposto de transmissão das apolices geraes são transcriptos nos mandados ou alvarás de transferencia das apolices (Arts. 33 do Regul. nº 5381 de 1874 e 63 do Decreto nº 9.370 de 14 de Fevereiro de 1885 e Ordem, nº 71, de 28 de Julho de 1887). Só no caso de transmissão *causa-mortis* as apolices pagam o imposto; no caso de doação inter vivos ou partilha *inter vivos* pagam sello proporcional (federal) (Ordens, nº 50, de 24 de Março de 1882 e, nº 105, de 24 de Outubro de 1887). O legado deixado em dinheiro com a condição de ser pago em apolices, não existindo estas no espolio, paga sello proporcional e não imposto de transmissão *causa mortis* (Aviso nº, 480, de 2 de Outubro de 1880). Não são consideradas bens immoveis quando permutadas por bens dessa natureza (Ord. n. 1 de 2 de Janeiro de 1886). Vide Ord. nº 139 de 8 de Novembro de 1886 sobre apolices legadas que tem de ser vendidas para cumprimento de disposições testamentarias, as quaes pagam imposto.

§ 352

As heranças e legados que tiverem de sahir para fóra do Estado pagam imposto. E' devido pelo herdeiro ou legatario quando têm seu domicilio fóra do Estado devendo para alli recolher a herança ou legado, augmentando seu patrimonio, embóra não haja a retirada de bens e valores herdados para fóra do Estado. (Accordam do Tribunal de Justiça, de 16 de Agosto ds 1895, appellação n.º 745, da capital, appellante a Fazenda do Estado e appellada Carola Andreotti). (131)

(131) A lei n.º 26 A, — de 25 de Julho de 1881, artigo vinte e tres, dispunha que, quando a importancia da herança ou legado tiver de sahir para fóra do Imperio (paiz), por não morar nelle o legatario ou herdeiro, o imposto seria de 25 0/0 sobre toda a importancia. A lei n.º 239 de 4 de Setembro de 1893, art. 17, ultima parte, manda pagar 20 0/0 sobre o valor da herança e mais 10 0/0 addicionaes, quando os bens herdados e legados tiverem de sahir para fóra do Estado. O regulamento vigente, n.º 355, de 14 de Abril de 1896, em seo art. 68, diz que a taxa constante da ultima parte da tabella annexa refere-se ás heranças e legados que sahirem do paiz, por nelle não residir o herdeiro ou legatario, dispondo a tabella (n.º VII) que os legados e heranças que tiverem de sahir do paiz, alem das taxas devidas, pagarão mais 5 0/0. O Tribunal de Justiça, em vista do Decreto n.º 355, de 14 de Abril de 1896, art. 68, nos autos de agravo n.º 900 da Capital, aggravante Dona Maria de Oliveira Paes e aggravada a herança de D. Maria Francisca de Oliveira, julgou em 1896, que só pagam imposto as heranças e legados que tem de sahir para fóra do paiz e não do Estado, assim para o estrangeiro. Transcrevemos o Accordam relativamente á appellação que deu logar ao Accordão citado no paragrapho, observando que ha duvida de ser exorbitante o regulamento e offensivo da disposição do art. 17, ultima parte, da Lei d'Orçamento, de 4 de Setembro de 1893 que cogita de heranças e legados que tiverem de sahir do Estado para outros Estados ou paizes estrangeiros.

ACCORDAM

Appellação n.º 745 — da Capital.

(Revista Mensal das Decisões, pag. 239 a 240)

Appellante. — *A Fazenda do Estado.*

Appellado. — *Carola Andreotti.*

Accordam em Tribunal, vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil, entre partes, como appellante a Fazenda do Estado, e appellada Carola Andreotti, dar, como dão, provimento a mesma, para reformando, como reformam, a sentença appellada de

§ 353

As renuncias gratuitas de heranças e desistencias dellas não pagam imposto (Vide Accordão do Trib. de Justiça de S. Paulo, Rev. Mensal, anno II, Abril, vol. III, pag. 109, na appellação n° 651 da Franca; Officio do Thesouro do Estado, de 5 de Agosto de 1896, no Diario official de 6 do mesmo mez e anno).

fs. 24, mandar que se proceda a novo calculo para o pagamento do imposto devido à mesma appellante pela dita appellada, pela herança deixada por seo fallecido filho, Angelo Andreotti; pois, tendo a appellada o seo domicilio fóra do Estado, devendo para alli recolher a dita herança, augmentando o seu patrimonio, é indubitavel o direito que tem a appellante de perceber o imposto a que se refere a Lei n. 239 de 4 de Setembro de 1893, ultima parte do art. 17 e adicional a que se refere a Lei n. 15, de 11 de Novembro de 1891—Art. 13, sem embargo de qualquer applicação que tenha feito ou possa fazer a mesma appellada dos bens da dita herança, dentro do Estado, o que não pôde invalidar a disposição da lei citada—*Legados e heranças que tiverem de sahir do Estado*, que deve ter inteira applicabilidade e execução, o que não se dará se fór permitida semelhante excepção, não prevista na lei e que lhe tiraria todo o seo effeito. E, assim julgando, condemnna a appellada nas custas.

S. Paulo, 16 de Agosto de 1895.—*Souza Lima*. P.—*Pinheiro Lima*.—*Brotero*, vencido. A lei n. 239 de 4 de Setembro de 1893, art. 17, ultima parte, sómente cogita de heranças e legados que tiverem de sahir do Estado, nem é caso de recorrer ao espirito da Lei Provincial n. 26 A de 1881, como quer o Procurador-Fiscal em sua reclamação de fs. 17, para ser interpretada disposição t o clara e expressa.

Pouco importa indagar si é facil ou não illudir a percepção do imposto decretado; o certo é que o simples facto do domicilio do herdeiro fóra do Estado, por si só, não é sufficiente para determinar a imposição da taxa de 20 por cento sobre o valor da herança e mais dez por cento additionaes.

Em vista da lei, é necessario que haja retirada de bens e valores herdados para fóra do Estado.

Na especie a herdeira exhibio o contracto de fs. com o qual prova que não retirou do Estado a fortuna herdada de seu filho, e que os seus capitaes aqui permanecem em gyro de sociedade commercial sob a firma Andreotti & Comp., e ainda quando fosse simulada essa sociedade, com o unico fito de prejudicar o fisco, é fóra de duvida que essa nullidade só poderia ser pronunciada pelos meios regulares e nunca de plano, com preterição de todas as formulas.

A nullidade de pleno direito da sociedade invocada nesta instancia no parecer de fs. é de todo o ponto improcedente. Com estes fundamentosoguei provimento á appellação.

§ 354

Quando o espolio é insignificante e o juiz proceder a arrolamento e divisão dos bens entre os interessados, dando estes de commum accordo os valores dos bens existentes, podem as avaliações ser acceitas pelo representante da Fazenda desde que nada tenha a oppôr á ellas ou á idoneidade dos avaliadores, devendo, em todo o caso, ser pago o imposto devido e feito o pagamento previo. (Officio do Thesouro do Estado, de 5 de Agosto de 1896, ao Collector de Caçapava, no Diario Official de 6 do mesmo mez e anno).

§ 355

O calculo pelo Contador é sempre necessario, ainda que não haja imposto a pagar pelo facto das dividas absorverem o espolio, porque é pelo calculo que esse facto fica judicialmente verificado; elle constituc a liquidação da heranças afim de fazer-se o rateio, o qual deve ser fiscalizado pela Fazenda do Estado.

(Souza Bandeira, Novo Procurador dos Feitos, nota 324).

§ 356

Todas as questões que se suscitarem sobre a percepção do imposto de herança e legados, são da competencia do poder judiciario e não do abolido contencioso administrativo (Art. 14 da Lei Provincial, n° 52 de 24 de Abril de 1874; Accordam do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 25 Novembro de 1892, agravo n° 16, da capital, Gaz. Juridica do Estado, 1° vol., pag. 29).

§ 357

He da inteira e exclusiva alçada do fóro commum a interpretação ou declaração da natureza das verbas testamentarias, contendo disposições sobre transmissões de bens (Ordens do Ministerio dos Negocios da Fazenda, de 29 de Novembro de 1879 e 29 de Janeiro de 1890).

§ 358

Quando se tiver, em virtude de precatoria de juiz de fóra do Estado, de proceder a avaliação de bens situados

no Estado para serem partilhados, será citado para a avaliação o representante legal do Thesouro, a quem se dará vista dos autos, depois de feita a avaliação, para dizer sobre ella.

Esta precatória não será devolvida, sem que seja pago o imposto de 20 .% sobre o valor da avaliação, até que os interessados pelos meios competentes provem que pela qualidade em que succederem tem direito de pagar de accordo com o artigo da tabella, caso em que lhe será restituído o que demais tiver sido cobrado. (Art. 69 e § unico do Decreto n° 355, de 14 de Abril de 1896).

§ 359

Todas as heranças, ou sejam de testamento ou *ab intestato*, cujos herdeiros ou legatarios, tiverem de pagar o imposto, serão inventariadas, avaliadas e partilhadas com audiencia dos Procuradores Fiscaes do Thesouro do Estado, na comarca da capital, e dos respectivos representantes fiscaes nas outras comarcas.

Os representantes fiscaes assistirão a todos os actos da arrecadação e inventario para fiscalisar a exactidão da descripção e avaliação dos bens, das declarações do inventariante, das despezas attendiveis e da certeza das dividas activas e passivas e para requerer tudo quanto convier á expedição dos inventarios.

§ 360

Não estão sujeitos ao pagamento do imposto os bens que por occasião do fallecimento do testador prova-se que eram insufficientes para o pagamento das dividas deste. Si com o rendimento desses bens dentro de alguns annos e por determinação testamentaria foram pagas as dividas, a solução não varia, porque taes rendimentos são propriedade dos herdeiros desde o acto da morte do testador. (Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 1882, Direito, vol. XXIX, pag. 520)

§ 361

Não havendo quem arremate os bens, feitas as diligencias legaes das execuções fiscaes, inscrevem-se nos

propios do Estado e põem-se em administração (Aviso nº 48 de 10 de Abril de 1848; Perd. Malheiro, Proc. dos Feitos, § 433, nota 795 — Decreto n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888 — Souza Bandeira, Nov. Proc. dos Feitos, nota 325).

§ 362

O inventariante moroso é responsável pelo imposto e seus juros, guardada a disposição do art. 52 do Decreto, nº 355, de 14 de Abril de 1896, uma vez provado que a demora é proveniente de culpa sua. (Art. 53 do Decr. cit. e Resolução de 21 de Maio de 1821). (132)

(132) Julgamos conveniente reproduzir nesta nota a parte do Regulamento vigente, no Estado, relativamente a parte que se refere ás disposições sobre o imposto de transmissão causa-mortis com o fim de preencher as lacunas do capítulo e para facilitar a consulta. Decreto, n.º 355 de 14 de Abril de 1896.

CAPITULO II

DAS TRANSMISSÕES «CAUSA MORTIS»

Artigo 32. A taxa de heranças e legados é o imposto devido ao Estado pela transmissão de propriedade plena ou uso-fructo por titulo de successão legitima ou testamentaria (Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8.º e 9.º) de bens situados no Estado.

Artigo 33. A quota do imposto será deduzida pela forma constante da tabella annexa, sobre a importancia liquida da herança ou legado, constante das avaliações dos inventarios.

§ I O imposto de transmissão causa mortis recae sobre os bens immoveis, moveis e semoventes existentes por occasião da abertura da successão, ainda que neste Estado não fosse domiciliado o defuncto.

§ II Os herdeiros necessarios contemplados na tabella annexa com a taxa de 12 % são os herdeiros ascendentes e descendentes successiveis *ab intestato*.

§ III Sendo, porém, os referidos herdeiros contemplados com legados pagarão, alem do imposto sobre a quota hereditaria, o imposto de 5 %.

Artigo 34. A herança ou legado de affim de qualquer grão a conjuge sujeito ao regimen da communhão, pagará imposto segundo o grão de parentesco entre o instituidor e instituido, cobrando-se o que for applicavel a extranhos quando o instituido for casado por outra forma.

§ Unico. Tambem se considerarão extranhos, para os effectos deste regulamento, os filhos adoptivos.

Artigo 35. O fiduciario e o fideicommissario pagarão o imposto correspondente ao gráu de seu parentesco com o testador, sendo porém devido somente o correspondente ao que effectivamente lhe couber quando entrar na posse, e quando o fideicommissario apenas tiver direito ao que restar, por ser facultado áquelle o direito de dispôr (Ord. n. 289 de 12 de Outubro de 1870).

Artigo 36. Os filhos de pae ou mãi que passar a segundas nupcias e succederem em bens hereditarios de irmão predefunto (Ord. L. 4.º Tit. 91 § 2.º) são sujeitos ao imposto como irmãos.

Artigo 37. Nos casos de curadoria e successão provisoria (Ord. L. 1.º Tit. 62 § 38; Regimento do Desembargo do Paço § 50; Reg. n. 2433 de 15 de Julho de 1859, art. 47) é exigivel o imposto, salvo o direito de restituição, apparecendo o ausente (Dec. n. 2708 de 1860, art. 4.º).

Artigo 38. A doação *causa mortis*, por ser equiparada a legado, é sujeita a imposto ao tempo de tornar-se effectiva (Dec. n. 2708 de 1860, art. 5.º).

Artigo 39. Das deixas e legados commettidos em segredo, nas cartas chamadas de consciencia, a taxa será cobrada na forma estabelecida pela Resolução de 26 de Julho de 1813 (Dec. de 1860 art. 21).

Artigo 40. O imposto não é extensivo aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados e intestados (Dec. cit. art. 22, alv. de 9 de Novembro de 1754).

Artigo 41. O valor dos bens para pagamento do imposto será o do tempo em que o imposto se tornar exigivel (Dec. cit., art. 23).

DAS ISENÇÕES DO ÍMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA-MORTIS

Artigo 42. São isentos do pagamento do imposto :

1.º As heranças e legados de propriedade ou uso-fructo deixados ás Casas de Misericordia do Estado, para auxilio dos respectivos hospitaes.

2.º Os premios ou legados deixados aos testamenteiros até a importancia da vintena.

3.º As heranças ou legados não excedentes de cem mil réis, não comprehendendo-se nesta disposição as quotas hereditarias.

4.º Os legados e heranças da propriedade litteraria ou artistica.

5.º Os legados e heranças deixados ao Estado e aos municipios.

6.º Os legados e heranças deixados a estabelecimentos de instrucção a juizo do governo.

7.º Os legados e heranças que gozarem de isenção por lei especial.

8.º Os legados e heranças consistentes em apolices federaes ou estadaes.

9.º Os seguros de vida.

DA ARRECADAÇÃO E FISCALISAÇÃO DO ÍMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA-MORTIS

Artigo 43. Todas as heranças, ou sejam de testamento ou *abintestato* no Estado, cujos herdeiros e legatarios tiverem de pagar imposto, serão inventariadas, avaliadas e partilhadas com audiencia

do procurador fiscal do Thesouro do Estado, na comarca da capital e dos respectivos representantes fiscaes nas outras comarcas.

§ Unico. A partilha dos bens poderá effectuar-se amigavelmente, satisfazendo previamente o imposto devido na fórma deste regulamento.

Artigo 44. O representante fiscal assistirá á todos os actos da arrecadação e inventario, para fiscalizar a exactidão da descripção e avaliação dos bens, das declarações do inventariante, das despesas attendiveis e da certeza das dividas activas e passivas, e para requerer tudo quanto convier á expedição do mesmo inventario.

Artigo 45. Os juizes, perante os quaes se proceder á arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos, testados ou intestados, de que se deve pagar imposto, ou seja a requerimento da parte ou *ex-officio*, ordenarão previamente a citação e audiencia do representante fiscal, sem embargo, nem prejuizo da assistencia e promoção que pertença ao promotor de residuos.

Artigo 46. As avaliações dos bens nos inventarios, em que se deva pagar o imposto, serão feitas por louvados nomeados a aprazimento das partes e do representante fiscal do Thesouro do Estado, nos termos da Ordenação, livro 3.º, titulo 17.

Artigo 47. A cobrança do imposto se effectuará logo que se possa liquidar directamente pelo inventario em qualquer estado d'elle ou esteja liquidada pelo testamento a sua importancia.

§ Unico. Ante do julgamento das partilhas serão pagos todos os impostos, mesmo dos legados por cumprir e para os quaes forem separados ou adjudicados bens ao testamentario.

Artigo 48. O representante fiscal do Thesouro do Estado, achando que o imposto está em termos de se liquidar, requererá que se proceda ao calculo respectivo ou conta e que para seu pagamento se arrematem do espolio tantos quantos bens forem necesarios para completarem a importancia correspondente ao imposto.

§ 1.º Si algum herdeiro ou interessado se offerecer a pagar a importancia devida ao Thesouro e effectuar o pagamento em moeda corrente, dentro de 5 dias, não terá logar a arrematação de que trata este artigo.

§ 2.º Nas arrematações de bens para o pagamento do imposto seguir-se-ão os termos das execuções fiscaes, no mesmo juizo do inventario.

Artigo 49. Havendo entre as dividas activas da herança algumas que se possam reputar incobreveis ou de difficil liquidação por insolvabilidade, fallencia ou outras circumstancias dos devedores, é permitido que os herdeiros paguem o imposto sobre o producto das mesmas dividas em hasta publica no juizo do inventario ou renunciem as dividas para exonerarem-se do pagamento do imposto, recolhendo-se os respectivos titulos ao cofre dos depositos publicos.

§ unico. Si os devedores rehabilitarem-se, serão os titulos entregues aos interessados, quando os reclamarem, satisfazendo previamente o imposto ou prestando fiança idonea para pagal-o em prazo razoavel.

Artigo 50. Quanto aos titulos de fundos publicos e acções de companhias ou sociedades estrangeiras ou nacionaes, salvo a disposição do artigo 42, § 8, será o imposto regulado pela cotação média do dia do fallecimento do testado ou intestado.

§ unico. Si os titulos de que trata este artigo não tiverem cotação, observar-se-á a respeito delles a regra geral prescripta no artigo 46.

Artigo 51. O augmento de valor que tiverem os bens desde a morte do testado ou intestado até a epocha do pagamento do imposto será attendido a favor da Fazenda do Estado para delle se pagar o imposto devido, bem como o será em prejuizo da mesma Fazenda a perda do valor no caso de ruina total ou parcial dos bens de que se compuzer a herança. (Ord. n. 163, de 12 de Outubro de 1850).

Artigo 52. A favor da Fazenda do Estado, por determinação do secretario da Fazenda e conforme a circumstancia, poder-se-á cobrar os juros desde que se complete um anno depois do fallecimento do testado ou intestado, sem que se tenha pago o imposto, salvo si na fórma da legislaç o em vigor, o tempo para o cumprimento do testamento for maior que o da conclusão do inventario prorogado, ou si a terminação não tiver logar por qualquer causa justa a juizo do mesmo secretario.

§ unico. Os juros serão cobrados conjunctamente e do mesmo modo que o imposto.

Artigo 53. O inventariante moroso é responsavel pelo imposto e seus juros, guardada a disposição do artigo antecedente, uma vez provado que as demoras são provenientes de culpa sua.

Artigo 54. As arrecadações, inventarios e partilhas serão feitas pelos juizes da provedoria, dos orphams e do civil, conforme a legislaç o existente, quando se lhes dêr principio dentro de trinta dias, contados do fallecimento do testador.

§ unico. Si dentro deste prazo se não tiver dado começo á arrecadação e inventario, o representante fiscal do Thesouro do Estado obrigará os testamenteiros, administradores e cabeças do casal a virem fazel-o no juizo privativo dos feitos da fazenda e ahi se seguirão os termos (letra A, § 4.º, artigo 124 do decreto n. 123, de 10 de Novembro de 1892).

Artigo 55. O representante fiscal do Thesouro do Estado, pelos meios ao seo alcance, procurará ter noticia de todas as heranças de fallecidos testados ou intestados de que se devam impostos, para promover os inventarios e partilhas, na forma dos artigos 43 e seguintes, correspondendo-se com os juizes de paz do municipio, para lhe fazerem a participação dos que fallecerem e deixarem heranças, examinando os cartorios dos escrivães dos juizes da provedoria e do civil e os livros da distribuição, todas as vezes que julgar necessarios.

Artigo 56. Os testamentos que forem abertos na Capital ou nella tiverem de ser cumpridos, logo depois de registrados deverão ser presentes á Repartição do Contencioso do Thesouro. Os que forem abertos nas outras comarcas serão apresentados ás Collectorias,

Recebedorias ou Mezas de Rendas do Estado para inscrivel-os no livro competente, lançado-lhes a verba da apresentação assignada pelo procurador Fiscal na Capital e fóra pelo Collector ou administrador de rendas.

Artigo 57. Ao escrivão do juizo da Provedoria de Capellas e Residuos que deixar de fazer a remessa dos testamentos, na forma do artigo antecedente dentro de oito dias da data do registro, que dê certidão ou praticar qualquer outro acto relativo a testamento que não esteja inscripto na Repartição Fiscal, será imposta nas mesmas condições a multa de 250\$000 a 500\$000, além das penas em que incorrer pela responsabilidade.

Artigo 58. Nas Collectorias, Recebedorias, Mesas de Rendas e na Repartição do Contencioso se farão as inscripções dos testamentos, ainda mesmo daquelles que não instituirem herdeiros e legatarios sujeitos ao imposto.

§ I O titulo da inscripção constará do numero que lhes competir, nome do testador, naturalidade, estado, profissão, data do obito, residencia ao tempo deste, data da abertura do testamento, nome do testamenteiro e prazo concedido para o cumprimento das disposições testamentarias.

§ II. Serão designados os herdeiros e legatarios por seus nomes, natureza da herança ou legado, especificação do que consistir em dinheiro, apolices, acções, bens moveis, semoventes e de raiz e outros effeitos.

§ III. Abonar-se-ão na inscripção os pagamentos do imposto á medida que se verificarem.

Artigo 59. Os escrivães dos juizos perante quem se proceder a arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos *ab intestato*, cujos herdeiros devam pagar imposto, são obrigados a remetter á Estação Fiscal os inventarios logo depois do *encerramento* dos mesmos e os que deixarem de o fazer incorrerão em multa de 25\$000 a 50\$000, por inventario, além da responsabilidade criminal.

§ I. Os juizes ordenarão, quando os escrivães o não tenham feito, essa remessa.

§ II. Enquanto não constar do processo que esta formalidade foi preenchida, não se poderá, sob as penas deste artigo, julgar a partilha.

DISPOSIÇÕES GERAES

Artigo 60. O imposto das heranças e legados recae sobre todos os bens, qualquer que seja a sua natureza—moveis, semoventes ou immoveis, direitos e acções, comprehendidos os titulos de fundos publicos ou acções de companhias ou sociedades estrangeiras, comtanto que tenham pertencido ao defuncto no momento de sua morte.

§ unico. Exceptuam-se da disposição deste artigo, os bens immoveis, moveis e semoventes situados em paiz estrangeiro ou noutro Estado.

Artigo 61. O imposto de herança e legados, consistentes em bens situados na capital, será pago no Thesouro do Estado, qualquer que tenha sido o domicilio do defuncto.

Artigo 62. As guias dos escrivães dos juizes, perante quem se fizerem os inventarios ou se derem as contas testamentarias, para pagamento do imposto, serão passadas em duplicata e deverão conter, além da declaração do fallecimento do testador ou *ab intestato*, natureza da herança ou legado e declaração do gráu de parentesco do herdeiro ou legatario, e de quem tiver officiado por parte da Fazenda e a do solicitador respectivo, sendo ellas visadas pelo representante da Fazenda.

Artigo 63. Do producto do imposto de heranças e legados arrecadados na capital, na conformidade do artigo 43, se deduzirá em juizo 4 1/2%, sendo para o 1.º procurador fiscal do Thesouro, 1 1/2; para o 2.º procurador fiscal, 10/100, para o escrivão 1/100, para o solicitador 10/100 pagos pelo escrivão do inventario.

Artigo 64. O imposto de heranças e legados será escripturado como renda propria do exercicio em que for pago, vigorando, porém, para a sua cobrança as taxas existentes na occasião da morte do *de cuius*.

Artigo 65. Os livros da inscripção de que trata o artigo permanecerão nas estações fiscaes dos municipios emquanto não estiverem findos pela declaração de julgamento das contas dos testamentos, a qual será feita a vista dos autos que o escrivão da provedoria deverá remetter dez dias depois da publicação da sentença, sob pena de multa de 25\$000 a 50\$000.

Artigo 66. A percentagem de que trata o artigo 63 será na base de 3 1/2 0/100 — nas comarcas fóra da capital, será assim distribuida: 1 1/2 0/100 ao collecter, 1 0/100 ao escrivão e 1 0/100 ao escrivão do juizo.

Artigo 67. Nos usu-fructos o imposto será calculado sobre o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos quantos forem os de uso-fructo, nunca excedendo de cinco.

Artigo 68. A taxa constante da ultima parte da tabella annexa refere-se ás heranças e legados que sahirem do paiz, por nelle não residir o herdeiro ou legatario.

Artigo 69. Quando se tiver de, em virtude de precatória de juiz de fóra do Estado, proceder a avaliação de bens situados no Estado para serem partilhados, será citado para a avaliação o representante legal do Thesouro, a quem se dará vista dos autos depois de feita a avaliação, para dizer sobre ella.

§ unico. Esta precatória não será devolvida sem que seja pago o imposto de 20 0/100 sobre o valor da avaliação, até que os interessados pelos meios competentes provem que pela qualidade em que succederem têm direito de pagar de accôrdo com outro artigo da tabella, caso em que lhe será restituído o que demais tiver sido cobrado.

Palacio do Governo do Estado de S. Paulo, aos quatorze dias do mez de Abril de 1896.

BERNARDINO DE CAMPOS

JOÃO ALVARES RUBIÃO JUNIOR

CAPITULO XXIX

PROMOTORES DE RESIDUOS

§ 363

Como auxiliar da autoridade judiciaria em cada comarca do Estado ha um promotor de residuos. (Ord. liv. 1º, tits. 50 e 64; Lei nº 18, de 21 de Novembro de 1891, art. 7 letra *c*; art. 15, letra *d*, do Decreto, nº 123, de 10 de Novembro de 1892).

§ 364

A nomeação effectiva é do Presidente do Estado e, não vencendo ordenado, percebe o promotor de residuos custas.

§ 365

E' incompativel o cargo de promotor de residuos com o de curador geral dos orphams. (Art. 94, § 3º, do Decreto nº 123, de 1892).

§ 366

Não é obrigatoria a intervenção do promotor de residuos nos inventarios dos bens de pessoas que morrem com testamento e nem nos processos de arrecadação e

TABELLA

ANNEXA AO DECRETO N. 355, DE 14 DE ABRIL DE 1896

Transmissão por titulos successivos ou testamentarios

Em linha recta, sendo herdeiros necessarios	1/2 0/0
Em linha recta, não sendo herdeiros necessarios	10 0/0
Entre conjuges, por testamento	10 0/0
A irmãos, tios irmãos dos paes, tios irmãos dos avós, sobrinhos netos de irmãos	15 0/0
Entre os mais parentes até o decimo grau contado por direito civil	15 0/0
Entre conjuges <i>ab intestato</i>	15 0/0
Entre extranhos	20 0/0
Legados e heranças que tiverem de sahir do paiz, além das taxas devidas mais	5 0/0
Sobre o valor dos bens a que refere-se o art. 69, § unico	20 0/0
Legados de que trata o art. 33, § 3.º	5 0/0

arrematação dos bens de evento, podendo ser ouvido facultativamente como fiscal e auxiliar do juizo. (133)

§ 367

Deve ser obrigatoriamente ouvido nas contas de testamenteiros e remoção delles (Ord. liv. 1 tit. 50 *princ.* e tit. 64; arts. 71 § 5º da Lei Estadual, nº 18, de 1891 e 139 § 1º do Decreto, nº 123, de 1892 e Aviso de 17 de Maio de 1881); nos processos de redução de testamentos nuncupativos e particulares; nas acções de nullidade de testamento, nos arbitramentos de vintena e nos feitos que correm na provedoria, salvos os casos em que a audiência é facultativa.

(133) Si é obrigatoria a intervenção do promotor de residuos em todos os feitos que correm pelo juizo da provedoria, declarou o Aviso de 17 de Maio de 1881 (no Relatorio do Ministro da Justiça, Conselheiro Souza Dantas, de 1882) que a assistencia e audiencia dos promotores de residuos em feitos só são obrigatorias, quando prescriptas por lei expressa, assim por ex: nas contas dos testamenteiros (Ord. liv. 1.º tit. 50 *principio* e tit. 64).

Transcrevemos o Aviso:

2ª Secção.—Rio de Janeiro.—Ministerio dos Negocios da Justiça, 17 de maio de 1881.

Em officio de 28 de abril do anno passado consultou Vm. sobre a competencia da promotoria fiscal de capellas e residuos para intervir obrigatoriamente em todos os feitos, que correm pelo juizo da provedoria, incluidos neste numero os inventarios dos bens de pessoas que morrem com testamento, e os processos da arrecadação e arrematação dos bens do evento, em face do disposto no art. 83 do decreto n. 4824 de 22 de novembro de 1871, art. 114 da lei de 3 de dezembro de 1841 e art. 2º do regulamento de 15 de março de 1842.

Em resposta tenho a declarar:

Que tal intervenção obrigatoria em todos os feitos processados no juizo da provedoria não se póde deduzir das disposições citadas e do art. 4º do decreto de 19 de outubro pã 1833, nem do art. 3º do decreto n. 156 de 28 de abril de 1842, reproduzido no de n. 2708 de 15 de dezembro de 1860, art. 9º, sómente applicado aos casos em que se acha prescripta por lei expressa a assistencia do mesmo promotor.

Que em taes casos, porém, não estão comprehendidos os processos de arrecadação e arrematação dos bens do evento nem os inventarios dos bens de pessoas que morrem com testamento, salvo a attribuição relativa ás contas de testamenteiros (ord. l. 1º tit. 50 in principio, e tit. 64).

§ 368

O promotor de residuos tem as seguintes obrigações:

1.º Dar parecer nas causas e negocios referentes a testamentarias e residuos (Arts. 71 § 5º da Lei n. 18, de 1891 e 139 § 1º do Decreto, nº 123, de 1892);

2.º promover quanto convier á execução dos testamentos, á arrecadação e administração dos bens de residuo e evento;

(Lei cit., arts. 75, e 139 § 2.º do Decreto, nº 123 citado);

3.º requerer que os testamenteiros exhibão os testamentos em seu poder para serem abertos e registrados dentro do prazo legal, sob as penas da lei;

4.º requerer que os testamenteiros nomeados sejam intimados para prestarem juramento ou compromisso;

5.º requerer que, dentro do prazo de uma audiencia, venhão prestar contas, sob pena de serem tomadas á revelia, remoção, sequestro, perda do premio e custas;

6.º requerer a remoção dos testamenteiros negligentes e prevaricadores, e, nesse caso, a prestação de contas mesmo antes do tempo marcado pelo testador ou pela lei;

7.º responder a todas as petições por despacho do Juizo Provedor, nos feitos da provedoria, e requerer o que fôr a bem da arrecadação do residuo, quer quando tenha de ser applicado a bem da Fazenda Nacional, quer a bem do cumprimento dos testamentos;

8.º responder á petição em que o testamenteiro requerer arbitramento da vintena, e recorrer do arbitramento,

Que entretanto póde Vm. como fiscal e auxiliar do juizo ser ouvido facultativamente em todos os referidos feitos, sem exclusão dos funcionarios cuja competencia se acha positivamente firmada; ficando sempre ao criterio do julgador evitar promoções, audiencias e informações escusadas, que, além de augmentarem as custas, concorram para demorar o andamento dos feitos.

Deus Guarde a Vm.—*Manoel Pinto de Souza Dantas*.—Sr. Promotor fiscal de capellas e residuos da côrte.

Vide, arts. 3º do Regul. de 28 de Abril de 1842, 9º *in fine* do Decreto, n.º 2708, de 15 de Dezembro de 1860 e art. 45 do Regul. Estadual, nº 355, de 14 de Abril de 1896.

quando fôr excessivo, para o Tribunal Superior;

9.º requerer o sequestro dos bens das testamentarias em poder dos testamenteiros, havidos por compra, mesmo em hasta publica, contra a expressa determinação da lei, e sua arrematação em praça para seu producto entrar nos cofres do thesouro;

10. requerer, a bem da liberdade de testar, que o Juiz Provedor, com a sua presença, de testemunhas chamadas, e tabellião, vá á casa do testador impedido de testar para que livremente faça o seu testamento;

11. requerer a execução das sentenças contra os testamenteiros, e mais que forem proferidas pelos Juizes dos Residuos;

12. requerer, finalmente, tudo que fôr a bem da execução das ultimas vontades, a bem da administração e conservação dos bens do testador;

CAPITULO XXX

MINISTERIO PUBLICO

§ 369

Ao ministerio publico, em geral, entre outras attribuições, tem a de dar parecer nas causas e negocios referentes a testamentarias e residuos (Art. 71 § 5º da Lei Estadual, n. 18 de 21 de Novembro de 1891 e arts. 135 § 5º e 137 do Regul., nº 123, de 10 de Novembro de 1892); não sendo, porém, obrigatoria a audiencia dos promotores publicos (Art. 1º, § 12, da Lei, nº 80, de 25 de Agosto de 1892).

§ 370

No districto federal perante a justiça local nos autos referentes a testamentarias officiam tambem os membros do ministerio publico (Art. 164, § 6º do Decreto nº 1030 de 14 de Novembro de 1090).

§ 371

Perante as justiças locaes o Procurador da Republica, auxiliado pelos adjunctos, ajudantes, procuradores seccio-

naes e solicitadores, officiam nas reduções de testamentos, nas contas de testamentarias e capellas em que fôr interessada a Fazenda Nacional e o que fôr a bem de seos direitos aos residuos e aos vinculos que vagarem.

(Art. 32, I e II, da Lei, nº 221, de 20 de Novembro de 1894).

CAPITULO XXXI

ESCRIVÃO DA PROVIDORIA

§ 372

Aos escrivães da provedoria de residuos e bens de evento incumbe:

1º denunciar ao juizo a existencia de testamentos de que tiver noticia (Art. 148, § 1 do Decreto, nº 123, de 10 de Novembro de 1892);

2º lavrar o termo de abertura de testamentos cerrados (art. 148, § 2º do Decreto citado);

3º registrar testamentos, mandal-os inscrever e archival-os (Art. 148, § 3º do cit. decreto). (134)

(134) Os testamentos que forem abertos na Capital ou nella tiverem de ser cumpridos, logo depois de registrados, deverão ser presentes á Repartição do Contencioso do Thesouro. Os que forem abertos nas outras comarcas serão apresentados ás Collectorias, Recebedorias ou mezas de rendas do Estado para inscrevel-os no livro competente, lançando-lhes a verba da apresentação assignada pelo procurador Fiscal na Capital e fóra pelo Collector ou administrador de rendas.

Art. 56, Decr., nº 355, de 1896.

Ao escrivão do juizo da Provedoria de Capellas e Residuos que deixar de fazer a remessa dos testamentos, dentro de oito dias da data do registro, que dê certidão ou praticar qualquer outro acto relativo a testamento que não esteja inscripto na repartição fiscal será imposta nas mesmas condições a multa de 250\$000 a 500\$, além das penas em que incorrer pela responsabilidade.

(Art. 57 do Decreto citado).

Nas Collectorias, Recebedorias Mesas de Rendas e na Repartição do Contencioso se farão as inscrições dos testamentos, ainda mesmo daquelles que não instituirem herdeiros e legatarios sujeitos ao imposto.

§ I O titulo da inscrição constará do numero que lhes competir, nome do testador, naturalidade, estado, profissão, data do obito,

4º escrever em forma os autos de inventario, contas de testamenteiros, de redução de testamentos nuncupativos e particulares e mais feitos que correm no juizo, officios, mandados, precatorias, guias para pagamento do imposto de transmissão *causa-mortis*, e o mais que fôr do expediente judiciario;

5º assistir ás audiencias, devendo ter um protocollo especial, e fazer nellas, ou fóra dellas, citações por palavra, ou carta;

6º remetter aos juizes, precedendo despacho, o testamento original requisitado para exame de falsidade, deixando traslado em seu lugar;

7º ter os livros necessarios, protocolo das audiencias, o livro de registro dos testamentos, e o da arrecadação do residuo na fórmula determinada no art. 35, § 3 do Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851;

8º apresentar em correição a relação dos testamentos apresentados para o registro até á sua data, na fórmula do art. 30 do Decr. cit.;

9º notificar o marido para especialisação da hypotheca da mulher logo que registre algum testamento em que se contenha herança ou legado a ella deixado, com clausula de incommunicabilidade (Arts. 173 do Decr., n. 370, de 2 de Maio de 1890 e 148, § 4º, do Decreto Estadual, n. 123, de 1892);

10 remetter á Estação Fiscal, depois de encerrados, os inventarios dos bens dos fallecidos *ab intestato*, cujos herdeiros devam pagar imposto; (135)

residencia ao tempo deste, data da abertura do testamento, nome do testamenteiro e prazo concedido para o cumprimento das disposições testamentarias.

§ II Serão designados os herdeiros e legatarios por seus nomes, natureza da herança ou legado, especificação do que consistir em dinheiro, aplices, acções, bens moveis, semoventes e de raiz e outros effeitos.

§ III Abonar-se-ão na inscripção os pagamentos do imposto á medida que se verificarem.

(Art. 58 do cit. Decreto n.º 355, de 14 de Abril de 1896).

(135) Os escrivães do juizos perante quem se proceder á arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos *ab intestato*, cujos her-

11 remetter ao escrivão de orphams o certificado de que trata o art. 185 do Decreto n. 370, de 2 de Maio de 1890;

12 cumprir, finalmente, os deveres de seu cargo, observando e regimento geral dos escrivães.

CAPITULO XXXII

TAXA JUDICIARIA E CUSTAS

§ 373

As causas julgadas no districto federal estão sujeitas a uma taxa substitutiva das custas contadas aos juizes e funcionarios do ministerio publico, com excepção das que competem aos curadores de orphams e ausentes. (Decreto, n.º 2163 de 9 de Novembro de 1895).

§ 374

São excluidos da taxa judiciaria os autos de remoção de testamenteiros e contas de testamentarias. (Art. 4.º do, cit. Decreto).

§ 375

As custas judicarias da justiça local do districto federal são taxadas pelo Decreto, n. 2162, de 9 de Novembro de 1895.

§ 376

As custas judicarias, no Estado, vencendo os juizes de 1.ª instancia custas, são taxadas pelo Decreto, n. 178, de 6 de Junho de 1893, que se vê publicado na Gaz. Ju-

deiros devam pagar imposto, são obrigados a remetter á estação fiscal os inventarios logo depois do *encerramento* dos mesmos e os que deixarem de o fazer incorrerão em multa de 25\$000 a 50\$000, por inventario, alem da responsabilidade criminal.

§ I Os juizes ordenarão, quando os escrivães o não tenham feito essa remessa.

§ II Emquanto não constar do processo que esta formalidade foi preenchida, não se poderá, sob as penas deste artigo, julgar a partilha.

(Art. 59 do Decreto, n. 355, de 14 de Abril de 1896).

ridica do Estado, anno I, vol. II, de 15 de Julho de 1893, pags. 357 a 402).

Os Ministros do Tribunal de Justiça não vencem custas.

TITULO III

SUCCESSÃO LEGITIMA

CAPITULO XXXIII

Herdeiros

§ 377

Herdeiro *ab intestato* é aquelle que pela lei continúa a pessoa do defunto e succede activa e passivamente em seus direitos, acções, obrigações e encargos, exceptuados os direitos de familia e personalissimos. *Hæres et defuntus una eademque persona utuntur.*

Não póde exercer mais direitos e responder por mais obrigações que tinha seu antecessôr.

§ 378

Os herdeiros testamentarios ou legitimos, fallecidos depois do testador, posto que não tenham addido nem repudiado a herança transmittem-n'a por sua vez aos seus herdeiros e fallecendo em vida daquelle de quem são herdeiros, nada transmittem como successores d'elle, porque não ha herança de pessoa viva (Ramalho, Instit. Oroph., § 3º, pag. 6ª).

§ 379

Passa aos herdeiros a propriedade e posse do defunto *ipso jure*, immediatamente depois de seu fallecimento, sem dependencia de apprehensão corporea, ainda que o successor ignore que é herdeiro; podendo os herdeiros immittir-se na pösse em virtude da lei, sem impetrar ao juiz a immissão della e usar dos interdictos possessorios e acções a bem de seus direitos de senhores e possuidores. (Alvará de 9 de Novembro de 1754; As-

sento de 16 de Fevereiro de 1786; Coelho da Rocha, §§ 421, 425, 426, e 435 e nota; Gouveia Pinto, nota 600 ao cap. XXX; C. Telles, Dig. Port., vols. I, arts. 617 e 619; II, arts. 812 e 814; III, art. 1849). (136)

§ 380

A successão tem lugar:

a) *jure proprio*, quando chamados os mais proximos

(136) *Mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione* e accrescentaremos, *et etiam dominum*. A pólse que o herdeiro adquire de pleno direito é uma pólse civil com effeitos da natural e por consequentemente fictiva, uma pólse de direito e não de facto realmente, pois esta suppõe naturalmente uma apprehensão material—dá-se, no dizer de Lacantinerie: a investidura legal e de pleno direito da posse dos bens hereditarios em proveito do herdeiro. Essa pólse é sem prejuizo da posse material, detenção de administração em virtude tambem da lei, do cabeça do casal e dos inventariantes nomeados até que se faça a partilha. A pólse natural de facto elles adquirem pela partilha definitiva e tanto assim que diz a lei que o cabeça de casal e inventariante fica na pólse dos bens; e, si algum dos herdeiros ou qualquer pessoa o perturbar na pólse, póde usar da manutenção ou do interdicto *unde vi*, quando não queira antes desforçar-se in continenti—Ord. liv. 4º, tit. 95 § 1º, e ainda o mesmo cabeça de casal perde a posse dos bens se suscitar questões que demorem a partilha por mais de um anno (Ord. liv. 4º, tit. 96, § 12); porque então é a herança posta em sequestro. (Vide T. de Freitas, Test., § 285, n.º III e IV, pags. 410 e 411; C. Telles, Dig. Port., art. 620). Assim o herdeiro, a quem a posse legal compete, não póde esbulhar os direitos do co-herdeiro, á quem a lei designa para cabeça de casal ou inventariante, em quanto se fazem as partilhas. O co-herdeiro, em quanto não se fazem as partilhas, não póde vender bem algum, pois o seu dominio e posse não recae sobre bens individualizados do acervo, mas sim o direito ao que lhe possa tocar em quinhão hereditario, feito pela partilha que faz a individuação dos bens. (Vide Direito, vol. LX, de 15 de Março de 1893, pags. 396 a 416; Accordam da Relação de S. Paulo, de 23 de Agosto de 1892). Estando vaga a posse da herança póde o herdeiro se empossar d'ella por sua propria autoridade; mas estando occupada por um terceiro, ainda que seja um injusto possuidor, ou mero detentor, não lhe é licito occupal-a, sem que previamente seja esse terceiro citado e obrigado judicialmente a largar a pólse por meio dos interdictos possessorios. Esta regra ainda prevalece depois do Alvará de 9 de Novembro de 1754 que fez passar ao herdeiro a posse civil com todos os effeitos da natural; porque a disposição deste Alvará entende-se *ordine servato*. Si aquelle, em cujos direitos succedeu, não podia em sua vida, recobrar a posse, sem usar dos remedios possessorios, tambem o herdeiro, para o mesmo effeito, carece de remedio. (Ramalho, cit., pag. 203 a 207).

parentes, a lei lhes confere immediatamente o direito de succeder; assim os filhos succedem *jure proprio* aos seus pais;

b) *jure transmissionis*, no caso de succeder o herdeiro daquelle que morre, antes de ter acceitado ou repudiado a successão, já aberta em seu favor;

c) *Jure representationis*, quando alguém, que de outro módo seria excluído da successão, a consegue, representando a pessoa defunta antes da abertura da successão e substitue o parente morto nos mesmos direitos e gráo de parentesco, assim os netos que representam os direitos do pai premorto, concorrendo com os tios na successão do avô. (137)

(137) Pode-se succeder de duas maneiras diz Lacantinerie, Précis de Droit Civil, pag. 41, ou de son chef (*proprio nomine*), ou por meio de representação. No primeiro caso quando se é chamado a succeder em razão do gráo de parentesco que se occupa real e effectivamente na familia do defunto; e no segundo caso quando se vem occupar o gráo de parentesco de uma outra pessoa morta á qual se substitue em virtude da permissão da lei. A representação é uma ficção da lei, cujo effecto é o de fazer entrar os representantes no logar, no gráo e direitos do representado, e, assim, nesta materia deve haver toda interpretação restrictiva; os direitos que o representante é chamado a exercer, são os do representado; mas esses direitos vem da lei e não do representado, pois não é successor deste; tanto que se póde representar aquelle, cuja successão se renunciou; assim, posso renunciar á successão de meu pai para concorrer com o meu tio na successão de meu avô; não sendo o representante obrigado a pagar as dividas do representado; podendo-se representar uma pessoa, ao tempo de cuja morte, não se era ainda concebido; assim, um filho concebido depois da morte do avô, póde representar este na herança do bisavô. O direito de representação concede-se aos descendentes até o infinito e aos collateraes limitado aos filhos de irmãos (sobrinhos), não tendo logar na linha dos ascendentes. (Ramalho, cit., § 11, notas 63 e 64). A representação produz dous effectos, o primeiro é que os parentes mais proximos em gráo excluem aos mais remotos que descendem do defunto; mas não excluem os mais remotos que descendem de outra pessoa fallecida, e o segundo é que os filhos que vem pelo direito de representação, não succedem *in capita*, senão em *stirpes*. Na successão *in capita* divide-se a herança em tantas partes eguaes quanto são os herdeiros; e em a successão *in stirpes* divide-se a herança em tantas partes eguaes quantas são as pessoas que deviam herdar, si fossem vivas, subdividindo-se as partes dos que falleceram pelos seus representantes. (Per. de Carvalho, Proc. Orph., § 33 e notas 75 e 76)

§ 381

A successão legitima deffere-se na ordem seguinte :

- 1º) Aos descendentes ;
- 2º) ascendentes, na falta de descendentes ;
- 3º) na falta de uns e outros, aos collateraes até o decimo gráo, contado segundo o direito civil (romano) ;
- 4º) ao conjuge, na falta de collateraes até o decimo gráo ;
- 5º) á Fazenda Nacional (União).

S e c ç ã o 1ª

Descendentes

§ 382

Na ordem dos descendentes, succedem em primeiro logar ao pae e á mãe os filhos nascidos de casamento civil valido, contrahido na forma da Lei n° 181, de 24 de Janeiro de 1890, ou provindos de casamento religioso valido, contrahido antes de 24 de Maio de 1890, celebrado conforme o Concilio Tridentino e Constituição do Arcebisgado da Bahia (Decr. de 11 do Setembro de 1564; Lei de 8 de Abril de 1559; Ord. liv. 4.º tit. 96; Lei de 3 de Outubro de 1827).

Succedem os descendentes sem distincção de sexo, idade ou de serem ou não emancipados.

§ 383

São descendentes legitimos tambem os filhos nascidos de casamento mixto, entre catholico e pessoa que professava religião dissidente contrahido segundo as formalidades do Direito Canonico, antes de 24 de Maio de 1890, data em que não se permittiu mais o casamento celebrado fóra das prescripções da Lei n° 181 de 24 de Janeiro do mesmo anno. (Lafayette—Direitos de Familia, § 10, n° 2. Avisos, n° 491, de 21 de Outubro de 1865 e n° 495, de 25 do mesmo mez e anno; de 20 de Julho de 1867 e Circular da mesma data).

§ 384

São descendentes legítimos os providos de casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes celebrado em harmonia com as prescripções das religiões respectivas, na fôrma da Lei n° 1144, de 11 de Setembro de 1861 e Decreto, n° 3069, de 17 de Abril de 1863, antes da referida data, de 24 de Maio de 1890.

§ 385

Nehum casamento celebrado no Brasil desde 24 de Maio de 1890 é valido si não fôr contrahido perante a autoridade civil com as formalidades prescriptas na citada lei n° 181, de 1890, salva a disposição do art. 37. (Art. 108 da Lei citada). (138)

(138) Transcrevemos os seguintes actos do Governo sobre o casamento civil.

Ministerio dos Negocios da Justiça—2ª secção—Circular—Rio de Janeiro, 11 de Junho de 1890.

Chegando ao conhecimento do governo que fanaticos ou ignorantes, apoiando-se na disposição da lei do casamento civil que, em favor da liberdade de consciencia, permite a todos os nubentes, antes ou depois de contrahil-o, a observancia das formalidades e ceremonias prescriptas pela religião de cada um ou de ambos, induzem ou são induzidos á falsa opinião de que a lei reconhece para os seus effeitos outro casamento, que não o civil, e podendo resultar desse erro graves e irremediaveis males em prejuizo da constituição da familia e de importantes direitos, cuja garantia foi o principal fim da mesma lei, o Governo Provisorio determina que deis nesse estado a maior publicidade aos seguintes preceitos :

1.º Nenhum casamento celebrado no Brazil desde 24 de maio de 1890 será valido si não for contrahido perante a competente autoridade civil com as formalidades prescriptas no decreto n. 181 de 24 de janeiro ultimo, salva a disposição do art. 37. (Preceito do art. 108).

2.º As formalidades e ceremonias religiosas, permittidas pelo parágrafo unico do citado art. 108, nada influem para a validade do casamento civil, sejam anteriores ou posteriores á sua celebração, quer observadas, quer omittidas por livre vontade dos contrahentes.

3.º Nenhuma solemnidade religiosa, ainda sob a fôrma de sacramento do matrimonio, celebrada no Estados Unidos do Brazil, depois de 23 de maio ultimo, constitue perante a lei civil vinculo conjugal, ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa, os que houverem daquella data em diante recebido esse ou outro sacramento, em quanto não for celebrado o casamento civil.

4.º O casamento civil é em todo o Brazil, desde 24 de maio ultimo, essencial e insupprível para estabelecer :

O vinculo conjugal ;

Os direitos e deveres conjugaes ;

O patrio poder :

A legitimidade da prole ;

O parentesco legitimo e os direitos e deveres que delle dependem ;

Os direitos successorios que, segundo a lei em vigor ao tempo da abertura da successão, forem privativamente conferidos aos conjuges e parentes legitimos ;

Os outros effeitos civis mencionados no art. 56 e seguintes da citada lei de 24 de janeiro de 1890.

5.ª Os casamentos celebrados depois do 1º de janeiro de 1889 e antes de 24 de maio ultimo, que estavam sujeitos ao registro civil para produzirem effeitos legaes, serão, não obstante a omissão dessa formalidade no prazo fixado pelo regulamento de 7 de março de 1888, considerados validos para todos os effeitos civis, desde a sua celebração, uma vez registrados, como devem sel-o, pelo competente escrivão dos juizes de paz, ou pelo official privativo do registro dos casamentos nos logares em que ja estiver funcionando e houverem sido encerrados os livros dos escrivães de paz, ficando dispensado da multa em que incorreram os conjuges que, dentro de oito dias contados do conhecimento na localidade, desta disposição do Governo Provisorio, apresentarem ao registro as declarações exigidas pelo art. 7º do citado regulamento.

6.º A obrigação do registro, a que se refere o preceito antecedente, cessa para todos os que houverem celebrado o casamento civil nos Estados Unidos do Brazil em conformidade da lei de 24 de Janeiro de 1890.

7.º Está subentendido que nem o citado regulamento de 1888, nem a lei de 24 de janeiro de 1890, ou qualquer dos preceitos desta circular são applicaveis com prejuizo dos direitos adquiridos aos que casaram na forma da lei vigente ao tempo ou no logar da celebração do acto.

(Circular remetida ás autoridades do Estado de S. Paulo e aos vigarios pelo Doutor Prudente J. de Moraes Barros por circular de 14 de Junho de 1890).

Sobre os *casamentos acatholicos*, leia-se o seguinte aviso ao Governador do Rio Grande do Sul, de 11 de Setembro de 1890.

« Em resposta ao vosso officio n. 5,097 de 16 do mez findo, declaro-vos que não ha necessidade de nenhuma das providencias solicitadas pelo representante da Igreja Evangelica desse estado, visto já haverem sido tomadas pelas leis patrias outras muito mais completas, liberaes e favoraveis do que as propostas na sua representação, porquanto :

« 1.º Para produzirem todos os effeitos civis os casamentos acatholicos celebrados, dentro ou fóra do paiz, antes da lei de 11 de Setembro de 1861, não é necessario o registro instituido no Brazil,

§ 386

A filiação é legitima:

1.º, si no momento da concepção, o pae e mãe se acham vinculados por casamento valido;

em virtude do disposto nos arts. 1.º a 4.º do decreto n. 3,069 de 17 de Abril de 1863.

« 2.º Os casamentos acatholicos celebrados no estrangeiro continuarão a ser dispensados do registro no Brazil até a publicação do regulamento de 25 de Abril de 1874, que o exigio nos casos dos arts. 7.º e 66 (citado decreto n. 3,069 de 1863, arts. 1.º, 2.º e 42).

« 3.º Para o registro dos casamentos acatholicos celebrados no Brazil depois da lei de 1861 e antes do decreto n. 3,069 de 1863, afim de produzirem todos os efeitos civis desde a sua celebração, forão concedidos prazos mais longos, do que os propostos (art. 40 do mesmo decreto).

4.º A omissão desse registro ainda depois de 1863 e até publicação do decreto n. 3,316 que approvou a parte penal do regulamento n. 5,604 de 25 de Abril de 1874, nunca sujeitou a outra pena, senão a de só produzir o casamento acatholico effeitos civis contra terceiros da data do registro em diante (arts. 6.º e 40 do citado decreto n. 3,069).

« 5.º A pena accrescentada pelo art. 46 do citado regulamento n. 5,604 e art. 5.º do approvedo pelo decreto n. 9,886 de 1888 é a multa de 5\$ a 20\$000.

6.º Dessa multa forão relevados pela circular de 11 de Junho ultimo todos os que apresentassem a registro dentro de oito dias, contados do conhecimento della no lugar, os casamentos religiosos celebrados do 1.º de Janeiro de 1889 a 24 de Maio de corrente anno.

« 7.º Nem essa circular nem disposição alguma prohibe o registro em qualquer tempo de taes casamento celebrados desde 1861 até o dia em que entrou em excução a lei do casamento civil, uma vez que seja paga a multa, e subentendido que os effeitos civis contra terceiro começão da data do mesmo registro.

« 8.º Os arts. 49 e 108 da lei de 24 de Janeiro ultimo e o n. 7 da referida circular nehuma duvida deixão sobre não serem applicaveis suas disposições, com prejuizo dos direitos adquiridos, aos que casarão na forma da lei vigente ao tempo e no lugar da celebração do acto, e portanto só não produzem effeitos civis os casamentos religiosos celebrados depois de 23 Maio deste anno.

« 9.º Não dependem, pois, de revalidação proposta, por falta de registro, os casamentos celebrados antes da execução da lei de 24 de Janeiro (decreto n. 3069, art. 18).

« 10.º As penas comminadas ao ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimonias religiosas do casamento antes do acto civil, não são excedentes às do decreto do Estado Oriental, que a Igreja Evangelica desejaría fossem adoptadas no Brazil.

Saude e fraternidade.—*M. Ferraz de Campos Salles*—Sr. governador do estado do Rio Grande do Sul.

2º, ou putativo ;

3º, ou annullavel, embóra não putativo, nos casos em que subsistiria, si o vicio determinante da annullação não tivesse sido utilizado para esse effeito, no praso e segundo os preceitos da lei. (Arts. 61, 70 e 76 da Lei nº 181, de 1890 ; Lafayette, Direitos de Familia, § 104 e Clovis Bevilacqua, Direito da Familia, § 64). (139)

(139) Deve-se distinguir o casamento nullo e annullavel. A annullação não obsta á legitimidade do filho concebido na constancia delle ; a nullidade faz cessar absolutamente todos os vestigios legaes do casamento, a não ser que, attendendo á bõa fé dos conjuges, seja elle declarado putativo. Para determinar o momento da concepção e saber se ella teve logar, quando o pae e a mãe achavam-se legalmente unidos pelo vinculo de um casamento, só dispomos da presumpção da união sexual, na constancia do casamento e da duração do periodo da gestação da mulher. Tres principios juridicos condensam os resultados da observação neste ponto : 1º, o filho gerado na constancia do casamento reputa-se oriundo do concubito dos dous conjuges, e portanto legitimo. *Pater is est quem iuste nuptiæ demonstrant* ; 2º, o filho que nasce 180 dias apoz o casamento é tido como já engendrado na constancia delle ; 3º, e o que nasce até 300 dias depois da separação dos conjuges, por morte de um delles, divorcio ou annullação do casamento, presume-se igualmente concebido ao tempo de legitima cohabitação. O primeiro desses prazos é, segunda a opinião corrente, a duração minima da gestação da mulher, desde o momento da fecundação até o parto ; e o segundo é a sua duração maxima, sobre a qual, entretanto, não existe pleno accordo entre os competentes (Clovis, cit., pags. 388 a 389). Diz esse erudito escriptor: que a presumpção do concubito dos esposos ao tempo da concepção pode ceder á uma próva irrecusavel da impossibilidade material da cohabitação no tempo da concepção, isto é, nos primeiros cento e vinte e dias dos tresentos anteriores ao nascimento, pois que, *si mater semper certa est*, não é possivel asseverar o mesmo em relação ao pae. Essa impossibilidade resulta da impotencia absoluta do marido, ou da separação dos conjuges, judicial ou de facto, como si um delles se acha ausente do lar sem poder a elle volver pela grande distancia ou por alguma reclusão incommunicavel, ou por ter-se dado a dissolução da sociedade matrimonial. Entretanto é possivel que os esposos, apesar de divorciados, se reconciliem si quer momentanea e desapercibidamente, e desse contacto resulte um filho. A prova de adulterio, ainda acompanhada da circumstancia da occultação do estado de gravidez e parto, não destróe a presumpção legal da paternidade ; porquanto, não obstante as relações criminosas da mulher com outra pessoa, o filho bem pôde ser do marido e na duvida prevalece presumpção de paternidade em favor da legitimidade. (Lafaye. ^a

§ 387

Casamento putativo é o que, sendo nullo, foi todavia contrahido de boa fé por ambos os conjuges ou por um só delles. (140)

Dir. de Fam., § 104). Na filiação legitima, diz Dias Ferreira, não é necessaria a prova da fidelidade da mãe, pois esta fidelidade presume-se e o filho está sob a regra: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. A paternidade não pôde ser phisicamente provada, diz Rogron, mesmo no casamento; uma poderosa presumpção attribue neste caso o filho ao marido da mãe; porque, salvo próva material, não se pôde suppôr que ella violou a fé jurada. Essa presumpção, diz Paula Baptista, dispensa da próva quem a tem e remette essa obrigação para a parte contraria que pôde destruil-a por próvas plenas liquidas. Filho legitimo é aquelle que foi concebido de uma mulher casada com seo marido (*dés œuvres de son mari*). Assim para se demonstrar a filiação legitima deve-se provar: 1º, que a mulher de quem se diz filho é ou foi casada; 2º, que teve um filho em tal epoca; 3º, que é o filho que ella deo á luz; 4º, que é fructo da obra do marido de sua mãe (Legrand de Saule). Para evitar a confusão do parto a mulher viuva não pôde, entre nós, casar-se dentro de dez mezes depois da viuvez, salvo se depois desta e antes daquelle praso tiver algum filho. Assim tambem a mulher separada do marido por nullidade ou annullação do casamento não pôde casar-se até 10 mezes depois da separação judicial dos corpos, salvo si depois desta e antes do referido praso, tiver algum filho (Art. 1º § 10 da Lei nº 181 de 24 de Janeiro de 1890). Si o fizerem não poderão testar nem communicarão com os maridos mais de uma terça parte de seus bens presentes e futuros (art. 100 da Lei cit).

(140) E' um casamento que na realidade está nullo, mas que os dous esposos ou um delles acreditava validamente contrahido e, por excepção a principio em contrario, o casamento putativo, cuja annullação é pronunciada, produz em proveito dos filhos como em proveito dos esposos de boa fé, todos os efeitos juridicos como oriundos de um casamento valido. Esta excepção estabelecida em favor de casamentos que estão simplesmente nullos, é em geral estranha aos casamentos que não têm os caracteres essenciaes do casamento. A condição exigida para que um casamento viciado de nullidade, possa ser considerado como putativo, é que tenha sido contrahido quer pelos dous esposos quer ao menos por um delles, na ignorancia dos vicios que produziram a nullidade. Basta que esta ignorancia constitutiva da boa fé, tenha existido no momento da celebração do casamento, importando pouco que a boa fé seja o resultado de um erro de facto ou de direito. A boa fé dos esposos deve em geral se presumir quando allegam ignorancia de facto; quando o erro é de direito, ella não se presume, pois ninguem se julga ignorar o direito. Neste caso a presumpção é de má fé e no primeiro de boa fé, podendo essas presumpções ser combatidas por

meio de simples presumpções, cuja apreciação cabe aos juizes. Quer a boa fé exista por parte dos dois esposos quer por parte de um delles produz sempre em favor dos filhos, nascidos de seu commercio, todos os effeitos de casamento valido, lhes conferindo o direito de succeder, como filhos legitimos, mesmo ao esposo de má fé e a seus parentes. O casamento putativo produz seus effeitos em proveito dos filhos concebidos em estado de boa fé, mas ainda daquelles que o tem sido depois da cessação da boa fé, contanto que a concepção seja anterior á annullação do casamento. E' assim ainda que o casamento seja annullado por causa de bigamia ou de incesto. Assim tambem o casamento putativo legitima os filhos havidos anteriormente á sua celebração, contanto que o concubito do qual são provindos não seja maculado de adulterio e incesto, sendo a razão que o casamento, mesmo valido, não pôde legitimar os filhos de uma união corporal adulterina e incestuosa, embóra esses filhos alleguem que os pais ignoravam esses vicios de adulterio e incesto; a lei prohibe a legitimação dos filhos adulterinos e incestuosos, não fez excepção ao principio, em favôr da boa fé dos concubinarios adulteros e incestuosos. (Demolombe, III, pag. 365; Duranton, tomo II, pags. 354 e 355, Aubry et Rau, vol. 5^o, pag. 46). O casamento putativo contrahido pelos esposos de boa fé tem por effeito legitimar os filhos *naturaes* por subsequente matrimonio (Zachariae, tomo III, § 460, nota 10; Delvincourt, tomo I, pag. 145; Duranton, tomos II, n^o 356 e III, n^o 175; Demolombe, tomo III, n^o 364 e seguintes; mas não os *adulterinos e incestuosos*. Vide Merlin, Repert. *vb. legitimation*; Toullier, tomo 1^o, n^o 657; Solon, Des Nullités, tomo 2^o, n^o 198; Dalloz, Jurisprud. vol. III, de 1791 a 1850, pag. 338, *verb. mariage* e *verb. legitimation*, pag. 239, n^o 16, 17 e 18. A annullação de um casamento tem por fim estabelecer relativamente aos filhos *provindos delle* (*qui en sont issus*), a condição de filhos legalmente reconhecidos (Jurisprudence du Siècle XIX, Table 1881 a 1890, *verb. mariage*, pag. 761). O conjuge que, com desprezo de um primeiro casamento ainda subsistente, contrahe segundo, em razão de sua má fé não pôde reclamar os effeitos civis do segundo casamento. Deve ficar privado da qualidade de esposo e direitos que della derivam; não tem patrio poder; não succede aos filhos e nem ao conjuge de boa fé; os filhos, como são considerados legitimos em relação a ambos os conjuges, succedem tambem ao conjuge de má fé e aos seus parentes, como se o casamento fosse valido. (Lafayette—Dirs. de Familla, § 33). O art. 75 da Lei, n^o 181, de 24 de Janeiro de 1890, diz:—quando o casamento nullo ou annullavel tiver sido contrahido de boa fé, produzirá os seus effeitos civis, quer em relação aos conjuges quer em relação aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento. Todavia, si só um dos conjuges o tiver contrahido de boa fé, o casamento só produzirá effeito em favôr delle. Não solveu esse artigo a questão relativamente aos filhos havidos antes do mesmo casamento e de união corporal adulterina e incestuosa e acreditamos não ser caso de dizer que onde a lei não dis-

§ 388

Somente ao marido cabe contestar a legitimidade da paternidade do filho de sua mulher e só nos casos seguintes :

a) si, por molestia ou outra qualquer causa, se achava ao tempo da concepção, incapaz de realizar a fecundação ;

b) si, na mesma epocha, a ausencia tornava impossivel a approximação dos esposos (Clovis Bevilaqua, Direito da Familia § 65, pag. 394; Lafayette, cit., § 106, *letra a.*) (141)

§ 389

A maternidade pôde tambem ser contestada ;

a) pela próva de parto supposto (Art. 285 do Codigo Penal) ;

b) pela negação da identidade da pessoa que se diz filho. (142)

§ 390

Pode ser contestada a existencia do casamento de onde resulte a legitimidade da união entre os paes da

tinque não devemos distinguir, pois seria permittir que o casamento putativo tivesse mais effeitos que o valido.

A prohibição da legitimação dos filhos adulterinos por seguinte matrimonio está expressa na lei (art. 56 § 1º), e essa prohibição é absoluta e de ordem publica e existe tambem pelo interesse do filho e contra elle. Aubry et Rau já citados dizem :—se o casamento valido seguinte não pôde legitimar filhos adulterinos como legitimar o nullo que a boa fé produz effeitos de valido, e terá feito a nossa lei excepção á regra prohibitiva em favor dos concubenarios adulteros?

(141) E' perigoso se conceder esse direito aos herdeiros do marido, podendo, porém, morto o marido, continuar a acção iniciada, ou se o filho nasceo depois da morte d'elle, fóra do praso legal ou mesmo dentro d'elle, mas tendo havido no momento presumivel da concepção algumas das impossibilidades de concubito referidas (Clovis, cit., pag. 396).

(142) Esta contestação de estado pôde ser proposta por qualquer pessoa que possa ter interesse na apuração da verdade, isto é, o pae, mãe ou herdeiros de qualquer delles. Mas estes ultimos só poderão propôr a acção de contestação da legitimidade da filiação, como acção prejudicial para firmarem um direito, como o de successão, o de alimentos ou outro dependente da qualidade de parente. Clovis, citado, pag. 397—Lafayette Dir. de Familia, § 106, pag. 112).

pessoa, cuja qualidade de filho legitimo é negada (Clovis, cit., pag. 398, § 65—Lafayette, cit., § 106, n° III, pag. 190). (143)

§ 391

A acção de contestação de legitimidade de filiação não prescreve em tempo algum; mas prescrevem, passado o praso legal, os direitos hereditarios, que della dependem. (Lafayette, cit., pag. 191).

§ 392

A' aquelle, a quem o pae ou a mãe impugnam reconhecer como filho compete a acção de filiação para vindicar seu estado de filho legitimo.

§ 393

A próva da filiação legitima presuppõe a próva dos factos seguintes:

- 1.º Do casamento entre o pae e mãe;
- 2.º do nascimento do filho (parto);
- 3.º da identidade da pessoa do filho;
- 4.º da concepção na constancia do casamento (Lafayette)—Dir. de Familia, § 108). (144)

(143) Pode ser proposta pelos herdeiros do pae ou da mãe do contestado como prejudicial, para verificação do estado de familia, quando este fór a base de algum direito a cuja posse pretendam. (Clovis). Os credores podem contestar a existencia do casamento com o fim de provar illegitimidade da parte adversa.

(144) O casamento e o nascimento provam-se por certidões e em falta por testemunhas. A próva do casamento e a do nascimento no praso legal importam a presumpção da paternidade. A certidão de baptismo prova a maternidade. Da prova do nascimento ao tempo legal resulta a presumpção da concepção na constancia do casamento: A identidade prova-se por testemunhas. Na falta de certidão de nascimento, a filiação legitima pôde ser provada pela *posse do estado*. Esta é constituída principalmente por tres factos:

- a) *Nominatio*: quando o filho tem o appellido do pae;
- b) *Tractatus*: quando é tratado de filho pelo pae e pela mãe e por elles educado;
- c) *Reputatio*: quando é tido e havido por filho na familia e pelos visinhos.

(Lafayette, cit. § 108 e nota; Clovis, cit., § 66).

§ 394

São effeitos do casamento civil :

§ 1.º Constituir familia legitima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2.º Investir o marido da representação legal da familia e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto antenupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3.º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da familia, de autorisar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4.º Conferir á mulher o direito de usar do nome da familia do marido e gozar de suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

5.º Obrigar o marido a sustentar, defender a mulher e os filhos.

6.º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na forma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

§ 395

Na falta do contracto antenupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consumado entre elles.

Esta prova não será admissivel quando tiverem filhos anteriores ao casamento, ou forem concubinados antes d'elle ou este houver sido precedido de rapto. (145)

(145) No direito patrio a communhão é o regimen legal por excellencia, porque, salvos os casos especializados em lei (decr. de 24 de Janeiro de 1890, arts. 58 e 89) elle prevalecerá reputando se adoptado, sempre que não existir um pacto derogatorio (Ord. liv. 4, tit. 46 *princ.* e decr. cit., art. 57) Para que se dê esta communhão, diz Clovis, faz-se necessario: 1º, que se tenha realisado um casamento valido ou tido por tal; 2º, que não tenham os conjuges esti-

§ 396

Os filhos illegítimos dividem-se em duas classes:

a) *Naturaes*.

b) *Espurios*.

Naturaes são aquelles que nascem de pae e mãe entre os quaes, ao tempo da concepção ou ao tempo do casamento, não havia impedimento dirimente para casar, como sejam os de parentesco em gráo prohibido ou de casamento anterior ainda não dissolvido. (Arts 7º §§ 1 e 2º e 56 § 1º da Lei nº 181, de 1890).

pulado alguma cousa em contrario ou que seja nullo o pacto concluido; 3º que haja passado o primeiro dia apoz a celebração do casamento, si não se provar que o casamento foi consumado. Em tres casos, diz o citado escriptor, dispensa a lei a próva de conjuncção apoz a celebração do casamento mencionados no § supra. A lei afastou umas tantas duvidas ociosas com que se entretinham demandas juridicamente futeis; mas foi incompleta a providencia. Bastará a *copula anterior* para haver communhão? Não está, de modo positivo, afastada essa duvida; mas raciocinando com o preceito legal (art. 57) que exceptuou da necessidade da prova de união sexual posterior, aquelles casos em que ella devia ter forçosamente existido, como no concubinato e na procreação de filhos communs, attendendo-se mais ainda a que elle a presuppõe onde pode ter-se dado, como no rapto, parece irrecusavel a cessação de semelhante duvida (Dir. da Familia, § 37, pag. 234). Entendemos que o legislador solveu essa duvida que assumia grande interesse nos casamentos celebrados *in articulo mortis*. Lafayette, e com elle outros jurisconsultos, já entendiam que a conjuncção anterior preenchia as vistas do legislador para o effeito da communhão de bens, assim entendiam Gama, Dec. 124; Guerreiro, Trat. 2º, liv. 6º, cap. I, nº 99 e 109; Repert. das Ords., vol. IV, pag. 428, nota 2. Segundo os codigos modernos a communhão de bens opera-se independente da consumação do casamento. (Cod. Civil Fr., art. 1401 e seguintes, Cod. Civil Port., art. 1108 e seguintes (Direitos de Familia, § 57, pags. 100 a 101). Em contrario a Lafayette e Rebouças, Observ. pag. 47, T. de Freitas, na nota 8 ao art. 117 da Consolid. das L. L. Civis, entendia que não bastava a copula anterior no casamento *in extremis* para haver communhão, exigindo a lei a consumação depois do casamento, copula posterior; assim tambem opinando Borg. Carn., vol. 2º, § 127 n. 13 e 14. e vide Mello Freire, liv. II, tit. 8º, § 4º, nota c e C. Telles, Dig. Port., vol. II, art. 267. Leia-se o § 242 e nota de C. da Rocha. Que no casamento *in extremis* dava-se a communhão, verificada a existencia de copula anterior, que aliás se pode presumir, se vê sustentado no Direito. vols. II, pags. 329 e 375 e IX, pag. 296).

Espúrios são os filhos provindos de coito *adulterino* ou *incestuoso*. (Ord. liv. 4º, tit. 93). (146)

(146) Não succedem aos pais e nem estes lhes succedem. Nada importa desde que existiu o impedimento para casar ao tempo da concepção, que tenha desaparecido na occasião do nascimento. (Accordãos da Relação de S. Paulo, de 29 de Setembro de 1875 e de 8 de Maio de 1877—Gaz. Juridica, de Perd. Malheiro, vol. XX, pag. 61 a 64 e do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 8 de Novembro de 1892, nos autos de appellação civil, nº 2056, de Taubaté, appellante Dona Maria Francisca das Chagas e appellados Luiz Moreira da Silva, Visconde de Tremembé e outros (Gaz. Juridica do Estado, vol. I, anno I nº 2, pag. 192.—Vide Pothier, Success., vol. 8, cap. I, secc. II, Questão 1.^a) Quanto aos chamados *filhos sacrilegos*, isto é, os nascidos de pessoas que estavam impossibilitadas de contrahir nupcias por força da investidura de ordens sacras maiores ou da entrada em religião approvada, não ha mais que dizer a respeito, a não ser que a especie extinguiu-se em nosso direito com a secularisação do casamento e a separação entre a igreja e o Estado (Clovis, cit., § 68, pag. 410). Poderá o padre casar-se civilmente e seos filhos poderão ser tidos como legitimos, ou tendo filhos em estado de solteiro com solteira, pôde reconhece-los legalmente como simplesmente naturaes? As ordens sacras constituem ainda em face da lei civil, como no antigo direito, impedimento dirimente para o casamento? Em França agitou-se esta questão com a lei do casamento civil, alli onde não ha o regimen da separação da igreja do Estado. Tres opiniões se debatem. Sustentam uns que as ordens sacras constituem um impedimento prohibitivo e não dirimente (Mailler de Chassat, *Traité de la retroactivité des lois*, nº 175; Pezzani—*dès empêchement du mariage*, nº 206; Aubry et Rau, tomo 5º, § 464, pag. 96) Segundo outros, as ordens, sacras são um impedimento dirimente, de sorte que o casamento contrahido pelo sacerdote é viciado de nullidade absoluta (Allegre, Cod. Civil commenté á l'usage du clergé, tomo 1º, pag. 143.) Em fim outros, que não existe lei alguma civil que prohiba o casamento do padre catholico (Côrte de Cassação, 25 de Janeiro de 1888; Plocque—*de la condition juridique des prêtres catholiques*, pag. 157. Consequentemente é valido o casamento por elle contrahido, ficando somente sujeito ás leis espirituas. Assim o decide a jurisprudencia franceza, como a italiana Vide *Jurisprudence* du Siècle XIX, de Fuzier Hermans e Th. Grifond, Table—1881 a 1890, verb. *mariage*, pag. 758. Entre nós o padre é equiparado a qualquer cidadão ou particular; o art. 7º da lei, nº 181 de 1890, não refere as ordens sacras como impedimento para casamento; e, portanto, os filhos do padre casando-se civilmente são legitimos; e, fóra de casamento havidos de mulher solteira, sendo elle solteiro, *ex soluto* et *soluta*, são simplesmente naturaes, successiveis a seos paes, uma vez reconhecidos legalmente por escriptura publica ou estamento ou por quaesquer outros modos de direito.

Assim o julgou o Tribunal de Justiça de S. Paulo, na appellação

civil de Bragança, appellante Satyro Zotico, filho do Padre Simplicio Bueno de Siqueira, reconhecendo ter elle Zotico a qualidade de filho natural e do mesmo modo julgou por Accordão de 3 de Outubro de 1893, nos autos de agravo civil, nº 168, de Capivary, aggravante Joaquim Luiz dos Santos e aggravado Benedicto da Costa Guimarães, Gaz. Juridica do Estado, anno II, vol. V, nº 4, pag. 257 á 267, dizendo o Accordam:—« Não tendo os clericos impedimento para se casarem civilmente, os filhos considerados sacrilegos pelo direito antigo não estão hoje privados da successão paterna ou materna.» Desta questão tratou o illustrado juiz Doutor Hyppolito de Camargo em artigo de 4 de Outubro de 1890, no Correio Paulistano, sustentando que, sendo o casamento civil um contracto, o legislador não perfilhou a prohibição imposta pelo Concilio Tridentino, Sessão 24. Tendo o art. 72, § 28, da Constituição Republicana fulminado qualquer privação de direito por motivo de crença religiosa, destruiu, aboliu, revogou todos os efeitos da nota de sacrilegio. Na appellação civil, nº 485, da Capital appellantes D. Maria Leopoldina de Siqueira e outros e appellados D. Amelia Eugenia de Siqueira e outros, o illustrado advogado, digno Lente da Faculdade de Direito, Dr. João Mendes Junior, em memorial, escreveu:

«—A Constituição da Republica não reconhece situações jurídicas fundadas em *crenças ou funcções* religiosas; e, aliás, muito *expressamente*, no § 28 do art. 72, declara que—« por motivo de *crença ou funcção religiosa*, nenhum cidadão brasileiro poderá SER PRIVADO de seus direitos civis e politicos.»

A consequencia *inevitavel* deste § 28 do art. 72 da Constituição é que, no estado actual do nosso Direito Patrio, é impossivel, é inconcebivel, para qualquer effeito juridico, a existencia de filhos *sacrilegos*. O nosso Direito Patrio *não reconhece* qualquer modificação da capacidade juridica em relação aos *filhos de clerigo*; hoje não ha meio *licito* de dar valor ás controversias sobre o direito hereditario dos *filhos de clerigo*.

Assim, é questão simplicissima e liquidada que os *filhos de clerigo*, havidos de mulher *solteira*, são *filhos naturaes*; e, portanto, tendo sido reconhecidos por seu pae, em escriptura publica ou testamento, não podem *ser privados* dos effeitos do *reconhecimento paterno*.»

Nesta causa importante, da qual fui relator, por Accordam de 25 de Outubro de 1895, confirmado em embargos pelo Tribunal pleno, foi julgado: « Que os filhos de padre catholico, reconhecidos por escriptura publica ou testamento, havidos de mulher *ex-soluta*, podiam succeder, representando seo pae (um finado conego) herdando os bens deixados por uma irmã legitima de seo pae premorto, concorrendo com tias, irmãs legitimas da finada inventariada tia, fallecida ao tempo em que já vigorava a lei do casamento civil, posto que ao tempo do fallecimento do conego não estivesse essa lei ainda promulgada, pois a lei que rege a successão é aquella ao tempo da abertura della.

Transcrevemos os Accordãos, publicados na Gaz. Juridica do Estado, de Março de 1896, pag. 142 e no Direito, vol. 70, nº 2, pag. 181 a fs. 184.

Os filhos de clérigo de ordens sacras são hoje considerados como simplesmente naturaes com direito á successão paterna e á representação de seu pai na successão dos collateraes *ab intestato*.

Assim, no inventario dos tios fallecidos sem herdeiros necessarios e sem testamento, concorrem á herança com os primos sobrinhos legitimos do finado ou com os irmãos deste.

Não é a lei vigente ao tempo do fallecimento de seu pae, que regula para elles a capacidade successoria e sim a lei em vigor ao tempo da morte do inventariado, quando se abriu a successão.

APPELLAÇÃO CIVIL N. 485

Appellantes—D. Maria Leopoldina de Siqueira e outros.

Appellados—D. Amelia Eugenia de Siqueira e outros.

Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo

ACCORDAM APPELLADO

Accordam em Tribunal: Que vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil entre partes appellantes—D. Maria Leopoldina de Siqueira Machado, D. Theodolinda de Siqueira Machado França Leite e Candido Alves Machado de Vasconcellos e appellados Joaquim Gonçalves de Oliveira Barreto por cabeça de sua mulher Theodolinda Alves de Siqueira, Vicente Ferreira Leite por cabeça de sua mulher Sidinia Alves de Siqueira, Amelia Eugenia de Siqueira e Adelaide Olimpia de Siqueira, filhos do conego Antonio Alvares de Siqueira, já fallecido, negam provimento á appellação tomada por termo de fs. 68 v., e interposta do despacho de fs que admitiu os appellados no presente inventario dos bens da finada D. Escolastica Maria de Siqueira, como herdeiros, sobrinhos da inventariada, representando o pai delles morto e conjuntamente com os appellados tambem sobrinhos da finada, todos succedendo *per stirpes*; porquanto, se pelo direito antigo os clérigos de ordens sacras não podiam reconhecer os filhos, habilitando-os á successão (Ord. Liv. 4.º, tit. 93), actualmeete pela lei, n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 que não inhiibe o sacerdote, como qualquer particular solteiro, de casar-se civilmente, não incluindo no artigo setimo as ordens sacras

como impedimento dirimente, os filhos havidos de casamento, ou fóra delle, são simplesmente naturaes, desde que são havidos de mulher *ex-soluta* e reconhecidos pela lei n. 463, de 2 de Setembro de 1847. Succedem a seus pais *ab intestato* e representando-os no direito necessario quanto a successão dos collateraes.

Se os appellados foram no testamento reconhecidos anteriormente á citada lei do casamento civil e ao tempo em que subsistia o impedimento para casamento referente a seu pai, fallecido em 1872, não é a lei vigente ao tempo do fallecimento do conego Antonio Alvares de Siqueira, que regula a capacidade successoria e sim a lei vigente ao tempo do fallecimento da inventariada, quando então se abre a successão. (Perdigão Malheiro, commentario á lei de 1847, cap. IV, pag. 79; Mourlon, vol. 1^o, n. 68; Savigny, tom 8^o, § 377. C. da Rocha, § 690; Corrêa Telles, vol. III, 1538; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 1^a ao art. 99 e *Tratado de successões*, nota ao § 209, pag. 308; Accordam do Tribunal de Justiça do Estado, de 2 de Outubro de 1893, na *Gazeta Juridica do Estado*, vol. de 15 de Agosto deste anno, pag. 266). Sendo, portanto, os appellados filhos simplesmente naturaes do conego Antonio Alvares de Siqueira, devem concorrer com os seus primos legitimos, os appellantes, no inventario e partilha (Lafayette, *Direito de Familia*, nota 1^a ao § 125, pag. 236; Ramalho, *Inst. Orph.* § 15, pag. 26; Accordam da Relação de S. Paulo, de 10 de Fevereiro de 1882, appellação civil de Jacarehy n. 706; Lobão, notas a Mello, liv. III, § 17, n. 3435; Sentença do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1866 revista civil n. 7062; Accordams do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Julho de 1872 e Revisor da Relação de Maranhão de 14 de Julho de 1873; *Direito*, vol. 1, pag. 97 a 102, e pags. 441 a 445). Assim confirmam o despacho com força de definitivo de fls. 66 e mandam que continuem a figurar no presente inventario os appellados como herdeiros, conjuntamente com os appellantes que pagarão as custas.

S. Paulo, 28 de Novembro de 1895.—*Souza Lima*, presidente.

—*Ferreira Alves*.—*Oliveira Ribeiro*.—*Canuto Saraiva*.

ACCORDAM

Accordam em Tribunal, vistos relatados e discutidos estes autos, rejeitar, como rejeitam, os embargos oppostos ao Accordam de fls. 194 v. a fls. 151 o qual confirmam por seus juridicos fundamentos, pois reconhecida como foi e devia ser, a posição dos appellados como filhos simplesmente naturaes do conego Antonio Alvares de Siqueira, *ex-vi* da legislação actual (Const. Federal, art. 72, §§ 7^o e 28, Decs. n. 119 de 7 de Janeiro de 1890 e 181 de 24 de Janeiro do mesmo anno), como consequencia devia ser tambem reconhecido o seu direito de concorrerem com os de mais collateraes a herança de sua tia, premorta sem testamento e sem herdeiros necessarios, D. Escolastica Maria de Siqueira, na qualidade de representantes do seu referido pai, conego Siqueira, irmão da dita D. Escolastica, fallecido antes desta, attendendo-se a que, como filhos

naturaes são os appellados considerados membros da familia e em regra e na especie, com os mesmos direitos que os filhos legitimos, sem embargo da opinião emitida pelos votos divergentes do julgador a respeito da questão de não serem os appellados, como filhos naturaes, successiveis aos collateraes pelo lado paterno, questão aliás não cogitada pelos appellantes e que não pôde prevalecer em frente do nosso direito patrio, como muito bem ficou demonstrado em o dito accordam e reconhecido pelo civilista Felicio dos Santos, no seu projecto de Cod. Civ. Brazil. not. ao art. 1436; Lafayette, *Dir. de Familia*, § 125, nota 1, pag. 236; Teixeira de Freitas *Consol. das Leis Civis*, art. 960 § 1.º; Cordeiro, citado por Lafayette *Dubit. II*; Gama, *Decis.* 3.º; Lobão, *Notas a Mello*, Liv. 3.º, tit. 8.º, § 17, n. 3, e Candido Mendes *Auxiliar Juridico* na Ord. Liv. 4.º, tit. 92, que diz: que taes filhos, depois da lei de 2 de Setembro de 1847, herdamos consanguineos paternos ainda que estes sejam nobres; porque em Portugal só herdamos dos consanguineos plebeus, por haver, ainda lá, distincção entre filhos de nobres e plebeus, argumento da lei de 6 de Novembro de 1827, art. 5.º; *Cod. Civil Port.*, art. 2000 e *Rev. Civ.* n. 7062, de 16 de Junho de 1868, *Dir.*, vol. 1, pag. 441. E assim julgando, mandam que se cumpra accordam embargado, pagas as custas pelos embargantes.

S. Paulo, 25 de Outubro de 1895.—Souza Lima, presidente.—Pinheiro Lima.—Canuto Saraiva.—Oliveira Ribeiro.—Ferreira Alves. Ignacio Arruda, vencido.—Xavier de Toledo, vencido. Brotero, vencido: no meu ver agita-se nestes autos uma questão da maior relevancia, de alta indagação, e nesta parte adopto o juridico parecer do Procurador Geral do Estado a fls. 144, afim de reformar a decisão embargada, mandando que os embargados se habilitem por uma acção ordinaria.

Assim tem decidido este Tribunal em casos analogos. Conhecendo de *meritis*, sustentei que os filhos naturaes, ainda que reconhecidos, são estranhos á familia paterna, e não podem herdar *ab intestato* dos collateraes em concurrencia com os primos legitimos, sendo esta a hypothese dos autos.

O reconhecimento do filho natural é acto exclusivo do pai, e como tal não pôde ter effeito de ligar por um laço juridico um individuo a uma familia a que era estranho, e que não foi parte no reconhecimento. Esta é a these consagrada no luminoso Accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1872, e que se vê no *Dir.* vol. 1.º, pag. 97. Esta é a doutrina corrente no *Dir. Romano*, Lei 11. Cod., tit., de *naturalibus liberis*, acceita por alguns codigos modernos, e a mais conforme á boa razão, e que applico como juiz, sem embargo de algumas opiniões em contrario.

Assim entende, entre outros, o notavel Corrêa Telles *Dig. Port.*, vol. 2.º, art. 845, e apoiando-se em diversos reincolas, tambem invocados por Almeida e Souza *Notas a Mello* v. 3.º, tit. 8.º, § 77; e todos de accordo como o *Dir. Romano*, que é subsidiario, sendo certo e fóra de contestação que a Lei de 2 de Setembro de 1847, não alterou a legislação anterior sobre a successão de filhos naturaes.

§ 397

Os filhos legitimados succedem com direito igual a seu pae, ainda que este os tivesse de diversas mães; e á sua mãe, ainda que esta os tivesse de diversos pais (Ord. liv. 4 tit. 96 princ.); procedendo o mesmo quanto aos filhos illegitimos successiveis, como os naturaes reconhecidos.

(T. de Freitas, Consolid. das L.L. Civis, nota ao art. 960).

§ 398

Póde o pae reconhecer os filhos illegitimos naturaes depois do casamento e, nenhuma duvida ha, no caso de não haver legitimados.

§ 399

O reconhecimento dos filhos naturaes exige a lei que seja feito por escriptura publica pelo pae antes do casamento deste, para que possam ter parte na herança paterna, concorrendo elles com filhos legitimados do mesmo pae (Art. 2º da Lei de 1847); não aproveitando o reconhecimento em testamento, porquante a prova d'elle só existe depois do fallecimento. (T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 962). (147)

§ 400

A filiação natural paterna póde provar-se, para o effeito de successão, pelo reconhecimento do pae por escriptura publica; por testamento; por confissão espontanea; pelo reconhecimento, do filho feito no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico, offerecido pelo pae.

(147) Procede o art. 2º da Lei de 1847 quando os filhos naturaes concorrem com os filhos legitimados por seguinte matrimonio? Perd. Malheiro diz que não (Comment. á Lei, questão 22); que o filho *legitimado* não tem o direito de excluir o natural, podendo este, reconhecido antes ou depois do casamento, concorrer na successão com tal filho. T. de Freitas opina que não póde o filho natural concorrer com o *legitimado* por seguinte casamento reputado perfeitamente legitimo para todos os effeitos legaes.

(Art. 7º, § 1, do Decreto, nº 181, de 24 de Janeiro de 1890 e Lei nº 463 de 2 de Setembro de 1847). (148)

§ 401

O reconhecimento do pae, feito por escriptura publica, antes de seu casamento, é indispensavel para que qual-

(148) Clovis é de opinião contraria, no seu Direito da Familia, declarando a pag. 420 e nota 39, que o decreto de 24 de Janeiro de 1890 ampliou os meios de provar a filiação illegitima, porém não lhes attribuiu direitos successorios; e a pag. 422 nota 41, diz: que o decreto de 24 de Janeiro ampliou os meios recognitivos da paternidade, mas não lhes adjectivou as vantagens attribuidas aos dois modos especiaes do decreto de 2 de Setembro de 1847; 1º, porque aquelle decreto legislou particularmente sobre direitos successorios; 2º, porque uma lei geral posterior não opera revogação nem alteração essencial sobre outra especial anterior, sem fazer disso expressa menção (Ord. 2. 44), ou sem estabelecer principios repugnantes aos preestabelecidos.

Martinho Garcez (Nullidades dos Actos Juridicos, pag. 48, nota 76) diz que a filiação natural paterna póde provar-se, ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho feito em escriptura de nótas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico offerecido pelo pae, dizendo: « mais ampla, mais livre e mais consentanea com a civilisação é essa parte do § 1º do art. 7º do Decr, nº 181 de 1890 do que a lei de 1847, que limitava a prova da filiação natural paterna á escriptura publica e ao testamento » Acompanhamos esta ultima opinião no texto entendendo que a lei nº 181 de 24 de Janeiro de 1890 não amplia á próva só para o effeito de impedimento dirimente de casamento como tambem para fim de successão e nem se diga que lei especial, como a lei de 1847, não se póde haver como derogada por lei geral, *legi speciali per generalem non derogatur*; mas esse preceito salva o caso da intenção do legislador resultante do objecto ou espirito da lei, e esse preceito, diz Ribas, Dir. Civil, vol. 1º, pag. 247, não tem applicação entre nós, pois todos os actos legislativos trazem expressa clausula geral revogatoria. Entendemos que a lei nº 181 citada ampliou os modos de reconhecimento, subsistindo a disposição da lei de 1847 quanto ao reconhecimento por *escriptura publica* anterior ao casamento do pae natural para que possa o filho natural concorrer com os filhos provindos desse casamento na successão paterna, pois a lei estabeleceu esse unico modo de reconhecimento na especie exposta excluindo o *testamento*, assim esse e outros modos de reconhecimento, como os ampliados pela lei de 24 de Janeiro. O Accordão da Relação do Recife de 12 de Dezembro de 1892 (Direito, vol. 60 nº 4 pags. 562 a 564) equiparou o reconhecimento feito no registro civil ao feito por escriptura publica.

quer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo com filhos legítimos do mesmo pae. (Art. 2.^o do Decr., n.^o 463, de 2 de Setembro de 1847).

§ 402

Póde o pae natural reconhecer o filho natural, em-bóra a mãe negue a paternidade. (149)

(149) O Doutor Oliveira Escorel, illustrado lente da Faculdade de Direito de S. Paulo assim opina no artigo, que transcrevemos extrahido da Revista da Faculdade, vol. III, anno de 1895, pags. 95 a 104.

«Póde o pae reconhecer filhos naturaes, negando a mãe a paternidade?»

E' esta uma das questões que encontram solução sem auxilio de uma argumentação pomposa, sem o apparatus grandioso de ostentação de vastos conhecimentos juridicos, apesar de parecer, á primeira vista, que aquella pergunta não tem uma resposta facil, ou mesmo que um—não—é a unica resposta cabivel.

Entretanto, basta um momento de reflexão, e a primeira impressão que parece apoiada nos mais solidos fundamentos, desaparece, para deixar como segura a opinião de que «o pae póde reconhecer filhos naturaes, negando a mãe a paternidade.» A leitura daquella these produz o effeito das vistas deslumbrantes de um theatro, em que a pintura mais grosseira tem ao longe muitas vezes tanto de bello, quanto de perto póde tel-o qualquer dos mais encantadores productos do pincel de Raphael ou Miguel Angelo.

Com effeito, o reconhecimento do filho natural é confissão que o pae faz da sua paternidade, ou a mãe de sua maternidade.

Saber si, fazendo o pae esta confissão por um dos meios admittidos em direito, tal confissão produz os effeitos legaes, apesar de dizer a mãe que o pae de seu filho não é o individuo que fez aquella confissão; saber si Pedro póde reconhecer João como filho, apesar de dizer Maria, mãe de João, que Pedro não é o pae deste; ou, em outros termos, saber si é valido o reconhecimento feito por Pedro, allegando simplesmente Maria que este não é o pae de João, —eis a questão.

O reconhecimento dos filhos naturaes pelo pae é regulado entre nós pela lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847, que diz:

«Art. 1.^o Aos filhos naturaes dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditarios que, pela Ord. Liv. 4.^o Tit. 92, competem aos filhos naturaes plebeus.

«Art. 2.^o O reconhecimento, do pae, feito por escriptura publica antes do seu casamento é indispensavel, para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna concorrendo com os filhos legítimos do mesmo pae.

«Art. 3.^o A prova de filiação natural nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escriptura publica ou testamento.

§ 403

O reconhecimento deve ser a expressão da verdade, isento de violencia, dolo e de erro sobre a pessoa do filho reconhecido; competindo ao pae, ou em seu nome a seus herdeiros a acção de rescisão ou nullidade do reconhecimento; mas a presumpção de verdade assiste até que seja annullado ou rescindido por sentença.

(Aubry et Rau, pags. 160 e 161, ao § 568, vol. IV, pags. 178 a 182 ao mesmo §)

«Art. 4.º Revogão-se as disposições em contrario».

Esta lei é bastante clara.

Ahi se vê que para o individuo—*B*—poder ser considerado filho do individuo—*A*—, é necessario sómente: *o reconhecimento do pai, —isto é a confissão do individuo—A—declarando que—B—é seu filho, —e que esta confissão seja feita por escriptura publica ou testamento;* convindo notar que a lei ainda exigiu uma outra condição, para o fim somente de poder o filho natural concorrer com o legitimo á herança paterna, condição que consiste em ser feita aquella declaração por escriptura publica *antes do casamento do pae*. São estas as unicas condições exigidas pela citada lei para se fazer o reconhecimento do filho natural, e para que produza este reconhecimento os effectos legaes. De modo que, sempre que se possa e se queira preencher aquellas condições, o reconhecimento se pôde fazer. Pedro, pois, quer reconhecer João, seu filho natural, e faz a declaração da sua paternidade por uma escriptura publica antes do casamento do pae. São esses as unicas condições exigidas pela citada lei para fazer o reconhecimento do filho natural e produzir este reconhecimento os effectos legaes. De modo que sempre que se possa e se queira preencher aquellas condições, o reconhecimento se pôde fazer. Pedro, pois quer reconhecer João, seu filho natural, e faz a declaração da sua paternidade por uma escriptura publica ou por um testamento.

Satisfaz ou não á lei? Preenche. ou não ás condições desta? Satisfaz. Preenche. Logo pôde fazer o reconhecimento, e o seo procedimento está regulado de accordo com a lei, que exigiu apenas o preenchimento daquellas condições.

Para a realisação e validade de um acto, não se exijão condições; estas estão determinadas por lei.

Exigir pois, para o reconhecimento do filho natural outra qualquer condição que não as indicadas, é pretender o que a propria lei não pretendeu, é, conforme se diz vulgarmente, querer ser mais *papista que o proprio papa*. Ora, pretender-se que o pae não possa reconhecer o filho natural, admittir-se que o reconhecimento de João por Pedro não é valido, si a mãe daquelle nega a este sua qualidade de pae, é admittir como necessario para a validade do reco-

§ 404

O autor do reconhecimento não é obrigado a indicar a pessoa com a qual elle procreou o filho que reconhece, podendo, porém, declarar a mãe.

§ 405

A mulher que reconhece o filho natural não pôde indicar o pae; mas se o menciona, o reconhecimento não deixa de ser valido respectivamente á mãe.

Reconhecimento o consentimento, sinão expresso, ao menos tacito da mãe, é exigir o preenchimento de uma e outra condição de que não cogitou a lei de 2 de Setembro de 1847, e nem podia cogitar, desde quando seria entregar a sorte do filho á deliberação de uma mãe, que, si uma vez pôde ter interesse em que seu filho não seja reconhecido por quem não é seu verdadeiro pae, outra vez pôde tambem, abafando o grito da sua consciencia, para satisfação de interesses inconfessaveis, afirmar uma inexactidão, negar a um individuo a qualidade de pae de seu filho, quando entretanto, está convencida de que tal individuo tem effectivamente esta qualidade.

De facto, figuremos:

Houve um tempo em que Maria, ligada pelos mais estreitos laços de amizade a Pedro, porém, havendo abandonado Maria por uma outra mulher, ou por outro qualquer motivo acarretou contra si o odio de sua antiga companheira porém quer reconhecer o filho desta, e effectivamente o reconhece. Maria, despeitada com o procedimento de Pedro, diz que este não é o pai de seu filho, quando a verdade não é esta.

E' justo que o reconhecimento não seja valido só porque Maria, por um mero capricho, nega a Pedro a sua qualidade de pae? Não,

Por ahí se vêa consequencia funesta que resulta de tornar-se o reconhecimento dependente da vontade da mãe, quando o reconhecimento deve ser, e é um acto exclusivo do pae.

Pois será justo que, pelo facto de uma simples allegação da mãe contra a qualidade de pae que diz ter tal individuo, o reconhecimento não possa produzir os seus effectos legais?

Que perigos não resultarião para o filho, si sua mãe, podendo influir para a validade do reconhecimento, com uma simples allegação, levasse a effecto uma sua resolução, filha de um momento de irreflexão, do despeito, contraria á verdade! Que peso podé ter a simples allegação de uma mãe diante da allegação do pae, confessando a sua paternidade? Aquella simples allegação não poderá valer contra esta de modo a tirar a validade do reconhecimento; porque, além de ser simplesmente uma allegação contra outra, accresce que o reconhecimento é, em geral, mais um favor ao filho, e «*presume-se pai—diz Felicio dos Santos no seu Projecto de Cod. Civ. Braz. tom. 2.º pagina 140—aquelle que reconhece o filho*».

§ 406

A mulher casada póde reconhecer o filho, havido anteriormente ao casamento, sem autorisação do marido ou da justiça. (Aubry et Rau, vol. VI, pags. 157 a 158, e notas 1, 6, 5 e 7^a)

«Ninguém introduz levemente um estranho em sua familia».

«Si um pai reconhece um filho voluntariamente, é porque tem certeza de ser seu filho; é o mais interessado em que não haja engano. Logo que, pois dá-se o facto da perfilhação, deve-se presumir que o pai colligiu todas as provas e procedeu com criterio a todas as indagações.

Como, pois, não se poderá considerar valido o reconhecimento, sómente porque a mãe faz uma simples allegação, contestando a paternidade, quando o reconhecimento estabelece uma bem fundada presumpção contra essa allegação!

Nos poderão objectar que, sem a intervenção da mãe, ou, em outros termos, admitindo-se a validade do reconhecimento, apezar de negar a mãe a paternidade, póde isto dar logar a que um individuo especulador se arvore como pae de um outro individuo, e como tal o reconhecer só com o fim de, por morte deste, apoderar-se de sua fortuna.

Esta objecção é por demais fraca, para fazer depender a validade do reconhecimento da intervenção da mãe, ou para este não produzir effeito, só porque a mãe nega a qualidade de pae ao individuo que reconheceu seu filho; porque não é na intervenção da mãe, na sua simples allegação, que se póde encontrar o baluarte inexpugnável contra as especulações torpes de individuos que farejam, por meios os mais illicitos e até criminosos, fortuna. Si a mãe póde fallar a verdade, póde também mentir, arrastada por qualquer causa, e não é certamente por este modo que se ha de destruir a presumpção que o pae creou em seu favor.

Si aquelle individuo que fez o reconhecimento não é o verdadeiro pae, venha a prova em occasião opportuna e pouco importa que o reconhecimento esteja feito. «O reconhecimento, diz o Conselheiro Lafayette—*Direito de familia*—nota 4, pag. 259—não crêa direitos, mas prova tão sómente o *facto*, do qual resultão direitos, isto é, a filiação.

Portanto, si realmente não existe o facto, não póde valer o reconhecimento que é então uma confissão falsa».

Devemos, porém, demonstrar a não existencia desse facto pelos meios de prova admittidos em direito, perante o qual a simples allegação da mãe não tem valor, porque temos allegação contra allegação; porque, si é verdade que a mãe póde ter razão para melhor saber quem seja o pae de seu filho, póde também não ter pleno conhecimento de quem o seja ou mesmo, sabendo, occultar a verdade, para attribuir a outrem a qualidade que nega áquelle que se diz o pae de seu filho, e que quer, como tal reconhecê-lo.

§ 407

Só o pae póde reconhecer a filiação paterna, e a mãe a materna; o avô de um néto natural não a póde reconhecer em nome do filho ou filha, salvo se tem mandato (Aubry e Rau, cit., pag. 157, ao § 568. T. de Freitas, nota ao art. 961 e Perd. Malheiro, questão 17).

Comprehende-se clara e evidentemente que não é possível fazer depender da vontade da mãe o reconhecimento do filho pelo pae.

Em nenhuma parte de nossa legislação se póde encontrar apoio para sustentar que o pae não póde reconhecer o filho, negando a mãe a paternidade, ou que, em outros termos, é necessario o consentimento, sinão expresso, ao menos tacito, da mãe no acto do reconhecimento, para este valer em direito.

Com effeito, nem o direito anterior á lei de 2 de Setembro de 1847, nem esta lei, que estabeleceu as condições para se fazer o reconhecimento, autorizam a adopção de semelhante opinião. O legislador não póde ter querido semelhante absurdo, e a historia da citada lei de 2 de Setembro prova exuberantemente esta nossa proposição, porquanto da sua discussão, que foi encetada na sessão de 8 de Maio de 1847, se vê que, para o reconhecimento do filho natural, basta: a *declaração do pae*, confessando a sua paternidade, e que esta confissão seja feita *por escriptura publica ou testamento*.

E outro não póde ser o pensamento do legislador, desde quando devia conhecer a que perigos arriscaria o filho, tornando o seu reconhecimento dependente da vontade da mãe, cuja intervenção nesse acto é inadmissivel.

Assim é que, si, para provarmos que a mãe nenhuma influencia deve exercer no reconhecimento do filho, ou, em outros termos, que o reconhecimento não deixa de produzir effeito, só pelo facto de a mãe negar a qualidade de pae ao individuo que se diz pae de seu filho, recorrermos ao direito francez, ahi veremos a verdade por nós enunciada. O art. 336 do Cod. Civil dispõe:

«La reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu' à l'égard du père.»

Por esta disposição se vê desde logo que, perante o direito francez, para o reconhecimento produzir effeito com relação ao pae, não ha necessidade da intervenção da mãe.

Entretanto, para que nenhuma duvida possa ainda haver sobre este ponto, e para robustecer deste modo mais a prova por nós adduzida contra a intervenção da mãe no reconhecimento do filho pelo pae, não podemos deixar de trazer a historia da disposição do art. 336 do Cod. Civil Francez, cuja integra, ha pouco, demos.

No projecto desse codigo o art. 336 estava assim concebido: *«Toute reconnaissance DU PÈRE SEUL, non avoué par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère.»*

§ 408

Não havendo filho ou filhos legítimos, os filhos naturaes, reconhecidos pelos módos legaes, mesmo depois do casamento de seus paes, herdram destes (Art. 2º do Decr. de 1847; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 961, pag. 454).

Os que sustentavão esta disposição, fundavam-se, diz Mourlon, —*Re pétitions écrites sur le Code Civil, Tomo I, pag. 491*—, em que a mulher só pôde fazer um reconhecimento valioso, uma vez que não tem necessidade de testemunho algum extranho para assegurar-se da sua maternidade, o que não succede ao homem.

Pôde este se julgar pae, e não sel-o. O reconhecimento que elle faz por si só, não prova sufficientemente a sua paternidade. Aquella disposição foi regeitada, e com fundamento diz Laurent,—*Droit Civil Français, Tomo 4.º, pag. 63*—Era ella contraria, continúa Laurent, ao direito e ao interesse do filho que arriscava-se a não ser reconhecido, si sua mãe recusava-se reconhecê-lo; era ainda contraria ao direito que tem o pae de reconhecer o filho, direito que é o cumprimento de um dever. Era preciso, pois, permittir ao pae, assim como a mãe, reconhecer o filho; ao pae sem o concurso da mãe, a esta sem o concurso daquelle. Era a applicação do verdadeiro principio de que o reconhecimento é um facto pessoal, individual.»

Aquella disposição, diz Mourlon, apresentava graves inconvenientes. Subordinando o reconhecimento emanado do pae á approvação da mãe, o filho podia ser victima de todas as circumstancias que podessem impedir a mãe de dar a sua approvação, taes como o fallecimento, sua loucura, sua ausencia, seu odio pelo pae, ou, emfim, o temor de se deshonrar.»

Ficou, pois, firmado o principio de que a mãe de nenhum modo pôde influir no reconhecimento do filho pelo pae, e uma nova disposição foi adoptada nos seguintes termos:

« *La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu.* » Esta redacção foi substituida pela quem encontramos no art. 336, sem que se saiba, diz Laurent, pelos trabalhos preparatorios, os motivos dessa substituição, sendo certo, porém, que pela discussão do referido artigo, outro sentido não pôde ter a actual disposição do art. 336, «sinão o que demos.»

Do exposto se vê que, pelo facto de a mãe negar a paternidade, o reconhecimento não deixa de produzir effeito.

Não se segue, porém, que fique valido o reconhecimento, ainda mesmo falso, dado que o individuo —*A*— não seja pae do individuo —*B*— Não.

Si *A* não é o pae de *B*, este, apesar de reconhecido, pôde provar que este reconhecimento é falso; que *A* não é seu pae; porque, diz o Cons. Laffayette na obra citada, si bem que o reconhecimento não precise do consentimento do filho, este tem incontes-

§ 409

A prova da paternidade natural pôde ser contestada por acção ordinaria por quem tiver interesse na successão. (150)

§ 410

Os filhos naturaes reconhecidos concorrem com os filhos naturaes legitimados por seguinte matrimonio (T. de Freitas, nota 1^a ao art. 961 da Consolid. das L. L. Civis, pag. 454).

§ 411

A escriptura publica pela qual é alguém reconhecido filho natural produz todos os effeitos em relação á successão do filho na herança paterna; não pôde ser revogada, ainda que o pae em testamento com que fallecer declare não ter filhos. (Accordams da Relação do Recife de 12 de Março e 12 de Agosto de 1875; Sentença do Sup. Trib. de Justiça de 3 de Março de 1877, Direito, vol. 12 n^o 4, pags. 720 a 724; T. de Freitas, nota 7^a ao art. 212

tavelmente o direito de impugnal-o, sob fundamento de não ser filho da pessoa que fez o reconhecimento; tem o direito de provar a falsidade do reconhecimento. Assiste este direito a todas as pessoas que tiverem interesse em invalidal-o. A propria mãe, diz Mourlon, pôde impugnar o reconhecimento em juizo, e provar que aquelle que o fez, não é o pae de seu filho.

Ora, si se pôde provar a falsidade de um reconhecimento, si esta falsidade pôde ser demonstrada por todas as pessoas que tiverem nisto fundado interesse, não se deve considerar sem valor o reconhecimento do filho natural, só porque a mãe allega simplesmente que o individuo que fez o reconhecimento não é o pae de seu filho.

Si o reconhecimento é falso, si a mãe falla a verdade, venha a prova, demonstrem essa falsidade o filho, a propria mãe, e o reconhecimento ficará desfeito.

Sustentar, porém, que, pelo facto de dizer a mãe que o individuo A não é o pae de seu filho, o reconhecimento não produz effeito, é um absurdo.»

(150) Porque assim como pôde ser combatida a presumpção legal de ser alguém filho legitimo nascido na constancia do casamento, mostrandó-se evidentemente a impossibilidade de ter sido gerado por ambos os conjuges; tambem pôde ser contestada a filiação

da Consolidação das L. L. Civis; Perd. Malheiro, Comment.—Filhos Naturaes, pag. 35, questão 9.^a (151)

daquelle que foi reconhecido por filho em testamento ou escriptura publica, provando-se que não é filho natural, mas espurio, ou que não é filho da pessoa que o reconhece. Mas, enquanto a parte não obteve sentença declaratoria de nullidade do testamento ou da escriptura, produzem estes actos effeitos juridicos (Ramalho, Institut. Orph., nota 95 ao § 15, pag. 29). O reconhecimento pôde ser contestado pelo proprio filho reconhecido; pelos ascendentes do pae; pelos collateraes e pelo proprio pae. O reconhecimento pôde ser nullo ou contrario á verdade, si foi feito por pai affectado de incapacidade ou si foram omittidas formalidades essenciaes e quando não é filho da pessoa que fez o reconhecimento. O consentimento do filho não é necessario no reconhecimento; mas elle tem o direito de impugnal-o, sob fundamento de não ser filho da pessoa que fez o reconhecimento. O proprio pae, melhor informado, pôde reconhecer não existir o vinculo de paternidade que anteriormente suppunha inconcusso ou si o reconhecimento é nullo, sendo licito a qualquer contravir o proprio acto, sendo nullo. Si ao mesmo individuo mais de uma pessoa o reconhece por filho, ao filho compete aceitar o reconhecimento que julgar verdadeiro. (Vide Lafayette, cit., § 124 e notas e Clovis cit., pag. 422). Pôde ser reconhecido o filho natural antes de seu nascimento. Pôde ser feito depois de sua morte e tal reconhecimento dá ao pae e mãe o direito de succeder ao filho. Entendem, porém, alguns que, depois da morte do filho sem descendentes não pôde ser validamente feito o reconhecimento, principalmente tendo por fim crear direitos de successão aos bens do filho reconhecido. (Vide Jurisprudencia du Siécle XIX., table 1881-1890, pag. 501, n^o 3, *verb. enfant naturel* e Aubry et Rau. vol. 6^o, pag. 163, § 568. A lei não marcou praso dentro do qual deve de ser feito o reconhecimento do filho natural, salvo a hypothese do art. 2^o do Decr. de 1847. Pôde ser feito o reconhecimento durante a vida do filho; antes de nascer, estando já concebido e mesmo depois de morto (Lafayette, § 123 e notas Clovis; pag. 422, § 69) Aubry et Rau dizem que o reconhecimento pôde ser feito em qualquer epoca, antes do nascimento do filho. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ipsius agitur*. Que a morte do filho natural não obsta ao reconhecimento podendo produzir effeitos em favor dos descendentes e irmãos d'elle, que não tem valor se o filho é morto sem descendentes e o fito unico é a successão. Pode um conjuge durante o casamento reconhecer o filho que teve anteriormente de outro que não o conjuge.

(151) A paternidade, reconhecida uma vez, não pôde ser negada nem a lei o permite. Não ha filhos até uma certa epoca e que o deixam de ser depois. O reconhecimento, validamente feito, é por si mesmo irrevogavel, não pôde ser retractado pela pessoa que o fez, ainda mesmo que não tivesse ainda sido acceito pela pessoa em cujo proveito se fez. Uma vez feito, constitue direito adquirido para o

§ 412

O direito patrio não autorisa a investigação da paternidade illegitima. (Clovis, cit. pag. 431, § 70 e Aubry et Rau, vol. VI, § 569). (152)

reconhecido. (Marcadé, tomo IV, art. 1035; Rogron, nota ao art. 970 do Cod. Civil Fr.; C. Seixas, Theoria das Acções de filiação illegitima, pag. 247). Este ultimo escriptor sustenta que o reconhecimento, mesmo feito em testamento, é irrevogavel e cita Accordãos da Relação do Porto de 23 de Abril de 1875 e 7 de Janeiro de 1874 (Revista n.º 492), firmando essas decisões:—que, quando um pae perfilhou um seu filho em testamento, embóra faça depois outro em que declare revogado o anterior, a perfilhação fica valida, não podendo retractar-se. Aubry et Rau, vol. VI, § 568 *quater*, pag. 182, dizem que o principio da irrevogabilidade e ir retractabilidade do reconhecimento por escriptura se applica ainda ao reconhecimento feito em um testamento por acto publico e diz que é verdade que as disposições testamentarias são revogaveis á vontade do testador; mas a revogação dellas não tira ao acto instrumentario que as contem o character de acto authenticico, não podendo exercer influencia alguma sobre a sorte do reconhecimento que nellas é feito, pois quanto ao reconhecimento dá-se a irrevogabilidade e não está elle em sua efficacia subordinado á morte do testador, e mencionam dessa opinião Dalloz, 2, 163, 1829 e 129, Duranton e Richefort; mas dizem elles, Merlin, Rep., verbs.—*filiation* n.º 7 e *testament*, secc. II § 6º, n.º 3, Demolombe, V. 455, sao de opinião contraria. T. de Freitas, nota 7ª ao art. 212 Lafayette, Dirs. de Familia, § 122, pag. 233 e nota 1.ª dizem que o reconhecimento por testamento, mesmo aberto publico, pôde ser revogado pelo testador a todo o tempo, pois *todos os actos ordenados para o tempo da morte, se podem mudar e revogar até á morte* (Ord. liv. 4º tit. 37, *princ.*) Vide Direito, vol. 6º, pag. 415. Perdigão Malheiro, Comment. á lei de 1847, questão 9ª, é de opinião contraria, que mesmo o reconhecimento feito por testamento cerrado é um titulo em favor do filho ahi reconhecido e que porisso adquiriu o seu estado e a habilitação para a successão e acompanha a opinião de que o reconhecimento, uma vez feito, não é uma doação ou liberalidade que possa ser aceita e retirada.

O Trib. de Justiça de S. Paulo, na appellação civil n.º 716 de São Carlos do Pinhal, appellante Antonia da Silva Telles e appellado Theophilo de Oliveira, sustentou em Accord os de 28 de Julho e 8 de Outubro de 1885, Gaz Juridica do Estado, vol. IX n.º 4, anno III, pags. 229 a 236, que o reconhecimento da filiação natural por escriptura publica é irrevogavel, somente podendo ser rescindida por meio de acção ordinaria, podendo o filho natural reconhecido ser desherdado, mas com causa legitima e provada pelo herdeiro que tem de substituil-o na successão. Vide Direito, vol. LXX, n.º 2, de 15 de Junho de 1896—pags. 206 a 226.

(152) O nosso direito não autorisa a investigação da paternidade illegitima, e a legislação franceza, arts. 339 e 340, bem como a ita-

§ 413

O filho natural, havido durante a viuvez, concorre com os legitimos preexistentes na successão paterna, desde que é legalmente reconhecido. (Perdigão Malheiro, Comm. á Lei de 1847, questão 19, pag. 55). (153)

liana, a hollandeza, belga e chilena e de outros paizes interdizem a investigação da paternidade illegitima. A nossa lei, como a franceza, exige o reconhecimento por provas certas e determinadas, não podendo supprir estas a prova testemunhal em acções e mesmo não podendo suppril-as a prova de posse de estado, e dá-se investigação de paternidade illegitima toda vez que o filho natural pretende estabelecer sua filiação de modo differente daquelle exigido pela lei como unico probatorio, isto é, o reconhecimento por acto authenticico. Comtudo, o filho, legalmente reconhecido, póde, se a sua identidade é contestada, estabelecer por testemunhas e mesmo por simples presumpções que elle é o individuo reconhecido como filho natural; mas, nesta hypothese, dizem Aubry et Rau, vol. 6º, pag. 190 e nota 3ª, não ha investigação de paternidade illegitima, pois o reconhecimento é constante e a questão versa somente em saber se o reconhecimento se refere áquelle que quer delle se prevalecer (Demolombe V. 484). A legislação franceza permite a investigação da paternidade no caso de rapto e a italiana tambem faz excepção do rapto e do estupro. O Cod. Civil Port. tolera a investigação da paternidade illegitima nos casos seguintes:—1º, existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade; 2º, achando-se o filho em posse do estado; 3º, havendo estupro e rapto, e coincidindo a epoca da concepção com a do facto criminoso Vide sobre direito comparado Clovis, pags. 431 a 445.

Vide sobre investigação de paternidade illegitima o Accordam do Sup. Trib. de Justiça Federal de 8 de Fev. de 1896—no Direito, vol. 70 nº 1, pag. 13 a 15 e sentença do juiz de direito do Belem, do Pará, no Direito, vol. LXVI nº 2, pags. 166 a 169.

(153) No Direito, vol. 56, nº 2, de 15 de Outubro de 1891, se lê a sentença do juiz de direito Hermogenes Socrates Tavares de Mello, confirmada por Accordam da Relação do Recife, de 27 de Setembro de 1889 e Sentença do Supremo Tribunal Federal, de 22 de Agosto de 1891, Rev. Cível, nº 20, da qual os seguintes considerando transcrevemos:

«E considerando que, no testamento de fs. 13 a 15, com o qual falleceu em 12 de Junho de 1872 o testador Antonio Augusto da Fonseca, reconheceu elle a seu filho natural Alfredo, havido no estado de viuvez:

Considerando que, não é contestado pela A., que Alfredo fosse tido por seu pae em estado de viuvez;

Considerando que o testador, pae da A. e de Alfredo, morreu em estado de viuvez de seu primeiro e unico casamento com a mãe da A., como é por ella confessado em seu libello a fs. 4;

§ 414

O reconhecimento do filho em testamento pôde ser revogado por outro posterior. (T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota 7^a ao art. 212, pag. 177; Lafayette, Dirs. de Familia, § 122, n^o II, pag. 233; Ord. liv. 4^o, tit. 37

Considerando que o filho natural nascido durante a viuvez do pae, sendo legalmente reconhecido por escriptura publica ou por testamento, durante a viuvez do pae, concorre á herança paterna com os filhos legítimos preexistentes, como concorrerão os filhos legítimos de um segundo casamento com os do primeiro e, não obstante, aquelles prejudicão a herança destes;

Considerando que, si os reconhecidos antes do casamento paterno podem herdar em concurso com os legítimos, havidos de casamento posterior, não ha razão para que não herdem os havidos durante a viuvez, em concurrencia com os legítimos preexistentes, quando nenhum impedimento para o casamento havia entre seus progenitores, e quando era impossivel e absurdo o exigir-se o reconhecimento por escriptura publica anterior ao casamento, na forma da letra do art. 2. da L. de 2 de Setembro de 1847, casamento que nunca houve, e que jámais poderia haver, como era impossivel moral, pois que Alfredo nasceu durante a viuvez de seu pae, que n'ella morreu reconhecendo o filho em testamento;

Considerando que, si ninguem pôde contestar que os filhos havidos durante a viuvez, e n'ella reconhecidos, concorrem com o legítimo de um segundo casamento, da mesma sorte concorrem com os preexistentes do primeiro casamento, pois que nenhum impedimento havia para o casamento no segundo caso, e onde ha a mesma razão deve haver a mesma disposição, o que não é o mesmo que o reconhecimento de filho havido antes do casamento, depois da dissolução deste, e antes de contrahir-se o segundo, porque, em todo o caso, os filhos nascerão antes do casamento e antes d'elle deverião ser reconhecidos; e comquanto o mesmo se não dê a respeito, ou em concurso com os filhos do segundo casamento, todavia não concorrem com estes, visto que, devendo herdar *in capita* como filhos, não o poderião fazer sem prejudicar os filhos legítimos do primeiro casamento, que herdão *in capita* com os legítimos do segundo casamento, diminuindo-lhes a herança de que são meeiros (Ramalho, *Proc. Orph.* § 15 not. 92);

Considerando que não é justo ampliar o art. 2^o da L. cit. a mais do que ella expressamente contém, *odiosa restringenda, benigna amplianda*, porque esta ampliação importaria graves prejuizos a todos os que nella não estão expressamente comprehendidos;

Considerando que os motivos de elaboração da Lei no seu cit. art. 2^o mostram que os filhos havidos na viuvez e durante ella legalmente reconhecidos, concorrem com os legítimos preexistentes e com os posteriores do casamento posterior, visto que a Lei não os excluiu expressamente, e nem teve em vista proteger o casamento e a le-

princ; aliter Perdigão Malheiro, Comment. á Lei de 1847, pag. 96; Sentença do Supremo Trib. de Justiça, de 18 de Novembro de 1874, Rev. n.º 8.595, Direito, vol. VI, n.º 3, pag. 415. (154)

gumidade dos filhos, mas evitar surpresas ás noivas e suas familias, pelo apparecimento de filhos naturaes do marido a concorrerem com os legitimos, quando ao tempo do casamento, noiva e familia ignorão sua existencia com os escandalos do reconhecimento por prova conjectural, e testemunhal (*Comment. cit.* pag. 3, not. 3), surpresas que na hypothese de filhos havidos na viuvez, e nella reconhecidos, não existem;

Considerando, que, tanto os filhos naturaes da viuvez uma vez reconhecidos concorrem com os legitimos preexistentes e posteriores á viuvez, que no Senado, por occasião da discussão do art. 2.º dessa lei os motivos que o determinarão forão evitar surpresas ás noivas e familias d'estas, motivos que não existem a respeito dos filhos naturaes havidos durante a viuvez, pois que o pae viuvo, pelo facto da morte de sua mulher, deve ter dado partilha a seus filhos legitimos, podendo dispor de sua metade enquanto vivo como lhe aprouver (*Comment. cit.* pag. 7 nota 14), cahindo assim a emenda apresentada pelo fallecido Marquez de Olinda, no sentido de serem comprehendidos no art. 2.º do projecto dessa lei citada os filhos havidos na viuvez, o que deixou certo que esses filhos não estavam comprehendidos na restricção do art. 2.º, e que, nem relativamente a elles era possivel escriptura de perfilhação anterior ao casamento, e por isto poderião ser legitimados por qualquer dos meios legais, escriptura publica ou testamento, uma vez reconhecidos em viuvez. (Vide o restante da sentença).—Teixeira de Freitas em contrario, na Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 962 e Testamentos e Successões, nota 422, opina em contrario, dizendo: « Si o art. 2.º da Lei de 1847 nega aos filhos naturaes não reconhecidos antes do casamento de seu pae o direito de concorrer á herança com os filhos legitimos, segue-se que não lhes aproveita para tal effeito o reconhecimento posterior ao casamento, quer na constancia deste, quer depois de sua dissolução pelo fallecimento da mulher. Ora, si o reconhecimento posterior ao casamento não aproveita para tal effeito nem aos filhos naturaes preexistentes, por maioria de razão não póde aproveitar aos filhos naturaes do tempo da viuvez. A legislação não tem razão para proteger os filhos naturaes em prejuizo dos filhos legitimos. Não ha paridade entre um reconhecimento de filhos naturaes não havendo filhos legitimos (reconhecimento facultado pelo art. 2.º da Lei), e o que faz havendo já filhos legitimos. Si é livre ao pai legitimar seus filhos naturaes do tempo da viuvez, casando com a mãe desses filhos; tambem é possivel o casamento com a mãe dos filhos naturaes havidos antes de um primeiro casamento, depois da dissolução deste, e não obstante terem ficado filhos legitimos.»

(154) Um tal reconhecimento, diz Lafayette, póde ser revogado pelo testador a todo o tempo, pois *todos os actos* que são ordenados

§ 415

A prova da filiação natural paterna não pôde ser feita por testemunhas, não valendo o reconhecimento feito verbalmente ou em escriptos particulares, como em cartas e livros de assentos de familia e actualmente de-

para o tempo da morte, se podem *mudar e revogar* até a morte, como diz a Ord. liv. 4, tit. 37, *princ.* Cunha Soares, Theoria das Acções de filiação illegitima, pag. 247, sustenta que o reconhecimento por testamento é irrevogavel, citando Accordãos da Relação do Porto de 23 de Abril de 1873 e 7 de Janeiro de 1874, dizendo que não pôde retractar-se a legitimação, que uma vez feita é valida até sentença que a rescinda ou annulle. Aubry et Rau são da mesma opinião, dizendo: «O reconhecimento, validamente feito, é por si irrevogavel; não pôde ser retractado pela pessoa que o faz, ainda que não tenha sido aceito por aquelle em cujo proveito se fez, quer seja feito por escriptura publica, quer em um testamento por acto publico; o reconhecimento não fica destruido pela revogação do testamento que o contem. As disposições testamentarias, dizem elles, são com effeito revogaveis á vontade pelo testador; mas sua revogação não tira ao acto instrumentario que contem o reconhecimento seu character de authentico e não pôde desde então exercer nenhuma influencia sobre a sorte do reconhecimento que nelle está exarado, pois que este é essencialmente irrevogavel e não constitue, bem que contido em um testamento, uma verdadeira disposição testamentaria, isto é, uma disposição cuja efficacia esteja subordinada á morte do testador.» Citam elles Rolland de Villargues, Magnin, Duranton, III, 219; Richefort; Dalloz, 1829, 2, 163; mas dizendo que Loiseau e Merlin são de opinião contraria, o ultimo no Repert. *vb. Filiation*, nº 7 e *vb. Testament*, secc. II, § 6º, nº 3. Que Demolombe tambem opina em contrario, vol. V, pag. 455 e que este escriptor sustenta o grave erro de dizer que o testamento é um simples projecto, quando assim não se pôde entender desde que o testador para destruil-o é preciso revogal-o; e, si o testador tem o arbitrio para revogar as disposições do testamento revogaveis por sua natureza, como expressão de sua ultima vontade, não é razão para se dizer que goze da mesma faculdade respectivamente á declaração actual de um facto anterior de paternidade ou maternidade. Vide Aubry et Rau, vol. VI, § 568 *quater*, pag. 182, nota 2. Em França não se permite o reconhecimento feito por testamento olographo (particular escripto, assignado e datado pelo testador) ou cerrado; só por testamento publico aberto. Entre nós todo e qualquer testamento é meio de reconhecimento, a lei de 1847 não distingue; a expressão testamento abrange até o nuncupativo e o codicillo. (Perd. Malheiro, Comm. á Lei de 1847, questão 8.^a, pag. 32). O testamento posterior não pôde revogar o reconhecimento do filho natural feito por escriptura publica (Direito, vol. 12, pags. 720 a 724).

pois de 24 de Maio de 1890 em assentos de baptismo e casamentos celebrados religiosamente. (Lafayette, Dirs. de Fam., § 122, pag. 231). (155)

§ 416

Provam o reconhecimento da filiação paterna natural os assentos dos livros do registro civil contendo a decla-

(155) Prova o reconhecimento se o pae em uma escriptura de doação ou dote, ou esponsaes, enuncia ser alguém seu filho. (Direito, vol. de 15 de Fevereiro de 1876, pags. 300 a 301 e Gaz. Juridica, vol. X, pag. 342). Si alguém concede poderes para que se lavre escriptura de reconhecimento de alguém como seu filho, o tem ipso facto reconhecido? Aubry et Rau dizem que a procuração para reconhecer não é ainda reconhecimento e a procuração, sempre revogavel, o pode ser até que se passe a escriptura. (Vol. VI, pag. 183 ao § 568 *quater* e vide pags. 168 e 169 e pags. 170 e 171. Que não vale para o effeito do reconhecimento por escriptura publica a procuração que o pai dá para lavrar-se a escriptura publica de reconhecimento, si esta não foi effectivamente lavrada, assim foi julgado na Rev. Cível, nº 10, 583, por Accordas da Relação do Rio de 16 de Julho de 1886 e do Supr. Trib. de Justiça no Direito, vol. 43, nº 2, pags. 143 a 232). Sendo hoje o reconhecimento feito por qualquer modo authenticico bastando ser em termos enunciativos e não dispositivos, poderá a procuração por *instrumento publico* conferindo poderes para reconhecer não importar um reconhecimento expresso, si já não está feito o reconhecimento; poderá perder o effeito, se por morte do pae, não se lavrar a escriptura, não tendo elle revogado antes a procuração? Esta questão offerece duvida grave e parece-me que a solução devia ser favoravel ao filho, assim declarado em um instrumento publico, em acto authenticico, não se tendo realizado o acto da escriptura que no caso não passaria de uma confirmação da paternidade já declarada.—Que não se reputa equivalente a uma perfilhação feita pelo pae em auto publico a simples referencia á filiação natural paterna em um alvará judicial de licença para casamento, como egualmente a declaração feita verbal do pai requerendo o alvará ser alguém seu filho, assim o julgou o Supremo Trib. Federal por Accordão de 8 de Fevereiro de 1896, appellação cível nº 141, Direito, vol. LXXX nº 1, pag. 13. Desse Accordam parece se inferir citando a lei nº 463 de 2 de Setembro de 1847, que o primeiro tribunal do paiz não admite os modos ampliativos da lei nº 181, de 1890, inclinando-se á opinião de C. Bevilaqua, Direito da Familia, pags. 420 e 422, notas 39 e 41. Feito o reconhecimento em um escripto particular pôde-se citar o pae para vir declarar ser seus a letra, firma e reconhecimento? Entendo que não, o reconhecimento é acto voluntario do pae e pôde fazel-o por *confissão espontanea* e não provocada (Art. 7 § 1 da Lei nº 181, de 1890).

ração da filiação feita pelos pais e mesmo as certidões de baptismo extrahidas dos livros ecclesiasticos, na forma do art. 7º § 1 da Lei de 24 de Janeiro de 1890, nº 181, com referencia ao art. 50. (156)

(156) Grande e porfiada disputa havia quanto ao reconhecimento da filiação por assentos de baptismo, mesmo com a declaração dos pais e assistencia de duas testemunhas, divergindo as opiniões dos advogados, jurisconsultos e juizes. T. de Freitas opinava que não produzia effeitos para successão o reconhecimento eito em assentos de baptismos, de modo diverso entendiam Perdigão Malheiro e Saldanha Marinho, dizendo o primeiro que não reconhecia nos assentos de baptismo, lavrados nos livros ecclesiasticos, as escripturas publicas de que falla a lei de 1847, posto que pertencessem á classe dos instrumentos, quando a lei exigia uma determinada especie de instrumento, sendo diversos o acto do reconhecimento paterno, o assento do baptismo e registro do casamento. Elle, porém, na nota 7ª ao art. 212 da Consolid. das L. L. Civis, reconhece que os assentos dos registros civis de baptismo contêm tudo quanto intrinseca e extrinsecamente se exige para a escriptura publica. Quem percorre os numeros das revistas forenses constantemente encontra arestos e a maioria negando aos assentos de baptismo a força de escriptura publica quanto a prôva da paternidade natural. Reproduzimos os seguintes pareceres de notaveis advogados do fóro do districto federal relativamente á appellação civil, nº 89, appellantes D. Carolina Francisca da Silva Guimarães D. Alice Vieira Guimarães e Adolpho Ribeiro Pinheiro e appellados Rufino José da Cunha e sua mulher, publicados no Jornal do Commercio.

Consulta

Maria, nascida em Outubro de 1848, foi baptizada em 14 de Janeiro de 1849 como filha natural de Pedro, que assignou o assentamento de baptismo, juntamente com duas testemunhas.

Pedro casou-se em 11 de Junho de 1859, e no dia 18 desse mez e anno fez lavrar uma escriptura publica, em que reconhece por sua filha natural Maria, a que refere-se o assentamento de baptismo, em que sua mulher declara approvar o reconhecimento.

De seu consorcio Pedro teve filhos; e ao fallecer, intestado, em Novembro de 1889, existia uma filha, que ainda vive.

Pergunta-se :

1.º) Maria pôde concorrer á herança de Pedro com a filha legitima deste?

2.º) O assentamento de baptismo referido equivale á escriptura publica, anterior ao casamento, exigida pelo art. 2º da lei de 2 de Setembro de 1847?

3.º) A escriptura publica, de 18 de Junho de 1859, posterior ao casamento de Pedro, pôde ratificar o assentamento de baptismo alludido, para dar a este o caracter de escriptura publica tambem,

e sob fundamento de que, lavrada antes do nascimento da filha legitima, a esta não prejudica a dita escriptura?

Respostas:

Respondo negativamente. Os argumentos de T. de Freitas (Cons. not. 7 ao art. 212) contra Perdigão Malheiro (commentario á lei de 2 de Setembro pag. 17) são decisivos.

O assento de baptismo é instrumento publico, mas não escriptura publica.

Os livros ecclesiasticos provão sómente os baptismos, casamentos e obitos, e não differente objecto (Pereira e Souza not. 464—1.^{as} linhas).

Os tribunaes têm variado de decisão.

A escriptura publica de 18 de Junho de 1859, a que se refere a exposição por ter sido feita posteriormente ao casamento, *prova a filiação natural, mas não para o effeito da successão hereditaria.*

E' este o meu parecer, s. m. j.,

O advogado,

CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO,

Rio, 1.^o de Agosto de 1891.

Respondo aos quesitos propostos pela fórma seguinte:

Ao 1.^o não, porque Maria não foi reconhecida por escriptura ou testamento, meios de prova da filiação natural exigidos pelo art. 2 da lei de 2 de Setembro de 1847, prescrevendo todos os mais, e assim não pôde concorrer com a filha legitima em detrimento desta, como quasi sem vacillar tem confirmado a jurisprudencia dos nossos tribunaes, ainda nos casos de filhos nascidos antes da lei, e *a fortiori* para os dos nascidos sob o regimen daquella disposição, sómente modificada pelo Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890. Este decreto, porém, constitue direito novo, e não pôde ser invocado para regular successão aberta em Novembro de 1889, que deve reger-se pela lei em vigor ao tempo em que se abriu a successão—Assento n. 295 de Abril de 1772, o que tambem é a regra determinante para a cobrança do imposto de transmissão causa mortis. (Av. n. 136 de 24 de Março de 1860. Ord. n. 647 de 3 de Dezembro de 1879 e n. 65 de 15 de Março de 1884.)

Ao 2.^o não, porque o assento de baptismo não equivale á escriptura publica, cujos caracteristicos são outros, e embora especie de instrumento publico, destinado a fim espirital, não substitue aquelle, porque a lei exigio escriptura publica, e não outros instrumentos, ou equivalentes.

Ao 3.^o não; a escriptura de 18 de Junho de 1859, posterior ao casamento de Pedro, não ratifica o assento de baptismo, porque o consentimento dado depois da celebração do acto, o que em direito chama-se ratificação, produz os mesmos effeitos que o consentimento precedente, Coelho da Rocha 99, e este era nullo, como dissemos, por contrario a lei, e sem effeitos civis.

Não obsta que tal escriptura tenha sido lavrada antes do nascimento da filha legitima, porque o art. 2.^o da lei citada veda na hypothese a concorrência da filha natural á herança, e, embora pudesse provar a filiação natural, não conferia a successão hereditaria, T. de Freitas, not. 7 ao art. 212, pois o reconhecimento nullo não gera direito, é como se não existisse, e a successão defere-se pela ordem da vocação, opera-se a transmissão legal, desde a morte do *de cujus* sem solução de continuidade, dependendo desse momento a qualidade e capacidade dos que devem receber o direito que se constitue.

Salvo melhor juizo, é este o meu parecer.

Rio, 7 de Agosto de 1891.—O advogado, *Frederico de Almeida Rego*.

Respondo:

Ao 1.^o quesito:—Não, porque Maria foi reconhecida por escriptura publica na constancia de matrimonio de Pedro, quando pelo art. 2.^o da lei de 2 de Setembro de 1847, o reconhecimento devera preceder, para que pudesse ella concorrer á herança paterna com a filha legitima.

Ao 2.^o:—Não, porque, embora o assento de baptismo e a escriptura publica sejam instrumentos publicos, constituem especies diversas, como diversas são pela sua indole e forma; e a lei é taxativa, Consolid. not. no art. 212, Lafayette, Direito, 1874, vol. 4.^o, pags. 633.

Ao 3.^o:—Não:

1.^o) Porque, em these, e sob o ponto de vista do reconhecimento, o assento do baptismo nada exprime, e o *nada* não é susceptivel de ratificação.

2.^o) Porque, na hypothese, e sob o ponto de vista de direito hereditario, o assento inefficaz e a escriptura tardia, isolados ou combinados, nenhum effeito produzem.

3.^o) Porque o indistincto preceito do art. 2.^o ollia ao tempo da morte do pai, em que se abre a successão e não ao do nascimento dos filhos legitimos.

Em vão a mulher de Pedro approvou o reconhecimento, porque não lhe era dado frustrar os direitos da prole.

Nem pôde aproveitar a Maria o argumento do art. 7 § 1 e art. 8 do decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, porque Pedro falleceu em 1889, e rege a lei do tempo em que foi aberta a successão e definido irrevogavelmente o direito da filha legitima.

Rio, 30 de Julho de 1891.—*Dr. João Antonio de Souza Ribeiro*.

Vide artigo de doutrina do Conselheiro Lafayette, no vol. V, nº 6.^o, anno II, do Direito, pags. 633 a 650, respondendo ao Conselheiro Saldanha Marinho que no jornal Republica escreveu diversos artigos sustentando que o assento de baptismo lavrado pelo Parocho e *assignado pelo pae e duas testemunhas*, reconhecendo o filho natural, valia para a successão como se fora escriptura publica. O Sr. Conselheiro Lafayette combate essa opinião, nesse artigo diz: «O reconhecimento da filiação natural do registro civil produz os mesmos

§ 417

A habilitação e reconhecimento de filhos naturaes pódem ser feitos, com todos os effeitos, por um accordo e transacção entre herdeiros. (Accordam da Relação de Porto Alegre, de 11 de Dezembro de 1877, no Direito, vol. XV, pag. 462). (157)

enentos que por escriptura publica, porque o registro é um acto authenticico diante da lei civil e o official que toma a declaração do pae tem competencia dada pela lei para fazel-o». Sobre os reconhecimentos por assentos de baptismo nos livros ecclesiasticos, vide Accs. da Relação do Rio, de 22 de Outubro de 1872 e 29 de Julho de 1873, nos autos de appellação n^o 13,932, appellantes a Viscondessa do Rio Preto e outros, appellado Pedro Nolasco da Costa, pag. 352; Acc. da Côrte de Appellação, de 26 de Outubro de 1891, nos autos de appellação civil, n^o 87; Direito, vol. 57, n^o 1, pags. 50 a 56; vol. II, pag. 352; vol. IV, pag. 284; vol. V, pag. 98; vols. X, pag. 437; XVI, pag. 439 e XL, pags. 61 e 140, Rev. n^o 10.431, recorrente Joaquim Feliciano Gomes e recorridos a Viscondessa de Jaguaray e outros; Gaz. Juridica, vol. XIII, auno IV, pags. 5 a 49, publicando o memorial do illustrado advogado Conselheiro Duarte de Azevedo, na revista civil, recorrente Dona Eliziarria Maria de Freitas Guimarães e recorridos Manoel Antonio Antunes e mulher. No citado volume se vê publicado, á fs. 104, o Accordão Revisor da extincta Relação de S. Paulo, de 11 de Julho de 1876, censurado pelo redactor da Gaz. Juridica e por Martinho Garcez, em sua obra: Nullidades dos Actos Juridicos. Hoje os assentos de baptismo e casamento no religioso depois de 24 de Maio de 1890 não podem servir de prôva de reconhecimento dos filhos naturaes, pois perante a lei civil não têm authenticidade (Aubry et Rau, vol. VI, pag. 165, nota 3 ao 568) Sobre o reconhecimento no registro civil—vide

(157) Neste caso não se deve discutir mais o reconhecimento que ficou prejudicado com o accordo, sendo licito a cada um renunciar os seus direitos, restando somente cumprir-se o accordo, fazendo-se a partilha. A hypothese, a que se refere o Accordam, era a de successão de um filho natural não reconhecido, mas com o qual os outros herdeiros estipularam por escriptura celebrada em paiz estrangeiro partilhar bens existentes na Republica (então Imperio). Que os filhos legitimos possam reconhecer seu irmão natural e renunciar em seu beneficio uma quôta da herança, sustenta T. de Freitas, nota 7^a ao art. 212 da Consolid. das L. L. Civis. Os herdeiros não pódem por confissão propria reconhecer como irmão o filho natural de seu pai, porque o acto do reconhecimento é pessoal; mas havendo a confissão pôde produzir a renuncia de herança ou doação de parte della (T. de Freitas, Consolid., nota ao art. 212 e Rebouças, Observ., pag. 65 e Perd. Malheiro, Comment. á Lei de 1847, pags. 22 a 25 e 31).

§ 418

A maternidade dos filhos naturaes prova-se:

- 1.º pela certidão de baptismo;
- 2.º pela posse do estado;
- 3.º por testemunhas e em geral por todo e qualquer genero de próvas admittidas em Direito.

(Lafayette, Dirs. de Familia, § 121 e nótas). (158)

(158) Ainda que não reconhecidos por sua mãe natural, nem por testamento nem por escriptura publica, succedem-n'a *ab intestato*, ou sós ou com outros irmãos legitimos, mostrando a maternidade por certidões de baptismo, assentos de nascimento, quasi—posse de estado, por testemunhas e por todo e qualquer genero de próvas. (Ramalho, Instit. Orph., § 16; Accordam do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 3 de Outubro de 1893, na Gaz. Juridica do Estado, anno II, vol. V, pag. 266. A lei de 2 de Setembro de 1847 que exige o reconhecimento paterno como prova da filiação natural, é só applicavel a paternidade e não á maternidade, não só porque a lei usa dos palavras Pai e herança paterna e não falla de Mãe ou herança materna, como pela razão e natureza das cousas, porque a maternidade é certa (*mater est semper certa*), por serem a gravidez, o parto, factos materiaes que facilmente se pôdem provar e a paternidade incerta por ser a concepção um acto secreto da natureza, de muito difficil prova. Essas são as disposições e espirito do Código Civil Francez, de onde foi tirada a lei referida, prohibindo no art. 340 a demanda da paternidade e permitindo no art. 341 a demanda da maternidade, podendo o filho natural propor contra os irmãos acção de filiação materna e petição de herança. A acção de filiação materna e petição de herança pôde ser intentada não só pelo filho natural, como por seus herdeiros e por todos quantos tiverem direitos a fazer valer por via della. O filho natural, cuja maternidade não é duvidosa, ou por constar de assentamentos do do baptismo, registro civil, ou por ser notoria, é mantido na posse do estado em quanto o contrario não fôr declarado em juizo por sentença passada em julgado; quando é duvidosa ou é contestada, ao filho compete acção para se fazer reconhecer. (Lafayette, Dirs. de Familia, § 121 e nótas). Os filhos naturaes, independentemente de reconhecimento e pela simples constatação de sua filiação baseada na certidão de baptismo ou do registro civil podem concorrer á successão materna com os filhos legitimos (Prov. de 23 de Fevereiro de 1848). Quando, porém, os macula a nota de espuriedade, isto é, quando são adulterinos ou incestuosos, succedem aos parentes maternos (Ord. liv. 4, tit. 93); mas não succedem ás mães, salvo se o adulterino é oriundo de mulher solteira com homem casado, cujo direito á successão materna é inconcusso (C. da Rocha, § 340, Clovis Bevilaqua, cit., pag. 419, nota 37.); mas Vallasco, Consulta 29 nº 2 e Pegas, Quest. For., cap. 128 nº 12 e com elle os citados C.

§ 419

Os filhos succedem *per capita*, os netos e mais descendentes *per stirpes*, ou concorram sós ou com tios vivos. (Teixeira de Freitas, Consolid., nota 2.^a ao art. 960; Ramalho, Instit. Orph., § 20. (159)

da Rocha e Vallasco fazem uma limitação da generalidade da Ord. liv. 4 tit. 93, que não é permittida, sendo de notar que Vallasco mudou de opinião. (Ramalho, cit., pag. 34).

(159) Os netos e todos os mais descendentes *in infinitum* succedem *in stirpes*, representando seus pais fallecidos. Si concorrem filhos e netos, estes, qualquer que seja seu numero, recebem repartidamente a parte que tocara a seus pais predefunctos, se vivos fossem estes; porque não succedem por direito proprio, como os filhos do morto, si não representando os pais defunctos. Si concorrem nétos e bisnetos, os primeiros recebem a parte que tocara ao filho que representam e os segundos a que tocara ao neto. Mello Freire, liv. 3.^o, tit. 8 § 5.^o, diz: «Os filhos succedem *per capita* — *secundum eorum numerum hoereditas viritim dividitur*; os nétos *per stirpes* por direito de representação, isto é, substituem os paes premortos e recebem todos a quota delles; e succedem *sive soli sint* (só existam nétos), *sive cum filiis concurrunt et semper per stirpes, quamvis soli ex descendantibus supersint*. Mello Freire, na nota, diz: Justiniano, na Novella 118, cap. 1, não decidio a questão *si quando só existem netos deve ser a successão in capita ou stirpes*, dahi a controversia dos Doutores; mas diz Mello Freire a mais verdadeira opinião é daquelles que sustentam que, não havendo filhos e só netos, não se deve partilhar os bens *per capita*, fazendo-se tantos quinhões quantos os netos, pois estes succedem *non jure proprio* e sim representando os pais mortos no inventario dos bens do avô. Coelho da Rocha, § 338 segue a opinião de Mello Freire que se deve formar ramos conforme os ascendentes predefunctos e em cujo logar succedem os netos e distribuir em cada um dos ramos a parte que tocara a esse predefuncto e diz que os filhos succedem *in capita*; porém os outros descendentes mais remotos succedem *in stirpes* ou concorram com os filhos ou sós (C. Telles, Dig. Port., tomo II, art. 873). Esta questão se agitou no inventario do finado Marquez de Tres Rios na capital e o Tribunal de Justiça de S. Paulo, na appellação nº 426, por Accordam de 30 de Novembro de 1894 decidio que, tendo logar a representação na linha descendente *in infinitum*, os netos succedem sempre *in stirpes*, quer sejam sós, quer em concurso com os tios. O Accordam cita a Novella 118, cap. 1 *ibi quantumcumque sint quantum eorum parens si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas*; Arts. do Cod. Civil Fr., 740 e 730 do Cod. Civil Italiano e B. Lacantinerie, Précis de Droit Civil, pags. 46 e 47; Aubry et Rau, pag. 314; Mourlon, Cod. Civil, pags. 46 e 47, vols. 2, 6 e 2 das obras citadas. (Gaz. Juridica do Estado,

§ 420

O pae e mãe não succedem aos filhos adulterinos, ou incestuosos; e, como o direito de successão é reciproco, não pôdem tambem esses filhos succeder ao pae e mãe. (Ord. liv. 4^o, tit. 93; Novella 89, Cap. ultimo). (160)

vol. 7^o, anno III, de Janeiro de 1895, pags. 18 e 19). A praxe é invariavel a respeito, mas a legislação é omissa a vendo-se unicamente na Ord. liv. 4 tit. 91 § 2 a hypothese da concurrencia do neto na successão do tio morto com o tio vivo, e assim presuppondo-se o direito de representação; mas se o negando *quando só existem netos*. Esta Ordenação liv. 4 tit. 91 § 2 não trata da representação, diz Ramalho e nem da successão *ab intestado*, senão dos bens que pertencem aos filhos do primeiro matrimonio pela disposição da lei, e a representação assim a respeito dos ascendentes, bem com dos collateraes, somente foi concedida na successão hereditaria. Não offerece a citada ordenação argumento em contrario á opinião recebida. (T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 960 § 2 e Test., pag. 358 e Ramalho, Proc. Orph., nota 137 ao § 22, pag. 45). Na ordem dos descendentes succedem os filhos legitimos e illegitimos successiveis; e, na falta dos filhos, succedem os netos ou outros descendentes, comprehendendo tambem os netos illegitimos successiveis. Assim succedem: a), o neto que é filho legitimo, sendo seu pai natural reconhecido legalmente; b), néto que é filho natural reconhecido, nos termos da lei, sendo seu pai filho illegitimo; c), néto que é filho natural, reconhecido nos termos da lei, sendo seu pai tambem filho natural reconhecido. Em todos os casos os netos illegitimos podem succeder a seu avô. Não podem em qualquer destes casos os netos illegitimos a seu avô, si, sendo naturaes, ou sendo seu pai filho natural, faltar o reconhecimento paterno (Perd. Malheiro, Comm. á lei de 1847, questão 17). Em nada aproveita o reconhecimento do avô, pois o reconhecimento da filiação paterna só pôde provir do pai (T. de Freitas, nota ao art. 961, Consolid.)

(160) Os filhos adulterinos são *ex conjugato et ex soluta* (de casado e solteira); *ex soluto et conjugata* (de solteiro e casada); *ex conjugato et conjugata* (ambos casados). Guerr., Trat. II, liv. I, cap. VI, n^o 107). O direito romano e o canonico os declaravam inhabeis totalmente para herdarem cousa alguma de seus pais a titulo de ultima vontade quer morressem os pais com testamento, quer *ab intestato*. As nossas ordenações só admittem os filhos naturaes á successão, filhos *ex soluto et ex soluta* (de solteiros) (Ord. liv. 4 tit. 92. T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, art. 971 e nota). A razão em que todos os direitos, romano, canonico e portuguez, se fundaram para inhabilitarem assim aos pais para herdarem dos filhos espurios como aos filhos naturaes para herdarem dos pais, foi o detestavel do coito, de que semelhantes filhos são gerados; e afim de

os obviar determinaram assim para que os pais, na consideração de que não podiam tratar como filhos aos que assim tivessem, evitassem occasiões de os gerar. Hoje os filhos adulterinos não pódem succeder *ab intestato* ou por testamento havendo herdeiros necessarios. Em falta de herdeiros necessarios podem os pais instituir em testamento herdeiros os adulterinos como quaesquer terceiros estranhos. Têm direito, porém, a alimentos. (Assento de 9 de Abril de 1772 § 3º, Ord. liv. 1º, tit. 88 § 11). Succedem reciprocamente aos irmãos e mais parentes por parte de mãe (Ord. liv. 4º, tit 93); não succedem aos irmãos e tios por parte dos pais, mas succedem aos outros parentes maternos. Os netos espurios de uma filha predefuncta succedem aos avós maternos com os mais netos ou sem elles? Portugal, de donat., liv. III, cap. 18, nos. 86 e 87; Leyva, Proc. Orph., pag. 85, § 46, sustentam opinião affirmativa. Teixeira de Freitas, Consolid. das L. L. Civis nota ao art. 972, diz:—Os irmãos illegítimos de coito reprovado não podem succeder *ab intestato* aos collateraes pela linha paterna; mas, diz elle, os commentadores da Ord., liv. 4º, tit. 93, como Lobão, Not. a Mello, Livro III, Tit. 8º, § 5º, nº 2 e Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 340, a invocão para opinar que os filhos de coito damnado que não succedem a mãe, succedem aos avós maternos; do mesmo modo que os netos legitimos filhos de filha de coito damnado. Elles fundam-se nestas palavras da cit. Ord.—e assim poderão succeder a quaesquer outros parentes por parte de sua mãe: mas que erronea é essa intelligencia, pois a Ordenação faz receber claramente que só refere-se a parentes collateraes por parte de mãe, quando diz:—*assim que os irmãos e outros devidos ulleriores possam entre si succeder ab intestato*. Os filhos de coito damnado, e o filho de filha de coito damnado, não podem succeder a seu avô materno pois não representam a mãe. Não será, porém, um caso excepcional em que a lei, prescindindo da representaçã da mãe, permite a successão á avô materna, e assim devendo ser acceitas as opiniões em contrario referidas? *Tu cogita*. Os filhos adulterinos não podem ser chamados á successão dos pais, mesmo não havendo herdeiros necessarios, quando sejam reconhecidos por escriptura publica, pois a lei de 2de Setembro de 1847 refere-se aos filhos naturaes propriamente ditos (*ex soluto et ex soluta*), e não aos espurios. Estes podem ser instituidos em testamento na forma da Resoluçã de 11 de Agosto de 1831, não havendo herdeiros necessarios; não sendo a escriptura publica de perfilhação o meio para os filhos espurios herdarem dos pais intestados (Accordam do Supremo Trib. de Justiça, de 9 de Setembro de 1874, na Revista Cível, nº 8553, de 1º de Agosto de 1868 e Acc. Revisor da Relaçã do Rio de 17 de Maio de 1870, na Rev. nº 7.226, em contrario ao Accordã da Relaçã do Rio, de 26 de Março de 1874). Transcrevemos os Accordãos que se vê no Direito, vol. V, de 15 de Dezembro de 1874, pags. 602 a 608, referindo-se as decisões ao caso de filho sacrilego que não o temos, mas referindo-se á doutrina applicavel aos mais espurios. A instituiçã feita como de estranhos não é reconhecimento de filhos (Lafayette, Dirs. de Fam., § 126, nota b).

§ 421

Instituído um filho espurio em testamento, havendo herdeiros necessários, deve ser tido o testamento como nullo, salvo a terça que o testador póde livremente dispôr. (Vide sentença no Direito, vol. 58 n° 2, pags. 225 e 226).

§ 422

Os filhos adulterinos e incestuosos não podem ser legitimados por seguinte matrimonio (Ord. liv. 2º, tit. 35, § 12; Lafayette, Dirs. de Fam., § 109 e nota XI *in fine*; Pothier, vol. 9, n° 120 e 166; Aubry et Rau, VI, 542, pag. 70, § 567, pag. 156; § 546, pag. 66 e § 568, pag. 172 Cod. Civil Fr., art. 331; Cod. Civil Italiano, arts. 180

ACCORDÃO

Accordão em Relação etc. Confirmação a sentença appellada de fls. 25 v. por conforme a Direito e á prova dos autos, e por serem improcedentes os dous unicos fundamentos addusidos na impugnação a fls. 33 v. em que se pede a reforma da mesma sentença.

Não procede o 1º fundamento da citada impugnação a fls. 33 porque pela escriptura de filiação a fs. 6 ficou estabelecida a presumpção legal de não ter o outorgante Padre João Caetano da Costa Faria ascendentes ou descendentes que por força do Direito regulador deversem ser seus herdeiros, caso em que por certo não faria elle a instituição do herdeiro declarado na mesma escriptura; e é claro que o julgado pela sentença appellada de fls. 25 v. sómente póde e deve ser entendido sem offensa dos direitos de quaesquer terceiros herdeiros necessários do outorgante da escriptura a fls. 6.

Não procede o 2º fundamento, por que ha manifesto erro de apreciação quanto a insuficiencia da prova feita pela escriptura a fls. 6, visto como a Lei de 11 de Agosto de 1831, na parte em que não admite outra prova da filiação senão o testamento, foi fóra de toda a questão ampliada pela Lei de 2 de Setembro de 1847, que por expressa disposição no art. 3º confere a mesma força probatoria tanto á escriptura publica, como ao testamento, declarando serem estes os dous unicos meios de se fazer a prova da filiação.

E nem para determinar o julgamento em contrario, pôde ser aceito o argumento tirado da distincção, que não se encontra na Lei de 11 de Agosto de 1831, de filhos de coito damnado e filhos naturaes.

A citada Lei, declarando successiveis os filhos illegitimos de qualquer especie, quando instituidos herdeiros por seus pais nas condições que menciona, comprehendeu tambem os filhos naturaes, uma das especies do genero filhos illegitimos.

E é por demais patente que a Lei de 2 Setembro de 1847 entendida como deve sel-o, no seu sentido obvio e natural, creou um novo regimen, diverso da Lei de 11 de Agosto de 1831, para a prova da filiação, declarando por expressa disposição que esta pôde ser feita por escriptura publica, ou por testamento.

Na hypothese dos autos, o julgamento em contrario se apartaria de todo o principio de equidade, constituindo o verdadeiro caso do *summum jus, summa injuria*.

Por estes fundamentos, e o mais dos autos, confirmando a sentença appellada de fls. 25 v., julgam o menor habilitando João Caetano da Costa Faria pela escriptura a fls. 6 habilitado herdeiro e successor de seu pai, o finado Padre João Caetano da Costa Faria, salvos, porém, os direitos de quaesquer terceiros herdeiros necessarios do mesmo Padre; e pague o menor Appellado as custas ex causa, Rio, 10 de Março de 1874.—*F. P. Monteiro*, Presidente Interino.—*J. P. Lisboa, Azevedo*, vencido—*Sayão Lobato*.—Presente, e peço vista de embargos.—Rio de Janeiro, 26 de Março de 1874.—*Silveira*.

O Sr. Dezembargador Procurador da Corôa oppoz embargos a esse Accordão, os quaes afinal foram despresados sob os mesmos fundamentos; mas, usando ulteriormente do recurso de revista, obteve o seguinte provimento:

Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista civil entre partes Recorrente a Fazenda Nacional e Recorrido João Caetano da Costa Faria: concedem a revista pedida por nullidade dos Accordãos de que fôra interposta.

Porquanto esses Accordãos, julgando o recorrido habilitado para succeder a seu pai o Padre João Caetano da Costa Faria com o fundamento da escriptura fls. 6, em que o finado declara ser o Recorrido seu filho, e como tal seu herdeiro, tem contrariado as disposições de direito, tanto da legislação antiga, Ord. L. 4.^o Tit. 93, entendida pelo Decreto de 11 de Agosto de 1831, como da Lei de 2 de Setembro de 1847, visto que daquella só se deprehende que o Clerigo pôde, na falta de herdeiros necessarios instituir por testamento seu herdeiro o filho sacrilego, sem comtudo investil-o da faculdade de chamar esse filho á sua successão, e equiparal-o assim aos filhos naturaes.

Tambem não soccorre aos mesmos Accordãos a Lei de 2 de Setembro de 1847, porque esta Lei teve por fim fixar o meio de prova nos casos de filiação natural, isto é o testamento ou escriptura

publica, e nivelar a condicção dos filhos naturaes de nobres e plebeos quanto a successão reconhecida pela Ord. L. 4.^o Tit. 92 com distincção.

Não reconhecendo por tanto uma e outra legislação no Padre o direito de legitimar seus filhos para herdar-lhe, é consequente terem os Accordãos recorridos violado as leis citadas, e serem por isso dignos de revisão.

Remettam-se os autos á Relação de Ouro Preto que designam para serem novamente julgados. Rio de Janeiro, 9 de Setembro de 1874. Brito, P. — Barão de Montserrat. — Maviani. — Simões da Silva. — Léo. — Cerqueira. — Barbosa. — Valdetaro. — Villares. Relator o Sr. Ministro Cerqueira, Revisores os Srs. Ministros Barboza e Villares.

Já em 1868 era essa a jurisprudencia dos tribunaes como se vê das seguintes decisões:

REVISTA N. 7226

SENTENÇA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, expostos e relatados estes autos de revista civil, entre partes recorrente a Fazenda Nacional e recorridos Luiz Antonio do Valle e sua mulher, concedem a revista pedida por injustiça notoria e consequente nullidade dos Accordãos de fls. 99 v. e 114 v., que confirmando a sentença de fl. 73 v., julgaram a recorrida Carlota Borges de Oliveira, habilitada, em vista da escriptura publica de fl. 56 v., para succeder como filha do padre José Borges de Oliveira, nos bens, que este, fallecido sem testamento, deixara na Villa do Remaço do Pilão Arcado, undando-se os mesmos Accordãos em que, igualando para os efeitos de direito o decreto de 11 de Agosto de 1831 todos os filhos classificados na Ord. L. 4.^o tit. 93 debaixo da classificação unica de illegitimos, e declarando que nem a citada Ord., nem nenhuma outra lei inhibia, que a successão dos referidos filhos se estabelecesse por testamento, era claro, que não obstante a origem, confundidos por uma só denominação eram todos habeis para succeder, quando não houvessem herdeiros necessarios, e que estabelecendo posteriormente a lei de 2 de Setembro de 1847, além do testamento a escriptura publica, como meio de habilitar á successão pelo reconhecimento paterno, condição unica, que a lei exigia se fizesse conhecer, para que a herança se devolvesse, era tambem claro, que aquillo, que até então pelo decreto de 11 de Agosto habilitava os filhos illegitimos de qualquer especie encontrava o seu equivalente na escriptura, que é tambem meio reconhecido pelo Direito novo para habilitar á successão. Estes Accordãos assim julgando são manifestamente contrarios á Ord. L. 4.^o tit. 93, que está em pleno vigor, e que exclúe da successão *ab intestado* os filhos espurios e de coito damnavel e punivel, como é a Recorrida em relação a seu pai o intitulado Padre José Borges de Oliveira.

Esta Ord. não foi alterada pela resolução de 11 de Agosto de 1831, porque a dita Resolução não fez mais do que declarar, que os filhos illegitimos de qualquer especie, e por consequente os de

coito damnado, podiam ser instituidos herdeiros por seus pais em testamento, não havendo herdeiros necessarios, o que não se dá na especie vertente, pois que não se apresenta testamento, mas sim uma escriptura de perfilhação que não é meio para os filhos espurios herdarem dos pais intestados. Também não foi alterada a mesma Ord. pelo decreto de 2 de Setembro de 1847, o qual pela referencia do art. 1.º á Ord. L. 4.º tit. 92, não se pode deixar de entender, que trata dos filhos naturaes em especie, que são os havidos ex *soluto et soluta*, caso em que não está comprehendida a mulher do Recorrido, por ser filha sacrilega. Portanto, sendo manifestamente contrarios á lei expressa os Accordões recorridos, mandam, que os autos sejam remettidos á Relação do Rio de Janeiro, para revisão e novo julgamento.—Rio de Janeiro em 1.º de Agosto de 1868.—*Brito P.—Braga.—Barão de Pirapama.—Barão de Montserrat.—Mariani.—Mascarenhas.—Machado Nunes.—Valdetaro.—Barbosa.—Simões da Silva.—Leão.—Silva Pinto.—Chichorro.—Villares*, não só porque o pai morreu ab intestado, e a filha sacrilega não foi instituida herdeira, como porque a legitimação feita em escriptura publica ainda não foi confirmada judicialmente.

ACCORDÃO REVISOR

Accordão em Relação etc., que, vistos, expostos e relatados estes autos na forma da lei, julgam improcedentes os artigos de habilitação de fl. 53, e o Autor Luiz Antonio do Valle, por cabeça de sua mulher Carlota Borges de Oliveira, carecedor da acção intentada.—1.º Porque pretendendo habilitar sua mulher, como filha do Padre José Borges de Oliveira, para succeder-lhe ab intestado, é a sua intenção manifestamente contraria á Ord. L. 4.º tit. 93 que prohibe, que os filhos de coito damnado possam succeder ab intestado a seus pais: 2.º porque a Resolução de 11 de Agosto de 1831 não tratou da prova da filiação dos filhos illegitimos por meio de testamento, antes pelo contrario só permite que os filhos illegitimos de qualquer especie possam ser nomeados herdeiros em testamento, não havendo herdeiros necessarios, não como filhos, mas como qual-quer estranho; e tanto assim é, que pagam taxa da herança, do legado, que lhes é deixado em testamento,—Dec. de 8 de Março de 1854. A Resolução citada teve por fim acabar com a opinião dos Jurisconsultos, que entendiam, que a taes filhos não podiam os pais, em odio e pena do crime que commetteram, deixar herança, ou legado, nem fazer doação (Borges Carneiro, Dir. Civ. L. 1.º tit. 22 § 200) contra o qual já tinha protestado Mello Freire, Inst. Jur. Civ. L. 3.º tit. 8 § 13 na nota, que foi textualmente copiada na sobredita Resolução que em vez de infirmar, confirma a Ord. do L. 4.º tit. 93; porque se esses filhos nomeados não herdam como herdeiros necessarios, e sim como testamentarios, muito menos poderão herdar ab intestado; 3.º Porque o Dec. de 2 de Setembro de 1847 tratou somente dos filhos naturaes, não admittindo senão a escriptura publica ou testamento para prova da filiação, e não tem referencia, nem relação alguma com a Res. de 11 de Agosto de

e §§ e 195: Cod. Civil Chileno, art. 205 e art. 56 § 1º da Lei, nº 181, de 24 de Janeiro de 1890). (161)

1831, que não trata da prova da filiação dos filhos illegítimos, mas sómente da permissão para receberem heranças, como simples herdeiros, sem attenção á pessoa do testador; e condemnam os Recorridos nas custas.—Rio de Janeiro, 17 de Maio de 1870.—*Costa Pinto, P.—Dr. Siqueira.—Rezende.—Azevedo.—Camara.—Tavares Bastos.*—Fui presente *Silveira*.

(161) Questão larga e fastidiosamente controvertida, diz Lafayette, na nota XI, no fim de sua importante obra citada, pelos nossos os antigos e modernos escriptores, a de saber:—si a Ord. liv. 2º, tit. 35, § 12 nas palavras *contanto que em direito pudesse ser legitimado por seguinte casamento*, faz remissão ao direito romano ou canonico.

Citaremos nesta os pareceres dos nossos mestres da Faculdade de Direito de S. Paulo, Conselheiros João Chrispiano Soares e Justino de Andrade, dados anteriormente ao art. 56 § 1º, da lei nº 181, de 1890.

CONSULTA

O subseguente matrimonio legitima os filhos espurios?

RESPOSTA

Deixando as discussões que têm havido a respeito, motivadas pela decretal do Papa Alexandre III, do anno de 1172, que foi analysada por Bohemer, é certo que no direito civil germanico actual prevaleceu a doutrina deste jurisconsulto: o matrimonio legitima a todos os filhos illegítimos com direito á successão, excepto a successão do throno, dos feudos e fundações de familia (*Familiae fideicomissi*).

Este direito é expresso nos codigos modernos.

Entre nós, a legitimação *per subsequens* não aproveita sinão aos filhos *naturacs*; esta é opinião que sigo e que ouvi de meos mestres, apezar do que disse o illustre Mello Freire nas suas *Instituições de Direito Civil*, e com elle muitos outros jurisconsultos.

Segundo o direito romano, a primeira condição desta especie de legitimação era que os filhos tivessem sido gerados *ex-soluto et soluta*, como se vê no § 13, *Inst. de Nupt* (1º, 10).

Ora, a legitimação é uma ficção de direito, pela qual são os paes considerados como casados quando os filhos foram concebidos. E esta presumpção, diz Furgole, *ne peut pas avoir lieu, quand l'un d'eux est marié á un autre*.

Fazendo a nossa legislação clara distincção entre o coito illicito e o coito damnado e punivel, do qual resultão efeitos juridicos diferentes, estes ficarião inutilizados si a legitimação *per subsequens* aproveitasse aos filhos espurios.—*João Crispiniano Soares*.

OUTRA RESPOSTA

O subsequente matrimonio n'õ legitima os filhos adulterinos, nem mesmo os que nascerão quando já havia cessado o impedimento entre os pais, existente na epoca da concepção.

Grande é a efficacia do matrimonio, mas não tanta que legitime a prole adulterina.

O direito canonico, em relação aos matrimonios catholicos e mixtos, é o nosso direito, na forma do Decr. de 3 de Novembro de 1827; portanto, rege elle os matrimonios catholicos e mixtos, e regula os seus effectos.

E apezar da determinação do § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769, observa-se o direito canonico quando suas disposições, sendo correctorias do direito romano, forão perfilhadas pelo uso moderno das nações cultas, principalmente nas causas em que é costume julgar segundo esse direito, como nas de legitimidade de filhos. Corrêa Telles, *Commentario á Lei da boa razão*, n. 187, e *Estatutos da Universidade de Coimbra*, liv. 2.^o cap. 5.^o, cap. 3.^o §§ 10 e 12.

E ainda, concedendo-se que o § 12 da Ord. liv. 2.^o tit. 35 se refira ao direito romano, modificado pelo uso moderno dos povos civilizados, sendo certo que, conforme o direito romano, pelo subsequente matrimonio só se legitimavão filhos naturaes, isto é, os havidos de homem e mulher, que, ao tempo da concepção dos filhos, não tinham impedimento para contrahir justas nupcias, é de inteira evidencia que os filhos adulterinos não podião ser legitimados pelo matrimonio celebrado entre os paes.

A legislação romana, ainda não modificada pelos costumes das nações policiaidas, só admittia a legitimação pelo subsequente matrimonio, dos filhos havidos de concubina, se entre os pais não existia impedimento que tolhesse o matrimonio na epoca da concepção. *«Si matrimonium minime legibus interdictum fuerit: Inst., liv. 1.^o tit. 10 § 13.*

Esse principio, porém, soffria uma derogação quando o senhor sem filhos legitimos, tinha filhos de uma escrava, a quem libertava e desposava, pois que nessa hypothese os filhos tornavão-se livres e legitimos, posto que as leis vedassem as nupcias no tempo da concepção: *Tum libertatis, quam legitimorum jus competit* Novella 78 cap. 4.^o Mas, ainda assim era preciso que se lavrasse acto formal certificando a contracção do matrimonio (Novella 39, cap. 8.^o).

Assim pois, era regra no direito romano, que o subsequente matrimonio só produzia a legitimação dos filhos, havidos anteriormente si entre os paes não existia impedimento para contrahir justas nupcias ao tempo da concepção da prole.

Entre os romanos era licito o concubinato, ainda que não fosse uma união honesta—*Licita consuetudo, causa non matrimonii*. Mas, já não era *licita consuetudo*, ou concubinato, quando a união sexual se verificava por meio da violencia, corrupção, ou se dava entre

parentes e affins em grão prohibido, e sim *stuprum*, *adulterium* ou *incestum*. Não era entre os romanos o concubinato um commercio *honesto*, mórmente a respeito da mulher.

Quasi sempre erão concubinas as libertas, as mulheres de baixa origem e as corrompidas.

E tanto assim que si a mulher era ingenua e honesta, tinha em seo favor a presumpção de ser esposa (*uxor*); mas em caso contrario, a relação concubinaria precisava ser attestada por um documento em forma, porque, em falta desse acto, presumia-se o *stuprum*, o qual constituia um crime previsto e punido pelas leis. Si a mulher ingenua e honesta se conformava com a condição de concubina, ficava privada do titulo honroso de *mater-familias* e *matrona*. Sem embargo, porém, de n.º ser o concubinato romano um casamento, comtudo servia para indicar a paternidade. Os filhos provenientes do concubinato não erão *justi liberi*, porque não procedião de justas nupcias; mas a sua paternidade era certa, porque tinham um pae conhecido, o qual só podia ter uma concubina ao mesmo tempo, com quem cohabitava; razão porque erão chamados filhos naturaes, e se distinguão dos *spurii*, ou *vulgo concepti*, por serem estes oriundos de uniões passageiras e não terem, e nem poderem ter paes conhecidos, factio que impossibilitava a legitimação por subsequente matrimonio a respeito dos mesmos spurios.

O Direito Canonico, corrigindo o Romano, considera illicita toda união sexual fóra do matrimonio, mas legitima pela nupcias subsequentes toda a prole procedente de relações illicitas, comtanto que ao tempo da concepção pudessem os paes contrahir matrimonio, entre si. «*Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius est filius.... quoniam matrimonium legitimum non potuerunt inter se contrahere.... neque enim hanc efficaciam Jesus Christus tribuit matrimonio, quum illud ad dignitatem sacramenti novae legis erexit, sed id ab ecclesia institutum est, cui placuit, pro auctoritate sibi concessa, statuere est proles extra matrimonium non tamen ex-adulterio procreata, per subsequens matrimonium legitima fuerit.*» Bulla de Benedicto 14. *Reddite nobis*, tomo 1.º. Tambem no Direito Canonico ha uma excepção ao principio, e é no caso de incerteza sobre o tempo preciso da geração do filho, para ser ou não reputado adulterino. Porquanto, si ha duvida, deve decidir-se em favor da legitimidade do filho; citada bulla e Walter, *Direito Ecclesiastico*, § 311.

Em resumo, o matrimonio subsequente não legitima a prole adulterina, e tal se considera a que não podia ser gerada *cum affectu maritali*, pela impossibilidade de dispensa para a contracção matrimonial. Walter citado.

A opinião do protestante Bohemer não é admissivel no Direito Patrio, não só por ser contraria aos canones e interpretação destes pelos mais abalisados canonistas, como porque não prevaleceu no

§ 423

Os filhos legitimados por casamento seguinte são

nosso fôro: nota 104 ao § 18 das *Institut. Orfanologicas* do Cons. Ramalho—Dr. Francisco Justino Gonçalves de Andrade.

O art. 56 § 1º da lei, nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, porém, veio resolver a questão dizendo ser efeito do casamento civil o de legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contraentes com o outro, *salvo si um destes, ao tempo do nascimento ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa*. Clovis, citado, § 68, pag. 410, diz: «por esta disposição estão excluídos da legitimação só os adúlteros; mas, como os progenitores dos incestuosos não se podem casar validamente, também não podem elles gozar desse beneficio, a não ser que haja o casamento de ser declarado putativo e nem aos adúlteros recusa a lei essa concessão.» Quanto aos *sacrilegos*, já fizemos ver em nota 146 anterior que essa especie de espúrios extinguiu-se, não sendo a investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em religião approvada impedimentos dirimentes para o casamento civil, secularizado o casamento e em face da separação da igreja do estado, podendo o padre catholico casar-se civilmente e como homem solteiro reconhecer seus filhos naturaes, havidos *ex soluta*. A legitimação aproveita não só aos filhos vivos, como aos descendentes destes. O casamento putativo produz o efeito de legitimar os filhos antes havidos ou somente os procedentes delle?

Lafayette, Dirs. de Fam., nota 2ª ao § 110, pag. 199, diz: «inclino-me á opinião negativa, porque a lei equipara o matrimonio putativo ao valido para os efeitos posteriores, retrotrahilo aos factos anteriores é ampliar a ficção alem dos termos de sua definição, o que é inadmissivel, em contrario opinando Borges Carneiro, liv. II, § 203, nº 8, pag. 315; Clovis, pag. 410; Perd. Malheiro, Comment. á Lei de 1847, questão 22, pag. 64; Duranton, tomo III, nº 175. Vide Toullier, tomo II, nº 934; C. da Rocha, § 295, nota; Pothier, vol. I, nº 441, pag. 199. Pegas trata largamente da questão no tomo 7º, á Ord. livro 1º, tit. 87 § 6, pag. 151, nº 104 e seguintes. Já tratamos desta questão. O casamento putativo contrahido pelos esposos de boa fé tem por efeito legitimar os filhos naturaes por seguinte matrimonio, mas não os adúlteros e incestuosos, pois o casamento valido opera como seguinte a legitimação daquelles filhos e não destes. Vide nota 140, pag. 253.

Actualmente cessa a razão da questão de saber: si o vicio do adulterio se deve considerar ao tempo da concepção ou do nascimento. O art. 56 § 1º da lei nº 181, de 1890, manda attender a qualquer dos tempos: o da concepção, ou do nascimento. (Lafayette, Dirs. de Fam., § 109, pag. 198 e notas 3ª, 4ª, e 5ª; Ramalho, Institut. Orph., nota 104, § 18, pag. 36 citando a Novella 89, cap. IX, § 1º e Guerr., Trat. II, liv. 1, cap. IV, nº 17; Aubry et Rau, vol. VI, pag. 69 e nota 17; Merlin, verb. *legitimation*; Demolombe, V, 346; Toullier, II, 916 e 917; Locré, Lég., VI, pag. 313, nº 32).

por direito considerados a todos os respeitos como si fossem nascidos e gerados na constancia do casamento (Ord. liv. 2º, tit. 35 § 2º).

§ 424

A legitimação por subsequente matrimonio opera-se por força da lei, independentemente do concurso do pae e do filho, e ainda contra a vontade deste (Mello Freire, Livro 2º, tit. 5º, § 16, nóta; Pinh., de Testam. Disp. 5ª, Secção III, § 10, nº 336 e Ramalho, Instit. Orph., nóta 104 ao § 18, pag. 35). (162)

(162) Contanto que os contrahentes não tivessem impedimento para casar ao tempo da concepção ou do nascimento, oriundo do vinculo matrimonial e parentesco em gráo prohibido. Como o filho assim legitimado teve seu nascimento fóra do casamento, não tem a seu favôr a mesma presumpção legal da filiação que favorece os filhos legitimos; contudo conserva-se na quasi pösse do estado, em quanto o contrario não fôr provado e declarado em juizo por via de acção competente. Lafayette, pag. 201, diz que o facto do casamento não basta para provar a paternidade; a prova se faz ordinariamente pela posse do estado e o filho é nella mantido em quanto o contrario não é declarado em juizo por via de acção competente; podendo ainda a paternidade ser firmada pelo reconhecimento do pai em escriptura publica ou testamento, ou por qualquer genero de provas em direito admittidas. Ao filho fica sempre salva a acção para se fazer reconhecer legitimado por subsequente casamento. A legitimação póde, porém, ser contestada pelo marido, por seus herdeiros ou terceiros interessados. Clovis, Dir. da Familia, pag. 410, diz: «a legitimação por casamento subsequente age por força da lei e dispensa, no direito patrio, qualquer acto expresso dos paes para produzir seus effeitos. *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium habeantur.* Para evitar este effeito, tem o marido o recurso de contestar a paternidade ou no proprio acto do casamento ou posteriormente, pois que, em favor dos filhos de que óra se tracta, não existe a presumpção juridica e dictada em favôr dos procreados apoz a celebração do matrimonio.» Diz mais: «não havendo contestação por parte do marido, o filho tem por si a posse do estado que será inatacavel pelos herdeiros daquelle, si este se achar premunido de um reconhecimento por escriptura publica, por declaração averbada no registro civil de seu casamento ou do casamento de seus pais, ou por testamento.» A lei franceza exige, alem do casamento seguinte, o reconhecimento legal antes do casamento ou no acto de sua celebração; o Cod. Civil Port. (art. 119) tambem exige o reconhecimento para que o casamento opere a legitimação dos filhos nascidos antes delle; mas admite o reconhecimento posterior ao matrimonio, quer provenha

§ 425

A legitimação não tem effeito retroactivo, não remonta nem ao dia da concepção nem mesmo ao do nascimento dos filhos legitimados, data do dia do casamento e só a partir d'elle produz as consequencias legais da legitimação. (Aubry et Rau, vol. VI, § 546, pag. 71—Demolombe, V, pag. 368). (163)

§ 426

A legitimação opera effeitos, mesmo que entre o intervallo do nascimento do filho e o casamento do pae e mãe, estes tenham contrahido outros casamentos. (Borg. Car.; vol. II, § 203, n° 10; Lafayette, Dirs. de Familia, nota 2ª ao § 110, pag. 200).

§ 427

Legitimado pode ser o filho natural por casamento subsequente havido de mulher estrangeira, no estrangeiro, casada com brasileiro (Direito, vol. 18 n° 2, pags. 296 a 302). (164)

de escriptura publica quer de testamento, e concede aos filhos o direito de provarem sua filiação por meio de acção e sentença judicial. A legitimação aproveita aos descendentes dos filhos, si estes já não existirem, como se admite entre nós (C. da Rocha § 296, Borg. Carneiro, § 203, n° 10—Vide Clovis sobre direito comparado, Dir. da Fam. pags. 411 a 417).

(163) Lafayette, § 110, Dirs. de Fam. diz porém «o casamento retrotrahе os seus effeitos ao tempo do nascimento dos filhos; todavia esta retroacção não affecta os actos consumados, nem os direitos adquiridos antes da legitimação. Nos termos expostos, o matrimonio legitima, não só os filhos vivos, sinão tambem os fallecidos em proveito de seus descendentes.» Ramalho citado, nota 106, diz: a legitimação induz uma retroacção ao tempo do nascimento do filho; produz todos os seus effeitos, ainda quando o pae, abandonando a mãe do filho natural, casa com outra mulher, e por morte desta passa á segundas nupcias com aquella; porque o matrimonio intermedio não priva aos filhos naturaes de serem legitimados pelo matrimonio seguinte.

(164) Seguindo a mulher a nacionalidade e condição do marido, segue o estatuto pessoal deste (Decreto n° 1096 de 10 de Setembro de 1860, art. 2º), devendo-se applicar, portanto, a legi-

§ 428

A lei reguladora da successão, quer testamentaria quer legitima, é a lei pessoal do *de cuius*, ao tempo da morte. (Savigny, Dir. Rom., vol. 8, pag. 308; Fœlix, Droit Intern. Privé, vol. I, n.º 66; Laurent., vol. 6.º, n.º 187; Direito, vol. 59 n.º 1, pags 104 e 105). (165)

§ 429

Só é permittido aos espurios acção de investigação de paternidade para o fim de pedir alimentos na forma do Assento de 9 de Abril de 1772 § 3.º (Lafayette, § 126 e nota 5.ª, e Aubry et Rau, vol. 6.º, § 572).

slação brasileira a respeito. As leis do paiz de origem regem o estado da pessoa em paiz estrangeiro, assim o casamento e seus effeitos, a filiação, legitimação etc. Fœlix—Droit Intern. Privé, n.º 7; Pim. Bueno, Direito Intern. Privado, n. 100, 120 e seguintes.

(165) Qual a lei applicavel ás successões testamentarias ou *ab intestato*, a nacional ou estrangeira, relativamente aos estrangeiros no paiz? A jurisprudencia, diz Calvo, Man. de Dir. Internacional, admite uma triplice divisão. A primeira que submete a universitas juris (os bens moveis e immoveis da successão) á lei do domicilio do defuncto. A segunda directamente contraria que submete os bens á lei do logar em que estão, a qual admite consequentemente leis differentes ás differentes porções dos bens e não põe nenhum principio relativamente ás dividas e creditos que cada um pôde dispôr. Terceira jurisprudencia intermediaria que submete as pessoas á lei do domicilio do defuncto e os bens á lei do logar em que são situados, *lex rei sitae*. Si a successão não comprehende senão moveis então se applica o principio que os bens moveis seguem a pessoa e seu domicilio, é a lei do domicilio que governa a successão movel. Mas, quando comprehende ao mesmo tempo moveis e immoveis situados em differentes paizes, a difficuldade nasce do conflicto das leis quer pelas relações dos direitos successorios quer pela relação da competencia da auctoridade judiciaria para pronunciar sobre as contestações possiveis concernentes á successão e partilha da herança. Em principio, diz Calvo, as successões são regidas pela lei do logar onde se abre; este logar é determinado pelo domicilio. E' o domicilio do defuncto que determina a legislação applicavel á devolução da successão movel e não a nacionalidade. Quanto aos bens immoveis a lei da situação dos bens deve com exclusão da lei do domicilio ser seguida para a devolução successoral, sendo estas successões de ordem civil são regidas pela lei de cada paiz. Hoje é a lei da nacionalidade do *de cuius* que regula a successão e assim o Supremo Tribunal Federal tem julgado. (Vide § 230 e nota 78 desta obra, pag. 143 e Direito, vol. LXVIII n.º 1, pags. 67 a 75).

§ 430

Os filhos naturaes, como os escurios, tambem podem ser legitimados por carta expedida pelos juizes de primeira instancia (Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º, § 1º). (166)

§ 431

Quando não se tem filhos dados pela natureza pode-se tel-os pela adopção. (167)

(166) E' o caso de perfilhação solemne que, como diz Lafayette é a transformação da legitimação *per rescriptum principis* do Direito Romano e da *de autoridade real* do antigo Direito Portuguez, que actualmente não é senão o acto de confirmação por carta passada pelas justças de primeira instancia, do reconhecimento que o pae faz do filho illegitimo com animo perfilhal-o. Dessa perfilhação solemne resultava somente o direito de gozarem os perfilhados da nobreza, honras, liberdades, armas e insignias do pae; dispensa para poderem os escurios ser instituidos herdeiros de seus pais e o direito a alimentos, não attribue e não póde attribuir actualmente ao filho escurio o direito de succeder ao pae intestado, pois o poder judiciario não pode dispensar na lei e a dispensa para poderem os escurios ser instituidos herdeiros pelos pais, não havendo herdeiros necessarios, é hoje um effeito annullado, visto como, segundo declarou a lei de 11 de Agosto de 1831, taes filhos podem, como quaesquer outros, ser nomeados herdeiros pelos pais. Quanto aos filhos naturaes, e perfilhação solemne só os habilita para succederem a seus pais intestados, quando o reconhecimento é feito em escriptura publica ou testamento na forma da lei de 2 de Setembro de 1847. Actualmente a perfilhação solemne só pode ter por effeito o direito de pedir alimentos aos pais, pois, no dizer de Clovis, pag. 424, hoje não póde haver questão sobre a transmissáo de honras de paes a filhos, não passando de uma inutilidade, como tambem o diz Lafayette, os effeitos della não indo alem dos conferidos por simples reconhecimento. (Vide Lafayette e Dirs. de Fam., § 128 a § 130; Clovis, Dir. da Fam., § 69, pag. 423 a 424; Ramalho, Proc. Orph. § 19, pag. 39; Lobão, Not. a Mello, vol. II, pag. 205; Consolid. das L. L. Civis, art. 217 e 218 e notas).

(167) Existe entre nós a adopção, pode haver esses filhos, cuja filiação é resultado de uma ficção legal? Já o velho Pegas, ad Ord. liv. I, tit. 3 § 1º, gloss. 5 nº 2; Cabedo, II, Dec. 7º nº 4 e, com elles Mello Freire, dizem que as adopções não estão mais em uso e assim o diz Lafayette, Dirs. de Fam., nota 3, pag. 244, dizendo que ha leis porém fazendo menção das adopções, assim a Ord. liv. 1º, tit. 3º, § 1, livro II, tit. 56 princ., livro III, tit. 9º § 2º e tit. 59 § 11º, Regim. do Desemb. do Paço § 118 e ainda allude a ellas o § 1º do art. 2º da Lei de 22 de Setembro de 1828 e dellas fallam os

regulamentos da taxa de heranças e legados, hoje imposto de transmissão *causa-mortis*; mas que ellas, praticadas raramente em Portugal, hoje representam uma instituição obsoleta. Guerreiro, de *divisionibus*, Trat. II, liv. 1.^o, cap. 8, n. 85 e 86, diz que as adopções se podem fazer porque as leis só por contrarias leis podem ser revogadas e não pelo desuso e com elle Portugal, 2.^a parte, liv. 1.^o, cap. 7.^o n.^o 13 e cap. 4 n.^o 5, e outros pensam do mesmo modo e actualmente Clovis, Dir. da Família, §§ 71 e 72, entendendo que deve-se observar o Direito Romano como subsidiario e combate a opinião do Dr. Dino Bueno, no Direito, vol. XXX, 1883, dizendo este que o direito romano não pôde ser chamado a regular a especie, não conferindo no direito patrio nem autoridade paterna e nem facultade successoria, apenas conferindo o direito de pedir alimentos. Clovis diz que as adopções tem sido objecto de julgamentos. (Direito, vols. III, VI, VII, X, XII) e que o projecto do Cod. Civil para o Brasil apresentado pelo senador Coelho Rodrigues consagra-lhe disposições bem minuciosas (Arts. 2167—2183); que o direito romano deve ser subsidiario, interpretado e modificado pelo direito moderno. A commissão parlamentar especial encarregada do esudo do projecto do Codigo Civil apresentado pelo referido Senador em parecer de 19 de Agosto de 1896, diz que a adopção, extensão artificial do direito da familia, acceita pelo novo codigo, consagra um romanismo obsoleto, que o direito antigo portuguez accitou, mas que está fóra dos nossos habitos e costumes que nenhuma utilidade pratica traduz; que foi com esse fundamento que o vigente Codigo Civil Portuguez a regeitou; e, se em Portugal ella não tem razão de ser, ainda menos em nosso paiz devendo ser eliminada do Codigo Civil. Nada diremos, quanto o direito constituendo; mas, diremos com o velho Guerreiro respondendo ao velho Pegas—as leis não se revogam pelo desuso, leis por leis contrarias se revogam; a adopção, posto que pouco praticada, dão-se casos della, as leis o permitem e os tribunaes dam-lhe os efeitos que as leis lhe dam. Por Direito Romano ultimo o filho adoptivo nunca perdia os direitos á successão na familia natural; não tinha o pae adoptivo obrigação de instituil-o herdeiro, podendo fazer testamento em contrario; porém, podia o filho adoptivo herdar os bens do pae *ab intestato*, não adquirindo direitos successorios em relação aos parentes do adoptante. Produz a adopção um parentesco civil, aliás limitado ao pae e filho adoptivos. O Decreto de 24 de Janeiro de 1890 vem ainda confirmar que a adopção é um instituto de direito vigente, pois ha impedimento na contracção do casamento civil resultante de parentesco civil provindo da adopção em linha recta, não se tendo, embóra, esse impedimento na linha collateral, pois nessa linha se attende somente aos impedimentos por consanguinidade legitima ou natural (Arts 7.^o § 1 e 8.^o, paragrapho unico). No caso de existencia de filhos legitimos, legitimados e naturaes legalmente reconhecidos, a adopção não pode operar efeitos de successão. E' de mister que o adoptante no momento da adopção não tenha descendentes legitimos ou legitimados; o descenlente legitimo forma, desde o instante de sua

concepção, obstaculo a toda adopção ulterior, *infans conceptus pro nato habetur, quotiescunque de commôdis ipsius partus agitur*: os descendentes legitimados a partir de sua legitimação somente. Que os filhos naturaes, mesmo reconhecidos e os filhos adoptivos, não obstam a adopção, assim o é pelo direito civil francez (Aubry et Rau, vol. 6, § 556, pag. 116) A Relação de Porto-Alegre, por Accordão de 10 de Março de 1876, na appellação civil nº 183—Direito, vol. 10—1876, pag. 106 a 107, sustenta que os filhos adoptivos podem demandar a nullidade do testamento dos pais adoptantes e diz:—que os direitos dos adoptivos em nada differem dos legitimos a respeito de pae ou mãe perfilhante, em cujos bens succedem, quer por si sós quer com os legitimos *se ao depois os tiveram os pais* adoptantes, como se vê em Loureiro, Instit. de Dir. Civil Brasileiro, liv. 1 §§ 48 e 100. Quem tem filho verdadeiros não pode tel-os *fictos* pela adopção (Liz Teixeira, vol 1 pag. 294, Heineccio, tomo 1º, §§ 164 a 166).

Que os direitos dos filhos adoptivos não differem dos legitimos a respeito do pae ou mãe perfilhantes em cujos bens succedem, quer por si sós quer com os legitimos, *si ao depois os filhos adoptivos os tiveram*, diz Loureiro, liv. I, §§ 84 e 100. Aquelle que tem filho adoptivo não pôde instituir outro ou adoptar em testamento, podendo o filho adoptivo annullar o testamento do pae que o preteriu sem justa causa que a lei declara. A adopção é uma instituição de ordem publica, diz Dalloz, é nulla a convenção entre o pae adoptante e o filho adoptivo para que fique ella sem effeito. (Vide vol. 7º, Direito, pag. 635). O filho adoptivo, adoptado sem herdeiro necessario, não pôde ser desherdado sem causa legal (Direito, vol. 12, pag. 345). As doações excessivas feitas pelo adoptante por suggestões malevolas de terceiro podem ser obstadas pelo filho adoptivo. (Accordãos da Relação de Recife, de 13 de Outubro de 1874 e 3 de Agosto de 1875 e Sent. do Sup. Trib. de Justiça, de 23 de Setembro de 1876, Rev. Civel, nº 8939).

Filho adoptivo em concurrencia de herança com filho natural e reconhecido.

CONSULTA

Boaventura, tendo-se casado em primeiras nupcias com F., ficou pouco tempo depois viuvo; durante a viuvez teve com Rosa, solteira, um filho natural, chamado Alberto.

Casa-se posteriormente Boaventura em segundas nupcias com Maria, que por sua vez era tambem viuva de Matheus, de cujo consorcio lhe ficára uma filha legitima de nome Eugenia. Depois de casado com Maria, Boaventura adopta Eugenia como sua filha, e isto por escriptura publica. Fallece Boaventura sem deixar filhos legitimos de um e outro consorcio e em testamento reconhece Alberto como seu filho, e o institue seu unico e universal herdeiro, desherdando Eugenia por ter se casado antes de 21 annos sem seu consentimento.

Pergunta-se:

1.º Eugenia, filha adoptiva de Boaventura, pôde concorrer com o filho natural e reconhecido Alberto á herança de Boaventura ?

2.º Precisa Alberto provar a sua qualidade de simplesmente natural para intentar contra Eugenia a acção competente afim de excluil-a da referida herança ?

PRIMEIRO PARECER

Respondo :

1.º Eugenia, filha adoptiva de Boaventura, não concorre á successão paterna com Alberto, filho natural reconhecido :

a) Porque, como se infere da consulta, a adopção não foi confirmada pelo poder judicial nos termos da lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º § 1º.

b) Porque, conforme o direito romano subsidiario, se o filho adoptivo succede abintestado ao pai adoptante, pôde este, comtudo, desherdal-o ou excluil-o da successão, por testamento, como fez Boaventura (Maynz, D. R., 3ª ed., v. 3º, § 412 e leis citadas na nota 44 *signanter* a Inst. de hered. quoe abintest., § 14).

c) Porque, ainda equiparada a filha adoptiva á legitima, o casamento d'ella, enquanto menor, sem o consentimento do pai adoptante, seria causa legitima da desherdação (Consolid., arts. 101 e 103).

2º Pela negativa : o reconhecimento constante do testamento de Boaventura é titulo de habilitação sufficiente (Lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847, arts. 1º e 3º—Ordens de 17 de Abril de 1848 e 13 de Julho de 1849—Perd. Malheiro, *Comment. á lei*, pag. 87).

Todavia, sendo contestada a Alberto a qualidade de filho simplesmente natural, na acção contra Eugenia, terá elle de provar essa qualidade (dout. do art. 4 do Decr. n. 5381 de 31 de Março de 1874).

Rio, 13 de Novembro de 1893.— Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.

SEGUNDO PARECER

Ao 1.º Pela negativa ; porque as adopções, ainda que confirmadas, não tornam successiveis *ab intestado* os adoptados. A adopção no regimen absoluto, era uma graça da soberania, conferida pelo Dezembargo do Paço. Como dispensa na lei, só ao poder legislativo era licito fazel-o ; e o Tribunal Palatino tinha essa attribuição na confirmação das adopções e nas legitimações de filhos insuccessiveis.

E, ainda que a lei de 22 de Setembro de 1828 conferisse aos juizes de primeira instancia «o conceder cartas de legitimação a filhos espurios, e confirmar as adopções»; como no regimen imperial e mais ainda no actual, ao poder judiciario não é permittido dispensar na lei, as adopções não habilitam os adoptados para succederem *ab intestado* aos adoptantes. Portanto, Eugenia, a adoptiva, não pôde concorrer com Alberto, filho natural, reconhecido na forma da lei de 2 de Setembro de 1847, o qual pelo reconhecimento authenticco tornou-se herdeiro necessario.

Ao 2.^o Se lhe fôr contestada a qualidade de filho simplesmente natural, ser-lhe-ha preciso corroboral-a. O testamento estabelece a presumpção *juris* da filiação natural, e, pois a Eugenia incumbe destruir essa presumpção.

Mas ainda assim, Eugenia não firma a sua pretensão; porque se Alberto não succede como herdeiro necessario, filho natural reconhecido legalmente, pôde succeder por virtude da instituição testamentaria, e se não succeder por um ou outro modo, a successão compete aos herdeiros collateraes do finado e não a Eugenia que somente pela instituição testamentaria podia excluil-os.

E' este o meu parecer.

S. Paulo, 21 de Novembro de 1893. —Dr. *Francisco Justino Gonçalves de Andrade*.

TERCEIRO PARECER

Ao 1.^o quesito, negativamente:

Uma das condições essenciaes requeridas na pessoa do adoptante para a validade da adopção e seus effeitos juridicos, é a não existencia de descendentes legitimos ou legitimados no momento da adopção.

E' opinião unanime dos juriconsultos e a lição do direito romano e dos codigos modernos.

No caso vertente, quando Boaventura, que não teve filhos do primeiro matrimonio, adoptou em segundas nupcias de que tambem não teve filhos, a Eugenia, sua enteada, —já era nascido, e no periodo da viuvez, Alberto, filho natural, que houve de Rosa e ao qual reconheceu o mesmo Boaventura como filho no testamento com que se finou, na conformidade do Decr. de 2 de Setembro de 1847.

Ora, é corrente que o reconhecimento, validamente feito, do filho natural, dada a não existencia de descendentes legitimos, além de irrevogavel, de irretratavel e de conferir ao filho reconhecido todos os direitos á successão paterna, —é meramente declaratorio e não attributivo da filiação, pelo que seus effeitos judiciais retroagem e remontam ao proprio dia do nascimento do filho reconhecido. Aubry et Rau, *C. de d. c. f.* 4.^a ed. vol. 6, pag. 188.

Logo, si o reconhecimento tem effeito retroactivo ao dia do nascimento do filho reconhecido, —é nulla e sem resultado nenhum juridico a adopção feita por Boaventura a favor de Eugenia, porque na epoca da mesma adopção, já tinha elle um filho ou herdeiro, facto que impedia a adopção e que a prejudicou completamente, uma vez declarado, como foi, no testamento. E assim não podia Eugenia concorrer á herança de Boaventura com Alberto, filho natural reconhecido, havido antes da adopção.

Accresce que pelos termos da consulta parece que a escriptura publica da adopção de Eugenia não foi confirmada por sentença do juiz competente, precedendo as necessarias informações e audiencia

dos interessados, na conformidade da lei de 28 de Setembro de 1828. Si tal falta se deu, a adopção não se tornou completa e nenhum effeito juridico produz contra terceiro, como por falta de sua inscripção nos registros do estado civil acontece no direito francez —Cod. Civil art. 359—Aubry et Rau, obra cit. pag. 132.

—Não occultamos que alguns juriconsultos entendem que a adopção legitimamente effectuada, constituindo um estado civil fixo e permãente, confere ao adoptado todos os direitos successiveis de um filho nascido de matrimonio, ainda que sobrevenham ao adoptante filhos legitimos, com os quaes pôde concorrer á herança. A maioria dos juriconsultos combate semelhante doutrina com o superior fundamento de que a adopção deriva justamente da falta de filhos ou descendentes do adoptante. Seria contradictorio e iniquo que a adopção prevalecesse, havendo ou sobrevivendo filhos ao adoptante.

Mas, na hypothese, a controversia carece de interesse ou applicação. Não se trata de um filho legitimo ou natural nascido posteriormente á adopção. Trata-se de um filho natural nascido na viuvez do adoptante e antes da adopção. filho, cujo reconhecimento embora se operasse depois da adopção, é considerado pelos effeitos do mesmo reconhecimento como legalmente existente como tal desde que nasceu, o que impedia a adopção e a tornou por conseguinte irrita e nulla.

Ao 2º quesito, negativamente :

Alberto, reconhecido como filho natural tem a seu favor a presumpção juridica de tal qualidade e não precisa prova-la ; nem outra é a praxe.

A quem interessar contestar essa qualidade é que cabe provar o facto que a exclua.

Petropolis, 6 de Novembro de 1893.—*Heraclito Graça.*

QUARTO PARECER

Respondo :

Ao 1.º—Não ; Eugenia não pôde concorrer com Alberto á herança de Boaventura, porque :

a) A sua adopção não foi devidamente confirmada (*Consol. art. 217*);

b) Foi desherdada por causa legitima (*Consol. art. 1016 § 9º*).

Ao 2.º—Não me parece que haja necessidade de Alberto habilitar-se competentemente, provada a sua qualidade de simplesmente natural, nos termos dos arts. 964 e 208 da Consolidação, uma vez que não concorrem outros herdeiros e elle foi instituido por testamento herdeiro universal, o que Boaventura mui legitimamente podia fazer, visto como a adopção de Eugenia deixará de produzir quaesquer effeitos pelas razões acima indicadas.

Petropolis, 23 de Novembro de 1893.—*Dr. Affonso Celso.*

(Vide Direito, vol. 63 nº 2., pags. 243 a 248).

§ 432

Os expostos, até a prova em contrario, são considerados legítimos. (Clovis. Dir. da Fam. § 64, nota 1.ª, pag. 387; Mello Freire, liv. 2.º, tit. 6.º, § VIII). (168)

(168) Os expostos são tidos como legítimos relativamente a direitos que para gozo delles depende de ingenuidade e habilitação pessoal, como expressa e terminantemente dispõe o § 7.º do Alvará II, de 31 de Janeiro de 1775; mas quanto a sua filiação é preciso ser provada para os fins de direito successoral em acções proprias admissiveis. Sustentam muitos que o exposto não tem familia, que as leis civis com razão o consideram tirando sua vida do acaso como se não tivesse tido pae nem mãe, pois que a sua exposição, quebrando os laços da parentela e relações de filiação, o destaca da familia e muitas vezes do corpo politico a que pertencem seus pais, elles vêm formar o primeiro tronco de sua geração e primeiro anél de sua cadêa genealogica, e jamais se pôde admittir que depois de sua morte appareçam parentes que não foram e nem podiam ser em sua vida somente para herdarem seus bens. E ainda que nos falte lei patria que desherde os geradores dos expostos e quaesquer outros parentes, e disponha que seus bens, na falta de descendentes passem ao conjuge superstite ou ao fisco, temos a legislação dos povos cultos, que conformando-se com os principios da razão e da politica universal, nos servem de guia (Lei de 18 de Agosto de 1769). Por direito Romano os Jurisconsultos unanimes se declaram contra as exposições dos filhos e desligão os parentes das relações com aquelle que seus pais abandonaram. Paulo, no Livro XXV, tit. III, l. 4 Dig. de agnosc. liber., diz: *«Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et is quis publicis locis misericordiae causâ exponit.* Justiniano se indigna contra este crime, na Novella 153 accordo com Ulpiano, l. 2 Dig. ad leg. Corn. de sicar. e com Constantino, Cod. l. un. de his qui parent. vel filii occidunt, declara os paes dos expostos incurso em infanticidio, crime que em toda a parte os priva da herança e entre nós previne a Ord. liv. 4 tit. 89 § 1 e é no Digesto que achamos a lei 2.ª Cod. tit. 52, liv. 8.º, de infant. exposit. que terminantemente dispõe: *Sobolem suam uniusquisque nutriat; quod si exponendam putaverit, animadversioni, quae constituta est, subjacebit: nec enim suum quis dicere potest quem pereuntem contempsit.* Em diversos paizes o pae que expõe o filho perde o patrio poder (C. Telles, Dig. Port., vol. II, art. 623) e consequentemente o jus hereditario. Em França, alem da leis anteriores, ha o Decreto de 15 de Fevereiro de 1804 que dispõe que, não podendo os expostos ter por herdeiros seus ascendentes por não serem conhecidos nem tão pouco os collateraes, pela mesma razão somente os descendentes e conjuges seriam seus herdeiros e na falta o fisco, salvo o poder de testar. Assim, não tendo descendentes, deve herdar a mulher em casa téuda e mantéuda, na forma da Ord. liv. 4.º tit. 94. As leis não soffrem que se indague a familia de que procede o

Secção II

ASCENDENTES

§ 433

Na falta de descendentes, devolve-se a herança aos ascendentes (Ord. liv. 4^o, tit. 96), com exclusão dos irmãos do intestado e seus filhos. (169)

exposto e a prova a mais clara de qualquer parentela ou filiação, a menos que não sejam os proprios pais que o reclamam ainda em minoridade para acabar de o criar e educar e quando muito na minoridade consentindo o exposto (Arts. 329 e 340 do Cod. Civ. Fr.); porque, como diz Paihet, se não fosse vedada a indagação, frustaneo seria um dos fins das exposições que é evitar os infanticídios que sem a permissão das exposições se perpetravão para encobrir a deshonra resultante da fragilidade e seducção e por-se-hia em perturbação e desordem a paz das famílias que é o fim principal da lei na prohibição que faz de similhante indagação e no segredo que manda guardar como se vê dos arts. 2 e 9^o das providencias mandadas observar na criação e educação dos expostos pela Circular de 24 de Outubro de 1806 § 8^o (Nov. Gaz. dos Trib. n^o 150). Os expostos, em quanto menores de sete annos, conservam-se sob a guarda e direcção das mezas administrativas das casas onde são recolhidos. E passando daquella idade, ficam ao cuidado do juiz de orphãos. (Alv. 31 de Janeiro de 1775 § 14; Port. de 19 de Janeiro de 1835; Per de Carv., Proc. Orph., add. 74, 8^a edição; Lafayette, Dirs. de Fam., nota 2^a, pag. 266; C. Telles, Dig. Port., vol. II, art. 624).

Logo que o exposto completa vinte annos, fica emancipado. (Alv. cit. de 1755, § 8; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Cívis, art. 9^o). Em Portugal se emancipa aos dezoito annos e se fallece intestado e sem descendentes, herda seus bens o estabelecimento de beneficencia pupillar (Cod. Civil Port., arts. 284 a 293). Vide Arts. 292 e 293 do Cod. Penal).

(169) Os pais tem direito reciproco ás duas terças partes dos bens do filho; s'ó seus herdeiros necessarios, posto que depois de nascidos viaveis morram os filhos, regra esta que não só se applica aos paes de casamento verdadeiro e legitimo consumado, como do casamento putativo e como naturaes para succeder aos seus filhos naturaes, legalmente reconhecidos, exceptuados os esurios que não succedem aos pais como nem estes a elles. Toda vez que o filho é legitimado para succeder ao pae, este é legitimado para succeder ao filho, porque a successão é reciproca. Ainda se limita a regra no caso do pae ou mãe passarem á segundas nupcias e na constancia do segundo casamento herdar de um filho do primeiro consorcio havendo mais filhos, caso em que transforma-se a pro-

priedade e ficam ou usufructuarios conforme uns ou como fiduciarios conforme outros, devendo por morte os bens herdados passar para os filhos do primeiro casamento que herdarão de seu irmão predefunto, obrigados ao pagamento do imposto de transmissão *causa-mortis*. Não succedem aos filhos nascidos em tempo que possa ser atacada a presumpção legal de paternidade. Na linha dos ascendentes o mais proximo em grão exclue o mais remoto, porque entre ascendentes não é admissivel o direito de representação. Si a a um filho sobrevivem seu pae e sua mãe, ambos lhe succedem em partes eguaes; si somente um dos paes, este recebe toda a herança, ainda que sejam vivos os avós por parte do outro. Quando no mesmo grão concorrem avós de duas linhas, a herança divide-se por igual para cada uma, quer nella exista um só dos avós, quer ambos, sem distincção de serem os bens provenientes do pae ou da mãe do neto fallecido. O mesmo a respeito dos bisavós, na falta de avós. Fallecendo um filho com testamento, só nelle pôde dispôr da terça, nos dous terços succedem os pais e avós e nelles não podem ser preteridos. Quanto aos filhos naturaes e seus descendentes, por outra, quanto aos descendentes illegitimos successiveis, seus ascendentes lhes succedem nos mesmos casos em que elles lhes succederiam, porque o direito de successão é reciproco (Ramalho, Instit. Orph., § 21 e notas; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, art. 965 e notas). Na falta de descendentes do defunto, succedem-lhe seu pae e sua mãe, por cabeças (*per capita*), se o defunto era capaz de a elles succeder. Si ha somente pae ou mãe, um ou a outra succede em tudo, ainda que existam avós, pais do conjugue predefunto. Na falta de pae e mãe os avós paternos e maternos, por metades iguaes. Si concorrem avô e avó paternaes e avô e avó maternas, e *vice-versa*; os dois avós paternos succedem em metade da herança e o avô e avó maternos na outra metade. Não se admite a regra de irem os bens paternos *in solidum* aos avós paternos e os maternos *in solidum* aos avós maternos. Em quanto existe algum dos quatro avós do defunto, nenhum dos bisavós pôde succeder, porque *na linha ascendente não ha representação*. (C. Telles, Dig. Pórt. liv. II, arts. 858 a 862; C. da Rocha, § 342; T. de Freitas, Test. e Succ., § 257 a § 264). O pae e a mãe não succedem *ab intestato* aos filhos de damnado e punivel coito, a saber os adulterinos e incestuosos, extincta a especie dos sacrilegos, que são filhos de casamento civil valido de seus pais e são legitimos ou reconhecidos como simplesmente naturaes e neste caso ha successão reciproca, não sendo o caso da prohibição della previsto na Ord. liv. 4^o, tit. 93 e Novella 89, cap. ultimo. Por nosso direito os ascendentes excluem os collateraes e ainda com exclusão dos irmãos germanos e de seus filhos (Ord. liv. 4^o tit. 91). Em Portugal os ascendentes tambem preferem aos collateraes, irmãos e descendentes, não se dando nessa linha o direito de representação, como se dá na linha dos descendentes, e na linha collateral em favor dos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do dito fallecido; mas na successão de pais illegitimos só herdam os pais illegitimos se o filho illegitimo,

§ 434

No caso de passar o pae, ou a mãe, a ultteriores nupcias, existindo filhos de antecedente casamento, *terão somente em sua vida o uso e fructo dos bens*, em que viêrem

fallecer sem posteridade e sem consorte sobrevivivo, caso este em que o consorte, em quanto vivo fôr, terá o usufructo da metade da herança. (Arts. 1969 §§ 2^o e 3^o, 1993, 1994 1995, e 1996 a 1999). Em França a ordem mais favoravel de successão é a dos descendentes, *quum prima causa sit suorum heredum*, como diz a lei romana; mas entre os descendentes e ascendentes, ha a ordem de collateraes privilegiados que são os irmãos e irmans do defunto. Si não ha descendentes do defunto, a successão lhes é devolvida em totalidade, com exclusão de todos os outros herdeiros, salvo entretanto os ascendentes privilegiados, pae e mãe do defunto, que são admittidos a concorrer com elles. Assim ha casos em que os collateraes privilegiados succedem sós e em que succedem com os ascendentes privilegiados. Si o defunto não deixa ascendente privilegiado, os collateraes privilegiados recebem toda a successão, com exclusão de quaesquer parentes, quer ascendentes, quer collateraes. (Art. 750 do Cod. Civil Francez). Este favor pertence não só aos irmãos germanos ou irmãs germanas do defunto, como tambem aos irmãos uterinos e consanguineos e sua descendencia. Si o defunto deixa pae e mãe ou um delles, cada ascendente privilegiado tem direito a uma quarta parte da herança, o resto, isto é a metade, se ha dous ascendentes privilegiados e tres quartos se não ha senão um só, pertencem aos collateraes que os dividem *per capita* ou *stirpes* conforome os casos. (Arts. 748, 749 e 751 Baudry — Lacantinerie' Précis de Droit Civil, n. 78 e 79). Na Italia se alguém morre sem deixar prole, nem irmãos, irmãs, sobrinhos filhos desses, o pae e mãe succedem em partes eguaes ou aquelle progenitor sobrevivente. Si morre sem prole, sem pae ou mãe, sem irmãos, irmãs, sobrinhos filhos delles, succedem por uma metade os ascendentes da linha paterna, e por outra metade os ascendentes da linha materna, sem attenção á origem dos bens; se os ascendentes não estão em equal gráo, succede o mais proximo sem distincção de linha. Si com os pais ou com um só delle concorrem irmãos e irmãs germanos do defunto, todos são admittidos na successão *per capita*, não devendo a porção dos progenitores ou de um delles ser inferior a um terço. Si concorrem a successão irmãos consanguineos ou uterinos conseguem a metade da quóta respectiva dos germanos, succedendo *per stirpes* os sobrinhos. (Arts. 738 a 740). Assim, fallecendo um francez, conservando a nacionalidade franceza ou italiano conservando a sua nacionalidade de origem, devendo as leis da successão ser as do estatuto pessoal *do de cujus* não póde em falta de descendentes, havendo irmãos e irmãs do finado, ser exclusivos successores dos bens os pais em face das disposições legaes dos referidos codigos estran-

a succeder, ou já tiverem succedido, por morte de qualquer dos ditos filhos (Ord. liv. 4, tit. 91, §§ 2 e 4º; T. de Freitas, Consolid; art. 966 e Testam. e Succ., §§ 259 a 261). (170)

geiros citados. Actualmente deve-se estudar o direito comparado pois as leis da successão são as da nacionalidade do defunto e não as do domicilio, do paiz em que morreu e habitava.

(170) Fallecendo o pae e mãe commum, deixando filhos do primeiro e do segundo casamento, uns e outros succedem egualmente nos bens que o pae ou mãe tinha a propriedade, dividindo-se a herança em tantas porções eguaes, quantos s.º os herdeiros; por que quanto a estes bens, todos são eguaes em direitos hereditarios. Mas, quanto aos bens em que o pae ou a mãe commum succedeu *ab intestato* como herdeira de algum filho ou filha do primeiro casamento e que este ou esta houve do patrimonio ou herança de seu pae ou avós, succedem somente os do primeiro casamento, excluindo os do segundo. E a razão é que, quanto a esses bens o pae ou mãe commum, não tem senão o *uso e fructo*, o qual acabando por sua morte, passa aos filhos do primeiro casamento a propriedade delles; e porisso os filhos do segundo casamento são excluidos da partilha de taes bens. (Ramalho, Institut. Orph., § 14, notas 77, 78 e 79).

Alguns entendem que no caso não se dá *usufructo* de bens e sim um caso de *fideicommissio legal*. T. de Freitas entende que a Ord. liv. 4 tit. 91 só confere ao conjuge binubo com filhos do primeiro matrimonio uma *propriedade fiduciaria*, como acontece no fidei-commissio. Diz elle; «Se conferisse um *direito real de usufructo*, desmembrado assim o dominio dos bens herdados, a *nua propriedade* de taes bens transmittia-se desde logo aos filhos do primeiro matrimonio irmãos do fallecido, consequentemente a seus herdeiros; entretanto que a mencionada Ord. no § 1º manda que, si ao tempo do fallecimento da *mãe binuba*, não ficarem filhos vivos do primeiro casamento, posto que fiquem netos, filhos de algum d'estes, não haja lugar á disposiç.º da lei; isto é, que os bens não passem aos netos como sua propriedade; mas sim aos herdeiros da mãe, que podem ser esses netos, e os descendentes do segundo casamento. Segue-se pois, que o caso não é de *direito real de usufructo*. O Tribunal de Justiça de S. Paulo, na importante appellação civil nº 217 da capital, entre partes o Banco Constructor e Agricola e os filhos do Commendador Joaquim Cantinho por Accordios de 6 de Abril de 1894 e 18 de Janeiro de 1895 sustentou que: *a mãe binuba que succede a um filho de primeiro leito e do qual sobrevive um irm.º, recebe a herança, não em usufructo mas em fideicommissio, não podendo alhear nem obrigar os bens que por sua morte passarão áquelle filho sobrevivente*; sustentando mais que esse filho, como fideicommissario, pode renunciar seu direito á herança do irmão, adquirindo assim a mãe binuba o dominio pleno dos bens pela extincção do fideicommissio, podendo esta fazer delles doações; que essa renuncia do fideicommissario, quando executado por divida, não constitue

alienação de bens em fraude da execução por não importar diminuição alguma de seu patrimonio. Pothier, vol. VIII, pag. 445, diz que a mãe que casa segunda vez, tendo filhos do primeiro casamento, morrendo um delles durante o segundo consorcio, não é usufructuaria como por direito romano o era, porque por esse direito lógo que recasava transferia a propriedade aos filhos do primeiro leito, reservando somente o usufructo; mas que pelo direito francez dá-seu ma especie de *fideicomisso legal*. Assim, diz Pothier, *não podem os filhos dos primeiro leito dispôr de taes bens vivendo ainda a m e nem trasmittil-os em sua successão; só depois da morte dos paes é que os filhos do primeiro leito recebem os bens do irm.º predefunto*, não participando delles os filhos do segundo casamento. Si os bens não existem em ser é credor o filho do primeiro casamento na successão de sua mãe do preço ou valor que deve receber alem da legitima materna, podendo reivindicar taes bens. (Vide T. de Freitas, nota ao art. 966 da Consolid. das L. L. Civis, Testam. e Succ., nota 427 ao § 259, pags. 370 a 371.) Julgamos dever transcrever nesta nota o trabalho juridico do illustrado Doutor João Pereira Monteiro na causa, appellação civil n.º 217, entre o Banco Constructor e Agricola de S. Paulo e filhos menores do Comendador Cantinho, fazendo extracto do memorial. Assim diz elle: » Qual o genuino sentido da Ord. liv. 4.º tit. 91?

O uso e fructo de que alli se falla, concedido, sobre a legitima paterna do filho do primeiro matrimonio, á mãe binuba, é identico a esta especie dos *jura in re aliena* chamada *usufructo*? tem aquelle instituto de direito os mesmos caracteres deste desmembramento do dominio, cuja noção juridica compõe-se das duas seguintes relações fundamentaes: o direito do senhor da cousa em A (o proprietario), e o direito daquelle em favor de quem é o usufructo constituido em B (o usufructuario)? A binuba exerce direitos de verdadeira usufructuaria, isto é, sobre cousa que actualmente está sob o dominio de outrem? o irmão ou irmã do filho ou filha predefunta é verdadeiro proprietario, de modo que, si fallecer transmite tal direito a a seus herdeiros?

Decididamente não.

«Por muito tempo, diz Teixeira de Freitas (nota ao art. 966 da Consolidação) estive em erro na intelligencia da Ord. do liv. 4.º tit. 91 § 2.º Esta Ord. não dá ao conjuge binubo com filhos do primeiro matrimonio um *direito de usufructo* (na accepção juridica da palavra), dá uma propriedade fiduciaria.

«Se dêsse um *direito de usufructo*, desmembrado assim o dominio dos bens herdados, a nua propriedade de taes bens transmitia-se desde logo aos filhos do primeiro matrimonio, irmãos do fallecido, e consequentemente a seus herdeiros; entretanto que a cit. Ord. § 1.º diz que, se ao tempo do fallecimento da mãe binuba não ficarem filhos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haja logar a disposição da lei, isto é, que os bens não passem aos netos como sua propriedade

exclusiva; e sim aos herdeiros da mãe, que podem ser esses netos, e aos descendentes do segundo matrimonio.

«Segue-se, pois, que o caso não é de usufructo».

Tal doutrina é irrefutavel. Si o conjuge binubo fosse, na figura hypothese, meramente usufructuario, a nua propriedade dos bens seria do irmão ou irmã do defunto; ora, tal propriedade, embora gravada, permanece no binubo, tanto que, si o outro filho morre em vida d'elle, nada transmite a seus descendentes, sem distincção entre leitos. Logo, ha na Ord. um verdadeiro fideicommisso.

Para demonstrarmos que a expressão *usufructo* da Ord. L. 4.^o tit. 91 § 2.^o não traduz, litteralmente considerada, a idéa da lei, bastar-nos-ia fixar, em rapidos conceitos, a physionomia juridica de cada um dos dois institutos—*usufructo e fideicommisso*; e porque esse processo nos levaria inevitavelmente a concluir que o fiduciario não é mero usufructuario nem o fideicommissario é nú-proprietario, com a rija precisão das demonstrações mathematicas chegaríamos á these suprema—que o direito da binuba no caso em questào não é o direito de mero usufructuario, nem o de nú-proprietario é o do irmão do premorto filho da mesma binuba. E viria então, por fatalidade logica a these equivalente — aquella Ordenação não ha usufructo senão fideicommisso.

De facto, si algumas vezes, como nos ensina o eminente Savigny (*Dr. Romain*, vol. 3.^o, pag. 2), ha, nas regras particulares aos diferentes direitos, prescrições communs, as quaes, para serem bem comprehendidas, precisam reunir-se e ser estudadas em si mesmas, é certo que cada relação de direito tem regras suas especiaes, segundo as quaes começa e acaba para uma pessoa determinada. Ha sem duvida traços communs entre o usufructo e o fideicommisso; v. g.: quer o usufructuario quer o fideicommissario possui, usa e goza; mas confundem-se analyticamente? Não: aquelle possui, usa e goza a propriedade em usufructo, este em fideicommisso: na differença que ha entre possuir, usar e gozar em usufructo e possuir, usar e gozar em fideicommisso está precisamente a demonstração de não haver naquelle conceito meramente uma logomachia, mas uma realidade juridica praticamente apreciavel.

Em que consiste, em seus pontos mais salientes, aquella differença?

Eis aqui:

O usufructuario possui, usa e goza uma cousa que está sob o dominio de outrem, de modo que, na noção do usufructo, entram necessariamente, como já dissemos, estas duas idéas: a) o dominio de um lado—*nuda proprietas dominus*—§ 4.^o *Inst. de usufr.* (II, 4)—*nua propriedade*—Dec. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, art. 7.^o, §6.^o—*propriedade separada*—Dec. n. 5881 de 28 de Março de 1874, art. 25, § 1.^o e art. 31 § un.; b) o uso e fructo de outro lado. São duas actividades que se mantem, como diz Lafayette *Dir. das Cousas*, I, 253, independentes, cada qual dentro do circulo dos seus direitos. Destes direitos destacam-se, na ordem da demonstração a que queremos chegar, os seguintes: no proprietario, o direito á

substancia da cousa—a propriedade com todos os seus elementos, salvo o direito de uso durante o tempo do usufructo; no usufructuario, o direito de usar e fruir a cousa, salva a sua substancia, que voltará ao proprietario eis que se extinguir o usufructo.

Synthese: no usufructo fica o proprietario unica e exclusivamente privado da posse, uso e gozo—vid. *benissimé* Demolombe, *Usuf.* n. 216; logo, o outro elemento do dominio, ou a disposiçã da propriedade, permanece no *dominus* ou titular da *nuda proprietas* O nú-proprietario, pois, pôde dispôr da cousa posta em usufructo, salvo este durante o termo da respectiva constituição; logo ainda, por sua morte, o direito á cousa que está na posse uso e gozo do usufructuario transmite-se immediatamente a seus herdeiros, em quem, findo o termo do usufructo, se consolidará plenamente o dominio do *de cuius*.

Ora agora, será preciso descer á analyse de todos os elementos do fideicomisso para deixar patentes os pontos de dessimilhança entre elle e o usufructo? Não bastará consignar, com auctoridade irrecusavel dos textos e o apoio irrefutavel dos mais celebres civilistas, que o fiduciario é proprietario para, consequentemente, excluir da hypothese da Ord., mas excluir de modo palpavelmente certo, incontrastavelmente exacto, a resistir a quanta granada puder o mais ardiloso sophista fabricar e expellir, a relação de direito alli denominada *usufructo*?

Eis a correctã lição de Merlin, o mestre dos mestres (*Répert.* v.º *Substit. fideicom.*, sec. II § 1.º):

«Le principe général est que le grevé (o fiduciario) est pleinement propriétaire jusqu'à l'ouverture du fideicommiss.

«De lá il résulte, dit Peregrini *de fideicommissis*, art. 46 n. 102, que, pendant toute sa jouissance, il administre les biens pour lui même et en son nom, comme tout propriétaire. Aussi la loi 44 § 1.º D. *ad Trebellianum*, dit-elle formellement qu'il ne doit point être considéré, à cet égard, comme le procureur d'un tiers: *nec oequum erat alterius, ut sic dixeris, procuratorem constituto*.

E este conceito fundamental, isto é, que o fiduciario é proprietario, posto que gravado, repetem-no Duranton, *Dir. Civ.*, IX n. 585; Delvincourt, II pag. 105; Troplong, *des Donat.*, n. 2237, etc. etc.

«E' preciso reconhecer antes de tudo, diz o profundo Dalloz (*Répert.*, v.º *Subst.*, n. 394), que o gravado é verdadeiramente proprietario; o que se prova por este argumento decisivo: a propriedade não pôde ficar suspensa. Ora, os bens, objecto da substituição fideicommissaria, não poderiam, durante a condição (no nosso caso —o termo), pertencer senão ao gravado (o fiduciario) ou ao chamado (o fideicommissario); mas não pertencem ao chamado, porque o direito deste está suspenso até o acontecimento que hade abrir o fideicomisso».

Pois agora confrontemos a disposição da nossa lei com estes principios incontrovertidos de direito, e vejamos que conclusões advirão.

Em primeiro lugar, no mesmo § 2.º que ora se discute, expli-

citamente diz a Ord., que a binuba, que tiver filho ou filha que venha a fallecer sem descendentes deixando irmão do primeiro leito, lhe *succederá* nos bens que aquelle filho ou filha houve de seu pae ou avô da parte do pae (vêde bem a Ord. *in verbis*: ou já ao tempo em que succedeu era casada). Logo, apesar das segundas nupcias, não é o irmão do filho premorto quem succede a este, mas a propria mãe binuba.

Ma si a mãe *succede*, como dizer que é meramente usufructuaria? então *succede*, mas a propriedade não é ella quem adquire senão os irmãos do *de cujus*? que cerebrina successão é esta?

Não—o que não se quer vêr, por mais que o genio de Teixeira de Freitas houvesse esclarecido o assumpto, é aquillo mesmo, que por estar escripto na propria Ordenação, salta aos olhos do leitor. Aquella successão é puramente da especie chamada substituição fideicommissaria ou simplesmente fideicommisso: é a successão gravada com o encargo da inalienabilidade e incommunicabilidade dos bens enquanto viver algum irmão do *de cujus*, a quem serão transmittidos por morte da mãe e commum. Lá está na Ord. litteralmente escripto:

«os quaes bens não poderá alienar, nem obrigar, nem haverá o segundo marido parte da *propriedade* delles».

Querem mais claro? Si aquelle *uso e fructo* fosse puramente o instituto que a technologia juridica descreve como acima deixamos exposto, haveria necessidade de fazer expressa a clausula de inalienabilidade? si a binuba é meramente usufructuaria, que desproposito enorme não se esconde, ou melhor—não se patenteia debaixo d'aquella palavra *propriedade*, então a binuba é usufructuaria, e reserva inteira a propriedade dos bens, não deixando que o segundo marido haja *parte da propriedade* delles!

Porquanto então, diante daquella ultima passagem transcripta da Ord., não se ha de reconhecer a verdade, assim proclamada por Candido Mendes (*Cod. Philip.*, p. 937, 2.^a col.):

«Como se vê ha aqui um verdadeiro fideicommisso por lei creado, e ao mesmo tempo uma restricção ao direito hereditario dos ascendentes?».

Em segundo lugar, como si não bastassem tão valiosos argumentos para excluir a interpretação contraria, o segundo periodo do mesmo § 2.^o é de tal forma claro e positivo, de tal modo corta a questão, que de uma só cousa nos admiramos: ter nascido a duvida. Na alludida disposição encerra-se o argumento capital e unico de Teixeira de Freitas, acima transcripto, e que resiste a qualquer contestação, venha de quem vier.

«E se ao tempo do fallecimento de sua mãe não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, NÃO HAVERÁ LOGAR A DISPOSIÇÃO DESTA LEI».

Então que *usufructo* é este? então no usufructo, por morte do n.º proprietario, não passa a propriedade aos herdeiros delle mas consolida-se no usufructuario? Mas então ninguem mais se poderá entender na technologia juridica!...

Usufructo que se extingue pela morte do nú-proprietario! nú-proprietario que não transmite seu direito aos seus herdeiros! quanto extravagancia! quanto disparate!

E tudo isto porque? Porque na Ord. está escripta a palavra *uso e fructo*, embora tudo faça patente o erro technico, ainda que tudo demonstre que outro é o espirito da lei!

Nem os escriptores citados na sentença appellada contrariam a justa, a unica interpretação correcta da Ord., qual é a de Teixeira de Freitas.

Assim Trigo de Loureiro (L. 1.^o, tit. VIII, § 135), posto que effectivamente houvesse escripto as palavras transcriptas no 2.^o *considerando* da sentença, fêl-o por ventura para definir a natureza e e regras do usufructo ou do fideicomisso, e concluir que no nosso caso ha usufructo e não fideicomisso? Absolutamente n o. E note-se bem aquellas palavras—*porque então a propriedade desses bens pertence ao filho ou filha restante, só compete ao binubo o usufructo delles, enquanto viver*—escreveu-as Trigo de Loureiro a proposito da questão—*se ha communhão nas segundas nupcias*—que é a rubrica do § 135. E então palpavel é o erro de tal civilista, feliz e justamente pouco conceituado. Erro, porque, como já vimos, da passagem da Ord.—*e o segundo marido não haverá parte da propriedade delles* (os taes bens) —conclue-se irrefutavelmente que a inteira propriedade delles ficou com a binuba. E isto mesmo está implicito no proprio Trigo de Loureiro, *ibi*: *Exceptuam-se porém.*

Mas si Loureiro quizesse, no seu § 135. dar como regra, que aquelle usufructo do § 2.^o da cit. Ord. é technicamente o usufructo acima definido, então elle mesmo adiante se refutaria. Vêde-o no § 456: *Da successão do binubo, pae ou mãe*; onde, depois de reproduzir a disposição da Ord.: *e se ao tempo etc.*, ensina:

«O binubo, porém, pae ou mãe, que assim tem em taes bens sómente o usufructo vitalicio (não ha maior inimigo da logica do que uma idéa preconcebida), torna-se exclusivo proprietario delles, se em sua vida vem a fallecer o restante ou restantes filhos do mesmo leito, ainda que destê ou destes ficassem outros descendentes successiveis».

Pois que! a propriedade é do filho restante mas volta ao pae si este sobrevive áquelle, posto que o filho deixe herdeiros successiveis!....

Assim Borges Carneiro, depois de effectivamente se exprimir como refere a sentença appellada,—§ 157. ns. 1 e 2—nos ns. 6 e 7 do mesmo §, doutrina de modo a demonstrar que a expressão *usufructo* fôra meramente copiada da Ord.:

« 6. — Se o viuvo alienar os ditos bens, o filho do primeiro matrimonio os reivindica de qualquer possuidor, ou não existindo elles, demanda a sua estimação aos herdeiros do pae ou mãe alienante.

« 7 —Pois sómente depois da morte delles lhe compete esta acção—Pegas, 5 for., cap. 84, ns. 3, 4 e 5. »

Eis ahí: sómente aos herdeiros do pae ou mãe alienante pôde o filho do primeiro matrimonio pedir a restituição ou estimação dos bens porque só depois da morte do pae ou mãe é que o filho tem acção. E porque? porque antes não tinha direito. Logo, para o proprio Borges Carneiro, o filho enquanto vive o pae ou mãe binuba não tem a propriedade daquelles bens: não passa, digamol-o mais uma vez, e sempre, de fideicommissario.

Tambem Liz Teixeira, aliás mediocre civilista, é facilmente refutavel no periodo invocado pelo douto juiz *a quo* tratando (vol. 3.º, pag. 261) de expôr os *modos porque se constitue o usufructo*, é certo referir a hypothese do § 2.º da Ord., liv. 4.º, tit. 91; entretanto, ensinando no § seguinte quaes os *modos porque se acaba o usufructo*, diz á pag. 262 que um delles é a morte do usufructuario, e a pag. 264 ser *evidente que a morte do proprietario não termina o direito do usufructuario*, o que é de correção rigorosa. Mas então o usufructo, do § 2.º da Ord. não é este usufructo, porque aquelle acaba com a morte do nú-proprietario, e o dominio pleno consolidase no pseudo usufructuario embora o nú-proprietario deixe herdeiros setis e necessarios! E tanto desproposito só porque se quer guardar servilmente a crúa lettra da lei!

Tambem Lafayette (*Dir. das Cousas*, § 95, e *Drs. de Familia*, § 63, nt. 1.^a) não faz mais do que reproduzir litteralmente a Ord. e os escriptores já citados sem o minimo intuito de proceder á operacão que estamos levando quasi ao cabo, isto é, verificar si o vocabulo *usufructo* foi bem ou mal empregado naquella Ord.

Finalmente Corrêa Telles (*Interp.* § 113) nada adianta que contrariar possa a miuda critica que, valentemente apoiados no eminente Teixeira de Freitas, estamos fazendo da Ord. Basta ponderar que, combinado aquelle periodo de C. Telles com os ns. 6 e 7 do § 157 de B. Carneiro, acima transcriptos, aquelle direito que os filhos do primeiro matrimonio adquirem sobre os bens do irmão premorto no caso em que o pae ou mãe binuba os venda, só contra os herdeiros do dito pai ou mãe pôde ser demandado, porque só então é por taes filhos adquirido.

E assim não ha na Ord. senão um fideicommisso».

E' justo reproduzirmos o extracto do memorial do douto advogado Doutor João Mendes Junior e em seguida o fazemos. Diz elle: — « A Ord. liv. IV, tit. 91 § 2.º não contem *erro* algum, nem é licito phantasiar *erro* no legislador, para deixar de applicar a lei! Os juizes julgam pelas leis e não pelas opiniões dos escriptores. Errados andam os que attribuem erro ao legislador da citada ordenação que, apezar da respeitavel opinião de T. de Freitas, não contem confusão do *usufructo* com o *fideicommisso*.

A principal differença entre o *usufructo* e o *fideicommisso* está na sua constituição.

O *usufructo* é constituído *vel ab homine, vel a Judice, vel a Lege*; ao passo que o *fideicommisso* só pode ser constituído—*ab homine*.

Basta abrir o Digesto, nos Livros relativos aos *fideicomissos*: estes são tratados sempre como *declarag es de vontade* do constituidor. Assim, os titulos seguintes: *De legatis et fideicomissis* I (Liv. XXX); *De legatis et fideicomissis* II (Liv. XXXI); *De legatis et fideicomissis* III (Liv. XXXII). Os livros seguintes, desde o XXXIII até o XXXVI, contêm fragmentos innumerados, relativos aos fideicomissos, sempre os considerando constituídos *ab homine*.

Tambem o Codigo, no Liv. VI, tem tres titulos com as seguintes rubricas: *De legatis* (tit. XXXVII); *De fideicomissis* (tit. XLII); *Communia de legatis et fideicomissis* (tit. XLIII). E ainda nos seguintes algumas referencias, sempre os considerando constituídos *ab homine*.

Outrosim, as Institutas, no Liv II, têm tres titulos com as seguintes rubricas: *De legatis* (tit. XX); *De fideicommissariis hereditibus* (tit. XXIII); *De singulis rebus per fideicommissum relictis* (tit. XXIV); Só no Liv. III as Institutas tratam de *haereditibus quae ab intestato deferuntur*, e ahi *nada absolutamente* dizem sobre o *fideicomisso*.

As nossas leis patrias, que se referem ao assumpto, são, segundo reconhece o proprio TEIXEIRA DE FREITAS, em um estudo sobre a *substituição fideicomissaria*, inserto no vol. IX do *DIREITO*, pags. 9 a 22, 228 a 238, 641 a 658,—escassamente as seguintes—: 1.º) A Ord. L. 2.º tit. 26 § 23, cujos termos referem-se á successão testamentaria; 2.º) A Ord. L. 4.º tit. 87 e no § 12, cujos termos tambem referem-se á successão testamentaria; 3.º) Os Alvarás de 7 de Junho de 1755 § 50, de 1.º de Setembro de 1756 § 46, de 13 de Agosto de 1759 § 57, cujos termos referem-se á constituição feita por accionistas de certas companhias. Sempre, sempre,— uma constituição *ab homine*. E note-se que, neste mesmo estudo inserto no *DIREITO*, vol. IX, pag. 650, esse mesmo TEIXEIRA DE FREITAS, depois de transcrever um trecho de TROPLONG sobre a origem do *fideicomisso*, diz o seguinte: « Tudo isto, por seu turno, tambem acha-se na verdadeira definição do *fideicomisso* (definição subjectiva) como *mandato juridico* » Ora, « o mandato não se presume », segundo a regra de direito exposta pelo mesmo TEIXEIRA DE FREITAS, na sua edição dos *Axiomata*, de BARBOSA e VALASCO; o mandato é sempre constituído *ab homine* e jamais *a Lege*.

Outra differença é que no *usufructo* ha um *desmembramento da propriedade*, ao passo que no *fideicomisso a propriedade se conserva inteira*. Ora, no caso, da Ord. L. 4.º tit. 91 § 2.º, ha um *desmembramento da propriedade*, como passamos a demonstrar.

As fontes desta Ordenação acham-se no Cod. L. 3, *de secundis nuptiis* (Liv. V, tit. IX) e na Novella XXII, caps. 23, 46 e 47. As phrases dessas fontes são energicas; assim na Novella, cap. 23 :..... *proprietatis privatam partem, solum ei derelinquens usumfructum..... Et generaliter dicendum est quod omnis eam deserit proprietatis modus in iis quae a priori viro in eam venerunt; et filii ea percipient, et PROPRIETATIS ERUNT DOMINI, secundum tempus mox quo mater con-*

juncta est alii viro. Na Novella, cap. 46 § 2.º in fine:.... *in quibus solum mater habeat usumfructum.* E ainda no cap. 47 § 1.º:.... *solum autem habere horum, quamdiu superest, usum et usumfructum.* No Cod., L. 3, cit:.... *habeat potestatem possidendi tantum.*

O grande jurisconsulto NOODT, tomo I, referindo-se a isto, no cap. 4 do Liv. II, escreveu:

At ususfructus non patri tantum lege constituitur, sed mulieri quoque.... deindeque transeat ad secundas nuptias superstitibus prioris matrimonii liberis; nam visum Impp. Gratiano, Valentiniano et Theodosio (L. 8, Cod., de secundis nuptiis) proprietatem reverti ad liberos: mulierem habere jus ususfructus, quamdiu ipsa viva prioris matrimonii filii vel omnes vel aliqui eorum vivent, quod si moriatur superstitibus liberis.

Outro notavel jurisconsulto, GOMEZ, *Comm. in Leges Tauri*, XIV, per totum, ns. 1 e 4, escreveu:

..... *si mulier post mortem mariti contrahat secundas nuptias, tenetur reservare filio primi matrimonii omnia bona....; et tantum habebit jus utendi et fruendi, et sic usumfructum legalem ex legis dispositione....* Item adde prosequendo materiam, quod in praedictis casibus talis mulier, quae transit ad secunda vota, statim ipso jure amittit dominium praedictorum bonorum respectu proprietatis, et applicatur praedictis filiis: et mater per legem efficitur usufructuaria.

Mais outro jurisconsulto, REYNOSO, *Observ. XLIII*, ns. 1, 9 e 12, portuguez, assim escreve:

Regula juris est notissima matrem ad secunda vota transeuntem, eo ipso amittere proprietatem bonorum, quae habuit a filio praemotuo prioris matrimonii, tenerique, hujusmodi, bona reservare filiis ex eodem primo matrimonio procreatis.

O grande SANCHEZ, citado por BARBOZA, nas *Remiss.* sobre a cit. Ord. L. 4.º tit. 91 § 2.º, escreveu no seu *Tratado De matrimonio*, *Disput. 80*, n. 18:

Quinto infertur, conjugem succedentem ab intestato filio prioris matrimonii in bonis, quae is filius ex parentis substantia habuit, teneri transeundo ad secundas nuptias haec bona reservare filiis prioris matrimonii ac amittere illorum proprietatem, solo usufructu retento.

E assim BAGNA, *Quotid. Resol.*, I, cap. V, n. 17; MAINZ, *Droit Romain*, § 406; MELLO FREIRE, *Iust. Jur. Civ. Lusit.*, Liv. III, tit. XIII § 5.º; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, pag. 562; LIZ TEIXEIRA, *Direito Civil*, III, tit. 13 § 5.º; LAFAYETTE, *Direito das Cousas*, I, § 95, letra B, e todos os outros juriconsultos, com excepção unica de TEIXEIRA DE FREITAS.

Diz TEIXEIRA DE FREITAS—«...por isso que o irmão do fallecido não transmite direito algum a seus herdeiros, si fallecer antes de sua mãe, como se daria si se tratasse de usufructo».

Em primeiro logar, notaremos que essa restricção só se applica quando não ficar filho algum vivo dos do primeiro matrimonio; pois, nos termos desse mesmo § da Ord. Liv. 4.º tit. 91 *in fine*, está determinado que—«ficando filho ao tempo do fallecimento de sua mãe, e algum neto de outro filho já morto, o dito neto concorrerá na successão do tio morto com o tio vivo». Ora, si a Ord. L. 4 tit. 91 § 2.º contivesse, não um usufructo mas um *fideicommissio*, o neto em caso algum concorreria *abintestato* na successão *desses bens* de seu tio morto, com seu tio vivo. Aquella restricção, portanto, é um *dictum secundum quid*, e não um *dictum simpliciter et secundum omnia*: e esse foi o paralogismo de TEIXEIRA DE FREITAS.

Em segundo logar, como é corrente em direito, o usufructo pode ser affectado por modalidades; pode ser *puro*, a termo, sob condições (ACCARIAS *Droit Romain*, n. 277; BORGES CARNEIRO, *Dir. Civil*, IV, § 41, ns. 1 a 6). O Legislador não estava prohibido de constituir um usufructo com modalidades subordinadas á razão da lei. Ora, a razão desta lei é *dupla e conjuncta*, como ensinam GOMEZ, SANCHES, NOODT e outros tratadistas e commentadores:—*non solus filiorum favor est causa hujus reservationis, sed etiam injuria illata viro et filiis per posterius matrimonium*. Sendo a razão da lei *dupla e conjuncta dupla et conjuncta (ut neutra sola sufficiat)*, não basta que permaneça uma: é preciso que permaneçam as duas. Não havendo filho algum e só netos, estes não se podem considerar injuriados, isto é,—cessa a segunda razão porque, não os netos mas só os filhos, representam a pessoa do primeiro marido. *Filius cum patre una eademque persona censetur* (GUERREIRO, II, cap. VI, n. 5); e, portanto, emquanto existir filho do primeiro marido é como se ainda existisse o dito primeiro marido. Esta é a principal base da restricção com que o Legislador constituiu aquelle usufructo da L. 3, *Cod. de secundis nuptiis*, da novella XXII, caps. 23, 46 e 47 e da Ord. Liv. 4, tit. 91 § 2.º Cessada ella, *tunc proprietatem consolidari cum usufructu*, diz SANCHEZ.

Portanto preferindo-se a *gloza* ao *texto*, isto é, preferindo a opinião de TEIXEIRA DE FREITAS ao disposto na lei, incorre-se em censura de Direito, estabelece-se um perigoso precedente e precipita-se no mesmo erro em que cahira aquelle juriconsulto. Si a Ordenação está errada, também estão erradas as leis romanas e tambem estão errados todos os juriconsultos anteriores, contemporaneos e posteriores a TEIXEIRA DE FREITAS. E' regra de direito que *verba*

secundum propriam significationem interpretanda sunt. Si a Ord. Liv, 4, tit. 91 § 2.º diz—*usufructo*, porque entender-se *fideicommisso*?

Vide o dr. Figueira de Mello sobre os *fideicommissos modernos* (*Gazeta Juridica*, do dr. CARLOS PERDIGÃO, vols. XXXIV e XXX).

Neste vol. XXXV, pag. 24, nota 72, referindo-se á mania fideicommissaria, diz aquelle jurisconsulto :

«Victima dessa mania, TEIXEIRA DE FREITAS chegou a convencer-se de que a disposição da Ord. L. IV tit. 91 § 2.º encerra um fideicommisso! Essa Ordenação, disse elle na 3.ª edição da *Consolidação das Leis Civis*, nota ao art. 966—não dá ao conjugue um direito de *usufructo*, na acceção da palavra, dá uma *propriedade fideicommissaria*! Elle lamentava-se de ter laborado até então em erro, empregando na 1.ª edição a palavra *usufructo*, e julgou-se obrigado a substituil-a pelas palavras *uso e fructo*! E argumentando contra a expressa disposição da Ordenação, chegou a negar aos filhos das primeiras nupcias a propriedade! Si TEIXEIRA DE FREITAS não se tivesse deixado impressionar por falsas idéas acerca do *fideicommisso*, elle nunca teria pregado tamanha *heresia juridica*; e, no Direito Romano, copioso thesouro de doutrina acerca dos *fideicommissos* e fonte da Ordenação citada, elle encontraria a condemnação de sua theoria. Assim reconhecera que, longe de ter o pae ou mãe viuva, na hypothese, *uma propriedade fiduciaria*, só tem o *usufructo*, e que os filhos, em vez de terem um direito futuro, são proprietarios—*ut utendí fruendí duntaxat habeant in diem vitæ suæ facultatem, dominio videlicet earum ad hberos pertinente* (Liv. I, Cod., de *bon. mat.*, 6,60); —*sobiususufructus dominum facientem, dominium autem illis conservantem* (Novel. 68). Vid. VOET, Comm., L. 23, tit. 2.º, ns. 102 e 103). O senador CANDIDO MENDES (Cod. Philipp., not. á Ord. cit.) deixou-se seduzir pela auctoridade de TEIXEIRA DE FREITAS, por não prescrutar a razão, a philosophia da lei».

Devemos, porém, observar que o senador CANDIDO MENDES não apresentou argumentação *propria* sobre este ponto, por isso que limitou-se a partir do *supposto* por TEIXEIRA DE FREITAS. Não se pôde considerar como parecer de um jurisconsulto aquillo que, *ob angustiam temporis*, na phrase de VALASCO, é affirmado, sem maior exame, sob a influencia da auctoridade de outro».

Transcrevemos o Accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo que se vê publicado no *Direito*, vol. 71 n.º 1, de 15 de Outubro de 1896, e que foi confirmado por Acc. de 18 de Janeiro de 1895.

ACCORDÃO

Accordão em Tribunal:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, entre partes—appellantes os menores, puberes e impuberes, filhos do commendador Joaquim Fernandes Cantinho Sobrinho, e appellado o Banco Constructor e Agricola de S. Paulo, na qualidade de cessionario da Caixa

Filial do Banco do Brazil: Pedem os appellantes reforma da sentença de fl. 1065, que julgando nulla e insubsistente a renuncia de direitos feita pela executada D. Francisca Manoela de Siqueira Cantinho, da herança de sua irmã D. Anna Leopoldina de Siqueira, e consequentemente tambem nulla e insubsistente a doação que dos bens da mesma herança fez D. Maria Cantinho Gavião a seus netos, filhos da executada, por isso que aquella renuncia, que permittiu a doação, foi feita em fraude de credores, renunciando a executada o direito da herança de sua irmã, que falleceu sem descendentes, para o fim de poder sua mãe fazer a doação, sendo esta simplesmente uso-frutuaria, por haver passado a segundas nupcias, nos termos da Ord. liv. 4. tit. 91 § 2.º, rejeitou por isso os embargos de terceiro senhor e possuidor, apresentados pelos menores contra a penhora feita pelo exequente em taes bens.

O que tudo devidamente ponderado, e o mais que consta dos autos, e considerando que o pedido de nullidade da renuncia e doação de fls. 801, 842 e 845, sob o fundamento de serem actos praticados em fraude de credores, só poderá ser acceito se fôr conforme com os preceitos do direito romano, que no Dig. L. 42, T. 8—*quae in fraudem creditorem facta sunt, ut restituantur*, firma as regras que dão ao credor o direito de nullificar os actos de alienação praticados pelo devedor para defraudal-o; porquanto, sendo omissa a legislação patria só áquelle direito devemos recorrer, quando suas disposições sã conformes a bõa razão, como, muito bem firmou a sentença appellada, invocando a lei de 18 de Agosto de 1769 e Est. da Univ. de Coimbra de 28 de Agosto 1772;

Considerando que em face daquelle direito, para dar-se rescisão do acto, praticado em fraude de credores, é necessario que com elle diminua o devedor o seu patrimonio, não bastando que deixe de augmental-o—*non fraudantur creditores, quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis diminuitur*. Dig. L. 50, T. 17, fr. 134, de div. reg. jur. ant. e L. 42, T. 8 fr. 6.º;

Considerando que esse principio do direito romano não repugna á boa razão, tanto que no *Projecto do Código Civil* do Dr. A. Coelho Rodrigues se acha elle firmado no art. 348—«não se considera le-siva aos credores qualquer renuncia que o devedor faça da successão, legado ou doação ainda não acceitos, nem o de usufructo que lhe compita por direito de familia»;

Considerando que a renuncia feita pela executada, com assistencia de seu marido, da herança de sua irmã D. Anna Leopoldina, constante da cert. a fl. 801, não diminuiu o seu patrimonio, pois que aquella direito não augmentava diminuia a massa de bens pertencentes ao casal executado, não podendo sobre os bens da herança recahir penhora enquanto vivesse D. Maria Gavião, que por força da Ord. L. 4.º T. 91, § 2.º, tinha o direito de usufruil-os: não podendo consequentemente ser a renuncia considerada em fraude de credores—*Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur*

alienare: veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur—Dig. L. 50, T. 16, fr. 28;

Considerando que a Ord. L. 4.^o T. 91 § 2.^o não dá á executada a propriedade dos bens da herança de sua finada irmã D. Anna Leopoldina, por ter sua mãe passado a segundas nupcias, porquanto não é proprietario quem não pôde transmittir a seus herdeiros a propriedade, e no caso da Ord., fallecendo a executada antes de sua mãe, aquelles bens não passariam a seus herdeiros, e sim aos herdeiros de sua mãe, tanto aos netos do primeiro matrimonio, como aos descendentes do segundo—«e se ao tempo do fallecimento de sua mãe, não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haverá logar a disposição desta lei» diz a mesma Ord.; distribuindo-se a herança *per capita*, accrescenta o Sr. Candido Mendes, na nota;

Considerando que o caso desta Ord. em relação ao direito da mãe binuba, não é o de usufructo, na accepção juridica da palavra, como irrefutavelmente demonstra T. de Freitas, na nota ao art. 966 da *Consol.*, e sim de uma propriedade fiduciaria, por isso que o irmão do fallecido não transmitta direito algum a seus herdeiros, se fallecer antes de sua mãe, como se daria se si tratasse de usufructo, na accepção juridica, sendo elle seu proprietario, durante a vida da usufructuaria; accrescentando ainda a Ord. que «a binuba não poderá alhear, nem obrigar os ditos bens, e nem o segundo marido haverá parte da *propriedade* delles»;

Considerando que não tem applicação alguma á especie dos autos a disposição do art. 494 do Regul. n. 737 de 1850, invocado pelo exequente, pois que não se trata de *bens do executado*, alienados em fraude da execução, demonstrado, como ficou, que a renuncia da executada não diminuiu o seu patrimonio, nem a herança nem o direito á ella e nem eram bens que estivessem na massa do casal executado, de modo a sobre elles poder recahir penhora;

Considerando finalmente, que ainda que fossem nullas a renuncia do direito á herança de sua irmã, que fez a executada, e a doação dos bens da mesma herança, que fez D. Maria Gavião a seus netos, a consequencia seria tornarem ambas á posição juridica que tinham antes destes actos, conforme muito bem julgou a sentença appellada, não sendo possivel, nessas condições, recahir penhoras nesses bens, emquanto for viva D. Maria Gavião:

Dão provimento á appellação interposta, e reformam a sentença appellada de fl. 1065, para julgar, como julgam, procedentes os embargos de terceiro oppostos pelos menores appellantes contra a penhora de fl. 828 e seguintes, nulla e insubsistente a mesma penhora, e em pleno vigor as escripturas de fls. 801, 842 e 845, para que produzam todos os seus effectos. Custas pelo appellado. S. Paulo, 6 de Abril de 1894.—*Souza Lima*, presidente.—*Canuto Saraiva*.—*Pinheiro Lima*.—*Rolim*.

§ 435

A limitação referida do direito de successão dos ascendentes só procede:

1º A respeito do pae, ou da mãe; e não dos avós que ulteriormente se casarem.

2º Existindo filho, ou filhos do antecedente casamento; ou neto, filho de outro já morto, que concorra com o tio vivo; e *não quando só existem netos.* (171)

3º Tratando-se da successão do pae a respeito dos bens, que o filho morto adquiriu por herança da mãe, ou dos avós maternos.

4º Tratando-se da successão da mãe, a respeito dos bens, que o filho morto adquiriu por herança do pae, ou do avó paterno.

(T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis art. 967 §§ 1 a 4º; Ord. liv. 4º, tit. 91.)

Secção III

COLLATERAES

§ 436

Na falta de descendentes e ascendentes succedem os collateraes (Ord. liv. 4 tit. 96, Novella 118, cap. III).

§ 437

São chamados em primeiro logar á successão os irmãos e irmãs germanos e sens filhos com exclusão dos irmãos uterinos e consanguineos; faltando irmãos e irmãs germanos e filhos delles succedem os irmãos e irmãs unilateraes, com exclusão dos tios, sem differença de bens paternos ou maternos. (172)

(171) *E não quando só existirem netos*, ou isto aconteça logo ao tempo do fallecimento do filho do primeiro casamento, de quem herde o conjuge binubo; ou aconteça antes do fallecimento do conjuge binubo; ou ao tempo de seu fallecimento. (T. de Freitas, Test. e Successões, nota 429 ao § 260.)

(172) Irmãos *germanos* ou *bilateraes* são os que descendem do mesmo pae e mãe; os unilateraes são *consanguineos* e *uterinos*, os primeiros os que têm o mesmo pae e mãe diferente, os segundos os que têm a mesma mãe e pae diferente (Boudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil, pag. 36, n.º 38). A preferencia dos irmãos

germanos e filhos destes, que os francezes denominam : *privilege du double lien*, é determinada pelas Novellas 118, cap. III e 84, e acceita na nossa jurisprudencia de modo constante, não existindo praxista algum que não julgue subsidiaria a novella 118, cap. III (T. de Freitas, Test. e Succ., cap. III, § 266, pag. 377; Gouveia Pinto cap. 42, § 3º; Ramalho, Instit. Orph., § 22; Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 972; C. Telles, Dig. Port., liv. II, arts. 871, 872 e 876; C. da Rocha, § 243; Per. de Carv., Proc. Orph., nota 74; C. Telles, Doutrina das Acções, nota 242; Mello Freire, Inst. de Dir. Civil, liv. III, tit. 83, § 17; Guerr., trat. II, liv. IV, cap. IV, Cap. I, pag. 322, n.ºs 31, 32 e 34; Borg. Carn., vol. II, pag. 306, § 197, n.º 10.) Esta questão de preferencia de irmãos germanos foi assumpto do importante pleito relativamente á herança de Dona Anna Delphina Villaça de Azevedo, que deu logar á appellação civil n.º 459 entre partes appellantes o Conselheiro Doutor Joaquim Pedro Villaça e outros e appellados D. Fortunata Izaura da Rocha e outros. O Conselheiro Duarte de Azevedo advogou a causa por parte dos appellados e tratou de combater essa preferencia e magistralmente o fez, posto que não pudesse o seu notavel talento alcançar victoria no pleito. E' justo que esta nota contenha o valioso trabalho juridico desse emerito advogado do fóro paulista. Eis o extracto de seu memorial na causa, dizendo esse jurisconsulto:—«Os que sustentam a opinião de que os irmãos germanos excluem os unilateraes na successão intestada do irmão defuncto, fundam-se na Ord. liv. 4.º, tit. 96 *princ.*, pela qual parece-lhes que foi acceita a disposição da Novella 118, cap. III, de Justiniano». Não ha outra lei patria que se preste a tal intelligencia que infelizmente é a do douto Mello Freire e a de alguns outros escriptores modernos citados a pag. 169 do vol. 43 do Direito, no trabalho de um talentoso cultor das letras juridicas. Mas a Ord. liv. 4 tit. 96 pr. presta-se a semelhante interpretação?

Não a autorisam por certo, como se demonstrará, nem a letra da Ordenação invocada, nem a disposição de outros textos, nem a economia do nosso direito.

O que a Ord. L. 4.º tit. 96 pr. diz é, que em falta de descendentes e ascendentes do conjuge, que fallecer sem testamento, dará o conjuge supervivo partilha aos parentes mais chegados do defuncto segundo disposição do direito.

A Ordenação refere-se á disposição do direito romano sómente para a contagem dos grãos de parentesco, afim de se verificar quaes os parentes mais chegados do defuncto. Poder-se-ia duvidar, se o grão e portanto a proximidade do parentesco, deviam ser apreciados pela regra do direito romano, ou se pela do direito canonico; e a Ord. preferio para essa apreciação a regra direito romano.

Mas para que desta disposição se infira, que accitou as prescripções da Nov. 118 cap. 3.º sobre a successão dos irmãos, é preciso dar-se um salto mortal: A Ord. não se referiu á successão dos irmãos, e menos disse que na successão dos irmãos guardar-se-ia o direito romano: disse simplesmente, unicamente, que a herança do

defuncto sem testamento, que não deixasse descendentes ou ascendentes, se devolveria aos parentes que *mais chegados fossem segundo o Direito*; isto é, estabeleceu a successão dos collateraes pela proximidade do gráo de parentesco, *contado pelo systema do direito romano*.

Como se póde induzir um systema inteiro de successão, ou transportal-o de direito estranho, por uma phrase que tem sentido tão claro e tão limitado, restricto apenas ao modo de contarem-se os grãos de parentesco entre collateraes?!

O argumento, pois, que se deduz da Ord. L. 4.^o tit. 96, para concluir-se que a Nov. 118 cap. 3.^o foi acceita por ella, não passa de um paralogismo.

Bem longe de haver a Ord. L. 4.^o tit. 96 pr. adoptado a disposição da Nov. 118 cap. 3.^o, derogou-a em um ponto, e é antihetica com ella em outro.

Assim que, a novella admittia os irmãos germanos á successão do irmão defuncto conjunctamente com os ascendentes; em quanto que Ord. citada não tolera essa concurrencia, e exclue os irmãos, como já o havia disposto a Ord. L. 4.^o tit. 91 pr. e § 1.^o—*onde houver ascendentes não herdará o irmão*.

A Nov. preferia os sobrinhos de irmãos germanos, *posto que herdeiros do terceiro gráo*, aos irmãos unilateraes, que o são do segundo; emquanto que a Ord. L. 4.^o tit. 96 pr. não admitte tal preferencia, porque devolve a herança *aos parentes mais chegados do defuncto*.

Consequentemente o disposto no cap. 3.^o da Nov. 118 é repugnante com a legislação patria, e com o regimen da successão estabelecido por ella de modo completo, sem remissões ao direito romano.

Nem, sob este aspecto, poder-se-ia conformar a phisionomia do direito romano com a do direito patrio.

O parentesco civil romano fundava-se no poder paterno, e este no casamento. Fóra do casamento os filhos não tinham pae, nem eram parentes entre si—Inst. L. 3.^o cap. 5.^o § 4.^o, fr. 4.^o § 2.^o Dig. *de grad*. Foram considerados apenas parentes de sua mãe, e isto mesmo por effeito de uma *bonorum possessio* dos pretores, e pelo senatusconsulto Orphitiano—Inst. L. 3.^o, cap. 4.^o.

Ora, posto que frouxos os laços de agnação ao tempo de Justiniano, a tradição do direito os manteve em um resquicio da familia civil romana; e os filhos provenientes do casamento, que eram no antigo direito os unicos parentes civis dos pais e entre si, ficaram ainda os principaes parentes e herdeiros. Eis ahi por que a Novella 118, que na intelligencia de Vinnius só tratou da successão legitima (Inst. L. 3.^o cap. 5.^o pag. 539 1.^a col.) preferiu os irmãos germanos, e os chamou á successão em concurrencia com os ascendentes do defuncto, excluindo os irmãos unilateraes, ainda mesmo que só existissem sobrinhos filhos de irmãos germanos.

Mas no direito patrio, em que nunca foi admittido o instituto da agnação civil, e em que a familia fundou-se sempre nos vinculos

naturaes do sangue, nenhuma razão juridica houve nunca para que o irmão germano fosse preferido aos outros, especialmente aos uterinos.

Este conceito não é uma simples conjectura. Além da disposição clara da Ord. L. 4.^o tit. 96 pr., que estabelece a vocação dos collateraes *pela proximidade* do grão, e que por tanto, em vez de favorecer as distincções da novella de Justiniano, repelle-as abertamente, visto como todos os irmãos são parentes do mesmo grão, e do grão collateral mais proximo; além daquella disposição, e da Ord. L. 4.^o tit. 93 é expressa em chamar indistinctamente *todos os filhos da mãe commum* á successão do irmão defuncto—*succeder-lhe-ha e o herdará seu irmão, filho de sua mãe—os irmãos possam entre si succeder ab intestado, ainda que descendam* (e por força de maior razão se não descenderem) *de damnado e punível coito por linha de mãe conjunctos.*

Esta Ordenação, que Barboza diz deduzida dos fr. 2.^o e 4.^o Dig. *unde cognati*, os quaes expressamente consagram a successão reciproca dos irmãos uterinos oriundos de união casual, foi sempre considerada pelos nossos praxistas como o assento da successão dos irmãos maternos, e entendida do modo mais geral.

Assim Pegas, de Spuriis, glosa 5.^a n. 8, ensina que a Ord. entende-se ao caso *de ser um irmão legitimo e outro spurio*, pois que entre ambos dá-se successão mutua em vista da letra da lei—*succeder-lhe-ha seu irmão, filho de sua mãe.*

Guerreiro, Tr. 2.^o L. 4.^o cap. 2.^o ns. 15 e 18 diz que *os irmãos uterinos succedem entre si reciprocamente, ainda que uns sejam naturaes e outros legitimos.*

No Rep. das Ords. vb.—*irmãos de damnado coito*—está condensada a doutrina, de que *os irmãos uterinos, succedem entre si reciprocamente*, com o fundamento especial de que a Ord. L. 4.^o tit. 93—*dispõe em favor dos irmãos maternos.*

No Codigo Philippino, tratando-se desta Ord., observa-se que— a ordenação não distingue se o irmão uterino é legitimo ou illegitimo, *colloca a todos no mesmo pé para herdarem entre si*; e com a auctoridade de muitos autores conclue—*no direito patrio é corrente a doutrina de que os irmãos uterinos, legitimos ou naturaes, succedem uns aos outros.*

Sua exc. em sua annotação escripta no memorial por nós recebido como Julgador, nos disse: «Só á Ord., Liv. 4.^o, Tit. 96 pr., seria possivel entender-se que a Novella 118, Cap. III, foi acceita no direito patrio, nunca *ao final* da Ord., Liv. 4.^o, Tit. 93, que trata de especie differente. A Ord. citada, Liv. 4.^o, Tit. 93, dispondo sobre os filhos de coito damnado e punível, *a que o pae ou mãe não pôde succeder*, e estabelecendo a successão indistincta de irmãos uterinos, conclue:—*quanto á successão daquelles que, posto que sejam de illicito coito, não é porém damnado nem punível, guardar-se-á o que por nossas ordenações e direito commum é determinado.* E' evidente, diz s. exc., que este final se refere-se á successão dos filhos naturaes, ou á successão pelos paes, regulada pelas Ordd., Livro 4.^o, Tit. 91, Tit. 92 e Tit. 93 princ. (a contrario sensu) no

direito patrio, e na Justit., Liv. III, Tit. 3.^o; no direito commum, —Borges Carn., 2.^o volume, §§ 198 n. 1. Não tem nada de commum com a *successão dos irmãos*, da qual a Ord. já havia fallado». Ha um outro memorial de s. exc. digno de ser lido. O Tribunal de Justiça, porém, sustentou na causa a preferencia dos irmãos germanos e filhos destes na successão collateral, precedendo os uterinos, e transcrevemos os accordams publicados na «Gazeta Juridica do Estado», Vol. 14, n. 3, anno III, pags. 164 a 166 e 167 a 169, tendo sido nós o relator do primeiro.

1.^o ACCORDAO

Accordam em Tribunal: Que vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil entre partes appellantes o Conselheiro Joaquim Pedro Villaça e outros e appelladas D. Fortunata Izaura da Rocha, viuva do Desembargador Doutor Antonio Candido da Rocha, e Dona Elisa Augusta da Maia, viuva do Capitão Francisco Felipe da Maia, dão provimento á appellação interposta da sentença de fl. 85 v. a fl. 88 v., para reformar, como reformam, julgando, como julgam, improcedente a acção ordinaria proposta pelas appelladas com o fim de ser admittidas como herdeiras no inventario dos bens da finada Dona Delphina Villaça de Azevedo e contempladas em partilhas; porquanto, tendo a inventariada, em 1892, fallecido sem testamento, sem herdeiros descendentes e ascendentes na ordem da successão *ab intestato*, collateral, seus herdeiros são os appellantes, irmão e filhos de irmão germano da referida Dona Anna Delphina Villaça de Azevedo, e bem excluidas foram as appelladas do inventario e partilhas como irmãs uterinas; succedendo, na terceira ordem de successão, os collateraes em primeiro lugar, os irmãos e irmãs gemanas e os filhos dos predefuntos pelo direito de representação; succedendo em segundo lugar, pela mesma fórma, os unilateraes e seus filhos, e na falta de irmãos e sobrinhos succedendo, em terceiro lugar, os parentes mais proximos em gráu com o defunto, ou seja um ou muitos, sem differença de sexo, idade ou linha, como é expresso nas Novellas 84 e 118, sempre seguidas em nosso direito consuetudinario, como o attestam Teixeira de Freitas na nota 43, em seu tratado das successões, pag. 438; a opinião unanime dos praxistas e praxe de julgar, melhor interprete das leis; sendo em materia de successão applicavel o Direito Romano como subsidiario, como determina a Ord., Liv. 4.^o, Tit. 96, que dispõe: *e fallecendo sem testamento se a dará (successão) aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição de direito*, referindo-se ao Direito Romano constituído em seu ultimo tempo (Borg. Carneiro, Liv. I, Tit. 18, § 61—Codigo Philipino, pag. 955, nota 6.^a, e Coelho da Rocha, § 355).

Essa prerogativa de preferencia dos irmãos germanos e filhos destes sobre irmãos uterinos é uma excepção á regra geral das successões que as defere a todos os parentes do defunto que estão no mais proximo gráu, como diz Pothier, vol. 8.^o, cap. 2.^o, art. 1.^o,

secção 3.^a, § 5.^o, pag. 96, não procedendo o argumento da sentença appellada, baseado no capitulo 4.^o da citada Novella 118, disposição posterior ao capitulo terceiro que, afastando-se da regra, excepcionalmente dispõe: — si o defuato não deixar descendentes nem ascendentes, sejam chamados á herança em primeiro logar os irmãos e irmãs germanas, em segundo logar, em falta de filhos de irmãos germanos, os irmãos unilateraes, quer consanguineos, quer uterinos—*qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum sive per matrem*—e em terceiro logar os parentes mais proximos, diz o cap. IV, em grãu com o defunto, sem attenção á prerogativa de sexo, idade e de serem parentes paternos ou maternos.

A Novella 84 o mesmo dispõe, e dizendo: *non faciat hesitare naturae varietas.*

Nem se diga que as Novellas citadas não devem ser acceitas como contrarias á boa razão, quando eguaes disposições foram recebidas em paizes cultos, e quando essa desigualdade de irmãos de diversos leitos se mostra nas leis daquelles paizes, que mesmo outorgam a metade dos quinhões aos irmãos conjunctos por um lado só e em dobrada parte aos conjunctos por ambos os lados ou germanos, como se vê nos artigos 740 do Codigo Civil Italiano e 2.001 do Codigo Civil Portuguez.

Não procede tambem o argumento da Ord., liv. 4.^o, tit. 93, que se refere á successão de irmãos de punivel e damnado coito, sem applicação á especie dos autos, não tendo as autoras, como confessam, devido á legitimidade da filiação dos appellantes, a presumpção legal que nasce do facto das justas nupcias (*pater est quem iustae nuptiae demonstrant*), provando-se dos autos que os appellantes Conselheiro Joaquim Pedro Villaça, a inventariada e Luiz Gonzaga Villaça nasceram na constancia do casamento do alferes Manoel José Villaça e D. Maria Ignacia do Carmo, tendo as appelladas nascido depois do obito daquelle com esta e na viuvez desta com filhos naturaes, vendo-se dos autos que aquelles esposos sempre viveram e cohabitaram juntos na melhor harmonia, e tendo o alferes Manoel José Villaça, no testamento de fl. 45, confirmado a legitimidade dos appellantes como seus filhos, nomeado sua mulher tutora e ainda testamenteira de seus bens. Julgando, como julgam, improcedente a acção, reformam a sentença appellada, condemnando as autoras nas custas em proporção.

S. Paulo, 11 de Agosto de 1894.—Souza Lima, presidente.—Ferreira Alves.—Oliveira Ribeiro.—Pinheiro Lima.

2.^o ACCORDAO

Accordam em Tribunal: Que vistos e relatados estes autos civis, como embargante Dona Fortunata Isaura da Rocha e embargados o dr. Joaquim Pedro Villaça e Luiz Gonzaga Villaça, este já fallecido e representado por seus filhos, e depois de discutida e ponderada a materia articulada nos embargos de fl., oppostos ao Accordam de fl. 118, e considerando:

Que ficou provado nos autos que os embargados e a finada Dona Anna Delfina Villaça d'Azevedo eram irmãos germanos e filhos legítimos do Alferes Manoel José Villaça e Dona Maria Ignacia do Carmo Villaça, não só porque foram concebidos e nascidos na constancia do matrimonio, tendo por consequente em seu favor a presumpção de direito—*is pater est, quem justae nuptiae demonstrant*,— assim tambem porque a sua filiação legitima ficou expressamente declarada por seu pae, em testamento solemne, junto por certidão á fl. 45, não sendo licito, n'este caso, a impugnação da legitimidade por nenhuma outra pessoa, como doutrina Correia Telles. Dig. Port. vol. 2.º, art. 461 :

Que mostra-se egualmente dos autos que a embargante e a sua irmã Dona Elisa Augusta da Maia, são filhas naturaes da mencionada D. Maria Ignacia Villaça, concebidas e nascidas quando esta se achava em estado de viuvez, facto confessado pelas partes ;

Que tendo fallecido nesta capital a referida Dona Anna Delfina Villaça de Azevedo em 21 de Dezembro de 1892, sem herdeiros ascendentes nem descendentes e *ab intestat*, e tendo de se proceder, na fórma da lei, ao inventario e partilhas de seus bens com os herdeiros collateraes, o respectivo Juiz, logo depois das primeiras declarações do inventariante, ordenou em despacho que fossem excluidas as irmãs uterinas, em virtude de expressa determinação de lei, sendo esta uma questão de direito, que presume-se sempre certo e sabido, e uma prejudicial que deveria ser resolvida no inventario ;

Que esta decisão foi confirmada em recurso de agravo, por accordam unanime d'este Tribunal (ut. fl. 43), em consequencia do que a embargante e sua irmã intentaram a presente acção ordinaria de petição de herança ;

Que as Autoras invocam como o principal fundamento do pedido a Ord. L. 4, T. 93, mas sem applicação ao ponto em controversia, porquanto, quer em sua rubrica, quer em seu contexto refere-se exclusivamente á herança deixada por filho de coito damnado ou punivel, e para esse caso determina que succedam os irmãos ainda que de coito damnado, com tanto que sejam irmãos uterinos ;

Que para ser applicavel a citada Ord. seria indispensavel que ficasse provado o que se allegou mais de uma vez, que Autora da herança, Dona Anna Delfina d'Azevedo Villaça, era filha de coito illegitimo e punivel, na qualidade de filha adulterina, quando o contrario ficou demonstrado pelas razões acima expendidas ;

Que conforme a jurisprudencia uniforme e a opinião corrente dos escriptores, o assumpto da materia encontra-se na Ord., L. 4, T. 96, dispondo que morrendo alguem sem testamento, sem descendentes ou ascendentes—«dará partição aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição de Direito»,—reportando-se o legislador ao Direito Romano (Almeida e Souza, notas a Mello, vol. 3.º, tom. 8, § 17) ;

Que pela litteral disposição d'esta Ord. verifica-se que não se refere ao Direito Romano, como procuram sustentar as Autoras, unicamente para o effeito de contar-se o gráu de parentesco colla-

teral e excluindo o Direito Canonico e não para dar preferencia aos irmãos germanos, e quando fosse admissivel semelhante interpretação, não havendo disposição de lei patria para resolver a especie dos autos, a consequencia seria que trata-se de um caso omisso, e então rege e tem força de lei o mesmo Direito Romano, como subsidiario, sendo fundado em boa razão (lei de 28 de Agosto de 1772);

Que todos os escriptores são accordes em applicar a Novella 118, cap. 3.^o, em face da citada Ord., liv. 4.^o, tit. 96, sendo bastante lembrar, em Portugal, Mello Freire (Inst. juris civilis, liv. 3.^o, tom. 8, § 17), no Brazil, Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis, art. 972, Ord., liv. 4), autoridades estas de reconhecido valor e profundamente versadas nas origens do nosso direito;

Que a Novella 118, cap. 3.^o, é expressa e terminante, nem admite duvidas quanto ao ponto em litigio e decretando: si o defuncto não deixar descendentes nem ascendentes, chamamos em primeiro logar os irmãos nascidos do mesmo pae e da mesma mãe—*«Si igitur defunctus neque descendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos»*;

Que, finalmente, não se pôde julgar contrario à boa razão ter Justiniano, na referida Novella, considerado o duplicado vinculo que liga os irmãos germanos, como penhor da mais viva afeição, e presumindo, talvez, que elles si testassem, se instituiriam reciprocamente, com preferencia aos unilateraes, disposição esta acceita nos codigos modernos de nações civilisadas, como seja o da Prussia, e que não se fundam em superstições e costumes peculiares ao povo romano (Dias Ferreira. Commentario ao art. 2005 do Cod. Civil Portuguez);

Com estes fundamentos e o mais que dos autos consta' regeitam os embargos de fl. 122, por sua improcedencia e confirmam o accordam embargado, que reformou a sentença appellada: pagas as custas pela embargante.

S. Paulo, 21 de Agosto de 1895.

Souza Lima, presidente—Brotério—Pinheiro Lima—Ferreira Alves—Ignacio Arruda—Xavier de Toledo.

Transcrevemos o importante Aresto do Tribunal de Appellação do Estado da Bahia, extrahido do Direito, vol. 70 n^o 3, pags. 354 a 360, sobre a materia da successão deferida aos irmãos.

Por direito civil brasileiro, da mesma sorte que por direito civil romano, não existindo descendentes, e nem ascendentes, a successão *ab intestato* defere-se aos irmãos e irmãs germanas do *de cujus*, ou, na falta de uns e de outros, aos respectivos filhos.

—Só na carencia d'aquelles e destes, transmite-se a herança aos irmãos unilateraes, sem distincção entre uterinos e consanguineos.

—Legislação comparada a respeito.

O dispositivo do art. 386 do Decreto federal n. 848, de 11 de Outubro de 1890, refere-se exclusivamente ás causas da competência da justiça federal.

—Em relação a estas, no tocante particularmente ao processo, prevalecem, como fontes subsidiarias, nas omissões do citado Decreto, em primeiro logar, as antigas leis processuaes não sendo contrarias às disposições e espirito do mesmo decreto, e em segundo logar, os *estatutos* dos povos cultos, especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados-Unidos da America do Norte, e os *casos* da *common law* e *equity*.

—Fóra da esphera processual, esses *estatutos* e *casos* sómente são applicaveis ás especies não reguladas pela legislação patria e em relação as quaes fór, igualmente, falha ou omissa a respectiva jurisprudencia.

APPELLAÇÃO CIVEL

Appellantes—D. Amelia Olympia de Moura, e outra.

Appellado—Olympio Affonso de Moura.

Tribunal de Appellação do Estado da Bahia

ARESTO

Vistos e examinados os presentes autos, em que o embargante, Leopoldo Benicio de Cotias Brandão, pretende a revogação do aresto de fl. 82 v., confirmativo da sentença de fl. 62, para o effeito de ser havido por herdeiro legitimo do inventariado, Olympio Affonso de Moura, e em consequencia, reconhecer-se-lhe o direito, que allega caber-lhe, de exercer o cargo de inventariante do acervo inventariado—cargo de que fôra destituido pelo juiz de 1.^a instancia; e,

Considerando que se acha provado, tanto quanto se faz mister para o caso, que o inventariado :

1.^o, falleceu, nesta cidade, sem deixar testamento ; e,

2.^o, sendo, de facto, irmão germano ou bilateral das embargadas, o era simplesmente uterino do embargante ;

Considerando que, no caso de concurrencia de irmãos germanos com unilateraes, não provê a lei brasileira *explicitamente* sobre a successão hereditaria legitima ou *ab intestato* do irmão predefuncto ;

Mas,

Considerando que é principio corrente que, nos casos omisos na legislação patria, prevalecem, como fontes subsidiarias desta, para a solução das especies comprehendidas na esphera juridico

civil em geral e submettida á apreciação jurisdiccional dos juizes e tribunaes :

1.º, o direito consuetudinario nacional, popular ou scientifico ;
2.º, as leis justinianas, uma vez que as respectivas disposições não se fundem em razões peculiares ao povo romano e, outrosim, se compadeçam com a boa razão,—não aferida esta por principios juridicos abstractos e absolutos, mas apurada, *concretamente*, pelo uso ou costume dos povos cultos hodiernos (Ord., liv. 3, tit. 64 pr.; Lei de 16 de Agosto de 1769, §§ 9 e 14 ; e Lei de 28 de Agosto de 1772, liv. 2, tit. 5, cap. 2, § 8 e seguintes);

Ora,

Considerando que, si, de conformidade com a Ord., liv. 3, tit. 94 e tit. 96 pr., e Assento de 16 de Fevereiro de 1768 (resposta ao 1.º quesito), os irmãos unilateraes, na falta de descendentes do irmão predefuncto, succedem-lhe *ab intestato*, isso todavia, de accordo com a primeira das indicadas fontes, só tem logar na carencia absoluta de irmãos germanos, ou de filhos destes (os quaes, nos termos de direito, herdám por beneficio de representação); sendo que, na hypothese contraria, quer sejam consanguineos, quer uterinos, são os ditos unilateraes absolutamente excluidos da herança, que, toda, se defere aos germanos ou, na sua falta, aos respectivos filhos, nos termos preexpostos ;

Effectivamente,

Considerando que tal doutrina, com a qual não collide dispositivo algum de direito escripto nacional, tem sido constante e ininterruptamente praticada entre nós desde tempo excedente de um seculo, como o attestam praxistas e escriptores de direito civil (Guerreiro, *De muneris judicis orphanorum opus*, 2.º Trat, liv. 4, cap. 1.º ; Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, Liv. 3, tit. 8.º, § 17 ; Geuveia Pinto, *Tratado regular e pratico dos testamentos e successões*, ed. de Freitas, § 269, nota 437 ; Pereira de Carvalho, *Primeiras linhas sobre o processo orphanologico*, nota 74 ; Correia Telles, *Digesto portuguez*, tom. II, ns. 864 e 871 ; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, § 343 ; Luiz Teixeira, *Curso de direito civil*, pag. 519 ; Trigo de Loureiro, *Instituições de direito civil brasileiro*, § 458 ; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Cívis*, 3.ª ed., nota 24 ao art. 972, pag. 577 ; Ramalho, *Instituições Orphanologicas*, § 22) ;

Considerando que, si similhante pratica preenche os requisitos da diuturnidade secular e não desconformidade com a legislação nacional, não deixa de satisfazer igualmente a condição outra que, de conformidade com o § 14 de precitada lei de 18 de Agosto de 1760, se faz mister concorra com as duas indicadas para que os estylos e costumes entre nós, revestindo o character de verdadeiro direito consuetudinario, se considerem subsidiarios da lei escripta, a a saber, o seu não desaccordo com a *boa razão*, aferida pelo uso moderno, nos termos já expostos ;

Realmente,

Considerando que além de ter prevalecido sempre, na jurisprudencia patria, o principio da exclusão dos irmãos unilateraes da herança *ab intestato* do irmão predefuncto, quando em concurrencia com os irmãos germanos, elle se achava, até essa epocha assaz recente, consignado em codigos civis, qual o Albertino (art. 939), vigente em paizes, como a Italia, dos de mais apurada cultura mental, sobretudo na esphera da jurisprudencia, e ainda na actualidade vigora não somente nos paizes de direito commum da cultissima Allemanha, como a Baviera (*Landrecht bav.*, III, 12), o Wurtemberg (*Landrecht wurt.* IV, 20), e os grãos ducados de Oldemburgo (Leis de 24 de Abril de 1873 e 10 de Janeiro de 1873) e Baden (Lehr, *Traité de droit civil germanique*, vol. II, ns. 1441 e 1445, sinão tambem nos estados regidos pela legislação prussiana (*Landrecht pruss.* II, §§ 492 e 498, e III, §§ 31 e seguintes) e no cantão de Friburgo, da Republica helvetica (G. Lardy, *Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutele, de régime matrimonial, quant aux biens, et de succession*, pag. 81);

Demais disso,

Considerando que o citado principio já era consagrado pela *Novella 118*, que E. Cimbale denomina «monumento perenne da sabedoria juridica» (*La nuova fase de diritto civile*, 2.^a ed., pag. 222) e de cujos dispositivos nenhum se pôde considerar peculiaridade da civilização romana ou essencialmente incompativel com os principios—scientificamente adoptaveis ou não—concretizados na maioria das legislações hodiernas;

Com effeito,

Considerando que a citada *Novella*, que firmou definitivamente a victoria dos vinculos de parentesco natural sobre a ficção civil dos laços agnaticios, estatuiu que, na falta de descendentes ou ascendentes, a successão *ab intestato* seria deferida aos irmãos e irmãs bilateraes e que *só na carencia destes ou dos filhos que o representassem*, se devolveria aos unilateraes, sem distincção entre os consanguineos e os ulterinos:—*Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit*, primos, *ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. HIS AUTEM NON EXISTENTIBUS in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum sive per matrem* (precitada *Novella*, cap. III);

Nas condições indicadas,

Considerando que se pôde deixar de ter o exposto principio—fundado na dupla auctoridade do direito consuetudinario nacional e da legislação romana—como norma reguladora de materia controversa, para, julgando-se as embargadas na qualidade de irmãs germanas do inventariado, unicas herdeiras deste, haver-se o embargante por carecedor do direito, de qualquer modo, á respectiva herança;

Considerando que é certo que o embargante allegou:

—de um lado, que «o art. 386 do Decreto federal n. 848, de

11 de Outubro de 1890, estabelecendo que «constituíram legislação subsidiária, em casos omissos, as antigas leis do processo criminal, não sendo contrarias ás disposições e espirito do citado Decreto», determinou, ao mesmo tempo, que «os *estatutos* dos povos cultos, e especialmente os que regem as relações jurídicas da Republica dos Estados Unidos da America do Norte, e os *casos da common law and equity* seriam tambem subsidiarias da jurisprudencia e processo federal»; e,—de outro lado, que os Codigos civis das nações cultas modernas effectivamente reconhecem aos irmãos unilateraes o direito de concorrerem com os irmãos germanos á successão legitima do irmão predefuncto, si bem que dêem aos segundos uma quota dupla da que cabe aos primeiros»;

Mas,

Considerando, quanto á primeira allegação, que, relativa, como é, exclusivamente, ao direito judiciario *federal* que foi o instituido pelo precitado decreto, nenhuma applicação tem á especie o citado dispositivo; sendo que o que evidencia o seu contexto é:

1.º, que, em relação especialmente ao processo federal, regulado na *Parte segunda* daquelle acto—cujos dispositivos são a reproducção, com diminutas mudanças substanciaes, assim na esphera criminal como na civil e commercial, das disposições correspondentes da anterior legislação—não fez o legislador outra cousa mais do que collocar essa legislação no primeiro plano, como fonte subsidiaria do novo direito; e

2.º, que *sómente* na hypothese de lacunas della, quanto as normas reguladoras do *processo federal*, ou na de *faltas ou omissões na jurisprudencia*, em relação a qualquer especie juridica das da competencia da *justiça tambem federal*—a que se refere a *Parte primeira* do precitado decreto—foi que teve este em mira dar, como effectivamente deu, aos *estatutos* e *casos* a que allude, o caracter de fonte subsidiaria dos ditos *processo* e *jurisprudencia*:

Mas.

Considerando que, ainda quando o citado dispositivo não entendesse, exclusivamente, como entende, tanto na parte attinente ás normas processuaes como na relativa á jurisprudencia, com os feitos submettidos á *justiça federal*, ou dada a hypothese que a esta incumbisse a resolução do caso sujeito a julgamento, em nada aproveitaria ao embargante o precitado dispositivo; porquanto, si não existe em nossa legislação preceito explicito sobre a hypothese sujeita, não é, todavia, *omissa* sobre ella a *jurisprudencia* nacional:

Antes,

Considerando que, conforme já ficou ponderado, a respeito provê o direito *não escripto*, formado pelos costumes e estylos de julgar, sob a base do direito romano; costumes e estylos esses, cuja constancia e uniformidade contrastam notavelmente com a diversidade dos regimens adoptados pelas legislações estrangeiras no tocante ao assumpto;

Considerando que, afim de evidenciar que, de feito, estas se não caracterizam pela uniformidade presuppоста pelo embargante na

segunda allegação, e em que elle se baseou para sustentar a applicabilidade dos respectivos preceitos ao caso controverso, basta advertir, para não fallar dos codigos que se filiam no systema justiniano, nem ir além das legislações a que se refere o embargante-

I Que a ingleza é peculiarissima em relação a tudo quanto entende com a materia hereditaria, quer testamentaria, quer *ab intestato*, e seus dispositivos em relação á propria especie sujeita, variam mais ou menos profundamente, conforme se trate da successão da propriedade mobiliaria ou da immobiliaria, sendo que no caso desta, faltando os descendentes e o pae do de *cujus*, succedem, em primeiro logar, os irmãos germanos e seus descendentes, confórme a ordem do nascimento, e, em segundo logar as irmãs tambem germanas, e sua descendencia, com absoluta exclusão dos unilateraes (*half blood*), dos quaes, aliás, só os *consanguineos* se classificam immediatamente depois daquelles, vindo os *uterinos* a occupar uma das mais remotas classes na ordem dos successores (LEHR, *Elements de droit civil anglais*, Liv. 4, secc. 2, cap. 1, *signanter* n. 988);

II Que, no tocante ao direito da União Norte Americana, posto houvesse esta herdado da antiga metropole, como norma reguladora das relações juridico-privadas em geral, o direito costumeiro ou *common law* (exceptuada, ainda assim, a Luziania, cuja legislação civil se modela pelas leis franceza e hespanhola), é certo, todavia, que os diversos estados federados adoptaram no tocante ao direito successorio (como em relação a tantas outras materias) normas mais ou menos diversas das da lei ingleza; diversidade que se manifesta—desde a propria liberdade testamentaria (que na federação norte americana não está sujeita aos limites que lhe põe o direito inglez, aliás, de todos os da Europa, aquelle que adoptou o systema mais radical a respeito) e a ausencia de distincção entre bens moveis e immoveis (ausencia que é, egualmente, absoluta, ao menos na mór parte dos Estados) — até a especie que se controverte em relação á qual as legislações estaduaes diversificam mais ou menos essencialmente, havendo estados cujas leis a respeito se approximam da ingleza e outros cujos codigos della se afastam completamente; Kent, n. 404);

III Que o Codigo Napoleão (com o qual, nesta parte, se accorda o Codigo Austriaco—art. 730 e 737), estabelecendo que toda herança devolvida aos descendentes ou collateraes se divide em duas partes eguaes, das quaes uma ficará pertencendo aos parentes da linha paterna e a outra aos da linha materna (art. 733), prescreve que os germanos tomarão parte em ambas as linhas e os consanguineos e uterinos somente na propria linha (art. 752);

IV Finalmente, que os Codigos Portuguez (2001) e Hespanhol (art. 103) dispõem, no tocante á especie, de modo diverso do Codigo Francez das legislações supracitadas, sendo, dos a que se refere o embargante, os unicos que effectivamente adoptaram o regimen que o mesmo embargante pretende prevaleça em relação ao

§ 438

Os irmãos, quer germanos, quer unilateraes succedem *in capita* e os sobrinhos, filhos de uns e de outros, sempre *in stirpes* pelo direito de representação, ou concorram sós ou com tio vivo. (Ramalho, Inst. Orph., § 22, Per de Carv. § 33 e nota 76 ; T. de Freitas, nota 1.^a ao art. 972; Correia Telles, Dig. Port., liv. II, arts. 869 a 870 e 873 a 876; Coelho da Rocha, § 343 e nota; Gouveia Pinto, cap. 42, § 3. (173).

caso, e que foi egualmente abraçado pelo Código Italiano (art. 741), pelo do reino Saxonio (art. 203), etc., a saber, que, na falta de descendencia e ascendencia do de *cujus*, serão admittidos indistinctamente à respectiva successão *ab intestato* os irmãos unilateraes e os irmãos germanos, herdando os primeiros a metade da quota que cabe aos segundos:

Em face do exposto, julgo improcedentes os embargos oppositos, afim de confirmar, como confirmo, o aresto embargado, para o effeito de ser mantida no cargo de inventariante do acervo inventariado, com exclusão do embargante, a quem não reconheço direito algum hereditario em relação ao mesmo acervo, a embarcada, D. Amelia Olympia de Moura.

Custas pelo embargante.

Bahia e Tribunal de Appellação, em 25 de Outubro de 1895.
— Salvador Pires, presidente. — Firmino L. de Castro.

A regra da preferencia dos irmãos bilateraes aos unilateraes estende-se aos irmãos havidos do casamento putativo e aos legitimados por subseqüente casamento (Lobão, Notas a Mello, liv. III, tit. VIII, § 17, n. 1). Por direito de representação dos paes predefunctos os filhos dos bilateraes excluem aos tios unilateraes (Novella 118, cap. III; Guerr., Trat. II, liv. IV, cap. I, vol. II, pag. 332, n. 34). Em França os irmãos uterinos e consanguineos não são excluidos pelos germanos, tendo sido nesse paiz revogado o privilegio do *double lien*, tomam parte em sua linha e os germanos em duas linhas. Na Italia e Portugal (Cod. Civil Port., art. 2001, e Italiano, arts. 740 e 741), herdam conjunctamente, tendo os germanos dobrada parte. O projecto do Cod. Civil do Brazil, de Coelho Rodrigues, dá direito aos uterinos e consanguineos á metade do quinhão feito ao irmão germano.

(173) No caso de concorrerem á successão somente sobrinhos filhos de diversos irmãos do defunto, sem concorrer irmão algum, por serem já todos fallecidos, ha disputa antiga se deve ter logar a representação, sendo caso omisso na Novella 118 esse de não concorrerem com tios vivos.

A intelligencia da Ord., liv. 4.^o, tit. 96 e da Novella 118 C. 3.^o de Justiniano tem produzido séria divergencia entre os juriscôn-

sultos estrangeiros, reincolas e nacionaes, como é bem manifesto da nota 76 ao § 33, do Proc. Orphanologico de Pereira de Carvalho, extrahida da Dissertação de Almeida e Souza, em supplemento ao Trat. dos Morgados, que coacervou a opinião de muitos doutores.

Entre os nossos auctores, ao passo que sustentam a opinião da successão *in capita*, Almeida e Souza, cit. Dissert. no Trat. dos Morgados, 2.^a ed. de 1814, pags. 515 a 536.—Acc. Sum., tom. § 331, pag. 239.—Notas a Mello, liv. 3.^o, tit. 8.^o, § 17, n. 2.—Obrigs. Recipr., § 807, pag. 502.—Pereira de Carvalho, Proc. Orphan., nota 76.—Menezes, Juizos Div., C. 2.^o, ns. 2, 3 e 4, pag. 61.—Liz Teixeira, Dir. Civ. Port., t. 2.^o, § 5.^o, pag. 486, e § 17, pag. 520.—Loureiro, Dir. Civ., 2.^a ed., tom. 2.^o, § 418, n. 182, pag. 51.—Conselheiro Rebouças, artigo inserto no *Direito*, tom. 4.^o, pag. 761; seguem o contrario parecer da successão *in stirpes* Mello Freire, Inst. Jur. Civ. Lusit., liv. 3.^o, tit. 8.^o, § 5.^o.—Coelho da Rocha, Dir. Civ., t. 1.^o, §§ 338 e 343.—Correia Telles, Dig. Port., tit. 2.^o, n. 873.—Gouveia Pinto, Trat. dos Test., C. 42, § 3.^o, nota 1.^a, e Teixeira de Freitas, Cons. das Leis Civ., nota ao art. 972, e Adittamentos á mesma, pags. 645 e 646.

Mas esta ultima opinião, seguida modernamente por Mackeldey, Inst. do Dir. Rom., § 651 e nota 1.^a, pag. 302; pelo Cod. Civ. Francez, art. 742, e pela maior parte dos seus commentadores, e pelo Codigo da Prussia, 2.^a parte, tit. 3.^o, art. 73,—é a que tem prevalecido como a mais verdadeira e conforme a boa razão nos tribunaes portuguezes, antes do moderno Codigo Cvil Portuguez, que no art. 1982 consagra disposição opposta, segundo attesta Pegas, t. 7 ad, Ord. L., t. 88, § 4.^o, n. 69, Pereira de Carvalho, Coelho da Rocha, Mello Freire e Almeida Souza nos logares supra citados,—bem assim nos nossos tribunaes, como se vê no accordão da Relação do Rio de 20 de Setembro de 1853, na appellação civil n. 5570, confirmado pela decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1854, no accordão da mesma relação de 21 de Setembro de 1858, na appellação civil n. 7784, à qual foi negada revista (Chronica do Fôro de 1859, ns. 2, 6, 8, 18 e 24 e Juridispudencia dos Tribunaes, por Mafra, tom. 1.^o, pag. 277). Finalmente na decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1871, revista civil n. 7878, e no accordão revisor da relação do Rio de 19 de Dezembro do mesmo anno, que se fundão no direito consuetudinário e no Assento das Côrtes de Lisboa de 5 de Março de 1641, regulando tambem a successão dos bens dos particulares, art. 1.^o *ibi* :

E ajuda quando concorressem, etc. (Direito, tom. 1.^o, 438).

No Direito, vol. de 15 de Outubro de 1877, se vê os accordões da Relação do Rio, de 13 de Maio de Maio de 1879 e do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Setembro do mesmo anno, na Revista n. 9474, sustentando a representação *per stirpes*. No Tribunal de Justiça é predomimante esta opinião. Julgamos dever comprehender esta nota, embora extensas, as razões do dr. Adolpho Leite Ri-

beiro, na qualidade de curador geral dos orphãos de Vassouras, na causa que deu logar á citada revista n. 9.474, que se póde lèr tambem no «Direito» citado, pags. 262 a 279, sustentando a successão *per capita*. Eis o trabalho que revela estudo, sendo de igual opinião o jurisconsulto Rebouças, de saudosa memoria (Direito, vol. IV, pag. 761).

§ 1.^o—*Assento das Côrtes*

Antes de tudo cumpre mostrar a improcedencia desse assento, sobre que já nos inspirava duvidas a circumstancia da sua omissão nos tratadistas e julgados, tendo sido citado pela primeira vez nos respeitaveis accordãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Outubro de 1871, revista civil n. 7878, e da Relação Revisora do Rio de Janeiro, de 19 de Dezembro do mesmo anno.

Das Côrtes de Lisboa de 1641, reunidas a 18 de Janeiro e encerradas no dia 5 de Março, em que tomou-se o referido assento, escrevem, entre outros historiadores e jurisconsultos portuguezes, Mello Freire, *Historia Juris Civilis Lusitani*, Liber singularis, cap. X, § 95; Pereira e Souza, *Diccionario Juridico*, palayra *côrtes*; Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal*, época 7.^a, arts. 1.^o e 2.^o; Rabello da Silva, *Historia de Portugal*, tomo 4.^o, cap. III; Candido Mendes, *Codigo Philippino*, introdução.

O projecto de uma compilação das leis portuguezas, que a principio o rei, levantado pela revolução nacional de 1640, D. João IV, afagou com promessas lisongeiras, não teve execução, sob pretexto da guerra ateadá com a Hespanha, sendo as ordenações philippinas restauradas pela lei de 29 de Janeiro de 1643, pela qual ficaria revogado o assento de 5 de Março de 1641, se tivesse alterado as regras successorias firmadas naquellas ordenações.

Este assento, porém, exorbitou do direito privado e estatuito sobre successão do throno, objecto politico, que ficou regulado entre nós pelo artigo 117 da constituição do imperio.

Tendo caducado a clausula imperativa do decreto das côrtes, em que consiste a mesma lei, a discursiva, que é a sua razão, annulla-se com ella, pois por si só não póde subsistir e nem acompanhar-se de qualquer força obrigatoria, desde que extincto estiver o preceito a que precedeu na mente do legislador.

A' solicita procura de um distincto cavalheiro devemos o conhecimento do assento relativo ao direito successorio da corôa portugueza, cujo texto encontrou-se na *Collecção dos tratados de paz da Hespanha*, de Abreu e Bertadano, pag. 530—31, da bibliotheca nacional do Rio de Janeiro.

O artigo 1.^o do assento é: «E ainda que concorressem á dita successão, sendo primos irmãos, sem concorrer tio, havia de ter logar a representação, por ser verdadeira e mais commum opinião dos doutores da materia, que esta successão por representação se admite entre primos irmãos sem com elles concorrer tio, e assim dispoz o direito commum dos romanos, posto que contrario fosse

determinado pelas leis das Partidas de Castella, que neste reino não ligão, nem se devem guardar.»

A lei de successão regia, pertencente ao direito publico portuguez, desautorou-se em face do direito publico brazileiro.

Em successão do throno, considera-se a devolução hereditaria pela descendencia em linha recta, com attenção ao tronco, que é o fundador da dynastia.

Aqui a representação excita diversa censura de direito. Sendo o reino indivisivel, só a um unico herdeiro póde ser attribuido, e tornava, portanto, escusada a referencia á velha contenda. Urgia estabelecer preferencia entre os parentes successiveis. Nesta successão, como nas analogas, cessa o brocardo, em regra verdadeiro, do direito costumeiro francez—*Répresentation et partage par souche sont choses absolument reciproques.*

Veremos como o direito romano dispõe sobre a representação na linha transversal.

No meado do seculo 17.^o faltava ainda á eschola Cujaciana a consagração do tempo.

Não obstante a superioridade do seu methodo, rigorosamente scientifico, dominava a Glosa em toda a pujança. Acursio e Bartolo erão os luminares do fóro. Mello Freire, na sua Historia, § 73 e nota, descreve-nos o triste obsecamento dos espiritos. A commum opinião dos doutores obrumbrára a lei, como, outr'ora, a mythologia, a Deus. *Volo enim potius pro me Glossatorem, quam textum*, dizia Raphael Fulgoso.

§ 2.^o—Direito romano

O direito romano é expresso, e outorga-lhe auctoridade de lei a Ord., livro 4.^o, tit. 96 princ. Indica esta allusão a phrase—*Segundo disposição de direito*,—como ensinão Pegas, *ad Ord.*, livro 1.^o, tit. 62, § 24, n. 3; Almeida e Souza, *Sup. N. Mell.*, dissert. 6.^a, § 3; 7.^a, § 33; 8.^a, § 5; *Dir. Emph.*, § 247 e os mais interpretes.

Quando a lei patria approva a romana, fica esta sendo lei e obra com equal imperio obrigatorio; Assento da Casa da Supplicação, de 17 de Novembro de 1791; Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, § 16, n. 4; Coelho da Rocha, *Dir. Civ.*, § 40.

Desde a Lei das Dose Taboas, a successão era deferida na linha transversal ao agnato mais proximo. No progresso do direito romano, modificado e corrigido pelos pretores, ampliou-se a mesma maxima aos cognatos. Entre os herdeiros collateraes, o grau mais proximo excluia sempre o mais remoto. Era topico o exemplo de filhos de irmãos em numero desigual, aos quaes a lei romana mandava impreterivelmente herdarem por cabeças.

As fontes são decisivas e nenhum escriptor duvidou deste ponto. Os sobrinhos erão excluidos pelos tios, irmãos do defunto; na falta dos mesmos tios, recebem quotas eguaes da herança, se não lhes prejudicasse a existencia de collateraes mais proximos. Ulpiano, *Fragmenta Libri Regularum Singularis*, tit. 26, 4; Paulo, *Sen-*

tentiorum Receptorum, I, 4, tít. 8, 18 e 19; Gaio, *Institutiones*, Comment. III, 15 e 16; *Inst.* l. 3, tit. 2, princ., §§ 4 e 5, tit. 5, princ. *Dig.* I, XXXVIII, tit. 16, frag. 2, § 2, Cod. I, 6, tit. 58, const. 3, 5, 14, §§ 1, 15 e 3; Maynz, *Droit Romain*, §§ 444 e 445; Namur, *Cours. d'Institutes*, §§ 314 e 315.

Tal era a regra elementar do direito romano ante-justiniano, exposta ainda em um precioso livro didactico, a *Paraphrase* grega das *Institutas*, de Theophilo, professor na eschola de direito de Constantinopla, collaborador daquelle epitome official, do primeiro codigo de Justiniano e do Digesto. Os estatutos de Coimbra, l. 11, tit. 3, cap. 6, § 45. encarecem esse escripto como subsidio hermeneutico.

O codigo wisigothico, cuja primeira organisação data de 506, em que tomarão parte juriconsultos romanos, sendo rei Alarico II, teve por fontes as *Institutas* de Gaio, as *Sentenças* de Paulo, as *Respostas* de Papiniano, os codigos Theodosiano, Gregoriano e Hermogeniano, e constituições imperiaes; por isso ha sido sempre altamente considerado pela sciencia em vista do estudo do direito romano. Adicionado e refundido em reinados posteriores, o codigo wisigothico conservou-se fiel á sua origem, mantendo a egualdade da partilha entre os sobrinhos—liv. 4, tit. 2, cap. 8.

Nem havia mister recorrer á paraphrase de Theophilo e ao codigo wisigothico. Os textos são explicitos e o sentido delles nunca poz-se em duvida.

Logo a Novella 118, promulgada em 544 pelo imperador Justiniano, não podia abolir este axioma senão em termos expressos, pois só assim revoga-se a lei anterior ou se da innovação resultasse antinomia. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.*

Tudo o que não foi abrogado continúa a subsistir, tal é o principio que preside as relações da lei antiga com a nova. O profundo Savigny censura acremente o processo hermeneutico, que se empenha em distender além dos justos limites a acção obrigatoria da lei nova.

Observa o illustrado conselheiro Ribas, *Dir. Civ.*, tom. 1.º, pag. 237, que o principio da revogação da lei anterior pela posterior deve ser applicado sempre com a maior discricção somente nos casos em que verificar-se inconciliavel opposição entre as duas leis.

Assim, quando omissa fosse a Novella, em nada adiantava-se a representação acursiana, pois devera a especie retrahir-se á legislação antiga, obstando ainda o principio que ficções leaes, sendo de direito stricto, não se presumem de onde nasceu outro peculiar á materia: *occurrente dubio semper contra representationem judicandum est.*

Quod verò contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias (*Dig.* I, 1, tit. 3, fr. 14).

Na falta de disposição particular tem logar a lei geral (Alvará de 29 de Julho de 1761).

Não tolerão interpretação extensiva ás ficções leaes, entre as quaes figura como a mais typica a representação hereditaria, qua

revive o morto em seus descendentes : entidades creadas pela lei, vinculadas ao *ius Singulare*, só obrão dentro da esphera que foi-lhes attribuida pela mesma lei.

Nada, pois, mais repugnante á logica juridica que impôr ficções de direito a suppostas lacunas.

Não podes sahir do teu circulo de Popilio, diz á ficção o legislador.

E Acursio foi muito mais longe : inventou a ficção, legislou !

Neste seculo alguns professores tentarão restaurar a interpolação acursiana : Makeldey, Manual do Direito Romano, § 651, 2.^o b, nota 1.^a ; Maynz. cit. § 461, II, notas 44 e 45 ; Namur, cit. §§ 319 e 320.

Estes escriptores, aliás distinctos, puzerão mãos em herculeo labor, pretendendo abater o ensino dos mais gloriosos exegetas do direito romano, de Cujas, de Doneau, de Domat, de Pothier, de Stryck, de Heineke e de tantos outros mestres a cujos golpes fenera a glosa de Acursio em toda a Europa, só em Portugal achando guarida até a época da renovação dos estudos juridicos inaugurada pelo multiplice genio do marquez de Pombal.

Aos largos raciocinios dessa pleiade de illustres oraculos do direito moderno, Makeldey oppõe uma phrase que não assenta bem no jurisconsulto : não acha a doutrina de Azon muito justa ; Maynz e Namur, rapidamente, em estylo singularmente conciso, volvem-se ao argumento por analogia, o mesmo em que fundou-se Acursio, a mesma aberração que projectava na ordem transversal as normas da representação na recta descendente, que já no antigo direito romano se declarava indefinita, ao passo que de toda excluía-se tal ficção na successão collateral.

Entre representação na linha recta e na transversal não existe semelhança.

Na linha recta a representação é logica consequencia do estado da familia, interessada em perpetuar as gerações descendentes pelo nexó das estirpes, que fortalece-se pela communhão da herança, mas já na realidade completo a outros respeitos mais delicados. A presumpção das affeições do finado, sendo a base da successão legitima, colhe-se logo a necessidade da illimitação da representação, alvitre correctorio da regra da proximidade do gráu, na herança de descendentes, pois a todos elles chega egualmente calido o amor paternal, o qual, em vez de esmorecer, como que vai refinando-se mais nas proles dos filhos, por essa santa e mysteriosa sympathia da velhice para com a infancia.

Treillard dizia que fóra iniqua e contraria á natureza a lei que privasse de representação a linha recta descendente.

Na linha transversal a representação é mero beneficio, na phraseologia justiniana, com a qual não se compromettem altos interesses da sociedade, e frustra-se desde os primeiros passos aquella presumpção a que filia-se a successão *ab intestato*.

Destas nossas considerações a resumpta é que no systema exposto offendem-se dognas principaes da hermeneutica judiciaria, inculcando-se omissão na Novella 118 e pretendendo-se supprir por

indução analogica : não se refere á lei anterior a posterior, desconhece-se a singularidade das ficções e equiparam-se casos diferentes, tanto na realidade como na lei, em que falta a mesma razão de decidir.

As tres regras violadas são classicas, proclamadas em todas as legislações, e seguras bussolas das interpretações judicarias.

No direito romano, é de summa importancia a primeira regra, porque em sua vida muitas vezes secular nunca o progresso das nações juridicas deixou de ser lento e graduado. A historia do direito romano, determinada pelo methodo indirecto das emendas pretorianas, continuou, sob a influencia dos grandes jurisconsultos do imperio e da veneração pela antiguidade, propria do caracter romano, a mover-se para a perfeição no mesmo sentido cautamente derogatorio. Foi como os monumentos dessa legislação merecerão chamar-se a razão escripta.

Considerou-se omissa a Novella 118, e nesse terreno impugnou-se o raciocinio acursiano.

Mas a Novella é expressa e em termos claros nega o beneficio da representação aos sobrinhos sós.

No capitulo 3.º, séde da matéria, restringe-se esse beneficio, creado pela primeira vez, em favor da linha collateral, á hypothese de simultanea vocação á herança de irmãos e filhos de outros irmãos predefuntos.

Transcrevemos o texto original grego, vertido em seguidalitteralmente em portuguez, acompanhando-o com mais tres traducções, duas latinas e uma franceza.

« *Allà kai autois ton adelphôn paisi tote taúten tén everstian paðkomen, óte metà ton idion krtontai theton arrénon tekal theleiôn eite prós patros eite prós metros eien.* »

« Porém ainda aos proprios filhos de irmãos concedemos então este beneficio, quando são julgados com os tios delles do sexo masculino e feminino, seja que de pae, seja que de mãe descendão ».

« Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis judicantur (*em algumas edições, vocantur*) thiis masculis et feminis, sive paterni, sive materni sint ».

« Sed et ipsis fratrum liberis tum illud beneficium praebemus, quando certant cum thiis suis, masculis et feminis, sive paterni, sive materni sint ».

« Et nous en faisons jouir (*privilege de représentation*) les enfants des frères quand ils sont appellés avec les souches mâles ou femelles, soit qu'elles proviennent du cote paternel ou maternel ».

A versão do grego em portuguez fizemol-a litteral, cingindo-nos ao texto.

As duas versões latinas são muito auctorizadas : a primeira é antiquissima e conhecida com o nome de *vulgata*; a segunda é dos doutos romanistas allemães Hombergk e Osenbruggen, na nova edição do *Corpus juris civilis* dos irmãos Kriegel.

A versão franceza, de Berenger—fils, na edição Hulot, fugio um pouco da lettra, mas diz o mesmo.

O periodo transcripto dispensa até a exegese grammatical.

Chamamos entretanto a atenção sobre a energia da conjucção *Alla*, adversativa forte, correspondente á latina *Sed* (Bournouf, *Gramm. Greg.*, § 373, II, pag. 286; Madwig, *Gramm. Latina*, traduzida pelo professor Epiphano Dias, n. 437, pag. 348).

A preposição *Aleta*, com genitivo, significa sempre concomitancia (Bournouf, § 375, IV, pag. 285, Alexandre, *Léxique Grec-Français*).

Traduziu-se exactamente *krinontai são julgados, judicantur*, e proximamente *vocantur, certant, sont appellés*.

Resulta, pois, com maxima evidência da Novella 118, cap. 3, a inadmissão dos sobrinhos sós ao beneficio da representação e conseqüente partilha por estirpes da herança do tio.

Ha tanta pertinacia no erro, que os acursianos pretenderão concluir á *contrario sensu* do versiculo do mesmo capitulo.—*Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscujusque gradus praeerogativam, ut—viciniores gradu, ipsi reliquis praeponantur.*

O preconceito só monstros gera.

Attibue-se ao legislador grosseira incoherencia na mesma passagem. Justiniano decreta a successão por cabeça aos mais parentes, conforme a prerogativa do grau, depois dos irmãos e filhos de irmãos, aos ultimos dos quaes concedeu, na verdade, a successão por estirpes, porém *sicut diximus*, nos termos indicados anteriormente, a saber, concorrendo com os tios conjunctos por pae e mãe, si forem tambem filhos de irmãos germanos, e excluindo tanto os tios unilateraes como os do defunto, embora estejam estes no mesmo grau, e aquelles em mais proximo.

Justiniano privilegia a descendencia, em primeiro grau, dos irmãos germanos, quando ella disputa a herança com outros irmãos germanos do defunto, para o effeito de ser chamada á dita herança pela representação do pae premorto, sendo aquinhoada em virtude desse beneficio, ou com irmãos unilateraes, e tios do defunto em terceiro grau para excluil-os.

Deu-se representação só em referencia a turmas diversas de parentes, e não para os filhos de irmãos germanos degladiarem-se, partindo artificialmente o acervo hereditario, em nome de uma ficção inutil.

Se a eschola acursiana peccou grandemente usando o argumento por analogia, muito mais ainda, abraçando-se ao argumento á *contrario sensu*, de todo o ponto inhabil para produzir abrogações ou derogações, principalmente em materia de *Direito Singular*.

«Concordão os juriconsultos todos», diz Merlin, *Questions de de droit vb. Rente Foncière*, § 10 «que o argumento á *contrario sensu* nunca deve-se empregar para induzir abrogação ou modificação do direito commum ou da lei anterior.»

A oportunidade dessa especie de argumento está bem elucidada no bello livro de Hortensius de Saint-Albin, *a Logica Judiciaria*, § 4.^o, pags. 95 a 103.

A Novella 127 do referido imperador Justiniano, promulgada em 548, rememorou o direito estatuido na Novella 118, addicionando outro caso de representação, a dos sobrinhos em concurso com ascendentes do defunto, ampliação essa caduca na lei patria, que imitando a wisigothica, preferio sempre a linha ascendente á collateral.

A Novella 118 ficou pois a ultima palavra da lei justiniana sobre a questão.

Esta Novella foi incorporada com o proemio e os quatro primeiros capitulos na Basilica 45^a, 3, 8, mantendo-se sempre a intelligencia do concurso, como vê-se da importante passagem citada por Almeida e Sousa, Dissert., § 15, do *Manual* de Constantino Harmenopulo, publicado no seculo 14.^o, de classica auctoridade em relação ao direito grego-romano, a ponto de posteriormente vigorar como lei. Makeldey, § 77; Maynz, § 84; *Traité Elementaire de Droit Romain*, Introd., tit. 3, cap. 2, sec. 1.^a

O direito grego-romano, em regra, só verteu das compilações justinianas quando os textos eram em latim, reproduzindo os gregos com as addições e scholios da doutrina corrente.

Os estatutos da Universidade de Coimbra, liv. 2, tit. 3, cap. 6, §§ 45 e 49, recommendão esse direito, declarando a consulta d'elle necessaria para solido e profundo conhecimento da jurisprudencia romana, em cuja interpretação o prefere á Glossa, em razão da pureza com que aquella legislação era consolidada nos codigos byzantinos.

§ 3.^o—Direito hespanhol.

Na Hespanha, absorvente por seculos da civilização portugueza, ainda depois da independencia, dominou vigorosamente lei wisigothica, que cingindo-se á romana em materia de successões, derogou-a todavia em pontos importantes da ordem successoria. A influencia do direito hespanhol sobre o portuguez durou até á compilação das Ordenações philippinas. Mello Freire, *Hist.*, §§ 23 e 28; Coelho da Rocha, *Ensaio*, §§ 46, 89 e 151; Gouveia Pinto, *Tratado de testamentos*, cap. 42, § 2, nota; Candido Mendes, *Cod. Phil.*, Int.

Ora, o direito hespanhol negou sempre, na antiga lei wisigothica, das Sete partidas e na Taurina, o beneficio de representação aos sobrinhos sem o concurso do tio vivo. Gomes, *in Legem Tauri*, fl. 38 v., princ., transcripto do assento das Côrtes de Lisboa, de 5 de Março de 1641; Gouveia Pinto, cap. 44, § 1.^o; Tapia, *Febrero*, liv. 2.^o, tit. 14, cap. 2, n. 15.

§ 4.^o—Interpretes e pratica europeia

A opinião de Acursio foi contestada pela exegese do direito romano, logo que, no seculo XVI, refloriu com os estudos de Alciato, Cujas, Doneau, o portuguez Antonio Gouveia e outros illus-

tres juriconsultos que, na interpretação dos textos romanos, união solida erudição á cultura litteraria.

Essa eschola, aliás composta de espiritos independentes, denominou-se cujaciana ; foi honrada com merecidos encomios nos Estatutos de Coimbra, liv. 2.^o, tit. 3.^o, cap. 7, §§ 7, 8 e 9.

Feneceu para sempre a Glossa que prestára o serviço de restaurar, na idade média, o estudo do direito romano, mas era de incrível ignorancia em historia, philologia e outras sciencias accessorias, indispensaveis aos juriconsultos ; incorreu em dislates verdadeiramente ridiculos, por exemplo, o de julgar o imperador Justiniano contemporaneo de Jesus Christo.

Gloriosos ou auctorizados romanistas são aquelles que pugnação pela genuina intelligencia da Novella 118, cap. 3, alguns dos quaes nunca deparou-se mais tarde emulo na pureza e rectidão do senso juridico : Cujas, Doneau, Hotman, Pedro Pithou, Domat, Pothier, Vinnio, Brunnemann, Struvio, Strickio e Heineke.

Escusa mencionar inumeros outros autores que contestarão o sophisma acursiano com largos e seguros raciocinios.

Basta lêr as bellas e concisas passagens de Domat, *Des Lois Civiles*, 2.^a parte, liv. 2.^o, tit. 3.^o, sec. 3.^a, e de Pothier, *Traité des Successions*, cap. 2.^o, sec. 3.^a, § 1.^o

Na França, terra classica da exegese romana, firmou-se a representação dos sobrinhos no sentido restrictivo, já pelo ensino dos grandes escriptores citados, já na jurisprudencia pelo influxo dos dos *Costumes* de Pariz, art. 321, como attestão os mesmos Domat Pothier, Merlin *Rep.* v. Représentation, sec. 1.^a, § 3.^o; Demolombe, *Cours du Code Napoleon, Traité des Successions*, n. 427. Quando discutiu-se o projecto de lei relativo a successões no conselho de estado em sessão de 25 de *frimaire anno XI* (16 de Dezembro de 1802) e no relatorio apresentado por Treilhard ao corpo legislativo em sessão de 19 germinal anno XI (9 de Abril de 1803), reconheceu-se como ponto liquido em direito romano, a necessidade do curso para os sobrinhos herdarem por via de representação.

O projecto, art. 27, reproduzia exactamente o principio romano ; Berlier o reconheceu, mas, tocado de inspiração innovadora, retraiu em quadro poetico e sentimental um homem sem outra familia além dos sobrinhos em diversos graus, que todos amparão essa velhice que se extinguiria na solidão se não lhe valera a próle dos irmãos já fallecidos. Triumphou assim no conselho de estado a doutrina que formou o art. 742 do Codigo Civil Francez, derogatoria da Novella 118, cap. 3, pois admittiu na descendencia de irmãos representação indefinita.

Os proprios acursianos restringião tal beneficio aos sobrinhos do primeiro grau, como vê-se em Valasco *De Jure Emphiteutico*, 1.^a part., *quaestio quinquagesima*, e em Guerreiro, *De Divisionibus*, cap. 6, ns. 25 e 32.

Toda a discussão sobre a materia successoria, na confecção do Codigo Civil Francez acha-se na importante obra de Loqué, *La Legislation civile, commerciale et criminelle de la France*, tom. X.

Na Allemanha, pelo decreto da imperial Dieta de Spira, de 1529, § 31, exigio-se egualmente a vocação concurrente de tios e sobrinhos—Makeldey, § 651, pag. 302, nota 1; Maynz, § 461, 11, nota 44.

Já vimos a lei hespanhola; o mesmo principio foi consagrado na jurisprudencia de outros paizes, sujeitos á influencia do direito romano, mencionados por Almeida e Souza, Dissert., §§ 16 e 17.

A innovação franceza foi recebida em varios codigos modernos da Europa, indicados por Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civiles étrangeres et le code français* como no italiano, art. 732.

Mas esta innovação foi declarada tal pelos proprios legisladores. Não se trata de interpretação de direito romano, mas do direito novo soberanamente estabelecido em cada paiz pelo respectivo poder legislativo.

Recorreu-se a essas recentes legislações sem o menor fundamento; são inteiramente extrinsecas á questão perante a nossa lei vigente.

A lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, e os estatutos de Coimbra 11, 2, t. 5, cap. 3, § 7, aconselham o subsidio das leis estrangeiras como uma das medidas da boa razão que deve assistir as romanas para serem acceitas como suppletorias.

Ora, o direito moderno não propoz-se a interpretar o romano, mas a derogal-o, e portanto não tem logar o referido subsidio, de mais contraproducente á these acursiana.

Este raciocinio péca finalmente por não attender á dupla feição do direito romano em nossas leis.

Quando é suppletorio entra em jogo o processo estatuido na lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, a bem de apurar-se-lhe a boa razão.

Quando, porém é a lei mesma, como na questão vertente, nada tem a vêr com estes arranjos hermeneuticos e obra por si imperativamente, com preeminencia aos estylos, costumes e outros quaesquer subsidios.

Se fitamos o conceito racional, nem na lei romana, nem na franceza parece-nos satisfeita a verdadeira theoria da representação.

A successão *ab intestato* nasce da presumpção das affeições do morto, sendo consequencia immediata a prerogativa do grau, apenas attenuada em seus effeitos pela ficção representativa dos successiveis premortos nas respectivas estirpes, deduz-se logicamente que a representação só devera ser admittida quando occorresse o perigo de exclusões contrarias á lei.

A representação se applicaria sómente na desigualdade de graus.

Se a regra primaria colhe effeitos consentaneos á lei, á razão e á equidade, que necessidade ha de sacrificar-a á secundaria?

A representação foi remedio engendrado pelo legislador com o fim unico de evitar applicações rigorosas, tendentes a privarem do direito successorio parentes em quem presume-se prolongarem-se as affeições do intestado.

Com illustres jurisconsultos, estendemos esta nossa reflexão ainda á linha recta descendente.

Nosso proposito, encarando a questão á luz do direito constituendo, é dissipar o falso prestigio da innovação franceza.

Uma legislação estrangeira pôde e deve ser invocada: a portugueza, a do moderno codigo promulgado pela carta de lei de 1.º de Julho de 1867.

Esse codigo, em cujos projectos e discussão tomarão parte os primeiros juristas de Portugal, Seabra, Moraes Carvalho, Paes da Silva, Marreca, Ferrão, Antonio Gil e outros, limitou-se na generalidade das materias a suscitar a legislação antiga, como provão a leitura do mesmo codigo e o seu importante commentario pelo conselheiro Dias Ferreira, lente da universidade de Coimbra, no qual acompanhamos os debates da commissão, vendo em regra cahir innovações propostas por um ou outro membro.

Assim regeitou-se o art. 2133 do projecto, onde consagrava-se a doutrina franceza.

Dispoz o artigo 1982 do Codigo Civil Portuguez: «Na linha transversal só se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do dito fallecido».

Era solenne triumpho da verdade da lei, já anteriormente restabelecida no ensino de Almeida e Souza, Pereira de Carvalho, Alberto de Menezes e Liz Teixeira.

§ 5.º—Direito patrio.

Além da referencia ao direito romano, em duas especies, manifestou a nossa lei claramente o seu systema.

A Ord. l. 1.º, tit. 91, §§ 2 e 4, tratando de pae ou de mãe binubos, a estes concede sómente o usufructo das heranças dos filhos do primeiro matrimonio e a propriedade dellas devolve aos irmãos germanos dos ditos filhos, para verificar-se a posse na morte do pae ou mãe binubos. Herdão os irmãos germanos e os sobrinhos filhos de outros germanos predefuntos.

A citada ordenação exige expressamente que o sobrinho concorra na successão do tio morto com o tio vivo, para poder gozar do beneficio da representação.

Esta formal disposição causou grande e vexatorio alvoroço entre os praxistas acursianos, a que nos fazem assistir as notas do Codigo Philippino, o sr. senador Candido Mendes, pag. 938.

Como harmonisal-a com a Glossa por elles seguida?

A dialectos nunca faltão expedientes; entendeu-se salva a difficuldade, denominando-se tal successão *ex-provisione legis*, como se mais um novo vocabulo tivera o mysterioso condão de tudo resolver, e não fora o proprio da successão *ab intestato* ser toda prescripta pelo legislador, d'onde tambem chama-se successão legitima.

Fica innegavel que neste caso o beneficio da representação depende do concurso de tios.

E' tão importante este texto que por si só basta para affirmar a regra do concurso, abstrahindo-se do direito romano e das adduzidas considerações de hermeneutica.

O legislador enunciou o seu pensamento sobre a representação do sobrinho, em uma hypothese dada, restringindo-a pelo requisito do concurso; nada auctorizaria a tirar a limitação nos casos analogos, pela qual ao contrario pugnaria a natureza das ficções legaes.

Em materia, hoje caduca, *successão de morgados*, declarou-se ainda o legislador.

A Ord. 1. 4, tit. 100, princ., reportara-se para a mencionada successão, na linha transversal, ao direito romano.

O alcance de tal referencia, emquanto á representação, ficou elucidado na lei de 30 de Agosto de 1770, § 26, que manda julgar o dito beneficio na linha transversal sómente entre irmãos e filhos de irmãos do instituidor, e no assento da Casa da Supplicação, de 9 de Abril de 1772, que interpreta ampliando a representação ao caso em que dá-se *contenda entre irmãos e filhos de irmãos do ultimo possuidor*.

Almeida e Souza, Dissert., § 3.º, pretende sem razão que foi omisso o caso de concorrerem á herança do morgado sobrinhos sós.

A estes a referida legislação véda absolutamente o beneficio da representação. A lei de 30 de Agosto de 1770 é explicita e mais ainda o assento usando a expressão *contenda*.

§ 6.º — *Escretores portuguezes e nacionaes.*

Os reinicolas que defendem a representação indistincta dos sobrinhos de primeiro grau fundão o seu principal argumento na Ord. 1. 3, tit. 64, § 1.º, que conferia auctoridade ás opiniões de Acursio, em falta de lei, estylo, costumes e leis romanas.

Ora, sendo clara a lei romana, approvada pela Ord. 1. 4, tit. 96, princ., não cabia recurso áquelle Glossador.

E se só Acursio devia legislar, qual das suas opiniões preferese, pois ambas teve, sendo posteriormente escripta a que decidio contra a representação? — Almeida e Souza, Dissert., §§ 10 e 11.

Era caso de dizer: de Phelippe appella-se para Phelippe.

A Glossa acursiana porém succumbio inteiramente ante a severa condemnação da lei de 18 de Agosto de 1769, § 13.

Avaro de racionios, contra o pendor discursivo dos seus escriptos, ahí está Mello Freire, *Inst. Civ. Lus.*, l. 3, tit. 8, § 17.

Valasco disserta um pouco, *De jur.*, *Emphit.*, 1.ª parte, qucest. 50.

A principio expõe a doutrina de Azon; depois diz que mais approxima-se da de Acursio. Eis as suas palavras:

Nullam probabilem differentiae rationem invenio cur alio jure filii fratrum inter se, alio quando cum patrius succedunt.

A razão plausível da differença é a juridica de carecerem os sobrinhos da representação quando ha tio vivo, pois sem este remedio da lei ficavão privados da herança.

A representação, na linha transversal, em graus eguaes, ou é superfluidade, compondo-se as estirpes de numero egual de membros, ou injustiça contraproducente aos seus fins, sendo o numero desigual.

A lei não creou o beneficio para uns sobrinhos aproveitarem e outros serem prejudicados.

O beneficio nunca deve interpretar-se contra o beneficiado. *Quod favore quorundam constitutum est quibusdam casibus laesionem eorum nolumus inventum videri*, Cod. l. 1., tit. 14, const. 6.

Os autores portuguezes e nacionaes que limitão a representação dos sobrinhos ao caso de concurso com tio vivo, desenvolvem quasi todos a questão com larga e poderosa critica.

Foi-nos possivel consultar:

Almeida e Souza, *Notas a Mello, Acções Summarias*, tom. 1.º, § 327; *Obrigações Reciprocas*, § 807; *Dissertação em supplemento ao Tratado dos Morgados*.

Alberto Carlos de Menezes, *Juizos Divisorios*, parte 1.ª, cap. 2, § 35, notas 2.ª, 3.ª e 4.ª

Pereira de Carvalho, *Primeiras Linhas sobre o Processo Orphanologico*, nota 76.

Liz Teixeira, *Curso de Direito Civil Portuguez*, parte 2.ª, div. 1.ª, tit. 8, § 17.

Eça e Leiva, *Memorias Theoricas e Practicas do Direito Orphanologico*, cap. 5, § 53.

Gomes Meirelles, *Repertorio Juridico successão ab-intestato*, n. 3054.

Trigo de Loureiro, *Instituições do Direito Civil Brasileiro*, l. 2. tit. 9 §§ 439 e 440, nota 195.

Susano, *Codig. Orphanologico*, part. 1.ª, cap. 3, nota 3.

Rebouças, artigo na revista *Direito*, tom. 4, pags. 761—68.

§ 7.º—Jurisprudencia.

A pratica de julgar ramo do direito consuetudinario, não póde prevalecer contra a lei, a que deve conformar-se sempre.

Este principio fundamental está consagrado na lei de 18 de Agosto de 1769, § 14.

Na especie sujeita, o Direito Romano é nossa lei vigente, nos termos da Ord. l. 4, tit. 96, princ. combinada com o assento da Casa da Supplicação, de 19 de Novembro de 1791.

Se como subsidiario interviesses, ficaria subordinado aos estylos e costumes. E' a economia traçada naquelle celebre decreto josephino, § 9, e já anteriormente na Ord. l. 4.º, tit. 64, princ.

Mas aqui inverte-se a preeminencia. Deixou o Direito Romano a posição secundaria que lhe foi assignada na generalidade das materias, unicamente para acudir ás omissões das leis, estylos e costumes patrios.

Lei viva, tornou-se medida por onde devem ser aferidas as manifestações do direito não escripto.

Os juriconsultos mencionados, em cujo numero vemos dous lentes de direito, advogados proectos e magistrados, entre os quaes um da mais alta cathegoria, Alberto Carlos de Menezes, desembargador da Casa de Supplicação de Lisboa, não merecem por certo a tacha de discolos e refractarios á boa jurisprudencia.

A Glossa de Acursio dominara por muito tempo em Portugal, seu refugio unico, desterrada das leis e praticas de julgar nos paizes europeus, embora naquelle mesmo paiz lhe fosse adversa a compilação philippina, a qual tivera tambem por fontes as leis hespanholas das *Sete Partidas e de Touro*, sendo que em materia de successão o direito portuguez andou sempre cingido ao hespanhol desde as codificações antecedentes, alphonsina e manuelina.

O imperio de Acursio vinha de longe, desde a epocha de João das Regras.

Suas opiniões lograrão consagração legal na Ord. alphonsina, l. 2, tit. 9; na manuelina, l. 2, tit. 5, e afinal na philippin, l. 3, tit. 64, § 1.º

Coelho da Rocha lamenta com razão a incuria dos compiladores das ultimas ordenações nessa singular pertinacia de conferir auctoridade extrinseca ás opiniões dos doutores, systema desacreditado ao raiar da nova exegese cujaciana, continuando assim o vexame do fóro portuguez, entregue á tyrannia da *opinião communis*, até a reforma inaugurada pela lei de 18 de Agosto de 1769.

Aurea lei, a chama Mello Freire. *Accursii, Bartoli et similium allegationes prohibet, et illius Scholam atque imperium forense destruit, Hist.*, § 107, nota.

Dissipou-se então o longo eclipse do verdadeiro principio sobre a representação na ordem dos parentes collateraes.

Contra o erro acursiano, escreveu o jurista, doutrinou o lente, sentenciou o juiz.

Com effeito, nova jurisprudencia estabeleceu-se.

E' o que nos attesta Menezes: «Esta é a doutrina seguida em nosso fóro a respeito da representação dos collateraes sómente, quando concorre tio e sobrinho, excluida em todos os mais graus dos collateraes do defuncto, ou seja em morgados ou em bens livres.» § 36, nota 3.

São palavras de um dos mais distinctos proceres da magistratura portugueza.

A obra restauradora coroou-se no art. 1982 do Codigo Civil Portuguez.

Invoca-se a uniformidade da jurisprudencia brazileira, mas o contrario prova-se no facto mesmo de terem subido as respectivas

§ 439

Na ordem dos collateraes os irmãos illegitimos e mais parentes maternos, succedem entre si, ainda que de illicito e damnado coito (Ord., liv. 4.º, tit. 93; T. de Freitas, Consolid., art. 972, e Test. e Suc., § 268; Ramalho, Instit. Orph., § 22 *in fine*. (174)

causas á superior instancia, sendo certo que em alguns fóros e na relação da Bahia, em dous accordãos, têm-se julgado a successão *in capita*. *Chronica do Fóro*, n. 8, de 30 de Abril de 1859, pag. 2; *Direito*, tom. 1, pag. 440.

Os respeitaveis accordãos do Supremo Tribunal de Justiça e desta Relação, de 14 de Outubro e 19 de Dezembro de 1871, fundarão-se principalmente no assento das Côrtes de Lisboa, de 5 de Março de 1641.

Mostrou-se a improcedencia do referido Assento das Côrtes ante a Constituição do Imperio, que a si chamou regular aquella materia, como reclamavão a sua natureza essencialmente politica e a soberania nacional.

Como simples argumento, inductivo da mente do legislador, contrapõe-se, em analogia successão, a de morgados, a doutrina affirmada posteriormente na lei de 30 de Agosto de 1770, § 26, e no Assento da Casa de Supplicação, de 9 de Abril de 1772.

Hortensius de Saint-Albin, depois de render homenagem profunda ao supremo tribunal de justiça francez, a que pertencião, no reinado de Luiz Phelippe, jurisconsultos do vulto de Troplong, Berenger, Isambert, Hello, Dupin, Delangle e outras illustrações, para quem o estudo da nobre sciencia do Direito fora emprego da vida inteira, faz-nos contemplar o magnanimo e sereno desapego com que alli se declinava a jurisprudencia antiga, desde que convencida de menos acertada. *Combien d'exemples de gènéreuses reformations ont été offerts par cette Cour, á la suite, non pas d'un arrêt, mais de plusieurs qu'elle avait rendus d'une maniere uniforme!* — *Logica Judiciaria*, cap. 3, § 17.

(174) Os filhos de coito damnado não succedem aos paes, não succedem á mãe e nem aos avós maternos, pois a Ord. se refere a collateraes maternos, dizendo: *assim que os irmãos e a outros dividos posteriores, possam entre si succeder ab-intestato*. Não representando a mãe, não podem o filho de coito damnado e filho da filha de coito damnado succeder a seu avô materno (T. de Freitas, Testam. cit. nota 439 ao § 268, pag. 383). Si os filhos naturaes reconhecidos na fórma da lei de 2 de Setembro de 1847 podem succeder a os parentes collateraes paternos é questão disputada. Que

herdam dos collateraes paternos, diz Lafayette, Direitos de Família, assim opinando porque os filhos naturaes reconhecidos são considerados como membros da familia e não estranhos, e como taes têm, em regra, os mesmos direitos dos filhos legitimos e cita Cordeiro, Dubit. 4; Gama, Dec. 3.^a; Lobão, Notas a Mello, liv. 3.^o, tit. 8, § 17, n. 3, na sua nota 1.^a ao § 25; Dir. das Fam., pag. 239; Vide C. da Rocha, § 343, nota *in fine*, e assim o julgou a Relação de S. Paulo, por accordão de 10 de Fevereiro de 1882, na appellação civil de Jacarehy, n. 706, sendo appellantes José Ignacio Bicudo e outro e appellada a herança de Bento Joaquim de Moraes.

Em contrario opinião outros que o filho natural é estranho á familia paterna, assim não podem succeder aos parentes collateraes paternos, doutrina essa sustentada por Correia Telles, Dig. Port., liv. II, arts. 845 e 879, e que se vê nos Codigos Civis francez e portuguez, arts. 756 e 2005; Borg. Carn., § 192, n. 3, pag. 213, liv. 12; Cod. Liv. 5, tit. 27; pelos accordãos da Relação da Bahia, no Direito, vol. 17, n. 3, pag. 534, e na Gazeta Juridica, vol. 20, pag. 140.

Que os filhos naturaes reconhecidos não succedem directamente aos collateraes pelo lado paterno concorrendo com irmãos ou primos legitimos se vê julgado pelo accordão revisor da Relação do Maranhão, de 14 de Julho de 1873; Dir., vol. de 15 de Agosto de 1873, pag. 97. Os que sustentam esta ultima opinião dizem que o reconhecimento dos filhos naturaes só lhes dá o direito de concorrer á successão de seus paes e nunca á dos parentes collateraes paternos, pois o reconhecimento, acto puramente pessoal do pae que reconhece, não pôde estabelecer relação alguma de parentesco entre os filhos naturaes e parentes do pae que os reconhece (C. Telles, Dig. Port., tom. II, art. 845, e Mourlon; Répét. E'crites, tom. II, tit. I, cap. IV, sec. 1.^a, § 1.^o, n. 141); que não devem ser chamados á successão dos collateraes paternos, porque isto seria dar, creando estas relações de direito, ao mesmo reconhecimento o effeito de ligar por um laço todo juridico taes filhos a uma familia, a que são estranhos e que não concorrem directa ou indirectamente para tal um tal acto — o do reconhecimento.

Que não sendo o parentesco illegitimo fundamento da successão, senão por excepção da regra, porque esta funda-se no parentesco legitimo—Mackeldev, Dir. Rom., § 643, é evidente que, para que podessem ser chamados á successão dos collateraes paternos, os filhos naturaes, se fazia preciso que isto ficasse expressamente determinado em lei, porque as disposições fundadas em razões especiaes e contra as regras communs de *direito* não se estendem de um caso a outro *caso* — L. 141, Dig. de *reg. jur.* e cit. Mourlon, Répét., Ecrs. sobre o Cod. Civil Francez, tom. 1.^o, tit. 7.^o, cap. 3.^o, sec. 2.^a, § 2.^o, n. 9 e 79, para que possa dizer que chamados os filhos naturaes á successão dos paes pela cit. Ord. do liv. 4.^o, tit. 92 pr., foram também chamados, por isso mesmo, á successão dos parentes collateraes destes; e ainda,

que tanto não podem os filhos naturaes, embora legalmente reconhecidos, succeder directamente aos parentes collateraes de seus paes que, sobre ser esta opinião a sustentada por escriptores de nota como Borges Carneiro, Dir. Civ., § 197, cit.; Correia Telles, Dig. Port., tom. 2.º; Perdigão Malheiro, Com. à cit. lei n. 463, de 2 de Setembro de 1847, cap. 7.º, pags. 139, 845 a 879 —é também a mais seguida pelos tribunaes do paiz, como attestão varios arestos, entre estes os que vêm no *Direito*, Rev. de Leg., Dout. e Juris., vol. 1, pag. 87, e vol. 17, pag. 544, e isto certamente por ser a mais conforme não só com o espirito e letra da mesma Ord. do liv. 4.º, tit. 92 pr., como também com o que a este respeito dispõe o Dir. Rom., l. 12 do liv. 5.º, tit. 27, Cod. de *nat. lib.* e Cods. das nações civilizadas e christãs, como o são o Cod. Civ. Fr., art. 756 e Cod. Civ. Port., art. 2005, que a lei de 18 de Agosto de 1769 manda seguir como direito subsidiario ao nosso; e também,

que se pelo principio de representação, ficção da lei em virtude da qual presume-se que os filhos ou descendentes de uma pessoa predefunta vêm occupar o lugar, grau e direitos desta na herança de outro parente fallecido depois—Loureiro, Dir. Civ. Braz., § 418, e cit. Mourlon, tom. 1.º, cap. 3.º, sec. 2.ª, n. 87—podem os filhos naturaes ser chamados à successão dos seus avós paternos, por ter sido isto, embora sem razão plausivel, tolerado e permitido por alguns escriptores, como o citado Correia Telles, Dig. Port., tom 2.º, art. 844, comtudo um tal principio não favorece aos mesmos filhos naturaes, de modo a poderem elles, representando seu pae, concorrer à successão dos parentes collateraes a este; pois

que o principio de representação foi sempre um direito peculiar aos descendentes legitimos e nunca aos filhos ou descendentes naturaes.

Vide *Direito*, vol. 22, n. 3, pag. 537 a 553, accordão da Relação do Maranhão de 14 de Maio de 1880.

Em contrario que podem succeder aos collateraes paternos decidirão o Sup. Trib. de Justiça, Rev. Civ. n. 7062, recorrente Virginia Leopoldina Bandeira Calmon e recorridos Demetrio Ferreira Bandeira e outros, em 16 de Junho de 1868, e o Tribunal de S. Paulo, por accordão de 25 de Outubro de 1895, appellação n. 485, da capital, appellantes d. Maria Leopoldina de Siqueira Machado e outros e appellados d. Eugenia Amelia de Siqueira e outros, appellados d. Eugenia Amelia de Siqueira e outros, sustentando que os filhos do padre Siqueira, representando seu pae morto, podiam como sobrinhos naturaes succeder com suas tias na successão de uma irmã de seu pae que os reconheceu, tendo morrido a tia e sido aberta a successão ao tempo em que vigorava a lei n. 181, de 1890.-

Em França o reconhecimento do filho natural não estabelece vinculo senão entre pae e mãe dos quaes emana e o filho a quem se refere, resultando que este não entra na familia de seu pae ou mãe; não torna-se parente de seus parentes e não póde ter nenhum

§ 440

Na falta de irmãos e sobrinhos succedem os parentes mais proximos em grau com o defunto, ou seja um ou muitos, sem differença de sexo, de idade, ou de linha (Novella 118, cap. III; Mello Freire, liv. 3.º, tit. 8, § 17). (175)

direito a successão destes (Art. 756, Cod. Civil Francez, Baudry et Lacantinérie, Précis de Droit Civil, tom. 1.º, ns. 906 e 929 e tom. II, pags. 67, 103).

Assim não tem na linha ascendente outros parentes que seu pae e mãe, não tem nenhum na linha collateral; só pôde succeder, como successor irregular, a seu pae ou sua mãe e não aos mais ascendentes ou aos collateraes.

Quanto aos direitos do filho natural sobre os bens de seus descendentes, são absolutamente os mesmos como se elle fôra filho legitimo; succede a seus descendentes legitimos ou a seus filhos naturaes reconhecidos. Em Portugal os filhos illegitimos, posto que perfilhados ou reconhecidos, não succedem *ab-intestato* aos transversaes de seus paes, nem estes parentes aos filhos illegitimos, excepto em ambos os casos não havendo outros parentes dentro do decimo grau (Cod. Civil Port., art. 2005). Na Italia, o filho natural, posto que reconhecido, tambem não tem direito sobre os bens dos parentes do pae ou da mãe e nem estes parentes têm direito sobre os bens do filho natural.

(175) Os graus de parentesco contam-se segundo o direito civil (romano)—Ord., liv. 4.º, tit. 94; Portug., De Donat., liv. III, cap. 19, n. 44). Segundo este modo de contar, os tios do collateral defunto preferem aos primos irmãos delle; porque o tio está com o sobrinho em terceiro grau civil e o primo em quarto. Quando a herança se devolve *ab-intestato* aos parentes em grau mais distante que os dos irmãos e sobrinhos, todos succedem *in capita*. (Lobão, N. a Mello, liv. III, tit. 8, § 17, n. 1; Ramalho cit., nota 138, pag. 45).

Ainda que os *tios*, irmãos do pae ou da mãe do fallecido, estejam no mesmo grau que os *sobrinhos* do mesmo fallecido; estes contudo excluem aquelles da successão, porque lhes aproveita o beneficio da representação; porém, os *tios* excluem da successão os *filhos de sobrinhos* do fallecido, porque a estes já não é dado o beneficio da representação (C. da Rocha, § 345, Dig. Port., vol. 2.º, arts. 874 e 875; T. de Freitas, Test. e Successões, pag. 381).

O parentesco se conta por *linhas* e *graus*. Linha é a serie das pessoas provindas do mesmo progenitor a que chamamos *tronco*. A linha se diz *recta* quando se conta directa e seguidamente dos procreadores para os procreados. *Transversal* ou *collateral* quando se conta para os lados, isto é, se comparão pessoas que provêm sim do mesmo tronco, mas não directamente uma da outra.

Na linha recta, quando de uma pessoa dada subimos para os seus procreadores, chama-se *linha de ascendencia*; se descemos para os gerados, *linha de descendencia*. Tres são as linhas: *ascendente*, *descendente* e *collateral*. Linha directa *descendente* é aquella que tenho com os que descendem de mim; linha directa *ascendente* é aquella aquella que tenho com aquelles de quem descendo; e *collateral* é que tenho com os que descendem commigo do mesmo tronco.

O parentesco se fórma por uma ou muitas gerações e é o numero destas gerações que faz o numero do grau de parentesco. O parentesco entre pae e mãe, filho e filha, que se fórma por uma só geração, é consequentemente um parentesco de primeiro grau. O parentesco entre avô e neto é de segundo grau, é por duas gerações que o neto descende do avô; de bisavô e bisneto descende este de tres gerações, sendo parente em terceiro grau.

Na linha collateral não ha primeiro grau, porque não ha uma só geração.

Na linha recta contam-se os graus quantas são as gerações. Na linha collateral diversifica o módo de contar por direito romano e por direito canonico.

O direito romano conta todas as gerações ou graus subindo por uma das linhas até o tronco e descendo pela outra linha. Conta-se o numero de gerações que tem havido desde um dos parentes até o tronco commum, donde desce-se desde o tronco commum até o outro parente. *Os irmãos* são parentes em segundo grau, porque são precisas duas gerações para formar o parentesco que existe entre elles—dos paes e avô, tronco commum. *Tio e tia* estão em terceiro grau com o *sobrinho* e *sobrinha*, porque são precisas tres gerações para formar o parentesco, isto é, duas gerações para subir da pessoa do sobrinho até o tronco commum, que é seu avô, e uma para descer desde o tronco commum até o tio que é filho da pessoa que faz o tronco commum. *Os primos-irmãos* estão no quarto grau, porque são precisas quatro gerações, duas para subir de um dos primos-irmãos germanos até seu avô, que é o tronco commum, e duas para descer depois desse tronco até o outro primo-irmão.

O direito romano é o acceito na contagem dos graus do parentesco com o fim da successão, e actualmente, quanto aos impedimentos para casamento por motivo de parentesco; o direito canonico sempre foi applicado ás recusações dos juizes, impedimentos de testemunhas e tambem aos impedimentos para casamentos e mandado observar pelo regul. de 15 de Junho de 1859.

Em materia de successão é applicavel o direito civil, que é o romano (Ord., liv. 4, tit. 96 *princ.*; Assento de 16 de Fevereiro de 1786 sobre o 1.º quesito; Ribas, Dir. Civ., vol. II, nota 6.ª, pag. 63).

Por direito canonico os irmãos estão no 1.º grau de parentesco collateral; tio e sobrinho no segundo; filho de sobrinho no terceiro grau (Vide Pothier, vol. 8.º, pags. 14 a 16; T. de Freitas,

Secção IV

CONJUGES

§ 441

Em falta de parentes até o decimo grau, segundo o direito civil, succede *ab-intestato* ao conjuge predefuncto o conjuge sobrevivivo, si com elle viveu na mesma casa e no mesmo leito até o tempo da morte (Ord., liv. 4.º, tit. 94; Consolid. dos L. L. Civis, art. 973; Ramalho, Inst. Orph., § 23, pag. 46; Gouveia Pinto, cap. 42, § 4.º; C. Telles, Dig. Port., liv. II, art. 881; C. da Rocha, § 345). (176)

nota 3.ª ao art. 959 da Consolidação das Leis Civis; Cods. Civis Francez, arts. 735, 756, 737 e 738, e Portuguez, art. 1973 a 1977.

Por direito romano os collateraes em 10.º grau, diz T. de Freitas, são meu 8.º sobrinho e meu 7.º primo—Vide Borges Carneiro, vol. 2.º, tit. XVIII, §§ 161 e 162.

(176) A Ord., liv. 4, tit. 94, diz que fallecendo o homem casado *ab-intestato*, e não tendo parente até o decimo grau contado segundo o direito civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, *a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teüda e manteüda, como mulher com seu marido*, ella será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher *com que estava em casa manteüda*, como marido com sua mulher, se ella primeiro fallecer sem herdeiro até o dito decimo grau.

Bastará a separação de facto para que se dê no caso exclusão da successão entre os conjuges?

T. de Freitas, na Consolidação das L. L. Civis e em Test. e Suc., § 270, diz: a herança é deferida ao conjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, viviam juntos, habitando na mesma casa.

Os escriptores, porém, referem-se á separação decretada por sentença de divorcio e alguns distinguem os casos do sobrevivivo ter sido culpado ou não. Gouveia Pinto, cap. 42, § 4.º, diz: para que o conjuge, marido ou mulher que sobrevive, possa succeder na meiação ou herança do fallecido, é necessario que ao tempo da morte estivessem vivendo juntos, sem que tivesse havido separação de thalamo, ou mesa; porquanto, separados, succede o Fisco. C. Telles, citado no texto, diz: «se os conjuges estavam separados por toda a vidá, por sentença de divorcio, e o conjuge sobrevivivo não tiver tiver parentes até o 10.º grau; ou o conjuge sobrevivivo foi o culpado no divorcio, não succede então ao fallecido; ou foi julgado innocente e então succede como se não houvera divorcio»,

cita a L. unica Dig. Unde vir et uxor e Mello Freire, livro III, tit. 8, § 18. Coelho da Rocha diz: «se do defunto não restam parentes até o 10.º grau por direito civil, é chamado á successão o conjuge sobrevivivo, salvo, julgada a separação perpetua, se o conjuge sobrevivivo foi culpado, dando-lhe causa».

Ramalho allude tambem á separação decretada por sentença de divorcio pelo juizo da Egreja e hoje da competencia do juiz secular. O Cod. Civil Port., art. 2003, exceptua da successão o conjuge sobrevivivo *separado judicialmente de pessoa e bens por culpa sua*. Os praxistas alludem á separação por sentença de divorcio e não negam a successão ao conjuge que não deu causa á separação, assim tambem no caso da privação da posse dos bens como cabeça de casal.—Vide Borges Carneiro, § 130, ns. 5 e 6, vol. II, pag. 108.

T. de Freitas, na nota 441 *iu fine* ao § 270, diz que no nosso fóro não costuma-se apurar a doutrina sobre quem recae a culpa do divorcio.

Em França o divorcio rompe o vinculo conjugal, suprime o titulo de esposo e, na fórma do artigo 767 do Código Civil Francez, não succede o conjuge sobrevivivo divorciado no momento em que se abre a successão, não se distinguindo o esposo innocente ou não, pois a lei não distingue. Quanto ao separado de corpo, não se tira o direito de successão reciproca, assim o dizem Aubry et Rau, vol. VI, § 606.

B. e Lacantinerie dizem: ha boas razões para se estender a privação da successão *ab-intestato* ao esposo separado de corpo, ao menos áquelle contra o qual foi decretada a separação, isto é, que deu por sua culpa causa a ella; mas, dizem elles, a lei não abrange o caso e o interprete não póde fazer extensiva uma lei de privação de direito, extendendo o caso legal a outro, accrescendo que o legislador francez distingue o divorcio dissolvendo o casamento e a separação que o deixa subsistir.

A nossa legislação patria não se refere senão á separação de facto e não cogita de culpa, posto que, como diz Gouveia Pinto, não é justo que aquelles que não têm dado causa á separação sejam privados de um direito que já lhes competia pela lei, e cita em apoio de sua opinião na nota 1.ª do cap. 42, § IV, Port. de Don., liv. III, cap. 19, ns. 55 e 56, e Barbosa a Rub. de soluto matrimonio, 2.ª parte, ns. 58, 59 e 60.

O casamento putativo póde fundar um direito de successão como o casamento valido; mas esse direito cessa de existir a partir da declaração judicial de nullidade, devendo o casamento putativo, a datar do momento em que é annullado, ser assemelhado a um casamento valido dissolvido com rompimento do vinculo conjugal. Em caso de annullação de um casamento putativo deve-se distinguir: se a nullidade foi judicialmente declarada anterior ou posteriormente á morte do conjuge de cuja successão se trata. Na primeira hypothese o conjuge sobrevivivo, mesmo que seja de boa fé, não póde mais succeder ao predefunto. Na segunda hypothese

Secção V

FAZENDA NACIONAL (UNIÃO)

§ 442

Na falta de parentes até o 10.^o grau por direito civil e do conjuge, fica a herança vaga e devolve-se á Fazenda Nacional, na fórma da Ord., liv. 1, tit. 90, § 1, e liv. 2, tit. 26, § 17; liv. 4, tit. 94 *in fine*, e arts. 51 e 52 do decreto n. 2433, de 15 de Junho de 1859. (177)

o esposo sobrevivente e de boa fé conserva a herança que adquiriu (Aubry et Rau, vol. 6.^o, § 606, pag. 337).

Se o casamento foi contrahido nullamente de boa fé, diz Pacifici Mazzoni, vol. 5.^o, pag. 470, se deve distinguir: se a nullidade foi declarada em vida de ambos os conjuges, isto é, antes que se abrisse a successão de um delles, o sobrevivente não gosa de nenhum direito sobre a herança do predefunto, sem que se deva distinguir si ambos ou elle só estejam de boa fé; os effeitos novos do casamento não pôdem decorrer depois de declarada a nullidade, pois seria contradictorio que um casamento annullado tivesse a virtude de produzir effeitos e que se abrisse um direito de successão, perdido o estado de marido e mulher e se este não mais existe. Mas, se o casamento não estiver declarado nullo ao abrir-se a successão dos dois conjuges, o sobrevivente gosa dos direitos hereditarios sobre o patrimonio do defunto, desde que seja de boa fé. Não gosa igualmente, diz Mazzoni, se a acção de nullidade estava já iniciada, proposta ao tempo da abertura da successão.

Lafayette e T. de Freitas entendem que deve ter havido julgamento proferido ao tempo de abrir-se a successão (Dir. de Fam., § 34, nota 1, pag. 56, e Test., nota 442.)

O artigo 75 da lei n. 181, de 1890, diz: «quando o casamento nullo ou annullavel tiver sido contrahido de *boa fé* produzirá os seus effeitos civis, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento. Todavia, si só um dos conjuges o tiver contrahido de boa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle e dos filhos».

O conjuge, como herdeiro *ab-intestato*, não pôde entrar na posse dos bens herdados sem prévia habilitação, art. 8 do decreto de 15 de Junho de 1859; Souza Bandeira, Novo Proc. dos Feitos, nota 310.

Quando o marido é parente de sua mulher ou a mulher do marido, fallecendo alguns delles *ab-intestato*, o sobrevivente toma o lugar seu, segundo seu grau de parentesco, para excluir os outros parentes mais remotos até o 10.^o grau.

(177) Já em as notas 6.^a e 82 desta obra largamente tratamos da questão de saber a quem se deve devolver a herança vaga:

se á União, ou aos Estados? Ha opiniões divergentes e nos Estados de S. Paulo e Rio as leis orçamentarias contêm a verba: dinheiros de defuntos e *ausentes*, formando com a de dinheiros dos orphãos etc., a divida fluctuante.

O secretario de finanças do Estado do Rio, dr. Annibal Teixeira de Carvalho, em seu relatorio de 1896, diz com franqueza a sua opinião, que julgo a verdadeira, assim se exprimindo:

« Alguns pensão que os bens vagos, de defuntos e ausentes, quando não apparece quem os reclame, são do dominio casual do Estado, onde o *de cujus* tinha o seu domicilio, e não da União, pois incidem sob a soberania territorial desse Estado. Os partidarios desta opinião affirmão que as ordenações e toda legislação posterior acerca da vocação da nação e da sua anomala successão em taes bens tornarão-se obsoletas depois do regimen federativo proclamado a 15 de Novembro de 1889. Sustentão ainda que a actual fórma de governo trouxe esta modificação no direito civil, como succedeu nos paizes que a adoptarão: na America do Norte o assumpto é regido pelos codigos civis dos Estados; nas republicas Argentina e Venezuelana, esses bens são arrecadados em beneficio dos institutos de instrucção e caridade do domicilio do *de cujus*; na Suissa o codigo federal das obrigações não os menciona, abandona-os á legislação peculiar dos cantões.

Não obstante taes argumentos, eu me inclino a acreditar que a arrecadação destes bens pertence á União e que, em favor della e não dos Estados, se opéra a prescripção se não forem reclamados dentro de trinta annos.

A fórma federativa entre nós nenhuma alteração introduzio na materia e nem comprehendendo como os preceitos do direito civil possão ser modificados tacitamente por uma revolução politica.

Não é da essencia do regimen federativo que em todos os paizes organizados por tal fórma tenham os Estados os mesmos poderes e direitos; a Federação pôde ser mais ou menos ampla, e tanto assim é que, em algumas nações acima mencionadas, os respectivos Estados têm a faculdade de legislar sobre o direito substantivo, o que na nossa lhes é expressamente vedado.

No imperio taes bens pertencião ao dominio eminente da Nação e não sendo as disposições, que consagrarão este direito, contrarias ao systema de governo firmado pela Constituição Federal, estão as mesmas em vigor (art. 83 da Constituição).»

Fiscus post omnes. A Nação não é propriamente um herdeiro, mas a sua situação é a de um herdeiro, no dizer de Savigny, Dir. Rom., § 337, o direito de succeder nas heranças vacantes deve ser considerado como supplemento do direito de successão. Em França, morrendo um estrangeiro, só succede a Nação nos immoveis situados naquelle paiz. Pim. Bueno, Dir. Intern. Privado, n. 144, pag. 78, sustenta que a lei do paiz do finado é que devia presidir ás relações do direito de devolução de sua herança e não esse direito de occupação de bens vagos por direito de soberania nacional; que a nacionalidade de cada individuo devia ser seu herdeiro legi-

TITULO IV

JUIZO DE CAPELLAS E OBRIGAÇÕES

CAPITULO XXXIV

CAPELLAS

(*Vinculos*)

§ 443

Bens vinculados (ou *vinculos*) são, em sentido restricto, aquelles que foram declarados inalienaveis *in perpetuum* pelos instituidores, com certos encargos.

Podem ser de duas especies: *capellas* e *morgados*. *Capella* é o vinculo, cujos rendimentos são destinados no todo ou maior parte ao cumprimento de encargos pios, para continuação da piedade do instituidor.

Morgado é o vinculo, cujos rendimentos são reservados ao administrador e sua successão, em ordem prefixada, para conservação do lustre e nobreza da familia (Souza Bandeira, Nov. Proc. dos Feitos, § 320; Coelho da Rocha, §§ 498 a 524; Perd. Malheiro, Man., §§ 449 e 524.)

§ 444

Os morgados, capellas, e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza e denominação que sejam, são considerados como não escriptos e nullos. (Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, art. 43, § 5.º; L. de 6 de Outu-

timo na falta de anterior e mais graduado successor (Cod. Civil Francez, arts. 768, 769 e 772). Em Portugal a Fazenda Nacional está no sexto grau na ordem da successão legitima. Vide arts. 721 e 758 do Cod. Civil Italiano, dispondo tambem sobre a devolução a Nação. Não póde a Nação tomar posse da herança sem que preceda sentença que declare vaga a herança e devoluta á Fazenda Nacional, na fórmula dos arts. 51 e 52 do decreto n. 2.433, de 15 de Junho de 1859, proferindo a sentença os juises ausentes e depois intervindo a justiça federal, devendo ser os bens incorporados ao patrimonio nacional. Vide sentença do Supremo Tribunal Federal, de 26 de Julho de 1893, desde fl. 157 a fl. 160 desta obra.

bro de 1835, art. 1.º; Sent. do Sup. Trib. de Just. na Rev. n. 8432, de 6 de Dezembro de 1873; Accordão da Relação do Rio, de 9 de Setembro de 1873, Direito, vol. de 15 de Janeiro de 1874, pags. 34 a 36.) (178)

(178) Transcrevemos taes decisões declarando que a verba testamentaria instituindo morgados considera-se não escripta, e os respectivos bens passam para os herdeiros do testador, e que nullo é o legado da terça ou qualquer legado feito de certos bens para estes constituirem morgados.

REVISTA N. 8.432

Recorrente—A Mesa Administrativa da Santa Casa de Misericordia da Villa de Amarante, em Portugal.

Recorridos—O senador Antonio de Souza Queiroz e outros herdeiros do finado brigadeiro Luiz Antonio de Souza.

(Juizo de 1.^a instancia, o da cidade de S. Paulo, e de 2.^a, o Tribunal da Relação do Rio.)

SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTANCIA

Julgo por cumprido o testamento de fl., pois que a unica duvida que até agora se offercia está inteiramente desvanecida pela Resolução de 29 de Maio de 1837, á fl. 97, que, considerando a deixa da terça dos herdeiros de fl. 96, para instituição de morgado, como condição impossivel, ou dependente da vontade de terceiro, que não quiz annuir á vontade do testador, manda que esta se haja como não escripta, e que os bens que fizerão objecto dessa instituição, fiquem pertencendo aos herdeiros dos instituidores; e nesta conformidade declaro os mesmos herdeiros livres inteiramente de qualquer obrigação a este respeito, na fórma da dita Resolução e do requerimento á fl. 96: e pague a testamentaria as custas. São Paulo, 24 de Março de 1870.—*Manoel Rodrigues Villares.*

ACCORDÃO

Accordão em relação, etc. Recebem os embargos de fl. 222, para conhecer-se da appellação que foi interposta nos termos da Ord., liv. 3.º, tit. 70, contados os dez dias desde que a Embargante teve sciencia da sentença appellada; e quanto mais que podia a embargante appellar por via do beneficio de restituição, de que gozão tambem as Casas de Misericordia: e não procedendo, outrossim, pelo mesmo beneficio, além de outras razões, a prescripção allegada pelos Appellados embargados, reformando o accord o embargado, confirmão a sentença appellada de fl. 98 v, que julgou não escripta a verba testamentaria para instituição de morgados, e

declarou que os bens que fizerão objecto da instituição dos morgados ficavam pertencendo aos herdeiros dos instituidores e livres de qualquer obrigação os mesmos herdeiros;—e recommendo, diz a verba, a meus testamenteiros e administradores, fação por diligenciar do Soberano a graça da deprecada mercê dos morgados para os meus tres filhos, e quando não possa verificar-se esta graça, então é de minha vontade dispor de toda a minha terça na fórma seguinte: a metade será remetida para Portugal e distribuida em Amarante na fórma que já fica declarada.

O pretendido legado pio, deixado á Santa Casa de Misericordia da villa de Amarante, em Portugal, deveria ser formado da terça dos instituidores dos morgados, que não se verificarão; mas como pela Resolução de 29 de Maio de 1837 todos os bens que fizessem objecto, ou de que tratassem as disposições testamentarias, concernentes á instituição de morgados, não realizadas, deverião pertencer aos herdeiros dos instituidores de morgados não verificados, foi neste sentido, e para esse fim, que a sentença appellada reputou, ou deu por cumprido o testamento de fl., desapparecendo assim com a Resolução citada o legado deixado á embargante.

E bem julgou a sentença appellada, porquanto, a Resolução de 29 de Maio de 1837 não foi promulgada sómente para prohibir os morgados, já prohibidos pela lei de 6 de Outubro de 1835, e nem para dar destino aos bens dos instituidos, já acautelados esses bens pela referida lei de 1835. A Resolução de 29 de Maio de 1837 cogitou de mais alguma cousa quando ordenou que todas as verbas testamentarias, sem distinguir, entre umas e outras, as que poderão prevalecer para instituição de morgados, deverião haver-se como não escriptas, e que os bens que fizessem objecto de taes verbas ou disposições pertencerião aos herdeiros dos instituidores. Prohibindo os morgados e dispondo sobre os bens dos instituidores, havia já a lei de 6 de Outubro de 1835; e não podendo ser ociosa a Resolução de 29 de Maio de 1837, outro sentido se lhe não póde dar senão aquelle que deu-lhe a sentença appellada, pois sendo o pretendido legado formado da terça dos instituidores dos morgados, que se não verificarão, deverião pertencer os bens que fizeram objecto de taes disposições testamentarias aos herdeiros dos instituidores, á vista da Resol. citada de 1837.

Esta Resol. sem duvida prejudicou á Embargante, cujas vantagens devem ceder á presumida sabedoria do legislador; e como a entendeu a sentença appellada, foi sempre entendida a citada Resol. de 1837, promulgada para remover duvidas e difficuldades, como as que embaraçarão os herdeiros appellados e embargados na posse dos bens da terça do instituidor brigadeiro Luiz Antonio de Souza, que deprecarão Beneplacito Regio para formar morgados, e os obrigarão a requerer a dita posse, sujeitando-se á condição de não poderem alheial-as, aguardando disposições legislativas, como se vê do requerimento á fl. 97, ao qual refere-se a sentença appellada, que, portanto, e o mais que os autos demonstrão, foi confirmada por desempate do desembagador Francisco Marianni, oc-

§ 445

Os bens vinculados existentes até a data da mencionada lei ficarão mantidos até a epocha da morte dos actuaes administradores, tornando-se allodiaes depois, passando, segundo as leis que regulão a successão legitima, aos herdeiros dos ultimos administradores; não podendo estes dispor de taes bens em testamento nem por outro qualquer titulo (L. cit. § 2.º).

§ 446

As disposições referidas só comprehendem os vinculos pertencentes a familias, administrados por individuos dellas. (L. cit., § 3.º)

§ 447

Todas disposições testamentarias, ou doações, para instituições de morgados e vinculos, que se não verificarão, devem haver-se como não escriptas; e os bens, que fizerão objecto dellas, pertencem aos herdeiros dos instituidores. (Decr. de 29 de Maio de 1837.) (179)

cupando este a cadeira de presidente do Tribunal no impedimento de uns e suspeição de outros desembargadores de mais antiguidade.

E pague a embargante as custas, em que a condemnão. Rio, 9 de Setembro de 1873.—*F. Marianni*, presidente com voto.—*Magalhães Castro*.—*Campos*, vencido; votei pela reforma da sentença.—*Tavares Bastos*, votei pela impropriedade do processo de conta testamentaria, que é summarissimo para o conhecimento das graves questões que nasceram das duas leis de 1835 e 1837, em relação ao caso vertente; questões que dependem de alta investigação, como mostram as proprias sentenças das duas instancias, sendo que, em muitos casos, as questões de direito, como as de tal ordem, requerem plenaria discussão, no sentir dos juriconsultos.

O Supremo Tribunal de Justiça, manifestada a Revista, negou provimento ao recurso, em 6 de Dezembro de 1873, contra o voto do sr. ministro barão de Montserrat.—Relator, o sr. ministro *Chichorro*.—Revisores, os srs. ministros *Marianni* e *Simões da Silva*.

(179) A lei de 1835, abolindo os vinculos, refere-se ás capellas vinculadas, aos bens sujeitos aos encargos pios *in perpetuum*, e a substituições, a uma forma especial de successão e á expressa declaração de inalienabilidade. A lei não refere-se á perpetuada-

§ 448

Compete ao juiz provedor de capellas conhecer summariamente de todos os feitos e causas que tocarem ás capellas, á sua administração e encargos. (Ord., liv. 1.º; tit. 50, §§ 1.º, 4.º e 7.º, tit. 62, § 39 e seguintes; Menezes, Juizos Divis., cap. 11, §§ 3.º e 12; Instrucções de 13 de Dezembro de 1832, art. 43; Av. de 15 de Fevereiro de 1837, § 6.º; L. de 3 de Dezembro de 1841, arts. 114, § 2.º, e 119; Decr. n. 143, de 15 de Março de 1842, arts. 2.º, 3.º e 36; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, art. 44.)

§ 449

Capella é o direito de succeder em bens deixados, sujeitos a encargos pios, e sob perpetua prohibição expressa de alienação, cujo successor ou effectivo administrador percebe uma quota certa e determinada dos

de dos encargos annexos aos bens—caso em que continuão a ser alienaveis levando annexos os encargos (C. da Rocha, § 529; Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 3.º), podendo taes bens constituir capellas, mas não vinculadas e prohibidas por lei, desde que o instituidor não prohibiu a sua alheação expressamente. A lei de 1835 n.º cogitou senão dos vinculos pertencentes a familias e administrados por individuos della; dos bens impedidos de alienação, amortizados, como expressamente declara em seu art. 3.º. A lei prohibiu as capellas que presuppõem dous elementos:—inalienabilidade dos bens, e vocação de familia. Outros entendem que a lei prohibe e reprova toda instituição de capella, vinculada ou não, de qualquer denominação e natureza. T. de Freitas diz que esses outros vinculos são os fideicommissos temporarios—substituições fideicommissarias do 2.º grau em diante, visto que as do 1.º grau são facultadas pela Ord., liv. 4.º, tit. 87, § 12. Vide nota 2.ª ao art. 73 da Consolid. das L. L. Civis. Tu cogita, *et melior sequor*. O encargo, sendo temporario, n.º constitue capella, é um simples legado pio. (C. da Rocha, § 524; Av. n. 85, de 28 de Março de 1854.) Vide accordão da Relação do Rio, de 3 de Julho de 1877—no Direito, vol. de 15 de Maio de 1878, pag. 86, dizendo que não constitue vinculo *sem a intençaõ de vincular*, bens deixados e alguns com encargo pio, inteiramente pessoal, como é expresso no § 5.º do alvará de 14 de Janeiro de 1807.

rendimentos em remuneração de seu trabalho. (Mello Freire, Instit. Jur. Luzit., liv. 3.º, tit. X, § 1.º) (180)

(180) *Per capellam nos hic intelligimus jus succedendi in bonis, piis obnoxiiis, et alienari perpetuo prohibitis, quorum successor sive administrator certam portionem, veluti tertiam vel quartam ob impensam administrationis operam adsignatam habet.*» Assim define subjectivamente Mello Freire. Moraes, Dic. Port., define objectivamente capella: — *bens vinculados em herdeiro ou administrador, ou familia, com prohibição de alienação in perpetuum, pensionados com a obrigação de missas, e outros officios pios que por sua alma exige o instituidor, contendo a instituição delles certa cousa, ou quota de rendas que os bens renderem para os administradores.* A definição de Moraes, que se conforma com a de Mello Freire, concorda com a definição da Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 53, distinguindo os dous vinculos: — morgado e capella.

Vinculo é a instituição de certos bens que devem andar perpetuamente annexos a uma familia determinada por uma formula especial de successão, sem poder ser partilhados ou alienados, ficando completamente amortizados. (Coelho da Rocha, § 497).

Os vinculos se dividião em duas especies mais frequentes — *morgado*, vinculo com o fim de conservação do lustre e nobreza da familia, e *capella*, com o fim somente de caridade do instituidor, sujeitando seus bens ao cumprimento perpetuo de missas, anniversarios e outras quaesquer obras pias definidas na Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 41. Todos esses vinculos, para serem instituidos, dependião da licença régia (poder real, então absoluto) porque continhão dispensa das leis de successão que alteravão, e porque davão maior extensão ao direito de propriedade, admittindo uma classe de bens sem proprietario que delles podesse dispor, amortizando-os, retirando-os do giro e transações ordinarias, diminuindo assim as contribuições para o Estado. (C. da Rocha, § 499; Alv, de 9 de Setembro de 1769, § 17).

Correia Telles, Dig. Port., vol. 3.º, n. 1379, declara que não se exige essencialmente que a capella tenha certo e determinado rendimento, nem que o administrador tenha certa parte do rendimento pelo trabalho de sua administração, isto é, que não é necessario que o instituidor determine certos bens, certa e determinada renda, nem salario certo; bastando somente a existencia de bens para que pelos rendimentos se cumprão obras pias.

Concordamos com a opinião de Correia Telles, porquanto, se o instituidor não determinar salario certo, pôde ser arbitrado pelo juiz em face da Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 55, e art. 44, § 4.º, do decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.

A Ord. cit. declara que, quando o administrador não tenha salario certo marcado pelo instituidor, o provedor lh'o assignará — *«E o administrador não tiver salario certo assignado nos compromissos, o provedor designará a quinta parte do que render, sendo a renda até a quantia de 20\$000 (taxa triplicada pelo alvará de 1814); e,*

passando a renda de 20\$000 haverá, do que assim passar, de cada dez, um, até chegar a renda até 80\$000 (valor triplicado pelo cit. alv.), além dos 20\$000, de maneira que de 100\$000 leze 12\$000.» (Vide Repert. verb., Administrador de Capella, nota A.)

O administrador pôde ter: 1.º, salario certo marcado pelo instituidor em quantia certa; 2.º, salario em parte certa do que render incertamente; 3.º, não ter salario marcado pelo instituidor, caso em que deve ser arbitrado pelo provedor, porque em regra todo o administrador vence premio *pro labore*.

Que pôde haver capella sem quota certa de rendimento como salario para o administrador, assim decidio a Relação da Bahia em a Rev. n. 8298, de 11 de Novembro de 1873, na causa importante, recorrente a veneravel ordem terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra do Rio, recorrido Lourenço Teixeira Borges, em contrario á sent. do Sup. Trib. de Just., de 12 de Julho do mesmo anno, que declarou que para haver capella são requisitos necessarios:—clausula expressa de inalienabilidade e quota certa e determinada para o administrador.

Para illustraç o da materia transcrevemos nesta nota os seguintes avisos:

N. 53—Fazenda—Em 15 de Fevereiro de 1853—Sobre capellas e vagas.

Illm. e exm. sr.—V. exc. fará constar ao juiz de direito da comarca da capital dessa provincia que foi recebido o seu officio de 19 de Janeiro ultimo, acompanhando uma relação de capellas existentes no municipio no termo da mesma capital, administradas por ordens terceiras, irmandades e pessoas particulares, com a declaração de seus encargos e dos nomes dos instituidores: declarando-lhe que não sendo da competencia deste ministerio os objectos de que trata o mesmo officio, nada se pôde providenciar a tal respeito; e bem assim que está fóra das attribuições dos juizes de direito, ainda que em correição, inspecionar e tomar conhecimento dos actos das gerencias das auctoridades e empregados que têm a seu cargo a arrecadação e dispendio dos dinheiros publicos ou quaesquer valores pertencentes á Nação, cujas contas devem ser tomadas pela thesouraria, na fórma da legislação em vigor.

Deus guarde a v. exc.—Palacio do Rio de Janeiro, em 15 de Fevereiro de 1853.—*Manoel Felizardo de Souza e Mello*.—Sr. presidente da provincia da Bahia.

N. 78 —Em 28 de Março de 1854—Registros de capellas e competentes tombos.

Ministerio dos Negocios da Fazenda—Rio de Janeiro, 16 de Março de 1854.

Illm. e exm. sr.—Sendo a regularidade do registro das capellas e competentes tombos, na fórma da Ord., liv. 1.º, tit. 50, §§ 2.º e 3.º, e regulamento de 2 de Outubro de, § 7.º, art. 44, um dos meios mais efficazes não só para devidamente fiscalizar-se a administração das ditas capellas, como reconhecer-se a devolução del-

las para o Estado, quando esta se verifique; mas constando que na provedoria das capellas do municipio desta Côrte não existe o livro daquelle registro, tenho por conveniente requisitar de v. exc. a expedição das ordens precisas para que, na fórma do citado artigo do regulamento de 2 de Outubro de 1851, sejam nas provedorias creados mencionados livros de registro das capellas e seus tombos.

Dens guarde a v. exc.—*Visconde do Paraná*.—Sr. José Thomaz Nabuco de Araujo.

N. 85—Em 28 de Março de 1854—Sobre as capellas que estão no caso de serem incorporadas á corôa, etc.

Illm. e exm. sr.—Foi presente á sua magestade o imperador o officio do juiz de direito da comarca de Penedo, nessa provincia, no qual, participando haver recebido o decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851, em tempo que não lhe deu lugar para fazer correição em todos os termos da sua comarca, remette, em cumprimento do artigo 49, § 2.º, do citado decreto, as relações de capellas, confrarias, ordens terceiras e respectivos documentos, para que se delibere quaes as que estão no caso de serem incorporadas á corôa, segundo o alvará de 14 de Janeiro de 1807, e si os bens que estão possuindo sem licença devem ser tomados para a Fazenda Nacional: e o mesmo augusto senhor manda declarar a v. exc., afim de que faça constar ao referido juiz, o seguinte:

Pelas mencionadas relações se reconhece que toma ella a palavra *Capella* em um sentido lato e não no da Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 53, a que por certo se refere a mesma Ord., tit. 62, § 50, cuja doutrina foi compilada no regimento das correições, annexo ao citado decreto de 2 Outubro de 1851, art. 49, § 2.º.

Da doutrina ahí estabelecida se deduz que é propriamente capella o vinculo que, tendo certo premio para o administrador, todo o mais rendimento é para o encargo pio; não se julgando, porém, de capellas os bens que se acham sujeitos a algum encargo pio.

Quanto aos primeiros cumpre que, por meio de exame nos respectivos titulos, se verifique em correição: 1.º, si foram instituidos com a competente licença do governo, na fórma da lei de 9 de Setembro de 1769, §§ 17 e 18, ou si estão possuidos sem titulo para proceder-se na fórma do decreto de 17 de Julho de 1679; 2.º, si existe legitimo administrador na fórma da instituição, ou si são illegitimos, para proceder-se á sua incorporação aos proprios nacionaes, na fórma do alvará de 14 de Janeiro de 1807; 3.º, si seu rendimento é insignificante para serem abolidas, de conformidade com o que determina o alvará de 9 de Setembro de 1769, § 21 e seguintes, e decreto de 10 de Novembro de 1798; 4.º, si os encargos são cumpridos para proceder-se segundo os alvarás de 15 de Março de 1614, 22 de Outubro de 1642, 13 de Janeiro de 1615, 5 de Setembro de 1786, 9 de Março de 1787 e 26 de Janeiro de 1788, e lei de 6 de Novembro de 1827. E no caso de acharem-se vagos, ou por falta de legitimo administrador, ou extincção de successão,

ou por commissão, proceder-se-á á sua incorporação aos proprios nacionaes, na fórma da lei de 28 de Setembro de 1629, decreto de 17 de Julho de 1679, alvará de 23 de Maio de 1775, 2 de Dezembro de 1791 e 14 de Janeiro de 1807, e como declarado foi pelo regimento n. 834, de 2 de Outubro de 1851.

E pelo que respeita aos segundos (bens com algum encargo pio), além do que toca á satisfação do encargo, etc., deve-se examinar em relação aos interesses da Fazenda Nacional, si consistem em bens de raiz ou em outros quaesquer a estes equivalentes, na fórma de direito, e si têm as corporações de mão morta licença expressa para os possuir, ou gosam do indulto concedido pelo alvará de 16 de Setembro de 1817, ou se acham comprehendidos no prazo da Ord., liv. 2.º, tit. 18, § 1.º, e na hypothese do alvará de 16 de Setembro de 1817; si os direitos respectivos foram pagos, e do contrario proceder-se na fórma de direito ou das leis da amortização. E porque estas differentes hypotheses só podem ser verificadas por meio de um exame profundo sobre diversos pontos, e em presença de documentos, é semelhante attribuição especial dos juizes a cargo de quem estão os negocios da provedoria, ou dos juizes de direito em correição.

Acerca dos bens de raiz não encapellados, possuidos sem licença ou dispensa das leis da amortização, achando-se em vigor o estabelecido pela Ord., liv. 2.º, tit. 18, com a excepção do alvará de 16 de Setembro de 1817, nenhuma duvida pôde haver sobre a exacta applicação das penas impostas pelas leis respectivas.

E pelo que toca á venda dos terrenos, a que allude o juiz de direito em seu officio, sem a prévia licença do governo, na fórma da lei de 9 de Dezembro de 1830 e decreto de 28 de Novembro de 1849, convém declarar que é nulla; porquanto qualquer lei da Assembléa Provincial que a auctorizasse, por incompetente não a pôde fundamentar; sendo mister se dirija a Ordem ao governo imperial, conforme o mencionado decreto de 1849, para a regular: cumprindo que no entretanto se proceda judicialmente nos termos de sua reivindicção.

Para que pois, na conformidade do que fica exposto, proceda o juiz de direito da comarca do Penedo, envio a v. exc., para os devolver a este, as relações e documentos que acompanharam o seu respectivo officio.

Deus guarde a v. exc.—*Visconde do Paraná*.—Sr. presidente da provincia das Alagoas.

N. 13—Fazenda—Em 12 de Janeiro de 1855.

Aos provedores de capellas e não aos juizes de feitos, cabe o conhecimento das questões relativas á vacancia dos vinculos por commisso, ou por falta de successão regular e legitima.

Ministerio dos Negocios da Fazenda.—Rio de Janeiro, 12 de Janeiro de 1855.

§ 450

Compete ao juizo provedor de capellas o sequestro, processos de vacancia e conhecimento de todas as questões relativas a vinculos e capellas vagas que vagão por commisso, extinctão de successão regular e legitima, falta de legitimo administrador, ou que por outro qualquer motivo pertençam á Nação, e devem ser incorporados aos proprios nacionaes, ainda mesmo sendo administrados por corporação. (Alvs. de 20 de Maio de 1769, de 23 de Maio de 1775, 2 de Dezembro de 1791; L. de 9 de Setembro de 1795, § 18; Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 8; Prov. de 28 de Agosto de 1813; Ord., liv. 2.º, tit. 26, § 17; Per. e Souza, nota 1004; Gouveia Pinto, Trat. de Suc. e Test., pag. 231; Avs. n 13, de 12 de Janeiro de 1855, e n. 289, de 21 de Junho de 1862; Man. do Procurador dos Feitos, § 458, nota 837, art. 32 II, da Lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894.) (181)

Illm. e exm. sr.—Sua magestade o imperador houve por bem mandar consultar a Secção dos Negocios da Fazenda do Conselho de Estado sobre o officio que a este ministerio dirigiu o juiz dos feitos da fazenda dessa provincia, em data de 24 de Outubro ultimo, a respeito da providencia requerida de avocar-se para o respectivo juizo o sequestro dos bens pertencentes á capella de Santa Barbara da mesma capital, que aliás se acha pendente do juizo da provedoria, em virtude do procedimento do juiz de direito da 1.ª vara crime em acto de correição.

E tendo a referida secção sido de parecer que, em vista das disposições do alvará de 14 de Janeiro de 1807, e da provisão de 28 de Agosto de 1813, aos provedores de capellas e não aos juizes de feitos cabe o conhecimento das questões relativas á vacancia dos vinculos e capellas por commissão, ou por falta de successão regular e legitima: conformou-se o mesmo senhor com o parecer por sua immediata resolução de 30 do mez findo. O que a v. exc. communico para seu conhecimento e para que o faça constar ao mencionado juiz dos feitos em resposta ao seu citado officio.

Deus guarde a v. exc.—*Marquez do Paraná*—Sr. presidente da provincia da Bahia.

(181) Consultada a Secção de Fazenda do Conselho de Estado sobre o conflicto de jurisdicção entre o juiz de feitos e o provedor de capellas da capital da Bahia ordenando aquelle o sequestro dos bens pertencentes á capella de Santa Barbara, na mesma

§ 451

Não são bens encapellados os que se achão sujeitos a onus pio, embora perpetuo, sem que haja expressa clausula de prohibição de alienação, bens que passão para terceiros possuidores com o referido encargo per-

capital, achando-se já pendente no juizo da provedoria outro sequestro a que mandou proceder o juiz de capellas, foi pela Resolução n. 380, de 30 de Dezembro de 1854, resolvida a competencia do juiz de capellas. «O Alvará de 14 de Janeiro de 1807, querendo acautelar o prejuizo da fazenda publica, proveniente do abandono em que estava um grande numero de capellas vagas, sem que os provedores das respectivas comarcas cuidassem de promover a sua incorporação aos proprios nacionaes: depois de declarar que as disposições daquelle Alvará não se referião áquelles bens, em que somente forão impostos alguns encargos pios; mas sim áquelles em que haja vinculo expresso determinado pelo fundador, devendo ser estes os unicos reputados capellas, nos quaes tem a corôa fundado e inherente dominio por commissio ou extincção dos legitimos successores, por cujo facto se devolvem logo para os proprios, como vacantes, segundo se exprime a carta régia de 28 de Setembro de 1628: marca o processo que se deve seguir, sendo a provedoria o juizo competente para conhecer do estado de taes capellas. E quando podesse haver qualquer duvida, declara a secção de fazenda na Resolução de Consulta citada, para tiral-a bastava a Provisão de 28 de Agosto de 1813, a qual, revivendo aquelle Alvará fez saber ao juizo de fóra da cidade do Maranhão e juiz de capellas da mesma a negligencia destes juizes no cumprimento de suas salutare e luminosas disposições, e ordenou que de todas as capellas que se achassem em illegaes administrações se fizesse o sequestro pelos provedores dellas. D'onde se vê que a estes e não ao juiz de feitos, pertence o conhecimento de taes questões; no que a citada provisão foi de accôrdo com identica disposição do Alvará de 23 de Maio 1775 *in princ.* e § 10. O juiz de feitos foi creado para assistir ao Tribunal do Conselho de Fazenda, e não era de certo attribuição deste tribunal o julgamento da vacancia das capellas, em que a corôa entra como successora nata.»

O juiz de capellas julga os bens vagos e são incorporados ao patrimonio nacional, intervindo o juiz seccional, que substitue o juiz antigo dos feitos da fazenda nacional, no processo da incorporação (Souza Bandeira, Novô Proc. dos Feitos, nota 343).

Que o processo da vacancia corre perante a justiça local se deduz do art. 32, II, da lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894. Havendo interesse eventual da Nação intervêm os representantes fiscaes da União.

Do mesmo modo acontece no caso de arrecadação de bens de ausentes.

petuo. (Mello Freire, liv. 3.º, tit. 10, § 3.º; Reynos, Observ. 68, n. 18; Phœbo, Dec. 119, n. 9; Gama, Decs. 30, 48, 224, n. 8, e 286, n. 1; Vall., Consult. 82; Cabed., parte 1.ª, Dec. 96, n. 1; Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 3.º; Prov. de 18 de Agosto de 1813; Av. de 25 de Outubro de 1841; C. da Rocha, § 529; C. Telles, Dig. Port., vol. 3.º, n. 1372; Ord. do Thesouro, de 28 de Março de 1854; Sent. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Outubro de 1873.) (182)

(182) O accordão da Rel. da Bahia em grau de revista de 11 de Novembro de 1893, sustenta opinião contraria: que a perpetuidade dos encargos postos em bens importa forçosamente a inalienabilidade dos bens legados.

Transcrevemos as sentenças proferidas no importante pleito entre a Veneravel Ordem Terceira de Nosso Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra do Rio e Lourenço Teixeira Borges:

Accordão em Relação, etc. Que, vistos os autos, attentas as disposições de direito sobre a faculdade de testar, e assento da materia, deduzida no libello fl. 4, pedindo a nullidade das duas verbas ns. 18 e 21 do testamento de fl. 119, com que falleceu, nesta Côrte, José Lopes: reformão a sentença appellada de fl. 162, que julgou válidas as ditas duas verbas, para havel-as aliás como nullas e não escriptas, por conterem, como se mostra, determinações testamentarias, que no fundo e substancia são, em verdade, oppostas à legislação que no caso rege. Assim é que na primeira de n. 18, fazendo deixa de 110 apolices da divida publica, do valor nominal de 1.000\$ cada uma à Veneravel Ordem Terceira, appellada, onerou-a de encargos pios, como missas, esmolas e dotes, que serão pagos todos os annos (sem limitação de tempo) no dia 19 de Março, pelos rendimentos das referidas apolices, dizendo-se nesse mesmo dia uma missa por sua alma. Nestas condições escripta a verba, firma-se, visivelmente, o pensamento do testador—inalienabilidade ou indivisibilidade das 110 apolices—, a perpetuidade da distribuição dos rendimentos dellas em dotes e esmolas. Mas esta inalienabilidade, resultante dos encargos pios impostos sobre taes apolices, sem limitação de tempo, dá à disposição da verba a natureza de vinculo; pois que vinculo ha, segundo a doutrina do Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 3.º, sempre que um instituidor faz os seus bens inalienaveis, gravando-os de encargos pios, sem tempo definido, e tambem como illustra C. da Rocha, Inst. do Dir. Civ., § 497, a condição da inalienabilidade e indivisibilidade é o seu caracter distinctivo.

Na verba citada (18) dá-se a perpetuidade dos encargos pios, quando distribuidos, como ella determina, annualmente—no dia 19 de Março de todos os annos, pelos rendimentos das apolices, das

quaes respeitada a clausula imposta, nunca a appellada poderá dispôr, como de um simples legado, cahindo por isso em amortização o capital dessas apolices.

Sendo, porém, o encargo perpetuo de missas, ou qualquer outra obra pia, sobre certos bens, o que se chama capella vinculada, citado Coelho da Rocha, §§ 524, 526, tit. 62, § 53; em consequencia da inalienabilidade dos bens, donde devem vir os rendimentos, tal como é, em essencia, o que a verba de n. 18 dispõe, é claro que incorreu na sancção da lei de 6 de Outubro de 1835-§ 1.º, que prohibiu o estabelecimento de vinculos de qualquer natureza ou denominação que sejão, e, pois, como não escripta e nulla se deve julgar-a. Resolução de 29 de Maio de 1837.

A intenção do testador, de illudir a lei da successão testamentaria, sobresahe bem na confrontação dessa verba com a do n. 21, igualmente questionada. Nesta de n. 21, o testador determina que os remanescentes dos seus bens (não da terça), depois de cumpridas suas disposições, se convertão em apolices da divida publica, que serão transferidas para a Ordem Terceira, a appellada, com a obrigação de distribuir os rendimentos dellas em esmolas, passando as mesmas apolices ao seu hospital, quando para elle entrarem os seus irmãos enfermos, etc.

Em definitiva, esta disposição equivale á instituição da Ordem em herdeira ou legataria universal dos remanescentes dos bens do espolio, embora disfarçada, dando-lhe apparencia de legado pio.

O testador não limitou quota, ou somma certa dos remanescentes dos seus bens, que deixava á appellada, deixou-os em sua generalidade, de sorte que, se se dessem eventualidades porque caducassem as outras suas disposições, os remanescentes poderiam ter subido acima da avultada quantia do doc. de fl. 187, e mesmo até á universalidade.

O direito eventual á universalidade dos bens da herança caracteriza a instituição de herdeiro, ou legatario universal, e basta um tal direito, que a verba de n. 21 conferiu, indisputavelmente, á Ordem Terceira, para na censura de direito, á luz dos principios e opinião dos juriconsultos que illustrarão a materia, reputar-se a appellada realmente instituida herdeira ou legataria universal (que é o mesmo que herdeiro nos effeitos juridicos) dos bens deixados, remanescentes do testador José Lopes.

A instituição, pois, da appellada, como se mostra, vicia a disposição testamentaria em face da lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, restaurada pela de 20 de Maio de 1796, que prohibe a instituição d'alma por herdeira, e ampliada ás ordens e corporações de mão morta; Ass. de 29 de Março de 1770 e de 21 de Julho de 1797.

Portanto, reformada a sentença appellada de fl. 162, cujos principios inapplicaveis são á hypothese do caso de que tratão os autos, attentos os motivos expostos, julgão não escriptas, nullas e de nenhum effeito as referidas disposições testamentarias, contidas nas

verbas ns. 18 e 21 do testamento em certidão a fl. 119, do fallecido José Lopes, e mandão que revertão os bens de que dispõem a mesma verba, com seus rendimentos, a quem de direito pertencção, na ordem da successão legitima, e condemnão a appellada nas custas.

Rio de Janeiro, 1.º de Outubro de 1872.—*Figueira de Mello*, presidente.—*Almeida*.—*Magalhães Castro*.—*Travassos*.

DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, expostos e relatados estes autos de Revista Cível, entre partes: recorrente, a Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra, e recorrido Lourenço Teixeira Borges: Concedem a revista pedida por injustiça notoria e consequente nullidade dos accordãos de que se recorre, que annullando e havendo por não escriptas as verbas 18 e 21 do testamento a fls., fazendo errada applicação da lei, julgarão contra direito expresso; porquanto nem a primeira estabelece capellas, nem a segunda contem instituição de alma herdeira; quer se considere isoladamente, quer conjuntamente com aquella.

Capella, como declara a Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 53, é vinculo, se os bens est o sujeitos a missas ou outros encargos pios, assignando aos administradores porção certa e determinada de rendimentos: são requisitos necesarios para haver capella clausula expressa de inalienabilidade e quota certa e determinada; faltando cada uma das quaes, os bens deixão de considerar-se de capella. (Alv. de 14 de Janeiro de 1807, lei de 9 de Setembro de 1769, § 21 in fine.)

A verba 18 não contem prohibição expressa de alienar, nem recahe em bens inalienaveis por sua natureza, que o não são as apolices em vista dos arts. 26 e 27 da lei de 15 de Setembro de 1827, e não resalva para a recorrente quota certa e determinada de rendimento, pois que o das cem apolices é absorvido pelos encargos pios, não restando á recorrente a quota minima fixada na citada lei de 9 de 9 de Setembro de 1769, § 21 in fine. é, pois, evidente que tal verba não estabelece capella.

Denomina-se tambem, mas impropriamente, capella, o encargo perpetuo ou temporario de obras pias, sem prohibição expressa de alienar, mas os bens sujeitos não se considerão de capella, e pas-sam a qualquer possuidor com o onus, como expressamente o declarou o citado Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 3.º.

Pelo que respeita á verba 21, basta ler com attenção suas palavras para reconhecer-se que encerra dous legados a titulo universal, embora desiguaes no valor.

E em verdade, nella ordena o testador que, depois de satisfeitos os demais legados, o resto de seus bens seja vendido e redu-

zido a apolices, que serão entregues á recorrente para os fins declarados—livres de despesas—, e o que não chegar para uma apolice deixa á sua sobrinha Maria da Conceição, assim como a roupa e mobília, etc.

Vê-se, pois, que nem por palavras directas instituiu a recorrente herdeira dos remanescentes de seus bens, mas sim legataria de uma parte delles, que deve receber de outrem, livre de toda a despesa, o que bem caracteriza a natureza do beneficio.

Finalmente, não tendo sido a recorrente instituida herdeira, nem legataria universal, não pôde considerar-se a alma herdeira por ter o testador distribuido a maior parte de seus bens em legados pios, porque nenhuma lei se oppõe a isso; e nem se deve presumir que assim procedesse com o fim de cavillar a lei, quando usou de direito que a lei lhe confere dentro dos limites por ella prescriptos, conforme a regra de direito—*nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*.

Se, pois, pelas verbas annulladas pelo accordão recorrido, não estabeleceu o testador capella, nem instituiu a recorrente ou a alma herdeira, é manifesto o erro com que o forão applicados á especie as disposições da lei de 6 de Outubro de 1835, de 9 de Setembro de 1769, e Assento de 29 de Março de 1770.

Remettão-se os autos á Relação da Bahia, que designão para a revisão e novo julgamento.

Rio de Janeiro, 12 de Julho de 1873.—*Brito*, presidente.—*Veiga*.—*Barão de Montserrat*.—*Simões da Silva*, vencido.—*Cerqueira*, vencido.—*Leão*.—*Valdetaro*.—*Albuquerque*.—*Costa Pinto*, vencido.—*Coito*. Não votou, por ter jurado suspeição, o exm. sr. Conselheiro Barboza.

—*Accordão em Relação, etc.* Que vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista civil, entre partes, recorrente a Veneravel Ordem Terceira do Senhor do Calvario e Via Sacra, e recorrido Lourenço Teixeira Borges, delles mostra-se: Que o recorrido, como autor, na qualidade de cessionario e procurador em causa propria de Gertrudes de Jesus, Raymundo Lopes Maria da Conceição, herdeiros habilitados de seu finado tio José Lopes, allega que, tendo este em seu testamento á fl., verba 18, legado á Ordem recorrente 110 apolices da divida publica do Imperio, com o encargo perpetuo de, por parte do rendimento dellas, cumprir certas e determinadas obras pias, constantes da referida verba, e, na de n. 21, determinado que, depois de cumpridas as suas disposições testamentarias, fossem os remanescentes dos bens convertidos em apolices, transferidas e depositadas em poder da Ordem recorrente, com a obrigação de distribuir os respectivos rendimentos pelos irmãos e orphãos pobres, até que o hospital da mesma Ordem recebesse os irmãos enfermos data em que cessaria tal obrigação e passarião para o hospital as mencionadas apolices, em opposição ás leis que regulão a successão testamentaria, por conterem ambas as verbas, a n. 18 uma verdadeira instituição de capella vinculada, e a de n. 21 a instituição de uma corporação de mão-mor-

ta por herdeira, violada assim a legislação vigente (Lei de 6 de Outubro de 1835, Resol. de 29 de Maio de 1837, Lei de 9 de Setembro de 1769, Alv. de 20 de Maio de 1790, Ass. de 29 de Março de 1770 e 21 de Junho de 1797); e pede no libello fl., que sejam reputadas e julgadas nullas as referidas verbas 18 e 21, condemnada a Ordem recorrente a entregar a elle recorrido os bens de que tratão as mesmas verbas, com os competentes rendimentos.

«Contrariada a causa por negação á fl. 99, ambas as partes arazoarão á fl. e fl., desenvolvendo o recorrido a materia do libello fl., e a recorrente sustentando a improcedencia deste.

«O que tudo visto e ponderado, julgão procedente a ação; porquanto, examinada attentamente a citada verba 18, conhece-se que nella se não faz menção de um simples legado pio, e sim de uma capella vinculada, perfeitamente caracterizada pelas obrigações annexas perpetuamente, e por tempo indefinido, aos rendimentos das 110 apolices para esmolas, dotes e missas, sendo que na perpetuidade de taes encargos e sua applicação para obras pias consistem os requisitos essenciaes e os elementos constitutivos de uma capella (Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 53; Lobão, Trat. dos Morgados, cap. 10, § 2.º; Coelho da Rocha, Dir. Civil, § 524); e que a perpetuidade dos referidos encargos importa forçosa e necessariamente a inalienabilidade das apolices legadas. Se estas não constituissem um fundo individual e inalienavel, assegurando, no presente e no futuro, a plena execução da vontade do testador, é obvio que esses encargos não poderião ser cumpridos.

«No caso vertente a existencia da capella não é excluida pela falta de quota ou salario certo fixado pelo testador em beneficio da recorrente, como administradora, uma vez que a citada Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 55, reconheceu e admittiu a possibilidade de capellas, sem quota ou salario para o administrador, e de accôrdo com esta disposição se lê no Dig. Port., art. 1379, que não é essencial que o administrador perceba alguma parte dos rendimentos pelo seu trabalho.

«Se, porém, fosse imprescindivel por direito a clausula de *uma quota*, a citada verba 18 a consagra manifestamente na differença de rendimento das 110 apolices, e a fórmula das obrigações inherentes ao mesmo, além de que a percepção prévia dos juros das apolices, para serem empregados annualmente em dia certo e determinado, 19 de Março, dá margem para lucros additionaes, mediante o deposito em seguida ao recebimento; cumprindo tambem notar que, ordenando a verba 18 a entrega das apolices no primeiro mez de Março, depois do fallecimento do testador, para no seguinte ter ella a devida execução, veio a Ordem recorrente a perceber os juros de um anno, livres de qualquer onus.

«Ora, sendo evidente que em taes condições a referida verba 18 do testamento fl. encerra uma perfeita instituição de capella, é consequente a sua nullidade, e o considerar-se como não escripta. (Lei

de 6 de Outubro de 1835, artigo 1.^o; Resolução de 29 de Maio de 1837.)

«Quanto á verba 21, tambem é manifesta a sua nullidade, porque ella, sob as apparencias de um legado pio, institue a Ordem recorrente como legataria universal, que em direito considera-se herdeira, dispondo que os remanescentes dos bens fossem convertidos em apolices, e estas transferidas á recorrente, com a obrigação de distribuir os rendimentos pelos irmãos, irmãs e orphãos pobres, passando depois ao seu hospital, logo que este começasse a receber os irmãos enfermos.

«Não havendo designação de fôrma ou corpo certo, nem quota determinada da herança, é claro que a recorrente não pôde ser considerada legataria particular, ou por titulo universal: o seu direito aos remanescentes dos bens poderia estender-se e abranger até a universalidade da herança, se occorressem circumstancias que fizessem caducar as outras disposições testamentarias.

«Este direito eventual á universalidade da herança, conferido á recorrente, pela verba 21, é característico da instituição de herdeiro, ou legatario universal, conforme ensinão os juriconsultos, ainda que de outro modo se exprimisse ou manifestasse o testador.

«Consequentemente, a Ordem recorrente foi instituida legataria universal, que, na censura de direito, equivale a herdeira, e até nesta qualidade appareceu ao processo do inventario, no qual, dos remanescentes dos bens, que devião tocar ao seu hospital, deduziu-se a importancia das dividas passivas do testador, como se vê á fl. 156.

«Sendo, porém, nulla a instituição da Ordem recorrente como herdeira, por equiparar-se á instituição de alma (Lei de 9 de Setembro 1769 restaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796; Ass. de 29 de Março de 1770, de 5 de Dezembro do mesmo anno e de 21 de Julho de 1797), é manifesto que a referida verba 21 tambem não pôde vigorar.

«Portanto, é pelo mais dos autos, julgão nullas as verbas 18 e 21 do testamento, e mandão que os bens, de que ellas dispõem, sejam entregues, com os respectivos rendimentos, ao recorrido, cessionario e representante dos herdeiros legitimos do testador.

«Custas pela recorrente.

«Bahia, 11 de Novembro de 1873.—*Vasconcellos*, presidente.—*Araujo Góes*.—*Jorge Monteiro*, vencido. Votei pela improcedencia do libello. Foi voto vencedor o sr. desembargador João José de Almeida Couto.»

Transcrevemos a consulta sobre o caso :

CONSULTA

Falleceu nesta côrte José Lopes com solemne testamento, no qual, além de outras, se encontrão as duas seguintes verbas :

Verba n. 18.

«Deixo á Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra 110 apolices da divida publica do valor nominal de 1:000\$000 cada uma, obrigando-se a referida ordem a distribuir annualmente seus rendimentos da maneira seguinte : — deixo 100 esmolas de 400\$ cada una a viuvias pobres, maiores de 58 annos de idade, reservando, porém, 10 destas esmolas, que serão distribuidas annualmente por meus quatro escravos acima referidos, José Caçange, Angelica, Maria e Carlota, na razão de 100\$ a cada a um, emquanto viverem ; e á proporção que forem fallecendo os ditos escravos, irá passando o que a elles pertencia para iguaes esmolas ás viuvias pobres, sendo as esmolas destas feitas por meio de um sorteio. Deixo quatro dotes de 600\$ cada um, que tambem serão distribuidos por meio de sorteio, ás orphãs pobres, filhas dos irmãos da ordem ; e quero que entrem neste sorteio, sendo admittidas em qualquer tempo, as filhas dos meus dous sobrinhos José Lopes da Camara e Manoel Lopes da Camara, uma filha de d. Claudina, uma de Thomaz Rodrigues, uma do sr. Meira, uma de José Lopes Roso Moreira, as duas orphãs de pae e mãe, netas do sr. Moreira, as quaes todas se habilitarão dos 10 aos 20 annos, afim de entrarem no sorteio ; e só receberão o dote depois de casadas. Porém se acontecer alguma ser sorteada, e que se não case até á idade de 25 annos, perderá o direito, revertendo em augmento dos dotes que se tiverem de distribuir no anno seguinte ; o mesmo aconterá a respeito das sorteadas que morrerem no estado de solteiras ; finalmente, ficando entendido de qualquer, uma vez sorteada, não entrará mais nos sorteios vindouros ; e finalmente determino que se entreguem á ordem as 110 apolices livres de toda a despesa, no primeiro mez depois de meu fallecimento, e no seguinte anno a Ordem distribuirá as esmolas e os dotes acima mencionados no dia de S. José, 19 de Março, sendo este o dia designado de todos os annos, em o qual se mandará dizer uma missa por minha alma.»

Verba n. 21.

«E depois de minhas disposições cumpridas quero que os remanescentes de meus bens sejam empregados em apolices da divida publica, as quaes serão transferidas e depositadas na Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario, livre de despesas, obrigando-se a distribuir os rendimentos pelos irmãos, irmãs e orphãs pobres, até que o hospital receba os irmãos enfermos, e nessa data cessará a obrigação, passando as apolices para o hospital da mesma Ordem Terceira ; e o que sobrar da compra de apolices será entregue a minha sobrinha Maria da Couceição, a quem deixo tambem minha mobilia, a roupa de meu uso e de cama.»

Os sobrinhos daquelle testador, habilitando-se como seus collateraes mais proximos, na falta de descendentes ou ascendentes, propuzeram contra a Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra nma acção ordinaria para annullar essas duas verbas testamentarias.

A importancia total do monte deixado pelo testador é de 295:000\$000; e a mais de 200:000\$000 montão os valores a que se referem as duas mencionadas verbas.

Na 1.^a instancia proferiu-se sentença, julgando-se improcedente a acção intentada e validas taes verbas.

Dessa sentença appellarão os sobrinhos para o egregio tribunal da relação do Rio de Janeiro, o qual proferiu o seguinte accordão;

O accordão é o de 1.^o de Outubro de 1892, já retro transcripto.

A ordem terceira, vencida nesse accordão, aliás muito respeitavel, precisa convencer-se da sua justiça e saber:

1.^o Se esse accordão foi ou não proferido de accordo com as disposições juridicas que regem a especie vertente?

2.^o Se, no caso de ser confirmado o accordão, sendo regeitados os embargos que a elle oppoz a proponente ordem terceira, pôde-se dizer que houve injustiça notoria ou nullidade manifesta que auctorize a concessão de uma revista?

Deseja-se obter de v. exc., e desenvolvidamente, a sua valiosa opinião a respeito daquelles pontos.

Rio, 15 de de Outubro de 1872.

PARECER DO SR. CONSELHEIRO NABUCO

1.^o

O accordão está bem desenvolvido.

Não se pôde dizer mais do que elle diz citando as leis expressas em que se basêa.

2.^o

Regeitados os embargos oppostos ao mesmo accordão, a revista delle é infundada, porque não se dá nenhum dos motivos pelos quaes uma revista pôde ser concedida—ou nullidade manifesta, ou injustiça notoria.

Côrte, 11 de Novembro de 1872.—Conselheiro, *Nabuco*.

PARECER DO SR. CONSELHEIRO VISCONDE DE SOUZA FRANCO

Já em 20 de Abril do anno corrente eu dei parecer no sentido da nullidade da verba—21—do testamento José Lopes.

Agora se me pede parecer sobre o quesito:—Se o accordão da relação da côrte foi ou não proferido de accordão com as disposições juridicas que regem a especie vertente.

O exame do accordão e legislação citados mostra que se fundou na legislação em vigor, e principios de direito, sendo as allegações do dr. Saturnino de Souza e Oliveira o mais completo commentario que se possa fazer ao douto accordão de 1 de Outubro, transcripto. Não me parece poder accrescentar-se nada ao que está exposto sobre a questão. E, pois, tudo concorre para que se diga, sem hesitação, que o accordão se firma na legislação e principios sobre a especie vertente.

E' sabido (referindo-me á legislação patria) que desde annos immemoriaes o governo de Portugal, impressioado com o grande numero de legados pios e instituições que tornão a alma herdeira dos bens, procurou, por meio de muitas leis, annullar os do passado e prevenir sua continuação no futuro. As medidas erão urgentes, porque o mal ia tocando seu auge.

A vontade dos mortos regulava quasi que a totalidade dos bens, contrariando a natureza que os fornece para servirem ás gerações que se succedem dos filhos aos paes e de uns parentes aos outros.

A producção e augmento das riquezas via-se peada por lhe faltar o incentivo da propriedade, immobilizados, como ficavão, os capitaes nas mãos do clero regular e de corporação de mão morta.

Cumpria, pois, acabar com os vinculos, que immobilisào os capitaes; e se os de nobreza forão poupados em razões dos interesses do governo, hoje estão tambem elles proscriptos do Brazil, em virtude da constituição e da lei de 6 de Outubro de 1835.

A instituição da alma como herdeira mereceu ao governo portuguez disposições repetidas, entre as quaes a lei de 9 de Setembro de 1769, a de 20 de Maio de 1796, os assentos de 29 de Março de 1770, de 21 de Julho de 1797, etc., etc., etc.

E porque o legislador previa que a lei seria cavillada (um dos exemplos é o facto sujeito) determinou que, reconhecida a cavillação, a instituição fosse nenhuma.

Nas verbas de que se trata demonstrou-se que ha vinculo, porque ha perpetuidade nas disposições das verbas 18 e 21, e ha tambem inalienabilidade dos bens.

Ha tambem instituição da alma, já porque esses legados têm o fim de aproveitar a alma do testador, crente de que taes obras pias aproveitão á sua alma; e já porque dá-se instituição de herdeiro em favor da alma, a quem cabem todos os remanescentes da herança, podendo dar-se a hypothese até da sua total absorpção.

A demonstração foi tão completa sobre a instituição da alma

herdeira que o douto patrono da ordem terceira, tão habil como o melhor, para sustentar as verbas atacadas, se fossem ellas susceptíveis de defeza, recorreu á liberdade que as leis deixão ao testador.

Sim, tinha elle liberdade para dispor de seus bens, por testamento, menos vinculando-os para obras pias; instituindo assim capella da especie prohibida pela lei brasileira de 6 de Outubro de 1835, que véda a instituição e estabelecimento de capellas e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza e denominação que sejão.

Que as verbas 18 e 21 estabelecem capella e vinculada, ninguém melhor o demonstra que as doutrinas sustentadas pelo mesmo habil procurador dos feitos da fazenda, dr. Perdigão Malheiros, no capitulo 6.º, §§ 447 e seguintes, e notas respectivas da sua magnifica obra *Manual do procurador dos feitos da fazenda*.

E para que não restasse duvida, até se verifica no caso a circumstancia de caber á Ordem Terceira do Senhor Jesus do Calvario uma parte dos rendimentos deixados, já porque ha saldo entre o producto dos juros das apolices da divida publica e os legados e mais disposições, e já porque, entre a cobrança dos juros e a distribuição ou applicação dos dinheiros, méde prazo em que elles rendão depositados a juros.

Os illustrados juizes do accordão não podião, pois, deixar de julgar nullos o estabelecimento de vinculo e instituição da alma herdeira, que resultão das verbas 18 e 21, e annullando-as conformaram-se com as leis e direitos, as quaes estão de accôrdo neste ponto com os principios da sciencia economica e com os verdadeiros interesses do Estado.

Não voltem mais essas épocas tenebrosas em que ás angustias do passamento desta para a outra vida se accumulavio as instancias e ameaças para obter legados e instituições de bens em favor das igrejas, dos mosteiros e das associações religiosas.

Rio de Janeiro, 19 de Novembro de 1872.—*Visconde de Souza Franco*.

Additamento

Estando cabalmente demonstrado que nas verbas—18 e 21—se estabeleceu vinculo, que a lei de 1835 prohibe, e que ha verdadeira instituição da alma como herdeira, não pôde ter logar a revista do accordão por injustiça notoria; e dos autos não se vê motivo de manifesta nullidade.—*Erat ut supra*.—*Visconde de Souza Franco*.

PARECER DO SR. CONSELHEIRO TITO FRANCO DE ALMEIDA

O venerando accordão do collendissimo tribunal da relação de 1.º de Outubro de 1872 é tão juridico na sua conclusão, que não

me parece possível atacá-lo com vantagem e muito menos destruí-lo.

E como forão-me confiados muitos pareceres de doutíssimos collegas, aos quaes, confesso, nalla poderia de novo accrescentar; sinto-me acanhado em repetir mal o que tão proficientemente sus-tentarão no sentido do referido accordão.

Rio, em 26 de Fevereiro de 1873.—Conselheiro *T. Franco de Almeida*.

PARECER DO SR. CONSELHEIRO ANTONIO JOAQUIM RIBAS

1.º

Nenhuma duvida ha que o accordão de que trata a consulta foi proferido segundo as disposições jurídicas applicaveis aos factos a elle sujeitos, como se passa a ver.

Com effeito, com quanto a instituição contida na verba 18 do testamento de José Lopes não seja uma capella, segundo o typo da Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 53, assim deve ser qualificada em vista da disposição generica do alvará de 14 de Janeiro de 1807, § 3.º.

Porquanto, pela dita verba o testador grava uma porção de seus bens de encargos pios por tempo indefinido, e consequentemente os torna inalienaveis por tempo tambem indefinido, pois é isto indispensavel, afim de que se possa, com o rendimento dos ditos bens, satisfazer os ditos encargos.

Mas tendo a lei de 6 de Outubro de 1835 prohibido o estabelecimento de vinculos de qualquer natureza ou denominação que sejam, segue-se que a capella ou instituição vinculada contida pela dita verba é absolutamente nulla, e portanto deve ser havida como não escripta.

O mesmo decidimos quanto á dita verba 21, visto conter uma disposição equivalente á instituiç o de alma por herdeira.

Porquanto, o testador na dita verba não dispõe em favor da ordem terceira de quota certa de seus bens, mas sim dos remanescentes destes.

Ora, pela expressão *remanescentes de seus bens*, a instituição se reveste do character de universalidade que constitue a herança: *successio in universum jus*.

Como, porém, a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, revigorada pelo alvará de 20 de Maio de 1796, estabelece—que todas as disposições e convenções *causa mortis* ou *inter vivos*, em que fôr instituida a alma por herdeira, sejam nullas e de nenhum effeito e o I assento de 29 de Março de 1770 amplie esta disposição ás verbas em que forem instituidas herdeiras as ordens e corporações de mão morta (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 2.º, cap. 5.º, § 5.º, nota 8), segue-se que é nulla e incapaz de produzir effeito juridico a disposição contida na dita verba—21.

2.^o

Em vista do exposto, torna-se evidente que os embargos opostos ao accordão de que se trata, não poderão deixar de ser rejeitados e negada a revista, caso seja ella interposta, salvo se outros forem os fundamentos em que ella se firmar.

Com effeito, a revista pôde ser concedida nos casos de injustiça notoria ou nullidade manifesta.

Ora, sendo o accordão a fiel applicação da lei, é claro que não ha nelle injustiça de especie alguma, notoria ou não notoria.

Tambem da consulta não consta que haja no processo qualquer nullidade, manifesta ou não manifesta.

Pelo que entendemos que no presente caso não poderá ser concedida a revista.

E' este o meu parecer.

Rio de Janeiro 12 de Novembro de 1872.—*Antonio Joaquim Ribas.*

—
PARECER DO SR. DR. JOÃO CARLOS DE OLIVA MAYA

Não ha ambiguidades de palavras nas verbas testamentarias, por onde seja licito agitar questào sobre a vontade do testador, que aliás é predominante e comprehensivel nas mesmas clausulas. Embora disfarçada com o titulo de *legado pio*, a instituição de alma por herdeira é transparente no testamento de que se querela; porquanto a verba—18—acrescida pela de n. 21—dá ao legado character de universalidade equivalente á instituição, que não pôde deixar de ser assim considerada só porque não é expressa pelo vocabulo proprio.

Tanto vale o dizer—«deixo tantas apolices e mais os remanescentes de meus bens»—como valeria—«instituo herdeiro ou deixo a titulo de instituição»—; e visto que a instituição é caracterizada pela quota da herança, pela generalidade dos bens, nem o limite da cousa ou corpo certo, é claro que na hypothese sujeita, como em outras semelhantes, o—deixo—equivale ao—instituo—, como ensina Julio Claro (*Testamentis, quest. 38*) com os auxilios de Bartholo e outros juriconsultos.

Evidenciada a instituição da alma, só resta a nullidade das verbas, que a estabelecerão contrariamente ás leis reguladoras da successão testamentaria.

A vontade do testador é lei, emquanto não dispõe contra as leis e contra o possivel; Julio Claro (*Testamentis, quest. 61, addictiones.*) E o pensamento que se destaca das referidas verbas testamentarias é violativo das innumeradas leis, ainda vigentes, á cuja sancção está subordinado.

Ainda na supposição de que o testador dispoz em boa fé, re-sulta que o acto deve reputar-se feito *só para o caso de poder ter validade*, como pensão N. Cyriaco (*Controversias forenses*, 205, ns. 139 e 134, e Baldo na interpretação da lei 13, § 10, *Cod. de hered. instituend.*)

Assim, que o venerando accordão, adoptando o direito escrito ás verbas quereladas, restabeleceu o imperio da lei sobre a vontade do testador, e não irrogou injustiça.

Portanto, de accôrdo com o exm. sr. dr. Ribas, entendo que não ha logar a revista.

Rio, 17 de Março de 1873.—*Dr. João Carlos de Oliwa Maya.*

PARECER DO SR. DR. CARLOS ARTHUR DE FRANÇA CARNEIRO

E' innegavel que o testador José Lopes, nas verbas testamentarias ns. 18 e 21 não só instituiu a sua alma por herdeira como tambem até para esse fim exclusivamente constituiu um vinculo perpetuo na totalidade de seus bens, o que não lhe era permittido pela legislação vigente, citada no muito juridico accordão proferido pelo tribunal da relação.

Entendo, pois, que deverão ser desprezados os embargos opostos ao mesmo accordão, assim como que só poderá ser concedido o recurso de revista no caso de se dar nos autos nullidade manifesta.

Rio, 18 de Março de 1873.—*Carlos Antonio de França Carneiro.*

Concordo.—*Carlos Arthur Busch Varella.*

Concordo.—Côrte, 22 de Março de 1873.—*Alexandre Cardoso Fontes.*

PARECER DO SR. DR. FERREIRA VIANNA

Não ha duvida que o testador José Lopes, pelas verbas n. 18 e 21 do testamento com que falleceu instituiu o encargo de missas por sua alma e esmolas perpetuamente, imposto sobre a parte principal da sua herança, e garantido pelos rendimentos *in perpetuum*; portanto o finado José Lopes instituiu em rigor de direito uma capella, incursa na prohibição expressa da lei de 6 de Outubro de 1835, § 1.º, e como tal deve-se julgar como nulla e não escripta a referida instituição (Resol. de 29 Março de 1837).

Não obstante os termos da verba n. 21, mandando reduzir a apolices os remanescentes dos bens, é certo que o testador instituiu

herdeira a Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra, o que equivale instituição da alma como herdeira, e é expresso na legislação em vigor.

Esta instituição, portanto, é nulla, como bem julgou o venerando accordão em o 1.º de Outubro do anno proximo passado.

1.º Que o accordão referido é applicação exacta da nossa legislação vigente ao caso occorrido.

2.º Que carece de fundamento a appellada para interpor recurso de revista, quanto ao caso—injustiça notoria.

Quanto, porém, ao de nullidade manifesta, só depois de examinados os autos daria opinião.

Eis o que penso, e me parece solidamente consagrado no douctissimo accordão supra referido.

Rio de Janeiro, 9 de Março de 1873.—O advogado dr. *Antonio Ferreira Vianna*.

PARECER DO SR. DR. FRANCKLIN D RIA

Entendo que a verba testamentaria n. 18 estabelece a especie de vinculo denominada *capella*, confiando a administração desta a uma corporação de mão morta, como é a Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra. Com effeito, na mencionada verba o testador impõe um encargo perpetuo de obras pias, missas, dotes e esmolas, para ser satisfeito pelos rendimentos de 110 apolices da divida publica, deixados à dita Ordem.

Temos ahí, pois, os requisitos essenciaes áquella especie de vinculo, attenta a Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 53, bem como a definição dos praxistas, entre os quaes Coelho da Rocha (Inst. do Dir. C.v., § 524)

Não obsta que, apesar da citada Ord., o testamento não tivesse especificado a quota dos rendimentos que a Ordem Terceira perceberia; porquanto «não se exige que a capella tenha certo e determinado rendimento, nem que o administrador tenha certa e determinada parte desse rendimento pelo trabalho de sua administração.» (Dig. Port., § 1.379).

Além disto a capella de que se trata não deixa de conservar a sua natureza de vinculo por não ter sido instituida com attenção á vocação de administradores, aliás impossivel a respeito de pessoas juridicas. Independente de substituições, ella realiza o fim principal de qualquer capella—a continuação da piedade do testador—, e ao mesmo tempo preenche as condições elementares do vinculo, isto é: 1.ª, a instituição; 2.ª, a perpetuidade do onus pio imposto sobre bens inalienaveis e indivisiveis. (Coelho da Rocha, *ibidem*, §§ 497 e 500).

Assim, a capella instituida pela verba n. 18 está sujeita á sanção do art. 1.º da lei n. 57, de 6 de Outubro de 1835. Esta lei prohibiu o estabelecimento de morgados, capellas e outros vinculos de qualquer especie e denominação que sejam relativamente a capellas, cogitou assim das administradas por particulares vinculadas, como das administradas por corporações de mão morta. Dizendo no artigo 3.º «As disposições *acima* só comprehendem os vinculos pertencentes a familias administradas por membros dellas», evidentemente referiu-se, não aos dous artigos antecedentes, mas ao artigo 2.º, que regula a successão dos bens vinculados existentes ao tempo da lei, e cujos vinculos ficassem extinctos por morte dos administradores legitimos.

O decreto n. 2, de 29 de Maio de 1837, declarando como não escriptas todas as disposições testamentarias ou doações para instituições de *vinculos* e morgados que se não verificarão, confirma o sentido generico da lei de 6 de Outubro. Da mesma sorte, e mais positivamente, o § 5.º do artigo 44 do regulamento de 2 de Outubro de 1851, que preceitua como uma das attribuições do juiz de direito em correição «supprimir e annullar os morgados e *capellas* instituidas depois da lei de 6 de Outubro de 1835.»

A verba n. 18, por conseguinte, é nulla, por conter uma especie de vinculo prohibido legalmente; e sêl-o-hia, ainda quando, em vez de vinculo, se pretendesse descobrir nella apenas um simples *legado pio*.

Neste supposto haveria, em ultima analyse, uma instituição de alma por herdeira; mas a tal instituição se oppõe a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, restaurada pelo alvará de 20 de Maio de 1796.

Quanto à verba n. 21, opino, à vista do contexto della, que a Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra foi nomeada *legataria universal*, pelo testador, com deixar-lhe este os remanescentes de seus bens.

O facto de ter o testador distribuido mais de um legado não tira á Ordem Terceira o character de legataria universal. Póde haver legado universal, embora os bens do testador sejam divididos por diversas pessoas; o legatario universal póde sêl-o em concorrência com herdeiros legitimos ou com outros legatarios. (Cod. Civ. Francez, arts. 1.003, 1.004 e 1.011, explicados por J. A. Rogron.)

Segundo a doutrina desenvolvida por este juriconsulto no commentario do ultimo dos referidos artigos, o direito eventual à universalidade é o que distingue o legado universal. Ora, a deixa dos remanescentes dos bens do testador à Ordem Terceira, conferiu-lhe semelhante direito; pois esses remanescentes designão um todo indefinido susseptivel de augmentar-se até a universalidade com os legados que por acaso não fossem cumpridos.

Mas a Ordem Terceira, como qualquer corporação de mão morta, é incapaz de ser instituida legataria universal. (Citada lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, rivalidada pelo alv. de 20 de Maio de 1796.) Portanto, é nulla tambem a verba n. 21.

Em conclusão, respondo :

1.^o O accordão do tribunal da relação, transcripto na consulta, é perfeitamente juridico.

2.^o Por isso, da confirmação d'elle não resultará nem injustiça notoria, nem nullidade manifesta.

Tal é o meu parecer, salvo melhor juizo.

Rio de Janeiro, 25 de Fevereiro de 1873.—O advogado, *Fran-
klin Doria.*

PARECER DO SR. CONSELHEIRO MAGALHÃES TAQUES

Examinei com cuidado a materia, para responder conscienciosamente ás questões propostas, cuja solução parece-me facil.

A lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796, estabelece que todas as disposições e convenções *causa mortis* ou *inter vivos* em que fôr instituida a alma por herdeira sejam nullas e de nenhum effeito. O que nos termos do Assento de 29 de Março de 1770 do mesmo modo se verifica nos testamentos e legados nelles deixados, no caso de ser alguma irmandade ou confraria instituida por herdeira e testamenteira.

Que no testamento com que falleceu José Lopes foi a alma instituida por herdeira, penso que é fóra de duvida, em vista das disposições estabelecidas e das verbas testamentarias transcriptas na exposição.

Pela verba 21 é a Ordem Terceira a herdeira dos remanescentes, e outro herdeiro não foi instituido. O legatario universal é equiparado ao herdeiro (Coelho da Rocha, § 688), e para qualificar o herdeiro não importa a expressão de que usa o testador (Coelho da Rocha, § 693; Correa Telles, Dig. Port., V. 3, §§ 1.565 e 1.566). Nem pôdem valer legados em beneficio da alma, si os predios são gravados com onus reaes e perpetuos, ou *fraudada* a lei que prohibe instituir a alma por herdeira (Correa Telles, § 1696; Coelho da Rocha, § 689, n. 4).

Não procede para o caso a distincção de bens de raiz ou moveis, pois a lei não a faz, e pela verba 21 devão ser vendidos os predios que porventura deixou o testador, afim de ser convertido em apolices o seu producto, e entregue á Ordem Terceira.

A disposição da verba 18 é connexa com a da verba 21, e a ella adjecta; incorre, pois, na mesma condemnação da lei. Imposito, é verdade, para a Ordem um onus compensado pelo beneficio da verba 21, pois o rendimento das 110 apolices apenas chegará para cumprimento das esmolos e despesas accessorias da administração.

Constitue-se por esta verba 18 uma verdadeira capella, de que seria admistradora a Ordem Terceira, e como tal não poderia já-mais subsistir a instituição, em face da lei de 6 de Outubro de 1835.

Alguna semelhança com o testamento referido tem o do padre Domingos Gomes, de que dá ligeira noticia Correa Telles, Dig. Port., nas Addicções, art. 1.694; porém cumpre notar que nesse testamento forão instituidos herdeiros a irmã e o sobrinho do testador, e apezar disso o tribunal supremo de Portugal annullou as sentenças que julgarão o testamento valido, como afinal foi decidido em revista.

A lei citada é filha das idéas do seculo em que foi promulgada, e a utilidade publica ligada aos estabelecimentos de caridade exige sua alteração, como já se propoz e torna indispensavel a sustentação de sua censura generica, adoptando-se a clausula do artigo 910 do Cod. Civil da França.

Respondo, portanto:

1.º O accordão de 1.º de Outubro de 1872 está confôrme ás disposições juridicas que regem a materia.

2.º Si fôr confirmado não haverà fundamento para a concessão de revista por injustiça notoria ou nullidade manifesta.

Este é o meu parecer, salvo melhor juizo.

Rio, 22 de Fevereiro de 1873.—B. A. de Magalhães Taques.

PARECER DO SR. CONSELHEIRO REBOUÇAS

No § 53 do tit. 62 a Ord., liv. 1.º, considera vinculados em capella os bens sujeitos ao encargo de missas e outras obras pias, vindo de ter declarado no § 41 que obras pias são missas anniversarias, responsos, confissões, ornamentos e cousas que servem para o culto divino; e bem assim curar enfermos, camas para elles, vestir ou alimentar pobres, remir os captivos, criar engeitados, agaalhar caminhanes pobres e quaesquer obras de misericordia semelhantes a estas.

E o Alv. de 14 de Janeiro de 1807 fez depender de se terem os bens por vinculados em capella a perpetuidade de seus encargos, não bastando serem pios por dever-se-lhes dar a qualidade de inalienaveis.

Na verba 18 o testador deixa á Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra 110 apolices sujeitas aos encargos reiterados e perpetuos que explicitamente estabelece, de esmolos, dotes e missas, e que se comprehendem na amplidão das obras pias constantes do exposto no § 41 do tit. 62 da Ord., liv. 1.º

Assim, vem a estar a disposição da verba 18 do testamento, de que trata a proposta, comprehendida na disposição e sancção do artigo 1.º da lei de 6 de Outubro de 1835, prohibitivo do estabelecimento de *morgados, capellas e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza ou denominação que seja*, e na da Resol. de 29 de Maio de 1837, enquanto declara que todas as disposições testa-

mentarias ou doações para instituições de morgados e vínculos, que se não verificarão, devem haver-se *como não escriptas, e os bens que fizerão objecto dellas pertencem aos herdeiros dos instituidores.*

No § 21, a lei de 9 de Setembro de 1769 estabeleceu que todas as disposições e convenções *causa mortis* ou *inter-vivos*, em que fôr instituída a alma por herdeira, sejam nullas e de nenhum effeito; e esta disposição foi e ficou restabelecida pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

No Assento de 29 de Março de 1770 se declarou que o § 21 da lei de 9 de Setembro de 1769 se devia entender comprehensivo de todos os testamentos em que a alma se achar instituída; o que também se verificava no caso de ser alguma *ordem, irmandade ou corporação* instituída por herdeira ou testamenteira.

Na verba 21 diz o testador que :

«Depois de minhas disposições cumpridas, quero que os remanescentes de meus bens sejam empregados em apolices da divida publica, as quaes serão *transferidas e depositadas na Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario, livre de despezas, obrigando-se a distribuir os rendimentos pelos irmãos, irmãs e orphãos pobres, até que o hospital receba os irmãos enfermos, e nessa data cessará a obrigação, passando as apolices para o hospital da mesma Ordem Terceira.*»

Emtanto, instituindo a alma herdeira na accepção do Ass. de 29 de Março de 1770, declaratorio do § 21 da lei de 9 de Setembro de 1769,

respondo, pois, ao 1.º quesito da proposta: que o accordão foi proferido de accôrdo com as disposições juridicas que regem a especie vertente, e ter-me-ia referido absolutamente aos seus fundamentos si se me não quizesse desenvolvidamente a propria opinião.

Ao 2.º quesito respondo que, a se não dar nullidade no processo para fundamentar alguns embargos no intuito dos §§ 1.º e 4.º do tit. 87 da Ord., liv. 3.º, os que forem oppostos ao accordão referido serão frustados; e o recurso de revista que se seguir á sua decisão estará fóra de toda a probabilidade de obtenção, não havendo nullidade manifesta e injustiça notoria, nos termos dos artigos 6.º e 8.º da lei de 18 de Setembro de 1828 e da Resol. de 20 de Dezembro de 1830, com referencia aos §§ 2.º e 3.º da lei de 3 de Novembro de 1768 e ao pr. do tit. 75 da Ord., liv. 3.º

Salvo melhor juizo.

Rio de Janeiro, 15 de Fevereiro de 1873.—Antonio Pereira Rebouças.

PARECER DO SR. COSNELHEIRO AFFONSO CELSO

O accordão de 1.º de Outubro de 1872, transcripto na consulta, me parece consagrar a verdadeira e sã doutrina.

As verbas 18 e 21 do testamento de José Lopez contêm disposições prohibitivas por lei.

O testador determinou :

1.º Que o rendimento de 110 apolices da divida publica seja *perpetuamente* applicado pela Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra em esmolas e dotes.

2.º Que os remanescentes da sua herança se empreguem na compra de outras apolices, que serão entregues á mesma Ordem, para distribuir seus juros pelos irmãos, e, depois de aberto o hospital, destina-os ao seu custeio.

Ha, portanto, em um e outro caso, bens vinculados, pois que taes apolices são inalienaveis, e gravão-n'as, sem limitação de tempo, encargos pios.

Ora, os vinculos, de *qualquer natureza que sejam*, forão expressamente prohibidos pela lei de 6 de Outubro de 1835, devendo ser reputadas nullas e não escriptas as verbas testamentarias que os estabelecerem. (Decreto de 29 de Maio de 1837.)

Accresce que a segunda verba supra (21 do testamento), evidentemente instituiu herdeira uma ordem ou corporação de mão-morta ; porque, como bem o diz o accordão : «Não fixou quota ou somma certa dos remanescentes, o que, a ter havido, dar-lhe-ia o caracter de simples legado.»

Os remanescentes forão deixados em sua generalidade, e mesmo, como ainda pondera o accordão, com todo o acerto, em sua universalidade, dadas certas circumstancias.

E tanto assim é que as duas verbas, como se diz na proposta, abrangem mais de dous terços do espolio !

Tal deixa é nulla e insubsistente, em vista da lei de 9 de Setembro de 1763, § 21 ; Alv. de 20 de Maio de 1796, e Assentos 1.º, de 29 de Março de 1770 ; 4.º, de 5 de Dezembro de 1770 ; 1.º, de 20 de Julho de 1780, e 2.º, de 21 de Julho de 1797.

Assim que, respondo :

Ao 1.º, Sim ; o accordão de que se trata foi proferido de perfeita conformidade com as disposições que regem a materia.

Ao 2.º, Não ; a confirmação do accordão, que é de esperar, não póde dar logar ao provimento do recurso de revista, pelo fundamento de—injustiça notoria.

Quanto á *nullidade manifesta*, nada posso dizer, si não em vista dos autos.

Este é o meu parecer, que sujeito ao dos doutos.

Rio de Janeiro, 19 de Fevereiro de 1873.—*Affonso Celso de Assis Figueiredo.*

PARECER DO SR. DR. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

A proposta envolve duas ordens de quesitos :—uma relativa a verba 18, outra á verba 21.

Quanto á verba 18 :

Nesta verba ha uma verdadeira instituição de *capella*.

Capella, segundo a nossa jurisprudencia, «é o encargo perpetuo de missas anniversarias, obras pias, imposto pelo instituidor em certos bens para ser satisfeito por seus rendimentos.» (Lobão, Morgados, cap. 10 § 2º, Coelho da Rocha § 524.)

A capella podia ser vinculada ou não vinculada ao administrador nas corporações de mão morta.

Vinculadas erão as que ficavão sujeitas a substituições e que muitas vezes se confundião com os morgados.

Aqui se trata de capella administrada por corporação de mão morta.

O que constitue a essencia da capella, ou seja vinculada ou administrada por corporação de mão morta, é a *perpetuidade* do encargo e a sua destinação para obra pia (Lobão e Rocha, nos logs. cit.) E' indifferente que os bens gravados sejão ou não alienaveis : si sãõ alienaveis passão para o adquirente com o encargo imposto. (Lobão, cit. cap. 10, § 6.º)

A verba 18 impõe ao legado das 110 apolices deixado á Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra os seguintes encargos : cem esmolas de 40\$ a viúvas pobres, quatro dotes de 600\$ e um anniversario.

Estes encargos sãõ pios e perpetuos, pois que devem ser cumpridos annualmente *in infinitum* : reunem, portanto, os caracteres da capella.

A lei de 6 de Outubro de 1835, art. 1.º, prohibiu o estabelecimento de capellas. E como a dita lei não deu definição especial de capellas, segue-se que alludio ás *capellas* no sentido do direito vigente ao tempo em que foi promulgada.

Assim que : a verba 18, contendo uma instituição de capella se acha incursa na prohibição da citada lei, e como tal é nulla e insubsistente.

Quanto á verba 21 :

Só ha legado quando a deixa consiste em quantia certa ou causa determinada.

Reputa-se herdeiro aquelle a quem é deixada uma quota da herança ou de todos os bens : é o que o direito francez denomina legatario a *titulo universal*, equiparado ao herdeiro para todos os effeitos de direito. (Veja Valasco, Cons. 110, n. 15; Dig. Port., III, art. 1.566 ; Rocha, § 688.)

A' vista desta doutrina, é evidente que na verba 21 ha uma verdadeira instituição de herdeiro, consistente em se deixar ao hospital da Ordem Terceira os remanescentes da herança convertidos em apolices.

Quaes os remanescentes da herança, depois de cumpridas as diversas disposições ? E' quota incerta : o que basta para communicar ao beneficiado o caracter de herdeiro.

§ 452

Não são capellas, no sentido de vinculos, os dotes que se fazem para conservar com decente ornato os templos e ermidas erectas para missas particulares, ainda que a estes encargos estejam sujeitos alguns bens. (Coeelho da Rocha, § 524; Corrêa Telles, Dig. Port., vol. 3.º, arts. 1373 e 1374.)

§ 453

Não são bens encapellados os bens moveis e semoventes offerecidos pelos fieis para com seu rendimento manter-se o culto divino nos templos e ermidas administrados por confrarias. (Avs. n. 142, de 26 de Abril de 1858, de 14 de Dezembro de 1869 e de 14 de Janeiro de 1870.)

§ 454

As capellas, instituidas para uso publico, destinadas ao culto divino, não são as de que trata o Alvará de 14 de Junho de 1807. (Av. de 28 de Janeiro de 1830, Coll. Nab.) (183)

E desde que a dita verba 21 contém uma instituição de herdeiro, succumbe por nulla; porquanto as corporações de mão-morta, como é a Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus, não podem validamente ser instituidas herdeiras, (Assento 1.º de 29 de Março de 1770 e Decr. de 16 de Setembro de 1817. — Consolidação das Leis Civis art. 1003.)

Isto posto, respondo :

Ao 1.º—O accordão foi proferido de harmonia com as disposições da lei que regem o assumpto.

Ao 2.º—Está prejudicado.

Se o accordão assenta em fundamentos juridicos não pôde irrogar injustiça notoria. Rio, 12 de Novembro de 1872 — *Lafayette Rodrigues Pereira*.

(183) A palavra—capella—tem varias significações, que podemos reduzir a cinco: 1.ª, diz-se bens encapellados, no sentido rigorosamente juridico, os bens vinculados sujeitos á vocação de especial successão, e com expressa e declarada prohibição de serem alienados, contendo certa quota de rendimento como premio ao administrador, sendo o restante applicado a fins pios; 2.ª, bens su-

Não são vinculos os fideicommissos temporarios ou substituições fideicommissarias até o segundo grau (Ord., liv. 4.º, tit. 87, § 12; T. de Freitas, Consolid. das L. L. Civis, nota ao art. 73; Souza Bandeira, Novo Proc. dos Feitos, § 322, n. 5.) (184)

jeitos ao cumprimento perpetuo de onus pios, com expressa prohibição de alienação, sem vocação de familia com fórma especial de successão; 3.ª, bens que estão sujeitos ao cumprimento de encargos pios, quer *in perpetuum*, quer temporariamente, sem expressa prohibição de alienar e sem vocação de familia; 4.º, os dotes e bens legados ás capellas e templos a bem do culto divino (C. da Rocha, § 526, *in fine*); 5.ª, no sentido material e vulgar, os edificios erguidos a bem do culto divino, as ermidas e os altares collocados em edificio especial dentro, ou juntos aos templos. (C. da Rocha, § 524, *in fine*, nota.)

(184) Antes de abolidos os vinculos de *qualquer natureza ou denominação que sejam* pela lei de 6 de Outubro de 1835, art. 1.º, e Regul. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, art. 44, § 5, o direito patrio já não reconhecia substituições além do segundo grau (Ord., liv. 4, tit. 87); abolidos os vinculos, aos quaes se pôdem equiparar as substituições de muitos graus, dupla razão existe para serem condemnados. (Vide Rev. Mensal das Decisões do Tribunal de Justiça de S. Paulo, parecer do conselheiro Duarte de Azevedo, pag. 31).

A substituição fideicommissaria encerra uma dupla liberalidade: a primeira em proveito do gravado ou fiduciario, a segunda em proveito do fideicommissario, subordinada esta segunda liberalidade á sobrevivencia do fideicommissario ao fiduciario, e só por morte deste é que o fideicommissario pôde recebê-la.

Dahi duas consequencias, dizem Baudry e Lacantinerie, a primeira que basta que o fideicommissario seja concebido no momento da morte do gravado, embora não o seja ao tempo em se que abre o direito do gravado; a segunda que é preciso que o fideicommissario sobreviva ao gravado, pois ninguem pôde adquirir um direito si não é vivo na epoca da abertura da successão.

Si o fideicommissario morre antes do gravado, a substituição não se fará e o fiduciario tornar-se-á proprietario incommutavel, fallando a razão de ser do encargo de restituir ou entregar ao fideicommissario, ao qual estava eventualmente obrigado.

A substituição se faz, ou *se abre*, fallando-se juridicamente, pela sobrevivencia do fideicommissario. Este acontecimento, ao mesmo tempo que dá nascimento ao direito do fideicommissario, opera a resolução do direito do gravado predefunto.

O fideicommissio, dizem Pothier, vol. 8.º, n. 155, e C. da Rocha, § 718, encerra uma propriedade de clausula resolutoria e que

reside inteira, ao principio, no fiduciario, e depois da resolução della no fideicommissario.

Até a abertura da substituição, morte do gravado, o fideicommissario tem um direito eventual aos bens, pois é possível que morra antes do fiduciario, caso em que é considerado como não tendo tido nunca direito aos bens da substituição.

Quem é, portanto, o proprietario dos bens enquanto o fideicommissario espera ?

E' o gravado, só elle é o senhor até a abertura da substituição, ordinariamente toda a sua vida. Seu direito é resolúvel, é verdade, em proveito do fideicommissario; mas isso não impede de ser o proprietario *hic et nunc*, e pôde tornar-se proprietario incommutavel se sobreviver ao fideicommissario.

O fiduciario pôde alienar os bens e impor onus reaes, salvo resolução, si a substituição vier a se operar e abrir; as acções activas e passivas residem no fiduciario; mas isso não impede de prescripção; tem o fiduciario o direito de gozar, percebendo os fructos, não sendo, porém, mero usufructuario, pois seu direito é mais extenso.

Está o fiduciario obrigado a inventario, e pela lei franceza se nomeia um curador á substituição, encarregado da missão especial de vigiar pela execução da substituição e cumprimento das medidas conservatorias.

Sobre o direito que tem o fiduciario aos bens, alguns o equiparão ao usufructuario; outros sustentam que é senhor de um dominio sujeito á clausula resolutoria; outros dizem que é um proprietario com encargo de conservar os bens com obrigação de entregar a outrem, tendo como resultado a indisponibilidade ou inalienabilidade dos bens no interesse do fideicommissario, chamado por morte do fiduciario a receber taes bens, pois os bens são transmittidos pelo testador e não pelo fiduciario, sendo nullas e resolvidas as alienações feitas si a substituição vem a fazer-se.

Que o fideicommissario não é um usufructuario, não ha duvida, pois a substituição fideicommissaria suppõe duas transmissões successivas dos mesmos bens e na disposição do usufructo ha a disposição d'elle em proveito de uma pessoa e nua propriedade da mesma cousa em proveito de outra pessoa. Nesta ha uma dupla transmissão desde logo e cada um tem dois direitos distinctos: um o usufructo, outro a nua propriedade, e no usufructo o direito morre com o usufructuario.

Extinctos os graus permitidos, com a morte do fiduciario extingue-se o fideicommissio.

A substituição se extingue pelo exgotamento dos graus.

A instituição hereditaria em diversos graus, além do 2.^o grau, é equiparada a vinculo prohibido pela lei. (Direito, vol. 58, pags. 540 a 542; Accordão da Relação do Estado do Rio, de 19 de Outubro de 1894; Direito, vol. 69, n. 1, pags. 17 a 23.)

A nullidade da substituição fideicommissaria não envolve a

nullidade da instituição ou legado, apenas devendo-se ter por não escripta a clausula fideicommissaria, decidiu o citado accordão.

Extincto o fideicommissario, tres opiniões se combatem sobre a transmissibilidade dos bens fideicommettidos. Uns sustentam que, extincto o fideicommissio pela morte do fideicommissario, sobrevivendo o fiduciario e consolidada a propriedade, esta passa plena e livre para o fiduciario e não se transmite para os herdeiros do fideicommissario. Outros sustentam que os bens se transmitem para os herdeiros do fideicommissario, porque este tem um direito adquirido desde a morte do testador, o qual pôde ser alheado e transmissivel a seus herdeiros pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754 e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786. Outros sustentão que, morto o fideicommissario, caduca o fideicommissio relativamente a elle e cessa a propriedade limitada, devida ao fiduciario; um não existe para receber e outro, representado por sua successão, não tem a quem entregar como successor pelo testamento, dando-se o caso de existencia de bens *ab-intestato*, sendo caso dos bens passarem aos herdeiros *ab-intestato* do testador. Que o testador não quiz dar ao fiduciario sinão propriedade incompleta, resolvel, nunca plena, e não é razão para que o fiduciario a tenha plena pelo facto do fideicommissario morrer antes, pois o testador não fez expressa declaração a respeito; e, em falta de disposição testamentaria, é caso da presumida vontade do testador, deferindo-se os bens, observadas as leis de successão legitima.

Desta opinião é Teixeira de Freitas, Test. e Succ., § 402, nota 661, dizendo: «em todos os casos de fideicommissio, nullo, annullado, caduco, resolvido; os bens, delle não passam livres ao fiduciario, mas deferem-se aos herdeiros *ab-intestato* do instituidor, sendo desta opinião Mello Freire.

No fôro desta capital esta questão de transmissibilidade de bens fideicommettidos se agitou renhida, já perante a extincta Relação, já perante o Tribunal de Justiça, nos autos de reivindicação proposta pelo doutor Gustavo Balduino de Moura e Camera e sua mulher contra o alferes Justo Nogueira de Azambuja e outros, versando a causa sobre o estudo e interpretação da verba do testamento do finado tenente coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, legando na terça bens a suas filhas Anna e Maria e no caso que estas fallecessem sem descendentes legitimos, mandando que passassem os bens aos herdeiros de sua irmã d. Francisca Xavier da Silva Castro.

Esta causa deu lugar ao estudo juridico—*Um fideicommissio moderno e cinco Accordãos*—da lavra do doutor F. C. Figueira de Mello, autor de outro estudo—*Os fideicommissos modernos em face dos regulamentos fiscaes e jurisprudencia patria*, na «Gazeta Juridica», annos de 1886 e 1887.

Nos referidos estudos o douto collega diz que se não deve confundir a substituição compendiosa da Ord., liv. 4, tit. 87, § 12, com a substituição fideicommissaria dos romanos com a condição *cum morieris*; que a substituição compendiosa, aliás tambem deno-

minada de substituição fideicommissaria, é pura por natureza, isto é, que a clausula da morte não importa condição e que por consequencia o direito do substituto em tal genero de substituição é adquirido desde a morte do testador e transmissivel, sendo applicavel ainda as substituições com a clausula e condição *sine liberis*, porque, comquanto não seja certo o direito, pela incerteza de deixar ou não o instituido em primeiro logar descendentes, é todavia esse direito, essa *spes quae appellatur incertum quid*, transmissivel.

Sustenta o mesmo douto collega que o gravado não é sinão um simples usufructuario, e por morte delle a propriedade, direito já adquirido pelo fideicommissario, se transmite aos herdeiros, como assim o entende o Cod. Civil Port., art. 1868, determinando que se o fideicommissario morrer antes do fiduciario transmite seu direito aos seus herdeiros.

Que o direito do substituto, diz elle, é adquirido pelo facto da substituição, independentemente de morrer antes ou depois do instituido, é adquirido *ipso jure*, e que o substituto só aguarda o tempo da morte do fiduciario para exercer suas acções, a plenitude de seus direitos, razão pela qual Silva, ad Ord., liv. 4, tit. 1.º, ad rub., art. 7, n. 102, diz que o fideicommissario (*substituto*) pôde alienar durante a vida do gravado o bem a elle deixado ou a esperanza a esse bem, por estar nelle radicada a propriedade e não valer a clausula da morte no direito patrio como condição, assim da mesma opinião Gama, Dec. 92, pag. 135 e seguintes, summariando a doutrina da Casa de Supplicação e Phoebo, Dec. 125, n. 5, e Mello Freire, liv. 3.º, tit. 6.º, § 13, e tit. 7.º, § 15, opinando Mello Freire que o direito dos fideicommissarios nas heranças e legados com a clausula ou menção da morte, não é uma méra esperanza, non ideo dicendum jus eventuale.

A opinião de Figueira de Mello parece envolver confusão de fideicommisso e usufructo.

Este fracciona a propriedade e o fideicommisso a conserva na inteireza de seus direitos componentes.

Os nus-proprietarios adquirem desde logo a sua fracção imaginaria e a transmittem a seus herdeiros ainda que morram antes do tempo da extincção do usufructo; os fideicommissarios, com a sua *spes debitum iri*, com a sua expectativa, nada transmittem a seus herdeiros si morrem antes dos fiduciarios (T. de Freitas, Man. dos Tabelliães, § 520).

No usufructo a herança quanto á propriedade dos bens passa logo á morte do testador para os herdeiros instituidos, salvo só o usufructo para o usufructuario, de maneira que, ainda que os herdeiros morram antes do usufructuario, transmittem aos seus herdeiros o direito hereditario.

No fideicommisso, a herança só por morte do herdeiro gravado passa ou abre para o herdeiro substituto (Lobão, Dissert. 7.^a, em supplemento ás notas a Mello, tomo IV, § 86, pag. 319).

No fideicommisso pôde-se conceder ao herdeiro fiduciario ou

gravado o direito de dispor dos bens, passando ao fideicommissario *o que restar*.

E' o fideicommisso *de residuo* ou *de eo quod supererit*, podendo o herdeiro gravado dispor por titulo oneroso ou gratuito *inter vivos*, *mas não testar*.

Transcrevemos as decisões proferidas na causa entre partes doutor Moura e Camera e Justo de Azambuja, e pelas decisões se vê quão varias são as opiniões e a necessidade da abolição da substituição fideicommissaria, que dá logar a continuos pleitos com o grande mal da controversia de opinião dos julgadores.

SENTENÇA DE 1.^a INSTANCIA

Vistos, etc., etc.: O que tudo bem ponderado :

Considerando que a verba do testamento do tenente-coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, a que se refere o libello, constitue sem duvida um fideicommisso, em que foram constituídas legatarias do 1.^o grau as duas filhas do testador D. Maria e D. Anna, caso em que o legado se transmite ao fideicommissario só por morte do fiduciario, sendo como foi a condição *cum morietur*; que é de tal natureza o legado de que se trata, porque além das palavras claras e explicitas da verba, por onde se mostra a intenção (sic) dos dous graus na instituição do legado, ainda se verifica que só depois da morte dos fiduciarios se poderia conhecer quaes os fideicommissarios, hypothese que não se dá no usufructo, em que a propriedade se transmite desde logo por morte do testador ao senhor directo da propriedade, co-existindo esse direito com o do usufructuario.

Considerando por isso que só depois da morte de D. Anna Oliva, acontecida em 17 de Março de 1884, é que se poderia verificar quaes os legatarios para quem se abrija então a substituição ao legado de que se trata ;

Considerando que as escripturas de fl. 40 e fl. 44, de 1879 e 1881, são anteriores á época em que cabia a verificação daquelle facto, que em relação á pessoa que figura como vendedora em taes escripturas nem ao menos se tentou mostrar em taes autos ;

Considerando que taes escripturas estão sujeitas a varias censuras de Direito, quaes são a venda de quota de herança de pessoa viva, a venda de cousa que não se achava no patrimonio da vendedora, a qual não tinha mais que a *spes debitum iri* em relação a tal objecto na eventualidade da sobrevivencia á D. Anna Olivia (sempre na hypothese de ser herdeiras de D. Francisca Xavier), e finalmente a determinação de quotas no referido objecto sem attenção ao principio que a successão *in stirpes* é um privilegio e como tal só existe nos casos expressos em leis, hypothese que não se dava no caso presente, porque o objecto de que se trata virá ou viria ao patrimonio dos fideicommissarios por força do testamento, do qual

se collige que esses legatarios foram instituidos *per capita*, pois não sendo declarada outra maneira de successão, não ha fugir da regra *commum* ;

Considerando que em vista do titulo vicioso, com que se apresentam em juizo os AA. não se lhes pôde conceder acção contra os RR., nem como senhores da parte do predio reivindicando, nem como representantes de quem não se habilitou em juizo nos termos já indicados ;

Considerando o mais que dos autos consta e disposições de Direito com que me conformo, julgo os AA. carecedores de acção, absolvo os RR. do pedido e condemno os primeiros nas custas.

S. Paulo, 24 de Setembro de 1885.—*Manoel Jorge Rodrigues*.

Essa sentença foi confirmada pela seguinte : Sem embargo dos embargos de fl. oppostos á sentença de fl., que não recebo por sua materia e autos, subsista a sentença embargada e paguem os embargantes as custas. Reporto-me quanto ao que podesse accrescentar á sentença á douda monographia constante do «Direito» (publicação juridica), vol. 27, pag. 497.

S. Paulo, 19 de Dezembro de 1885.—*Manoel Jorge Rodrigues*.

I.º ACCORDÃO DA RELAÇÃO DE S. PAULO

Expostos e discutidos estes autos, em que são appellantes o Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera e sua mulher e appellados o alferes Justo Nogueira de Azambuja, sua mulher e outros, accordão em Relação em negar provimento á appellação interposta á fl., para confirmar, como confirmam, a sentença appellada, pelos proprios fundamentos que adoptam como juridicos. Custas pelos appellantes.—*Villaça*, presidente.—*Marcos Antonio*.—*Fleury*.—*Furtado*.

2.º ACCORDÃO

Accordão em Relação : Que relatados e discutidos estes autos da appellação, em que são appellantes o Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera e sua mulher e appellados o alferes Justo Nogueira de Azambuja e Francisco de Paula de Santa Barbara e suas mulheres, e bem ponderados os embargos de fl. 224, os julgam procedentes, e em vista das razões de fl. 229 e Coelho da Rocha, § 719, reformam o accordão embargado de fl. 221, para, reformando a sentença appellada de fls. 161 e 190, julgar, como julgam, procedente a acção proposta, e condemnar, como condemnam, os appellados no pedido do libello de fl. e custas.

S. Paulo, 20 de Dezembro de 1886.—*Villaça*, presidente.—

Marcos Antonio.—*Furtado.*—Foi voto vencedor o do Sr. desembargador Fleury.—*Marcos Antonio.*

3.º ACCORDÃO

Accordão em Relação, etc.: Julgam procedentes os embargos oppostos ao accordão 2.º a fl. 232 e restauram o 1.º a fl. 221 v., confirmando a sentença da 1.ª instancia, pelos seus juridicos fundamentos e consideradas as razões de fl. 238. Custas pelos embargados.

S. Paulo, 11 de Março de 1887.—*Villaça*, presidente.—*A. Brito.*—*P. Fleury.*—*Furtado*, vencido.

ACCORDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Manifestada a revista subiram os autos de appellação ao Supremo Tribunal de Justiça e sob o n. de revista 10.692, foi ahi proferido o seguinte accordão :

Vistos, expostos estes autos de revista civil, entre partes recorrentes o Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera e sua mulher e recorridos o Alferes Justo Nogueira de Azambuja, sua mulher e outros.

1) Considerando que a decisão recorrida á fl. 241 foi contraria ao preceito terminante do Alv. de 9 de Novembro de 1754, Assento de 16 de Fevereiro de 1786, segundo o qual a posse civil se transmite aos herdeiros desde o momento do fallecimento do testador, com todos os effeitos da natural (Cod. Civil Francez, art. 718 ; Direito Commercial da Allemanha, art. 270 ; Cod. Civil Port., art. 1868), quando julgou viciosas e nullas as escripturas de fl. 40 e fl. 42.

2) Considerando que os fideicommissarios ou seus herdeiros (liv. 41, § 12, D. de legat.) podiam alhear os direitos que, pela disposição testamentaria adquiriram pelo fideicommisso (liv. 1.º, Cod. de pact., liv. 11, Cod. de transact.).

3) Considerando que a alheação ou venda do direito adquirido pelo fideicommissario, feita por seus herdeiros, ainda na hypothese de haver fallecido a fideicommissaria antes da fiduciaria, não annullou aquelle direito, que passa a seus herdeiros.

4) Considerando que, na especie presente, não se trata de venda de herança de pessoa viva, como se allegou nos autos, e em que se fundamenta a sentença da 1.ª instancia, mas sim da venda feita pela fideicommissaria do direito da propriedade ainda em fideicommisso.

5) Considerando que mesmo no caso de ser condicional o fideicommisso, a alienação do direito, que socorreu o fideicommissario,

sario, era válida e inattacavel, e portanto as escripturas de compra e ratificação juntas aos autos, e que constituem titulos de legitima propriedade (liv. 7.º, C. de pactis).

6) Considerando finalmente que tendo a desisão recorrida transgredido disposições do direito patrio e o preceito terminante do Alv. de 9 de Novembro de 1754, como acima hão dito, portanto concedem a revista por injustiça notoria e indicam a Relação da Côrte para revisão do feito e novo julgamento da causa.

Rio de Janeiro, 28 de Setembro de 1887.—*Sayão Lobato*, presidente.—*Barão do Jary*.—*Francisco Mariano*.—*Gouveia*, vencido.—*Bandeira Duarte*.—*Freitas Henriques*.—*Silva Guimarães*.—*Faria*, vencido.—*Andrade Pinto*, vencido. A questão cardeal, da qual depende a applicabilidade do Alv. de 9 de Novembro de 1754, sobre a posse civil dos herdeiros, versa sobre o direito hereditario do fideicommissario antes do fallecimento do fiduciario (no fideicommisso com a clausula suspensiva do fallecimento dos fiduciarios e com a resolutiva da falta de descendentes destes para a substituição fideicommissaria); e essa questão é de Direito Romano subsidiario e não de Direito Patrio expresso, sendo que portanto, qualquer que fosse a decisão judicial, não dava logar á revista nos termos da lei de 3 de Novembro de 1768.

Foi voto vencedor o exm. sr. conselheiro José Tavares Bastos, que não assignou a sentença por se ter ausentado.

Não votou neste julgamento, por impedido, o Exm. Sr. conselheiro Luiz José de Sampaio.

Rio de Janeiro, 28 de Fevereiro de 1887.—O secretario, *Lutz Pedreira do Couto Ferraz*

ACCORDÃO da RELAÇÃO REVISORA

Accordão em relação, etc.: Que examinados em revisão, relatados e discutidos os autos annexos da revista civil entre partes recorrentes os AA. Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera e sua mulher, e recorridos os RR. Justo Nogueira de Azambuja, sua mulher e outros.

1) Considerando que a verba testamentaria pela qual o coronel Joaquim Manoel da Silva Castro deixou a suas filhas D. Maria Fausta de Castro Muller e D. Anna Felicia de Castro Oliva o predio descrito no art. 1.º do libello à fl. 9, encerra uma substituição fideicommissaria, visto como os herdeiros de D. Francisca Xavier da Silva Castro foram nomeados para substituir as legatarias, ás quaes se conferiu o encargo de devolução do legado, sob a dupla condição *cum morietur* e *si sine liberis*.

2) Considerando que esta especie de substituição é admittida pelo direito patrio e decorre da Ord., liv. 4.º, art. 87, § 12, nas palavras «quando quer que fallecer», palavras que a incluem, inclu-

do o caso que a constitue, da vocação do substituto pela morte do herdeiro ou legatário, que sobreviver ao testador.

3) Considerando que bastaria não ser esta prohibida por lei para que se devesse entender permissida, attenta a ampla liberdade das disposições de ultima vontade.

4) Considerando, porém, que não regulando o direito patrio o effeito juridico de taes substituições, hade prevalecer como subsidiario o Direito Romano, segundo o qual o acontecimento da morte do fiduciario, pela incerteza si succederá ou não em vida do substituto, como se requer para efficacia do fideicommisso, importa uma condição suspensiva durante cuja pendencia nenhum direito formado assiste ao fideicommissario e apenas uma simples expectativa, que não transmittiu aos seus herdeiros.

5) Considerando que essa é a doutrina consagrada em varios textos, dentre os quaes os seguintes: L. 75, L. 79 § 1 D. de condit et demonstr. (35, 1) L. 12 § 1.º de leg. 2 (31, 1), L. 13 infine quando dies (36, 2), e ensinada por Savigny, Trat. do Dir. Rom. § 126, Maynz, Trat. de Dir. Rom. § 387, e Mackeldey, Dir. Rom. § 757, textos cuja conformidade com a boa razão não pôde ser posta em duvida, como attestam Correa Telles, Dig. Port., vol. 1.º, art. 62, e vol. 3.º, art. 1641; Add. á Dout. das Acç. § 165, n. 2; Liz Teixeira, Dir. Civ., 2.º vol., p. 461; Almeida e Souza, Supp. ás Notas a Mello, Dissert. 7, § 86, e Teixeira de Freitas, Consol. das Leis, nota ao art. 420, e que portanto devem ter inteira applicação entre nós, tanto mais quanto era o Direito applicado pelos tribunaes de Portugal em questões similares não sujeitas ao novo regimen doCodigo Civil daquelle reino, segundo affirma Dias Ferreira em seu commentario ao citado codigo.

6) Considerando que as LL. 1 e 7, Cod. de pactis, 11, Cod. de transat. e 41 § 12, D. de leg. 3.º, em nada contrariam a doutrina acima exposta, porquanto as LL. 1 C. de pact. e 11 Cod. de transact. reputam válida a convenção celebrada entre dous irmãos para terminar a incerteza da condição do fideicommisso de que era gravado para com outro, accrescentando a L. 11 Cod. de transact. a razão da disposição—conveniencia de manter-se a concordia entre ambos. Ora da renuncia convencional facultada ás pessoas directamente interessadas no fideicommisso não se segue que o fideicommissario possa alienar o seu direito eventual a terceiros e muito menos que essa alienação converta a esperança que elle tinha de ir ao fideicommisso (*sic*) em um direito adquirido.

A L. 41, § 12, D. de leg. 3.º, trata de uma restituição antecipada, decidindo que ella não pôde prejudicar ao substituto vulgar dado pelo testador á fideicommissaria, de onde nenhuma illação se pôde tirar em favor da opinião, que confere a este a aquisição do direito á herança ou legado, desde a morte do testador; e a L. 7.ª, Cod., de pact., regula os direitos de um credor, que movendo accção contra o devedor é por este instituido herdeiro e entra na posse da herança.

7) Considerando que o Alv. de 9 de Novembro de 1754 não derogou as disposições do Direito Romano sobre as heranças e legados condicionaes, devendo entender-se que a regra do dito Alv. refere-se tão somente ás instituições puras, pois fôra absurdo que nas substituições fideicommissarias a posse civil do defuncto passasse a um tempo *in solidum* para o fiduciario e para o fideicommissario.

8) Considerando que a expressão herdeiros de minha irmã D. Francisca Xavier, empregada pelo coronel Castro na alludida verba testamentaria para designar os fideicommissarios não abrange senão os herdeiros ehamados á successão da dita D. Francisca, e que nesse caso não se acha D. Anna Carlota de Campos Medella, de que são cessionarios os recorrentes.

9) Considerando que a cedente D. Anna Carlota, não obstante a sua qualidade de filha e herdeira da fideicommissaria D. Anna Angelica de Carvalho, herdeira que foi de seu irmão o fideicommissario conego Joaquim José Carlos de Carvalho; nenhum direito tinha sobre o predio deixado pois os fideicommissarios, falleceram em vida de ambos os fiduciarios, nada podiam transmittir aos seus herdeiros.

10) Considerando, portanto, que é nenhuma a cessão operada pelas escripturas de fl. 40 e fl. 44. Julgam os recorrentes carecedores de acção e os condemnam nas custas.

Rio, 24 de Abril de 1888.—*Sertorio*, presidente.—*J. A. A. Magalhães*.—*Fernandes Pinheiro*, vencido.—*Tosta*.

Appellantes : — *Justo Nogueira de Azambuja, sua mulher e outros.*
Appellados : — *Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera.*

SENTENÇA DE 1.^a INSTANCIA

Vistos e examinados estes autos de acção ordinaria de reivindicacão entre partes autor Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera, como herdeiro e successor universal de D. Anna Carlota de Campos Medella, e RR. Justo Nogueira de Azambuja e sua mulher D. Escholastica Maria de Azambuja e o capitão Francisco de Paula Santa Barbara e sua mulher D. Anna Felicia de Santa Barbara.

Pede o autor habilitado pela sentença de fl. 128, como successor da finada D. Anna Carlota de Campos Medella, em o libellico de fl. 35, que sejam os réos condemnados a fazer-lhe entrega da casa de sobrado numero sessenta e nove da antiga numeracão e 13 da nova, sita a Rua do Carmo nesta cidade, com o quintal annexo, accessorios e rendimentos desde a indevida occupacão e de que estão de posse como herdeiros testamentarios da finada D. Anna Felicia de Castro Oliva ; e, fundamenta o seu direito de reivindicacão allegando : que os referidos bens não podiam ser transmitidos pela referida D.^a Anna Felicia de Castro Oliva, quando sujeitos eram a

um fideicommisso e deviam passar aos herdeiros de d. Francisca Xavier da Silva e Castro; que em 1798, nesta cidade, falleceu o coronel Joaquim Manoel da Silva e Castro, com o testamento de fl. 7 a fl. 10 v., e nesse testamento por elle foi legada em terça a casa reivindicanda com seu quintal, ás duas filhas D. Maria Muller e D. Anna Felicia de Castro Oliva, e caso fallessem sem descendentes legitimos deviam passar aos herdeiros da irmã do testador, D. Francisca Xavier da Silva Castro; que tendo morrido a filha do testador, sem descendentes legitimos ou illegitimos, taes bens deviam passar áquella herdeira do finado, irmã do testador, que quando morreu deixou tres filhos seguintes, havidos de seu consorcio com o finado Dr. Miguel Carlos de Carvalho: — Martinho Vaz, que consta ter fallecido em Itapetininga, Conego José Carlos de Carvalho e d. Anna Angelica, deixando como unica herdeira D. Anna Carlota de Campos Medella, reconhecendo-a por filha pela escriptura publica a fls. 30 V.; que, quer na qualidade de herdeira de D. Anna Felicia de Castro Oliva que, tendo sobrevivido áquelles fideicommissarios podia ter transmittido *causa mortis*, como o fez a elles réos, tendo adquirido pleno direito pela regra de que, caducava extinto o fideicommisso pelo obito da fideicommissaria anterior ficarão *ipso facto* livres os bens para o fiduciario. Replicada a causa por negação, posta em prova, arrazoaram ambas as partes á fl. 86 e fl. 92 v. O que tudo bem visto e examinado e o mais que dos autos consta.

Considerando que, si o autor, como herdeiro e successor habilitado da finada D. Anna Carlota de Campos Medella, pelo testamento de fls. 112 e sentença de fls. 128, não tem o direito de reivindicar o predio n. 13, da rua do Carmo, desta capital, e com as confrontações declaradas em o artigo setimo do libello com a allegada causa de pedir de ser a finada D. Anna Carlota de Campos Medella herdeira dos herdeiros fideicommissarios de D. Francisca Xavier da Silva e Castro, por não poderem ser transmittidos os bens fideicommettidos pelo fallecimento dos fideicommissarios antes da herdeira fiduciaria, Anna Felicia de Castro Oliva, como parece ter sido julgado pelo accordam certificado a fls. 55, sustentando a doutrina que o substituto, antes da abertura da substituição, não tem nenhum direito formado relativamente aos bens fideicommettidos, mas uma simples esperanza; comtudo,

Considerando que o auctor se apresenta nesta causa com nova causa de pedir a reivindicação, allegando que, extinto o fideicommisso por morte da herdeira fiduciaria, D. Anna Felicia de Castro Oliva, não podia esta alienar o predio *inter vivos* ou *causa mortis* que devia ser deferido em successão *ab-intestato* a D. Anna Carlota de Campos Medella, como herdeira *ab-intestato* do instituidor do fideicommisso;

Considerando que a propriedade herdada pelo herdeiro fiduciario é uma propriedade incommutavel, resolovel já quando em proveito do fideicommissario pelo vencimento da condição que deve

dar lugar á abertura, successão (Pothier, vol. 7.º, n. 153, pag. 505) já quando morto o fideicommissario o fiduciario permanece como que equiparado ao usufructuario, pois o instituidor ou testador nunca teve a intenção de deixar-lhe plena, mas limitada propriedade sujeita a transmissão a terceiros ;

Considerando que, embora praxistas opinem em contrario, sustentando que, morto o fideicommissario, caduca o fideicommisso não transmissivel aos herdeiros daquelle, contra o Alvará de 9 de Novembro de 1754, e passem os bens fideicommettidos *pleno jure* livres ao poder herdeiro gravado, melhor opinião sustenta Teixeira de Freitas no seu Tratado de Testamentos, § 402, nota 661, pag. 499, de que, em todos os casos de fideicommisso *nullo, annullado, caduco, resolvido* os bens não passam livres ao fiduciario, mas deferem-se aos herdeiros *ab-intestato* do instituidor se este não providenciar de outro modo ;

Considerando que nos autos se prova ser D. Anna Carlota de Campos Medella herdeira *ab-intestato* do finado coronel Joaquim Manoel da Silva e Castro, que não podia ser prejudicada com a disposição *causa mortis* feita por D. Anna Felicia de Castro Oliva, em favor dos réos, não ligados por parentesco com o testador que, em seu testamento, manifestou a intenção expressa dos bens passarem aos herdeiros de sua irmã, D. Francisca Xavier da Silva Castro ;

A' vista dos expostos motivos e attendendo a esta ultima e nova causa de pedir, julgo procedente o libello e mando que os réos abram mão do predio reivindicando, pagos os rendimentos desde a litis contestação e custas.

S. Paulo, 14 de Janeiro de 1891.—*Joaquim Augusto Ferreira Alves.*

1.º ACCORDÃO

Accordam em Tribunal: Que examinados, relatados e discutidos os autos da appellação cível, entre partes—appellantes, os RR. Justo Nogueira de Azambuja e outros, e appellado o Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera, na qualidade de herdeiro e successor universal de D. Anna Carlota de Campos Medella :

Considerando que o direito allegado pelo appellado de herdeiro dos herdeiros fideicommissarios instituidos pelo Coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, em testamento solemne, com que fallecera em 1798, e consta dos autos, é hoje causa soberanamente julgada, pelo accordão revisor da extincta Relação do Rio de Janeiro, de 24 de Maio de 1888, cujo contexto se vê por certidão a fls. 52 ;

Considerando que nos termos do citado accordam o fideicomisso estabelecido no referido testamento está extinto ou caduco, pela circumstancia que foi o principal fundamento do accordão, de haverem fallecido os herdeiros fideicommissarios antes do fiduciario ;

Considerando que o predio reivindicando com o respectivo quintal e terrenos de que falla o libello a fls. 35, são effectivamente, sem contestação nos autos, os mesmos bens que se acham gravados pela disposição fideicommissaria de fls. 8 v., que como taes devem reverter para os herdeiros *ab-intestato* do testador, com inteira exclusão de quaesquer herdeiros instituidos pela herdeira fiduciario D. Anna Oliva, titulo este com que se apresentam na presente acção os RR. appellantes ; porque aquella herdeira tinha apenas uma propriedade limitada, resolvel, sendo por isso equiparado ao usufructuario, razão pela qual não podia dispor dos bens questionados por doação, nem por testamento, porque estava obrigada a restituil-os no estado em que os tomou ; porque a intenção, a vontade do testador a seu respeito ficou patente quando lhe deu uma propriedade restricta, conforme doutrina Candido Mendes, em brilhantes notas á Ord., liv. 4.º, tit. 87. § 12 ; C. da Rocha, D. C., § 718 ; Guerreiro, t. 1.º, liv. 3.º, c. 2.º, ns. 6, 28 e 29 ; Loureiro, D. C. Braz, §§ 410 e 418 ;

Considerando que em materia testamentaria é forçoso que prevaleça a intenção do testador de harmonia com os preceitos do direito romano, sempre inspirado na boa razão e no direito natural, como se vê dos seguintes fragmentos : L. n. 114 D. de legatis. « Quia semper vestigia voluntatis sequimur » (que se cumpram até os vestigios da vontade dos testadores) ; L. 15 C d. de testamentis « ne juditia testatorum defraudentur » (pois não quero que a menor quebra soffra as vontades dos testadores) ; L. 24 D. de rebus dubiis « voluntas defuntis in estimatione judicis est id quod credibili est cogitandum » (hei por muito recommendado aos juizes a vontade do defunto, certos de que não devem desprezar as conjecturas e justas presumpções.

Considerando que foi fundada nestes principios do direito universal, dos quaes decorre logicamente a necessidade indeclinavel de investigar-se a intenção do testador, até por meio de presumpções e justas *conjecturas* que a lei de 9 de Setembro de 1769 consagrou a regra a favor da successão *ab-intestato*, quando se dá a impossibilidade de cumprir-se a intenção do testador, como no caso destes autos,—de um fideicommisso caduco ; que tambem foi esta fonte em que se inspirou T. de Freitas, quando ampliando e commentando o Tratado de Testamentos de Gouveia Pinto, no § 402, nota 661, escreveu : « em todos os casos de fideicommisso nullo, annullado, caduco, os bens delle não pertencem aos fiduciarios, mas deferem-se aos herdeiros *ab-intestato* do constituidor, si este não providenciou de outro modo » ;

Considerando finalmente que se acha exuberantemente provado

dos autos sem contestação, ser D. Anna Carlota de Campos Medella herdeira legitima do testador Coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, na qualidade de filha unica legitimada de D. Anna Angelica, a qual por sua vez era filha legitima de D. Francisca Xavier da Silva Castro, a irmã do referido testador, como tudo se vê dos docs. de fls. 7 a 31; assim como se prova a fls. 128 que o autor appellado Dr. Camera foi habilitado por sentença herdeiro e successor universal da mencionada D. Anna Carlota Medella, hoje finada, em face do testamento que se vê de fls. 112 a 114;

Negam provimento á appellação interposta da sentença de fls. 160 a 164, para o fim de confirmal-a em todas as suas partes, sem sacrificio do direito de outro qualquer herdeiro legitimo do testador que *por ventura* se habilite na fórma da lei, pagas as custas pelos appellantes.

E como verificassem que foram arrancadas folhas destes autos, na parte que comprehende a sentença appellada, mandam se dê conhecimento ao Dr. Procurador Geral do Estado, afim de promover a responsabilidade de quem tiver praticado o crime.

S. Paulo, 24 de Janeiro de 1893. — *Souza Lima*, presidente. — *Oliveira Ribeiro*. — *Canuto Saraiva*. — *Pinheiro Lima*.

2.º ACCORDÃO

Accordam em Tribunal: Que relatados, expostos e discutidos estes autos, julgam improcedentes os embargos ao accordão de fl. 190 v. que, confirmando a sentença de fl. 160 v., mandou que os RR. Justo Nogueira de Azambuja e outros, ora embargantes, abrissem mão do predio reivindicando com o seu respectivo quintal, em favor do embargado Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera, a quem pertence, na qualidade de herdeiro e successor universal de D. Anna Carlota de Campos Medella, apenas com a seguinte modificação: em vez de—sem sacrificio do direito de outro qualquer herdeiro legitimo do testador— como está no accordão—sem sacrificio do direito nos descendentes de Martinho Vaz, representando seu pae, que era filho legitimo de D. Francisca Xavier da Silva Castro.

E assim julgam, não pelos fundamentos do referido accordão embargado, mas, sim porque verificam e reconhecem que o accordão revisor da Rel. do Rio, que consta por certidão a fls. 52 e serviu de base ao accordão embargado, embora restringisse o fideicommisso questionado aos filhos de D. Francisca e considerasse que, mortos estes antes da herdeira fiduciaria, D. Anna Oliva, nada haviam adquirido nem transmitido—todavia patenteia-se da sua integra e conclusões, que tal decisão foi proferida na causa

do então cessionario, comprador do direito de D. Anna Medella contra os mesmos RR. ora embargantes, o Dr. Gustavo Camera; e a autoridade da cousa julgada não prevalecia nem prevalece contra a cedente D. Anna Medella, a qual, annullada aquella cessão, exercitou um direito proprio, direito que nos ultimos termos desta causa passou para o embargado Dr. Gustavo Camera, na outra qualidade de herdeiro e successor universal de D. Anna Medella, por seu fallecimento, como se mostra do testamento de fls. 112 a 114; porque evidentemente falta o terceiro requisito substancial para o predomínio da excepção rei judicatae que é identidade subjectiva das duas demandas, isto é, que ambas figurassem as mesmas pessoas, na *mesma qualidade*.

Esta doutrina que tem a sua base na Lei 9.^a, § 2.^o D. de exceptione rei judicatae ibi «Exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere: — retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere.

«Quare si hereditariam rem vendideris, ego et candelam ab emptore petiero, et vicero; petente tibi non opponam exceptionem» é sustentada em Pothier obrig. n. 905, Allard—chose jugée; P. Baptista Proc. Civ. § 170, nas palavras, — «a excepção de cousa julgada, pôde-se dar por effeito de representação, e o representante obrando depois por si, já não é a mesma pessoa, mas diversa pessoa»; P. e Souza, Primeiras Linhas Civis, nota 298, e Accordão da Relação de Ouro Preto, D. V. 43, pag. 384.

Isto posto e attendendo-se para os termos da verba testamentaria de fls. 7, que instituiu o fideicommisso, os quaes são os seguintes: «Declaro que deixo na minha terça as casas e quintal onde moro e as duas casas terreas pegadas a ella, ás ditas minhas filhas, D. Maria e D. Anna Oliva; no caso que estas falleçam sem descendentes legitimos, passarão aos *herdeiros* de minha irmã, D. Francisca Xavier da Silva Castro, as de sobrado e o dito quintal» não se pôde deixar de reconhecer que o testador Coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, não nomeou fideicommissarios determinados herdeiros de sua irmã; mas, sim indeterminadamente os herdeiros daquela irmã; que foi sua vontade manifesta deixar o legado constituído na referida casa de sobrado e quintal áquelles herdeiros de sua irmã, que realizada a condicção do fallecimento de suas duas filhas sem descendentes legitimos, podessem receber o mesmo legado na fórma do direito; que a vontade do testador tão claramente manifestada não pôde deixar de prevalecer ex-vi das Leis ns. 114 D. de legatis, 15 do Cod. de testamentis e 24 D. de rebus dubiis, cujos fragmentos foram escriptos no accordão embargado.

Acresce que o direito de receber este legado transmittiu-se aos herdeiros de D. Francisca, sobreviventes á ultima herdeira fiduciaria D. Anna Oliva, a qual sobreviveu seis annos, como se prova com a certidão de fls. 124, D. Anna Medella, neta da mesma D. Francisca, além dos descendentes de Martinho Vaz, que

por ventura existirem; transmissão que se operou ex-vi do preceito terminante do Alvará de 9 de Novembro de 1754, e Assento de 16 de Fevereiro de 1786, cit. na Revista do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Fevereiro de 1887, proferida sobre esta mesma questão, quando proposta pelo mesmo agora embargado Dr. Gustavo, como cessionario de D. Anna Medella. E, conseguintemente, apresentando-se hoje o mesmo Dr. Gustavo Camera na qualidade de herdeiro e successor universal da finada herdeira fideicommissaria D. Anna Carlota de Campos Medella, a elle cabe recolher o legado constante da mencionada verba testamentaria, sem prejuizo dos descendentes de Martinho Vaz, filho de D. Francisco X. da Silva Castro, que se habilitarem na fórma da lei.

E assim julgando, como tem julgado, por estes fundamentos, condemnna nas custas os embargantes.

S. Paulo, 28 de Julho de 1893.—*Souza Lima*, presidente.—*Oliveira Ribeiro*.—*Canuto Saraiva*.—*Pinheiro Lima*.

3.º ACCORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, por elle, se mostra o seguinte: — que D. Anna Carlota de Campos Medella propoz a presente acção para o fim de reivindicar de Justo Nogueira de Azambuja e do capitão Francisco de Paula Santa Barbara o predio de sobrado, com o respectivo quintal, sito á rua do Carmo, que, por disposição testamentaria do Coronel Joaquim Manoel da Silva Castro, fallecido em 25 de Dezembro de 1798, tinha sido legado em terça a D. Maria Muller e D. Anna Oliva, por cujo fallecimento, si não deixassem descendentes legitimos, passaria a pertencer a D. Francisca Xavier da Silva Castro, esta irman e aquellas filhas do testador.

O testamento se acha a fl. 7, e a verba respectiva é assim concebida: — «declaro que deixo na minha terça as casas e quintal em que móro, e as duas terras pegadas a ellas, ás ditas minhas filhas, e no caso que falleçam sem descendentes legitimos, passarão aos herdeiros de minha irman D. Francisca Xavier da Silva Castro, somente as de sobrado e quintal.»

Fundou-se a intenção da autora, segundo se vê do libello a fls. 35, em que:

a) — As duas filhas legatarias falleceram sem descendentes algum legitimo, D. Maria Muller em 13 de Setembro de 1869, e D. Anna Oliva em 17 de Março de 1884, ambas no estado de viuvez.

b) — A irman do testador (D. Francisca), ao tempo do fallecimento delle, tinha tres filhos: Joaquim, Martinho e Anna Angelica;

o primeiro falleceu no estado sacerdotal em 22 de Janeiro de 1857 (documento a fls. 14), instituindo por seu herdeiro sua irman D. Anna Angelica; o segundo falleceu em Itapetinga (depois de Joaquim, segundo se collige do testamento deste), deixando filhos cuja residencia é ignorada; a terceira falleceu nesta cidade, em 16 de Julho de 1859 (documento a fls. 24), instituindo por herdeira sua filha natural Anna Carlota de Campos Medella, já antes reconhecida por escriptura publica (documento a fl. 30 v.)

e) — Sendo assim, a auctora herdeira universal de sua mãe D. Anna Angelica e do tio Conego Joaquim (que instituiu esta, quer como neta de D. Francisca, quer como herdeira *ab-intestato* do Coronel Castro, julga-se como dominio sobre uma parte do predio, cuja descripção é feita no artigo 7.º do libello, e portanto o reclama dos Reus (que o possuam como herdeiros instituidos da ultima fiduciaria D. Anna Oliva), com todos os accessorios e rendimentos a contar da data em que falleceu a mesma fiduciaria.

Na pendencia da lide em primeira instancia, falleceu a auctora e o Dr. Gustavo Balduino de Moura e Camera, como seu herdeiro testamentario (documento a fls. 112), habilitou-se para continuar a demanda, nos termos da sentença a fls. 128.

Defenderam-se os Réus (fls. 40) com excepção de cousa julgada e, tendo della decahido, contestaram a causa com a mesma materia. A excepção apoiou-se no accordão revisor da Relação do Rio de Janeiro, proferido a 24 de Abril de 1888 (fls. 52 v.) na acção que, aos mesmos Réus e para reivindicar os mesmos predios, moveu o Dr. Camera como cessionario do mesmo direito, ora pretendido pela auctora, então sua cedente, por força da mencionada verba testamentaria; e allegou-se que, tendo aquelle accordão julgado nulla a cessão, porque a designação dos legatarios em segundo grau não abrangia sinão os herdeiros chamados á successão de D. Francisca, caso em que não estava a cedente, a quem, por outro lado, como herdeira da fideicommissaria sua mãe, nenhum direito assistia sobre o predio deixado em fideicommisso, visto os fideicommissarios terem fallecido em vida das fiduciarias e antes de aberta, para elles, a substituição, nada podendo assim transmitir a seus herdeiros, — evidente era que a presente demanda, objectiva e subjectivamente identica, attentava contra a auctoridade da *res judicata*.

Ex-adverso se oppoz (fl. 74) que, embora quanto ao objecto houvesse identidade entre este pleito e o invocado pelos excipientes, falleciam absolutamente os dous requisitos da identidade quanto á pessoa e quanto á causa de pedir, pois a primeira acção foi proposta pelo Dr. Camera, como cessionario dos direitos de D. Anna Medella, ao passo que a actual é proposta pela mesma D. Anna Medella, em qualidade diversa, qual a de herdeira *ab-intestato* do dito Coronel, si não lhe for reconhecida a qualidade de fideicommissaria; pelo que, a ter caducado o fideicommisso em questão,

inconcusso é o direito della ao predio reivindicando, porque, em tal caso, os bens se deferem aos herdeiros *ab-intestato* do constituidor, si elle de outro modo não providenciou, segundo a lição de GOUVEIA PINTO e de TEIXEIRA DE FREITAS, unica sustentavel em face da lei de 9 de Setembro de 1769:

A excepção peremptoria, depois de recebida para discussão e prova, foi afinal julgada improcedente pela sentença a fls. 76, unicamente porque a auctora excepta fundava a sua intenção, não somente no direito derivado na disposição fideicommissaria, em a qual se apoiou o Dr. Camera quando, como cessionario desse direito, demandou a reivindicção do predio fideicommettido, mas ao mesmo tempo em a qualidade de herdeira *ab-intestato* do testador; donde resultava não haver perigo de chocar-se a decisão a proferir-se, nesta parte, com a que foi proferida pelo tribunal revisor, decidindo do direito pretendido á sombra da alludida verba testamentaria.

Proseguindo o feito seus termos, e desembaraçado dos incidentes que provocaram os accordãos de fls. 139 v. e 159, lavrou o juiz *a quo* a sentença definitiva de fl. 160 v., julgando procedente o libello, attenta a nova causa de pedir, porquanto: si o auctor, Dr. Camera, como herdeiro e successor habilitado da finada D. Anna Medella, não tinha o direito de reivindicar o predio com a allegada causa de ser esta senhora herdeira dos fideicommissarios, filhos de D. Francisca Xavier, por não ser transmissivel o direito eventual delles, desde que falleceram antes da fiduciaria D. Anna Oliva, como parece ter sido julgado pelo accordão revisor certificado a fls. 52 v., com tudo aproveitava-lhe o direito que a mesma D. Anna Medella pertencia na provada qualidade de herdeira *ab-intestato* do instituidor do fideicommisso, por se dever preferir a já citada opinião de TEIXEIRA DE FREITAS, quanto ao destino dos bens no caso de caducidade da substituição,—*Tractado dos Testamentos*, § 402 e nota.

Arrazoando os Réus sua appellação (fl. 170), empenharam-se em demonstrar que a sentença appellada era illogica, e attribuiram a conclusão della a mero equivoco do juiz *a quo*, que elle proprio corrigiria, si permittido fosse embargal-a sem a restricção contida no artigo 639 do Reg. n. 737, de 1850, hoje lei processual no civil; porquanto, reconhecido como fôra, tanto pelo juiz que decidiu a excepção *rei judicata*, como pelo prolator da sentença appellada estar soberanamente julgado pelo accordam revisor—que o substituto não tem direito algum formado relativamente aos bens fideicommettidos, mas simples esperança, não transmissivel aos herdeiros, pelo que absteve-se a sentença appellada de tomar conhecimento da causa de pedir assente na instituição fideicommissaria, como cumpria, se tivesse por vigente a substituição estabelecida pelo testador, o dispositivo da sentença não podia ser sinão pela improcedencia da acção, visto que—herdeira unica *ab-intestato*, e sem concurrencia possivel, do constituidor do fideicommisso julgado ca-

duco, era sua filha legitima, D. Anna Oliva (de que os Réus são successores por instituição testamentaria), a qual sobreviveu muitos annos ao ultimo dos fideicommissarios cuja premorte, *pendente conditione* tinha operado a caducidade da substituição. Consequentemente, disseram os appellantes, acceita a doutrina da devolução dos bens em tal caso aos herdeiros *ab-intestato* do testador, doutrina tambem *ex-adverso* preconizada como verdadeira, e excluido o titulo em D. Anna Medella, de fideicommissaria, quer por nomeação do testamento, que por direito de representação como herdeira de sua mãe, D. Anna Angelica, *ex-vi* da auctoridade do citado accordão revisor, as proprias premissas da sentença appellada conduzem forçadamente á negação do pretendido direito de D. Anna Medella (ou de quem hoje a representa) de haver o predio reivindicando por virtude das leis reguladoras da successão *ab-intestato*, visto ser absurdo que uma sobrinha neta do *de cujus* (D. Anna Medella) possa preterir uma herdeira necessaria, como pelos autos se patentêa ser incontestavelmente D. Anna Oliva, na sua qualidade de filha legitima do testador, e unica sobrevivente ao tempo da caducidade do fideicommisso.

Os appellados, arrazoando por seu turno nesta instancia (fl. 179), insistem em que—a presente acção deve ser encarada sob o triplice fundamento com que foi proposta, para o fim de reconhecer-se D. Anna Medella, como titular de dominio sobre o predio reivindicando; ou, 1.º, na qualidade de substituta directa e em 1.º grau, como um dos herdeiros (neta) de D. Francisca Xavier, aos quaes allude a disposição testamentaria; 2.º, na qualidade de unica e universal herdeira de dous filhos da mesma D. Francisca (Conego Joaquim Carlos e D. Anna Angelica), fallecidos antes das legatarias; ou, 3.º, (a considerar-se caduca a substituição), na qualidade de herdeira *ab-intestato* (sobrinha neta) do testador Silva Castro.

Para justificar o primeiro asserto, pondera o respectivo patrono: — que a escrupulosa observancia da intenção do testador é preceito soberano nas successões testamentarias; que a verba fideicommissaria exprimia, clarissima e terminantemente, a vontade do testador deixar o predio, primeiramente, ás suas filhas D. Maria Müller e D. Anna Oliva, emquanto vivas, e, *secundo loco*, caso fallessem sem descendentes legitimos, aos herdeiros *quaesquer que fossem*, de sua irmã D. Francisca Xavier, que existissem ao tempo do fallecimento das primeiras instituidas; que esta intelligencia além de ser a unica confôrme á expressão logica e litteral da verba, era tambem a resultante da significação que a technica juridica ligava á palavra *herdeiro*, e igualmente decorria de explicitas disposições do direito; que nem dahi era licito inferir a existencia de um vinculo pela lei de 6 de Outubro de 1835, porque isso importaria confundir a transmissibilidade successiva em mais de um grau, de que cogita a citada lei, com o direito de representação, que é a causa juridica *de uma só devolução* de bens do fiduciario ao fidei-

commissario instituido, *sem designação de pessoa certa*; que neste caso a devolução tem logar uma só vez, do fiduciario ao herdeiro existente ao tempo da morte daquelle, *por vocação propria e instituição directa*, fundada apenas na sua qualidade de herdeiro e na verba testamentaria.

Quanto ao segundo asserto, proseguem os appellados, não lhe pôde obstar a doutrina romana de que os fideicommissarios premortos, no caso de fideicommisso sujeito á dupla condição *quum morietur et si sine liberis*, nenhum direito transmittem aos respectivos herdeiros, nem só pela inconsistencia de tal doutrina, por opposta á boa razão, segundo a confutação de YARABA, MELLO FREIRE e outros, mas ainda pela sua inapplicabilidade ao caso dos autos, em que manifestamente se trata de um fideicommisso beneficiario de parentes, no qual muito attenuava-se, mesmo na economia do direito romano, o rigor daquelle principio, convertendo-se em simples *dilação*, ou *mora*, o *dies incertus*, reputado em regra como condição impediante da transmissibilidade. Com referencia ao terceiro fundamento, limitaram-se os appellados a afirmar—que a doutrina de GOUVEIA PINTO exclue implicitamente o herdeiro *ab-intestato*, quando seja elle o fiduciario, já excluido pelo testador, expressamente, ao conferir-lhe uma propriedade resolovel.

Posta a questão neste pé, foi proferido o 1.º accordão (fl. 190 v.), o qual reconhecendo, como as decisões da 1.ª instancia, a auctoridade da *cousa julgada*, quanto á caducidade do fideicommisso, e declarando que, como consequencia desse facto.—«devem os bens reverter para os herdeiros *ab-intestato* do testador, com inteira exclusão de quaesquer herdeiros instituidos pela fiduciaria D. Anna Oliva, visto ter esta apenas uma propriedade limitada, resolovel, sendo por isso equiparada ao usufructuario», confirmou em todas as suas partes a sentença appellada por estar exuberantemente provado ser D. Anna Medella herdeira legitima do testador; sem sacrificio, entretanto, do direito de outro qualquer herdeiro legitimo que se habilitasse na fôrma da lei.

Os appellantes embargaram este accordão (fl. 196), reiterando a arguição de inconsequencia em que lhes parecia tambem elle incidir, tal qual como a sentença appellada, salvo si o Tribunal preferisse declaral-o, para o effeito de explicitamente comprehender os mesmos appellantes na resalva feita em favor dos herdeiros legitimos do testador, que se habilitassem devidamente.

Taes embargos, porém, foram julgados improcedentes pelo accordão de 212, não pelos fundamentos do accordão embargado, mas porque o julgado da Relação Revisora, que lhe serviu de base, embora restringisse o fideicommisso aos filhos de D. Francisca e considerasse que, mortos estes antes da fiduciaria D. Anna Oliva, nada haviam adquirido nem transmittido, todavia—por ser proferido na causa do então cessionario Dr. Camera, como comprador do direito de D. Anna Medella, não prevalecia como *res judicata* con-

tra esta cedente, por não se dar o requisito da identidade subjectiva das duas demandas, conforme a doutrina fundada na lei 9.^a, § 2.^o, do Dig. *de exceptione rei judicatae*.

E como pelos termos da verba testamentaria se reconhecia que o testador Castro não nomeou fideicommissarios determinados herdeiros de sua irman, mas *indeterminadamente*, os herdeiros desta, manifestando assim, a vontade de deixar o predio áquelles herdeiros da dita irman, que, realizada a condição do fallecimento das fiduciarias sem descendentes legítimos, pudessem receber o legado na fórmula de direito, ao Dr. Camera, como successor universal da finada herdeira fideicommissaria D. Anna Medella, cabio recolher o mesmo legado sem prejuizo dos descendentes de Martinho Vaz.

A esta decisão oppuzeram-se de novo os appellantes com os embargos de ffs. 216, visto ella alterar fundamentalmente o julgado de ffs. 190 v., que limitou-se a reconhecer em D. Medella a qualidade de herdeira *ab-intestato* do instituidor do fideicommissão então havido por *aducio* e agora por vigente, emquanto que, presentemente e pela primeira vez, attribuem os juizes á mesma D. Medella a qualidade de fideicommissaria, por vocação directa do testamento, e collocam os embargantes em posição mais desfavoravel do que aquella que lhes dava o 1.^o accordão, com a ressalva dos direitos de outro qualquer herdeiro legitimo do testador, que se habilitasse na fórmula da lei.

Adduziram ao mesmo tempo novas considerações em ordem a demonstrar que o último accordão attentou contra a cousa soberanamente julgada quanto á execução do fideicommissão.

Assim summariado, em observancia ao disposto no art. 6.^o, § final, da lei n. 203, de 1893, o largo debate desta importante causa, accordão em regeitar, por unanimidade dos votos, a prejudicial da *res judicata* em face das considerações feitas no accordão embargado, com apoio nas auctoridades ali citadas e mais pelo que, no mesmo sentido, se vê doutrinado em LAURENT, vol. 2.^o, n. 31 e seguintes, MERLIN — *Quest. de Droit Chose jugée*, vol. 2.^o, pag. 239, e no *Direito*, vol. 38, pag. 507.

Quanto, porém, á materia *de meritis*, recebem os embargos e, declarando insubsistentes os accordãos embargados, reformam a sentença appealada, pelos fundamentos que seguem :

1) A verba testamentaria, concernente ao predio reivindicando, caracteriza substavelmente um fideicommissão regido pela Ord. L. 4.^o, tit. 87, § 12.

Nem sobre isto houve divergencia alguma entre os litigantes, ou entre os julgadores.

A substituição nella determinada dependia dos seguintes acontecimentos incertos, constituindo outras tantas condições impostas cumulativamente pelo testador.

a) Sobrevivencia das gravadas a D. Francisca Xavier. Enquanto viva esta, a nomeação dos substitutos era como si não existisse (*hereditas viventis non datur*); e isto accentúa desde logo que a mente do testador foi instituir uma substituição essencialmente condicional, attenta a possibilidade de nem vir a crear-se para ninguem a *spes debitum iri*, primeira manifestação de sua existencia.

b) Não ficar das gravadas descendentes algum legitimo.

c) Sobrevivencia das gravadas aos substitutos que a morte de D. Francisca tornasse *conhecidos e certos*.

Os dois primeiros factos, futuros, e incertos realizaram-se, o ultimo—não; e que este importa, como os outros, uma condição suspensiva (*dies incertus quando*), e não mero termo, é a lição do direito romano, consubstanciada na regra—*dies incertus conditionem in testamento facit*, perfilhada pelo direito moderno e formulada com admiravel precisão e clareza nestas palavras de CUJACIO: *dies incertus conditio est, si dies legati possit non cadere*; TROPLONG—*Donat et Testam.*, ns. 393 e 394; MAYNZ, §§ 387 e 418, pags. 350 e 559; POTHIER, Obrig. n. 203, e Substit. sec. IV, art. 1.º, § 1.º, ibi: *lorsque la substitution est fait sous quelque condition, elle n'est ouverte que lors de l'accomplissement de la condition*; LE TERME D'UN TEMPS INCERTAIN TIEN LIEU DE CONDITION.

Isto posto, é certo que não pôde dar-se a efficacia da substituição fideicommissaria pela sobrevivencia de D. Anna Medella á fiduciaria fallecida por ultimo (D. Anna Oliva), visto não estar ella comprehendida, como substituta, na vocação do testamento.—Conforme bem disse o accordão revisor certificado a fls. 52 v.—«a expressão *herdeiros de minha irman D. Francisca Xavier*, empregada pelo Coronel Castro para designar os fideicommissarios, não abrange sinão os herdeiros *chamados á successão da dita D. Francisca*, e neste caso não se acha D. Anna Carlota de Campos Medella, que só podia ser considerada herdeira daquella sua avó por *direito de representação*. occupando o lugar de sua mãe—*D. Anna Angelica, si esta não tivesse sobrevivido a D. Francisca*, e addido á sua successão com os dous outros irmãos, Conego Joaquim Carlos de Carvalho e Martinho Vaz. Em tal caso, sim, a qualidade de herdeiro era attribuivel á neta D. Medella, porque ella a tinha da lei; mas, *ne se trouvant pas vacant*, na expressão de POTHIER, ao tempo da abertura da successão de D. Francisca, o primeiro grau da linha descendente occupado pela filha D. Anna Angelica, claro está que fallece em D. Medella a qualidade de herdeira de sua avó materna por direito de representação.

Poder-se-á, porém, attribuir-lhe tal qualidade por direito de transmissão?

A isto respondem negativamente e sem replica o professor de direito civil da Faculdade de Bordeaux, BAUDRY — LACANTINERIE, e o profundo LAURENT — *Droit Civil*, vol. 9.º, n. 70. E como, no *Direito*—vol. 46, pag. 558, se arguiu o accordão revisor da Relação do Rio de ter *evitado* qualquer remissão a escriptor, que am-

parasse a afirmação de não ser a neta, no caso occorrente, herdeira da avô, convem reproduzir as palavras de qualquer das citadas auctoridades, qualificação que ninguém ousará pôr em duvida.

Diz o professor de Bordeaux: — «enganar-se-ia gravemente quem acreditasse que a transmissão constitue um modo de successão particular e distincto. «Il n'est pas exact de dire, comme on le fait quelques fois, qu'on peut succéder de trois manières: de son propre chef, par representation et par *transmission*. Pour que ce langage fût correct, il faudrait que celui que l'on dit succéder par *transmission*, fût héritier dans la succession transmise: *or IL NE L'EST PAS*: cette qualité appartenait à son auteur dont il vient exercer les droits. Tout autre est le cas de la représentation. Le représentant est héritier de celui à la succession du quel il vient par représentation; *au contraire* celui que recueille une succession par *transmission n'est pas héritier* du défunt qui a laissé cette succession, il est héritier de l'héritier au quel cette succession était acquise et qui la lui a transmise comme et avec le reste de ses biens.» (*Précis de Droit Civil*, tom. 2.º, n. 166.)

Consequentemente, *D. Anna Medella não é fideicommissaria jure proprio*, por isso mesmo que, nos termos da verba testamentaria, *o foi sua mãe, junctamente com os dous tios* (elles tres —os unicos e exclusivos herdeiros de D. Francisca), não por nomeação individuada do testamento, mas porque na cabeça de cada um fixou-se, desde a abertura da successão materna, a qualidade *querida* pelo testador para a determinação do substituto.

Não tivesse D. Francisca deixado filhos, seriam fideicommissarios *quaesquer outros* que, *ex-lege*, ou por testamento, houvessem—*como herdeiros della*—sido chamados á respectiva successão: nisto é que consiste a amplitude da instituição, que assim não constitue um fideicommisso restricto a parentes, como se pretendeu nas razões de fls. 179, e nem tem energia para auctorizar a vocação de D. Medella como beneficiada *obliquo-modo*.

II) O fallecimento da fideicommissaria D. Anna Angelica e dos irmãos co-instituidos antes da ultima fiduciaria *operou a caducidade do fideicommisso, por ser intransmissivel a mera—spes debitum iri*, que não constitue direito algum formado sob o ponto de vista patrimonial.

O direito romano assim o dispõe e não ha recusar a sua auctoridade neste assumpto, em que o proprio MELLO FREIRE, propugnador da these opposta, reconhece ter sido ella a fonte, da compilação philippina,—*Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. 3.º, tit. 5.º, § 55*, e not. de LOBÃO ao mesmo §.

Debalde se tem tentado repudiar a doutrina romana como incompativel com o criterio que a lei de 18 de Agosto de 1769 prescreveu para a observancia subsidiaria das normas daquelle di-

reito: a lição quasi unanime dos mais auctorizados doutores antigos e modernos, o suffragio dos arestos tornando-a preponderante na jurisprudencia dos tribunaes do nosso e dos paizes que têm admittido a substituição fideicommissaria, a consagração em muitos codigos cultos do principio da caducidade das liberalidades testamentarias feitas sob condição suspensiva, quando esta não se verifica (do que tudo dão testemunho o excellente estudo do Dr. FIGUEIREDO JUNIOR no *Direito*, vol. 27, pag. 497, o importante trabalho critico de HINTZE RIBEIRO — *Dos Fideicommissos do Direito Civil Moderno*, e o commentario de DIAS FERREIRA aos artigos 1759 e 1868 do Cod. Civil Port.); — demonstram á saciedade que a intransmissibilidade, *deficiente conditione*, do direito eventual do substituto, não assenta em motivos reprovados pela citada lei da boa razão.

Não menos vão é o esforço com que se pretendeu convencer que a opinião de MELLO estava geralmente recebida no antigo fóro portuguez, quando é certo ter sido outro o sentir dos reinícolas que o precederam e outra a pratica de julgar.

Assim, GAMA, que escreveu antes da compilação philippina, quando dominava a influencia do Direito Canonico e das interpretações conjecturales, a que CUIACIO chamou — *mendacissimae* (TROPONG cit., n. 116), precisamente na *decis. n. 160* a que allude o analysta do accordão revisor, no *Direito* — vol. 46, pag. 513, firma as seguintes conclusões — *fideicommissum conditionale, sive universale, sive particulare, non agnitum nec acceptatum (cujus conditio nondum venerat), non transmittitur ante implementum conditionis neque ad descendentes*; e a addição respectiva claramente descobre que a phrase final do n. 5 — *non est de tali casu fortuito cogitandum* não tem o alcance que se lhe attribuiu na mencionada publicação do *Direito*, — *quia conditio, si sine liberis decedat, implicat duas condiciones, unam de liberis, alteram de tempore mortis, qui dies incertus est, et pro conditione habetur, et ideo licet prima sit impleta ex dicta naturali impotentia, non tamen secunda, quia potest substitutus anti mori, ut Auctor hic considerat.*

A mesma infidelidade se nota nas illações tiradas das *decis. 135* e *316*, como melhor patentêa a de n. 158 ibi: — *Voluntas testatoris efficit, ut magis conditionalis quam modalis sit ejus dispositio. — In fideicommissis particularibus non datur transmissio.*

De accôrdo com estas proposições enunciam-se — VALASCO — Cons. 139, ns. 5, 1, 14, PINHEIRO — *de Testam.* Disput. 4, sect. 8, § 21, GUERREIRO — *de divis. tract. 2*, liv. 4, cap. 10, ns. 42 e seguintes.

Si pois, a opinião de MELLO, que teve bem poucos sectarios, desviou-se da doutrina já em voga antes da reforma philippina, menos pôd e ser sustentada e accêita depois desta.

III) N^a pessoa de D. Medella, hoje representada pelos appellados com o seus herdeiros escriptos, não se verifica a qualidade de successivel *ab-intestato* ao constituidor do fideicommissio, visto

existir ao tempo da caducidade da substituição uma herdeira necessaria e unica no seu grau, a filha legitima do testador, D. Anna Oliva, hoje representada pelos appellantes, tambem como herdeiros instituidos, e, segundo a Ord., liv. 4.º, tit. 98, princ., a linha recta exclue a collateral.

Nem obsta que D. Anna Oliva, como fiduciaria, haja tido no predio reivindicação propriedade restricta e resolovel,—porque, onde regem as leis da *successão legitima*, cessa o *testamento*, e a mesma pessoa pôde figurar na scena juridica em diversas qualidades, com direitos distinctos.

Assim reconhecida a inhabilidade dos tres titulos invocados para a reivindicação pedida, julgam os appellados carecedores de acção e condemnam nas custas.

S. Paulo, 19 de Junho de 1894.—*Souza Lima*, presidente, com voto de qualidade sobre a questão de *meritis*, nos termos do art. 6.º, § 4.º, da lei n. 205, de 1893.—*M. de Godoy*.—*Oliveira Ribeiro*, vencido. Votei sustentando os fundamentos do accordão embargado, que agora se me afiguram ainda mais subsistentes em face do voto de desempate do presidente do Tribunal, o qual encontra brilhante e completa refutação nas notas do Cod. Philip. de CANDIDO MENDES á Ord., liv. 4.º, tits. 88, § 12, especialmente nas seguintes palavras:

« Não determinando o testador os direitos e deveres, tanto do herdeiro fiduciario como do fideicommissario, o 1.º, tem a propriedade dos bens, mas restricta e resolovel, e é equiparado a qualquer usufructuario ».

Morando o herdeiro fideicommissario depois do testador *antes do fiduciario*, o seu direito passa aos seus herdeiros. Lei 41, 12 de *legatis*. 3.º.—*Pinheiro Lima*, vencido pelos fundamentos do accordão embargado.—*Alves*.—*Vieira de Almeida*.—*C. S. Castro*. Votei de pleno accôrdo com a doutrina do accordão, em face mesmo da lei 41, § 12, Dig. de *legatis*, 3.º, que longe de a contrariar só presta argumento para confirmal-a, como se vê cabalmente demonstrado não só pelo Dr. FIGUEIRA DE MELLO (opinião insuspeitissima para o caso), em notas 94 e 95 do seu estudo—*Os fideicommissos modernos*—(Gazeta Juridica de 1886, vol. 35, pags. 34, 35, e *Direito*, vol. 46, pag. 518 e notas 27 e 22) como pelo Dr. FIGUEIREDO JUNIOR, no *Direito*. vol. 27, pag. 504, onde vem a traducção da citada lei romana.

Não me impressionaram, tão pouco, as notas de CANDIDO MENDES á Ord., liv. tit. 87, § 12, porque, com referencia á situação juridica do fiduciario ellas dizem o sim e o não.

Basta pôr-se em frente da que foi transcripta em um dos votos anteriores a proposição da nota final ao cit. § 12, pag. 927, do Cod. Philippino: « o fiduciario é apenas usufructuario, e « *ne-
num direito tem á propriedade do fideicommissio.* »

Antes havia dito: tem a propriedade dos bens, mas restricta e resolvel. *Non tali auxilio nec defensoribus istis eget.*—*Saraiva.*
— Vencido: votei pela confirmação do accordão embargado por seus fundamentos.

Foi voto vencido o do sr. Amaral Gurgel.

M. de Godoy.

4.º ACCORDÃO

Accordão em Tribunal, que vistos, relatados e discutidos os autos, e não vencidas as preliminares propostas, 1.ª de serem incompetentes, ex-vi dos arts. 2.º, § 2.º, e 9.º, § 3.º, da novissima Lei n. 338, do corrente anno, para tomar parte no julgamento, como substitutos dos ministros impedidos, os juizes de direito convocados supranumerariamente a maioria do Tribunal, muito embora tivessem funcionado como revisores no regimen da Lei n. 203, de 1893, hoje alterada por aquella; e 2.ª de ser nullo o accordão embargado, por conter razões de decidir que não foram apresentadas pela turma dos juizes vencedores, mas unicamente pelo presidente do Tribunal quando proferio o voto de desempate, regeitar, como regeitam, os embargos de fls. 267, para que continúe subsistente o referido accordão que confirmam por seus juridicos fundamentos.

E assim foi julgado;

Quanto á primeira preliminar pelos motivos exarados na decisão do presidente á fl. 306, ao lhe ser affecto o mesmo assumpto como questão de ordem concernente á composição do Tribunal;

Quanto á segunda, não só porque, dado que houvesse illegalidade (que não houve) no enunciado e motivos do accordão, já-mais poderia isso ser parte para sua nullidade, attento o disposto no artigo 680, § 2.º, do Rég. n. 737, de 1850, como ainda porque a assignatura dos juizes que foram votos vencedores, sem nenhuma, restricção ou ressalva, é bastante para patentear a inanidade de semelhante arguição; quanto mais que esses juizes declararam adoptar os fundamentos do julgado revisor da antiga Relação do Rio, fl. 52 v., e o accordão embargado interpretando a expressão herdeiros designativa dos fideicommissarios, nada mais fez do que dar a razão de direito pela qual tambem o julgado revisor entendeu que ella não abrangia D. Anna Medella, mas somente os chamados á successão de D. Francisca Xavier.

Quanto á materia de meritis, porque, ou se tome a palavra herdeiro na acceção de successivel (habil para succeder) ou na de proprietario dos bens hereditarios (heres dominus) certo é que ella exprime sempre uma idéa concreta; referida a quem continúa a pessoa do defunto sob a relação dos direitos patrimonias

de modo que sem *de cujus* não pôde haver herdeiro em qualquer dos sentidos, consistindo a unica nuança na synonymia destes, em que o primeiro define a situação daquelle, que tendo direito de succeder (vocação hereditaria), ainda não praticou acto de addição, e o segundo a daquelle que, expressa ou tacitamente, accitou a herança.

Em um e outro caso, porém, está essencialmente presupposto o acontecimento da abertura da successão, data notavel, fundamental, como diz Lacantinerie, a que é preciso constantemente ater-se, quando se trata de determinar em quem reside a qualidade de herdeiro «avancer ou reculer de quelques instants le moment de l'ouverture d'une succession, l'ordre des vocations héréditaires peut être completement changé»; Tom. 2.^o, pag. 13, n. 21. Subordinado a este conceito que é da jurisprudencia universal, deve ser entendido o trecho do sabio auctor que os embargantes transcreveram a fls. 296 (n. 152 e não 140 *bis*) e dahi decorre ao mesmo tempo a perfeita correcção logica com que o Accordão embargado enumerou, entre as condições do fideicommisso, a sobrevivencia dos gravados á irmã do testador.

Ao fallecimento dos fiduciarios, sem descendentes legitimos, não se pôde ligar outro effeito senão o de abrir a substituição para aquelles que a esse tempo existissem com a qualidade de herdeiros de D. Francisca, qualidade que a ninguem mais era attribuivel, desde que a respectiva successão tinha se fixado na cabeça dos unicos successiveis—os tres filhos.

Estes foram, pois, os fideicommissarios, nos termos da verba do testamento; e, visto que falleceram todos, antes da ultima fiduciaria, não se verificando assim a condição de sobrevivencia ás gravadas dos substitutos que a morte de D. Francisca tornou conhecidos e certos, operou-se a caducidade da substituição, e nenhum direito ao predio reivindicando foi adquirido por D. Anna Medella, de quem os embargantes pretendem ter causa, nem por transmissão da fideicommissaria sua mãe, que apenas tinha a intransmissivel spes dominium iri, como demonstrado foi no Accordão embargado, nem pelo invocado titulo de herdeira ab-intestato do testador, ao qual obstava a concurrencia da filha legitima deste, que sobreviveu aos substitutos.

Custas pelos embargantes.

S. Paulo, 22 de Outubro de 1895.—*Souza Lima*, presidente, com voto de qualidade, segundo a lei, na primeira preliminar e de meritis.—*M. de Godoy*.—*Oliveira Ribeiro*, vencido quanto á primeira preliminar, porque sendo a maioria do Tribunal cinco membros, além desse numero não podiam ser convocados, e tomar parte no julgamento da causa, juizes de direito como substitutos de ministros impedidos, em face da expressa disposição do artigo 9.^o, n. 3, da lei n. 338, de 7 de Agosto de 1895, nas palavras «o julgamento terá logar no dia designado pelo presidente, achando-se

presentes ministros desimpedidos em numero sufficiente para constituirem a maioria do Tribunal, inclusive o Relator», de harmonia com outra disposição, tambem expressa do art. 2.º, § 2.º, da citada lei, quando prescreve: que o regimento interno do Tribunal providenciará para que, tendo sido convocados juizes de direito para substituirem os ministros, no caso de falta ou impedimento destes, cessem as funcções dos substitutos, embora já tenham tido vista dos autos para examinal-os ou hajam tomado parte em julgamento anterior, logo que pelo comparecimento de ministros desimpedidos, esteja o Tribunal com o numero de membros precisos para constituir-se a maioria». Mas, quando duvida pudesse haver sobre a intelligencia da lei, o elemento historico que resalta da discussão havida no Congresso do Estado, do parecer da commissão do Senado que elaborou o projecto, manifestando o intuito de impedir que juizes de 1.ª instancia figurassem no Tribunal Superior em maioria sobre os seus membros desimpedidos, será sufficiente para remover todo embaraço.

Quanto á segunda preliminar, porque o Accordão de fl. 251, traduzindo o voto do Sr. Presidente do Tribunal, proferido em desempate, nos termos do art. 6.º, § 4.º, da Lei n. 203, de 1893, não podia apartar-se, como fez e verifica-se do seu contexto, das duas opiniões emitidas pelos dous grupos dos quatro juizes que determinaram o empate.

E, quando a citada lei previne a hypothese do empate, não autoriza o Presidente absolutamente a decidir por si, sob pena de dar-se a contradicção na propria lei, quando revela o pensamento de que intervenha todo o Tribunal em um julgamento para em seguida entregar a sorte da decisão final a um só de seus membros.

De meritis votei recebendo os embargos afim de ser restaurado o Accordão de fl. 212, cujos fundamentos juridicos não foram destruidos.

A restricção feita pelo Accordão de fls. 252, na verba testamentaria que se encontra a fls. 7, no testamento com que falleceu o Coronel Joaquim Manoel da Silva e Castro, e está escripta nos seguintes termos: «declaro que deixo na minha terça a casa e quintal em que moro e as duas terras pegadas, a minhas filhas, Maria e Anna Oliva; no caso que estas falleçam sem descendentes legitimos passarão aos herdeiros de minha irmã, D. Francisca Xavier da Silva Castro, as de sobrado e o dito quintal» não tem o menor cabimento perante esta lata declaração «herdeiros de minha irmã», revelando patentemente a vontade do testador de que recolhessem este legado os herdeiros de sua irmã que o pudessem fazer por direito, quando viessem a fallecer os herdeiros fiduciarios sem os descendentes legitimos. E nem tal restricção seria possivel sem manifesta incoherencia do testador, pois se a sua vontade era beneficiar os herdeiros de sua irmã, se isto dependia da condição suspensiva, ou acontecimento incerto da morte de suas duas filhas

sem descendentes legítimos, é bem claro que elle não cogitava dos filhos de D. Francisca, ou herdeiros desta ao tempo de sua morte, ella que era muito mais velha do que as filhas de seu irmão, e que portanto seria de presumir viesse a fallecer antes das fiduciarias.

Se assim fosse o testador teria escripto uma disposição para não ser cumprida, para caducar, como resolveu o Accordão.

Foi com essa arbitraria e erronea interpretação que aquelle Accordão chegou á seguinte conclusão: que a substituição fideicommissaria é inefficaz em favor de D. Anna Medella, porque esta, apesar de neta de D. Francisca, foi quem substituiu a herdeira fiduciaria D. Anna Oliva, e não foi sua mãe D. Anna Angelica que era a herdeira chamada á successão da referida D. Francisca, fallecendo a D. Anna Medella a qualidade de herdeira de D. Francisca por direito de representação e sim por transmissão. Quer dizer o Accordão embargado que o testador quando escreveu aquellas palavras «herdeiros de minha irmã D. Francisca» referiu-se a herdeiros por direito de representação, adoptando a distincção feita por Laurent D. C., vol. 9.^o, n. 70, que tambem foi indicada por Baudry Lacantinerie, embora logo por este combatida em sua obra *Precis de Droit Civ.*, vol. 2.^o, n. 140. Entretanto é incontestavel que nas citadas palavras do testador «herdeiros de minha irmã», que se pretende desvirtuar, nota-se logo que elle se referia a todos os que são *successiveis*, pois em todos os tempos, e até agora são assim chamados os herdeiros por Direito Romano, como se mostra em immensa serie de textos, por Direito Francez, como ensina Moulon, *Cours de Droit Civ. Français*, vol. 6.^o, pag. 268, e por Direito Patrio assentado em toda nossa jurisprudencia.

E o que é certo é que no rigor de Direito não ha tal distincção; a transmissão é o proprio direito de representação, porque se as pessoas mudam, são substituidas, os bens, a herança é sempre a mesma.

E devendo o interprete traduzir as palavras do testamento como são geralmente acceitas para traduzir a vontade do testador, admittir taes distincções seria correr o risco de substituir aquella vontade.

A sorte de uma herança deve regular-se pela suprema *ultima voluntas* do testador, diz Savigny, *D. Rom.*, § 393; mas na especie dos autos com as distincções do accordão embargado parece que não se consulta a vontade do testador.

Accresce finalmente que comprehendendo a verba testamentaria que se discute uma instituição fideicommissaria, e sendo esta fórma de succeder uma creação do direito universal, pela qual o chefe de familia, immobilizando parte do seu patrimonio, torna-o inalienavel para garantia de futuras gerações, como ensina Laurent, *Cours, Elem. de D. C.*, pag. 115, a sua caducidade agora decretada virá sacrificar a vontade do instituidor, alterando a natureza do fideicommisso. (Vide *Gaz. Juridica do Estado*, vols. IV, pag. 5, e X, pag. 45).

Foi com estes fundamentos que recebi o sembargos.

Pinheiro Lima.—Vencido de accôrdo com o voto do Sr. ministro Oliveira Ribeiro quanto a primeira preliminar e de meritis.
—*Canuto Saraiua.*—Vencido. V. de Almeida—Castro.

Sobre a intelligencia dessa verba testamentaria do testamento do Coronel Silva Castro e critica do Accordão retro vencedor, foi feita a seguinte proposta e dados os seguintes pareceres, publicados na «Gazeta Juridica do Estado», vol. XII, n. 1, anno IV, pags. 5 a 16, adiante transcriptos :

PROPOSTA

O coronel Silva Castro, pouco antes de fallecer, fez seu testamento, no qual se lê a disposição seguinte: «Deixo na minha terça as casas e quintal em que móro, e as duas terreas pegadas a ellas, ás ditas minhas filhas (Anna e Maria) e caso estas falleçam sem descendentes legitimos passarão aos herdeiros de *minha irmã* D. Francisca Xavier, sómente as de sobrado e quintal.»

A esse tempo D. Francisca Xavier tinha tres filhos.

Morto o Coronel Castro, falleceu mais tarde D. Francisca Xavier, e *depois* desta seus tres filhos, que deixaram descendentes.

As duas fiduciarias, Anna e Maria, *sobreviveram* aos filhos de D. Francisca Xavier.

Quando morreu a ultima fiduciaria D. Anna uma neta de D. Francisca apresentou-se na qualidade de fideicommissaria, pedindo entrega dos predios que constituiam objecto do fideicommisso.

Pergunta-se :

Qual a significação do termo *herdeiros* na disposição testamentaria transcripta ?

Quiz o testador designar por esse termo sómente as filhas de D. Francisca Xavier, ou todos e quaesquer descendentes da mesma ?

Por outras palavras, a néta de D. Francisca Xavier tem direito sobre os predios e quintal em questão ?

RESPOSTAS

Ao 1.º e 2.º

Parece que, no caso de que se trata, a palavra *herdeiros* foi tomada no sentido de significar descendentes :

1.º Porque o testador qualifica D. Francisca Xavier como sua irmã, o que faz crer que attendeu a uma razão de parentesco ;

2.º Porque não é de presumir que elle quizesse beneficiar a pessoas extranhas e incognitas, como seriam os herdeiros de D. Francisca Xavier, si ella, como era possivel, viesse a fallecer sem descendentes e lhe tivessem de succeder, por exemplo, herdeiros escriptos;

3.º Porque em casos de ambiguidade, como no presente, entende-se sempre que o testador teve em mente conformar-se com as leis da successão *ab-intestato*. (Dig. Port., III, art. 1553).

Mas, como ver-se-ha da resposta ao seguinte quesito, a questio resolve-se por outro principio de direito.

Ao 3.º

A verba testamentaria contem a deixa de um fideicommisso singular, sujeito a uma condição suspensiva com relação aos fideicommissarios.

Na dita verba foram declaradas legatarias fiduciarias as duas filhas do testador Anna e Maria e legatarios substituidos ou fideicommissarios os herdeiros de D. Francisca Xavier.

O fidei-commissario, como é sabido, adquire o seu direito desde o momento em que fallece o testador, ou logo se é herdeiro certo, ou no momento em que se torna certo. Os filhos de D. Francisca Xavier, por morte della, se tornarão seus herdeiros certos e por consequencia adquirirão o legado com a condição á que estava sujeito.

O legado condicional passa aos herdeiros do legatario, ainda mesmo antes de preenchida a condição, seja a condição suspensiva ou resolutiva.

Neste ponto o nosso Direito afasta-se do Romano (Mello Freire, III, 6, § 13; Rocha, § 700, Codigo Civil da Prussia ahi citado).

Isto posto, é fora de duvida que o direito ás casas de sobrado e quintal, condicionalmente legado aos herdeiros de D. Francisca Xavier e por elles adquirido, visto como por morte della se tornarão seus herdeiros certos, passou por morte delles e nos mesmos termos aos herdeiros desses herdeiros, isto é, aos herdeiros dos filhos de D. Francisca Xavier.

E, portanto, hoje que se acha preenchida a condição—fallecimento das fiduciarias sem descendentes—a neta de D. Francisca tem direito a haver o legado, no todo ou em parte, segundo fôr o caso.

Rio, 7 de Fevereiro de 1896.

Lafayette Rodrigues Pereira.

A palavra *herdeiros* é tão generica e de significação tão conhecida, na linguagem juridica e na vulgar, que se não pôde admittir que o testador por ella quizesse designar sómente os filhos de sua

irmã, com exclusão de quaesquer outros descendentes, que existissem ao tempo em que se verificasse a hypothese ou condição da transmissão do legado fideicommissario. Na interpretação dos testamentos a primeira regra de direito é procurar conhecer a vontade do testador. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.* D., L. 121, de reg. juris. Ora na verba proposta me parece evidente que a vontade do testador foi que o legado, por morte de suas filhas passasse aos descendentes dellas, e no caso que os não deixassem, fosse transmittido *aos descendentes* de sua irmã D. Francisca Xavier, só tendo usado da palavra *herdeiros* para não repetir a que foi empregada na proposição precedente—*descendentes legitimos*. Com effeito, não ha razão alguma para suppôr que o testador quizesse sómente favorecer os filhos de sua irmã, e não os nêtos; havendo toda razão para suppôr o contrario.

Mas ainda concedendo que a palavra *herdeiros* só se podesse applicar aos filhos que receberão a herança de D. Francisca Xavier, os nêtos desta que viviam quando se realisou a condição, tinham direito ao legado, porque seus paes, filhos de D. Francisca Xavier, sobreviverão ao testador ainda que não ás fiduciarias D. Anna e D. Maria.

Aberta a successão pelo fallecimento do testador, transmittem-se desde logo todos os direitos hereditarios; neste caso as legatarias fiduciarias D. Anna e D. Maria adquirirão o direito *effectivo* ou *immediato* ao legado, e os legatarios substitutos ou *fideicommissarios*, os filhos de D. Francisca Xavier, adquirir o o direito *futuro hypothetico* ou *eventual*, a que os romanos chamavam o *spes debitum iri*; e transmittirão esse direito a seus descendentes.

O direito romano só admittia essa transmissão da *spes debitum iri* nos contractos, recusando-a nas disposições hereditarias ou nos testamentos; mas não se fundava essa distincção em *boa razão*, e sim em motivos especiaes, como a necessidade da *adição* ou formal acceitação, o que não tem cabimento no nosso Direito, como demonstrou Mello Freire. Inst. Juris. Civil. Lus., liv. III, tit. VI, § XIII; opinião que seguem outros autores graves, como Coelho da Rocha, Mendes de Almeida, etc.

Entendo pois que a nêta de D. Francisca Xavier tem direito ao legado.

Rio, 13 de Fevereiro de 1896.

F. Franco de Sá.

Englobando os quesitos, respondo :

Na verba transcripta, na consulta, não pôde ser mais explicita a vontade que a inspirou; e pela qual se devem resolver as questões propostas; e é á essa vontade que principalmente se deve cin-

gir o interprete, pela regra *in conditionibus primun. locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.*

Essa vontade do testador foi beneficiar aos seus parentes, isto é, ás suas filhas ou descendentes dellas, e na falta destes aos herdeiros de sua irmã.

Assim a verba, *ipso facto*, exclue a successão de estranhos nos bens só legados a parentes.

A expressão *herdeiros*, já por sua generalidade, já pela vontade expressa pelo testador é, portanto, synonyma de *descendentes*. E quando houvesse duvida em contrario, se resolveria em favor da successão *ab-intestato*, pela regra «quando o testador designa alguns em nome colectivo, entende-se que designa aquelles, que devem succeder *ab-intestato*» *ubi testator vocat aliquos nomine colectivo, censetur eos vocare, qui debeant ab-intestato succedere.* (Per. Cald., Quest. For., L. 1, pag. 146.)

Demais, a verba testamentaria transcripta contem uma substituição fideicommissaria, isto é, o testador instituiu legatarias fiduciarias as suas filhas, e fideicommissarios os herdeiros de sua irmã D. Francisca Xavier, no caso em que as suas filhas morressem sem descendentes legitimos.

Contem pois a verba o caracteristico essencial da substituição fideicommissaria, que é a obrigação, em que fica constituido o fiduciario, de guardar, de conservar, para serem a outrem transmitidos, por morte delle os bens; e por esta razão é o fiduciario reputado usufructuario. (Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 718.)

Sobresahe, portanto, na verba testamentaria a intenção do testador de deixar ás suas filhas a propriedade dos bens, mas propriedade restricta pela obrigação de guardar e conservar os bens legados, propriedade resolúvel por terem de ser transmitidos por morte dellas: 1.º, aos seus descendentes; 2.º, e na falta destes, aos descendentes de D. Francisca Xavier, sua irmã.

Os filhos de D. Francisca, por morte do testador, adquirirão, portanto, direito eventual aos bens fideicommettidos ás filhas do testador, e sob a condição resolutoria de fallecerem ellas sem descendencia legitima.

Ora o direito eventual, que compete ao legatario fallecido depois do testador, transmite-se aos seus herdeiros, como ensina Mello Freire: *jus autem illud eventuale, quod legatario post testatorem mortuo competit, ad illius heredes transmittitur.* (L. 3, tit. 7, § 15, tit. 6, 13, Inst. Juris. Civ.)

Esta doutrina de Mello Freire, e dos juriconsultos, que se lhe seguirão, é apoiada na jurisprudencia e na pratica de julgar confirmada pelos praxistas, que o precederão.

Assim, pois, desde que as filhas do testador fallecerão sem herdeiros legitimos, o *direito* eventual que os herdeiros de sua irmã

havião adquirido, passarão em pleno dominio aos descendentes daquelles herdeiros, pelo preenchimento da condição resolutoria do legado.

E portanto a néta de D. Francisca Xavier tem pleno direito aos predios em questão.

S. m. j., é o meu parecer.

Rio, 13 de Fevereiro de 1896.

O advogado,

Manoel da Silva Mafra.

Para resolver a questão principal da consulta, formulada no ultimo quesito, ocioso me parece indagar qual o sentido da palavra herdeiros na verba transcripta.

Com effeito, ou se entenda que o testador quiz indicar os filhos então existentes de sua irmã D. Francisca Xavier, ou se responda que tomou a palavra herdeiros na significação de habeis para a successão legitima sem limitação de grau—em todo o caso, por morte de D. Francisca ficaram seus herdeiros certos os tres filhos, e adquiriram o legado, dependente de fallecerem as fiduciarias sem descendentes legitimos. O direito dos filhos de D. Francisca estava adquirido, e foi por elles transmittido aos seus herdeiros.

Mortas as fiduciarias sem descendentes, a néta de D. Francisca tem direito de haver o legado na parte que lhe tocar (V. Mello Freire, Instit. liv. 3, t. 16, § 13; Coelho da Rocha, Dir. Civ. art. 700).

Aos quesitos respondo :

1.º O testador empregou a palavra herdeiros no sentido de descendentes legitimos para não repetir esta expressão de que se servira mui proximadamente, e por consideral-a equivalente daquella.

2.º Prejudicado.

3.º O direito da néta de D. Francisca Xavier é incontestavel.

Rio, 17 de Julho de 1896.

Ubaldo do Amaral,

Advogado.

No caso exposto na consulta trata-se de um fideicommisso, em que são fiduciarias D. D. Anna e Maria, filhas do instituidor, e fideicommissarios os «herdeiros» de sua irmã D. Francisca Xavier.

Na expressão com que o instituidor caracterizou os nú-proprietários do fideicommisso, isto é, na expressão *herdeiros*, não ha especificação de pessoa previamente reconhecível senão por uma indicação de direitos successorios, direitos futuros, que só se encarnariam de modo permanente e definitivo, quando, fallecendo as fiduciarias, se verificasse a substituição fideicommissaria.

Durante a vida das fiduciarias os tres filhos de D. Francisca Xavier tinham uma expectativa de direitos ao fideicommisso, uma expectativa e nada mais ; e essa submettida a contingencias (a morte, a desherdação, etc.) que os podião eliminar do circulo dos *herdeiros* de sua mãe, e, em consequencia, despojal-os do attributo característico que o instituidor preceituara para qualificar o fideicommissario.

A determinação, pois, do fideicommissario dependia da condição «quum morietur», applicada á pessoa de D. Francisca Xavier, irmã do testador.

Fallecida esta, incorporava-se, *ipso facto*, na pessoa, já então certa, de seus herdeiros, o direito do fideicommisso.

O phenomeno da substituição fideicommissaria só tinha de aguardar, para operar-se, a morte das fiduciarias.

Mortas as fiduciarias, o fideicommisso teria necessariamente de consolidar-se em um dos dous sentidos seguintes :

- a) ou na pessoa dos *herdeiros das fiduciarias*, caso não existissem os herdeiros de D. Francisca ;
- b) ou na pessoa dos *herdeiros desta*.

Ora não se podendo contestar á néta a qualidade de *herdeira* da avó, parece-me evidente que, dada a sobrevivencia de D. Anna (néta de D. Francisca Xavier), a ella pertence, em obediencia á instituição testamentaria receber o objecto do fideicommisso, em plena propriedade.

Na designação vaga de *herdeiros*, usada em uma clausula beneficaria, sobretudo em um fideicommisso, sem uma palavra restrictiva do seu alcance a certa e determinada linha ou grau de descendencia,—que seria aliás facil ao mais rustico dos testadores,—ha uma clara preocupação da *familia*, na sua indeterminada successão. Quando o senso juridico lhe deixasse alguma duvida, a equidade natural supprimil-a-ia alargando-lhe, e não lhe amesquinando a esphera.

Em conclusão :

D. Anna, néta de D. Francisca Xavier, tem direito ao fideicommisso de que se trata.

E' o meu parecer, salvo mais esclarecido.

Rio, 15 de Julho de 1896.

Eduardo Ramos.

1.º O testador teve em vista os filhos da sua irmã D. Francisca, herdeiros presumptivos desta, existentes ao tempo em que elle testou.

2.º Respondido.

Morto o testador, os fideicommissarios sobreviventes, filhos de D. Francisca, adquirirão *ex tunc* direito ao legado, e, fallecendo transmittirão-n'ò aos seus descendentes:—C. da Rocha, § 719, n. 1, e arg. da Ord., liv. 4.º, tit. 87 pr.

3.º Portanto, mortas em seguida as fiduciarias Anna e Maria, toca o legado aos descendentes dos fideicommissarios, incluída no numero delles a néta de D. Francisca a que allude o quesito.

Rio, 24 de Março de 1896.

Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.

1.º Herdeiros são aquelles que tem direito á successão; e na ordem dos herdeiros legitimos, preferem :

1.º, os descendentes ;

2.º, os ascendentes ;

3.º, os collateraes ;

e na classe dos descendentes se comprehendem :

os filhos,

os nétos,

os bisnétos,

e todos os que se acham nesta linha.

Pereira de Carvalho, Primeiras Linhas Orph., §§ 31 e 32, notas 71 e 72.

2.º A palavra *herdeiros* de que serviu o testador não póde ter outra significação senão a dada na presente resposta.

Portanto, a néta de D. Francisca tem direito aos predios de se trata.

Salvo melhor juizo.

Rio de Janeiro, 24 de Março de 1896.

O advogado,

Dr. José da Silva Costa.

Tendo em vista a exposição da consulta, respondo que a expressão herdeiros na disposição testamentaria transcripta comprehende tambem os descendentes da fideicommissaria D. Francisca e portanto que a néta da mesma tem direito aos predios em questão.

§ 156

Ao Procurador da Republica, seus adjuntos e ajudantes compete officiar perante as justicas locaes nos feitos de capellas em que fôr interessada a Fazenda Nacional e promover o que fôr a bem de seus direitos aos residuos e aos vinculos que vagarem (Art. 32, n. II, da lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894)

«Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed ad ultiores refertur. Nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur.» (Digesto, liv. 50, tit. 16, fr. 65—Ulpiano.)

«Heredis appellatione omnes significari successores credendum est etsi verbis non sint expressi.» (Digesto, Ibi, fr. 170—Ulpiano.)

«Qui per successionem, quamvis longissimam defuncto heredes constiterunt, non minus heredes, intelliguntur quam qui principaliter heredes existunt.» (Digesto, liv. 50, tit. 17, fr. 194—Modestino.)

«Heres heredis est heres testatoris.» (Cujas, Commentario In., tit. XXXI, lib. III do Codigo Ad Leg. II.)

Admittindo e indicando excepções, Paulo tambem estabelece a mesma regra no Digesto, liv. 50, tit. 16, fr. 70, principio. «Sciendum est heredem etiam per multas successiones accipi: nam in paucis speciebus heredis appellatio proximum continet.»

As excepções são em poucos casos—paucis speciebus—diz o mesmo Paulo.

Essas excepções são as indicadas por elle no citado f. 70, princ., e § 1.º, e no f. 227, princ., e § 1.º do Digesto, liv. 50, tit. 16; por Ulpiano no Digesto, liv. 28, tit. 6, f. 8, § 1.º; por Modestino, no Digesto, liv. 28, tit. 6, f. 3, pela Instituta de Justiniano, liv. 2, tit. 16, § 7. Taes excepções, porém, não me parecem applicaveis á especie em questão. Referem-se ao caso em que a expressão *herdeiro* escripta no testamento (quisquis mihi heres erit) se deve entender sómente pelo herdeiro lntituído nominalmente no testamento. Quasi todas essas excepções se referem a substituição pupillar e as outras a casos especiaes do processo ou direito civil romano, tendo cada o seu motivo particular; e por isso mesmo que são excepções devem ser restrictas aos casos expressos, ficando todos os outros sujeitos á regra geral.

Este é o meu parecer, que submetto á mais auctorizada opinião.

Rio, 30 de Março de 1896.

Dr. J. E. Sayão de Bulhões Carvalho.

—Vide o artigo sobre a transmissibilidade *causa mortis* da *spes debitum iri* do fideicommissario nas substituições fideicommissarias do illustrado dr. Pedro Lessa, na Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo, anno de 1896, vol. IV, pags. 312 a 321, sustentando a affirmativa.

§ 457

No exame das capellas vinculadas deverá o Juiz Provedor de Capellas verificar :

1.º Se forão instituidas com a competente licença do poder competente (outr'ora poder régio) até a época em que começou a vigorar a lei prohibitoria de 6 de Outubro de 1835 (Alv. de 9 de Setembro de 1759, §§ 17 e 18), ou sem titulo para proceder na fórma do Decr. de 17 de Julho de 1679 ;

2.º Se existe legitimo administrador na fórma da instituição, ou se é illegitimo para fazer a sua incorporação aos proprios nacionaes, na fórma do Alvará de 14 de Janeiro de 1807, respeitado o direito dos herdeiros *ab-intestato* ;

3.º Se o seu rendimento é insignificante para serem abolidas de conformidade com o que determina o Alv. de 9 de Setembro de 1769, § 21 e seguintes, e Decreto de 10 de Novembro de 1798 ;

4.º Se os encargos são cumpridos para proceder segundo os Alvarás de 15 de Março de 1614, 22 de Outubro de 1642, 13 de Janeiro de 1615, 5 de Setembro de 1785, 9 de Março de 1787, 26 de Janeiro de 1788 ; Lei de 6 de Novembro de 1827, arts. 2.º o 3.º ; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, arts. 34, § 4.º, e 36 ;

5.º Se os bens se achão vagos, ou por falta de legitimo administrador, extincção de successão, ou commisso, afim de proceder na incorporação aos proprios nacionaes, na fórma da Lei de 28 de Setembro de 1629 ; Decr. de 17 de Julho de 1679 ; Alvs. de 23 de Maio de 1775, 2 de Dezembro de 1791, 14 de Janeiro de 1807 ; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, art. 49, § 2.º (Av. n. 85, de 28 de Maio de 1854.)

§ 458

No exame dos bens sujeitos a encargos pios, mas não vinculados, deve o Provedor de Capellas :

- 1.º Examinar se forão ou não cumpridos ;
- 2.º Se foi paga ou não a taxa de legados, salvo os casos excepcionaes ;

§ 459

Os vinculos insignificantes erão abolidos quando não produzião mais de 200\$000, livres de despesas. (Leis de 3 de Agosto de 1770, § 1.º, e de 9 de Setembro de 1769, §§ 21 e seguintes.)

§ 460

Os encargos dos vinculos não podião exceder á decima parte do rendimento dos bens ; e, se a decima parte não chegava, tinha logar a redução dos encargos pios. (Lei de 9 de Setembro de 1769, § 19 ; Alvará de 20 de 20 de Maio de 1796 ; C. da Rocha, § 139.) (185)

§ 461

Tomão os Provedores de Capellas contas aos administradores de encargos perpetuos testamentarios impostos em bens livres de vinculo, para se cumprirem pelos possuidores dos bens obrigados que passão para qualquer successor possuidor com o encargo de obras pias. (Menez., Juiz. Divs., cap. 11, § 16).

(185) O processo da abolição podia ser feito *ex-officio* ou a requerimento do administrador, e mesmo de terceiros ou herdeiros interessados. Era tratado summariamente, citava-se o administrador do vinculo para que dentro de um prazo marcado comparecesse em audiencia para se louvar em peritos que avaliassem os rendimentos dos bens vinculados, sob pena de revelia. Se era menor o successor do vinculo tratava-se de nomear préviamente tutor e curador *ad-litem*. Accusava-se a citação, seguia-se a nomeação e approvação de avaliadores, que, juramentados, davão os seus laudos ; e, conclusos os autos, erão julgados os bens insignificantes á vista do arbitramento para continuarem como vinculos, e havidos por allodiaes, e livres de encargos. Era extrahida a sentença que era confirmada pelo Desembargo do Paço. (Menez., Juiz. Div., cap. 11, § 15 ; C. da Rocha, §§ 505 e 506 ; C. Telles, Dig. Port., arts. 1463 e seguintes ; Per. e Souza, nota 983.)

§ 462

A Nação tem dominio fundado e inherente nos bens vinculados, e de capellas vagas por commisso, por falta de legitimo administrador, e extincção de successão, e assim devem ser sequestrados taes bens, e incorporados aos proprios nacionaes. (Gouveia Pinto, *Trat. de Succ. e Test.*, pag. 231; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851, arts. 44, § 5.º, 49, § 2.º) (186)

(186) Na falta de successão legitima por morte do ultimo administrador, n'ò havendo parente do instituidor até o 10.º grau, ou conjugue, se devolvem os bens, vago o vinculo, ao Thesouro Nacional, sem mais vinculaç. o. (Mello Freire, *liv. 3.º, tit. 9.º, § 26*; Lei de 9 de 9 de Setembro de 1769; C. Telles, *Dig. Port.*, vol. 2.º, n. 974, e vol. 3.º, arts. 1464 e 1465; Gouveia Pinto *cit.*, nota 2.ª: Lei de 6 de Outubro de 1835; art. 44, § 5.º, do Decr. de 2 de Outubro de 1851; art. 32, II da Lei n. 221, de 1894.

Dá-se commisso quando a vocação do administrador recahe sobre pessoa prohibida pela lei como se é chamada para successão como herdeira corporação de m. o. morta. (Gouveia Pinto *cit.*, *Alv. de 9 de Setembro de 1769*).

Incurso os bens em vacancia, por commisso, extincção dos legitimos successores até o 10.º grau, passão para a Fazenda Nacional independente de acção de reivindicacão, porque pelo mesmo factio e dominio que nelles tem a Nação, assim está determinado, não sendo o sequestro mais do que um meio de apprehender os bens, e fazel-os depois incorporar aos proprios nacionaes, servindo de titulo a sentença que o julgar procedente.

São os bens sequestrados; feito o sequestro, intima-se á parte para allegar o que fôr a bem da defesa, dentro de 10 dias, sob pena de lançamento e revelia, e de se julgar procedente o sequestro, devolvendo-se á Nação os bens sequestrados.

Accusa-se a citação, se a parte comparece póde pedir vista para embargar o sequestro; se não comparece, é lançada e julgado procedente por sentença o sequestro, e pela mesma sentença julgão-se vagos e devolutos os bens á Nação.

Requer o procurador do fisco a extracção da sentença, e, com o seu instrumento, a posse em nome da Nação, e, tomada esta, o juiz julga por sentença á vista do auto de posse, incorporados os bens aos proprios nacionaes; e com esta sentença lavra-se no livro do dominio nacional o respectivo lançamento.

Os embargos oppostos ao sequestro e incorporacão, quer pelos administradores, quer por terceiros que se julguem com direito successorio, são tomados em apartado quando consta com certeza que os bens são vinculados e que se achão effectivamente vagos. (*Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 7.º*)

§ 463

Compete ao Juiz de Capellas receber as denuncias das capellas vagas instituidas depois da Lei de 6 de Outubro de 1835. (Arts. 44, § 5.º, e 49, § 2.º, do Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

O Juiz de Capellas as supprimirá, e sequestrará os bens para a Fazenda Nacional.

§ 464

Deve o Juiz de Capellas proceder, ex-officio, á inquirição e informação de pessoas antigas do logar ou que tenham razão de sciencia, e a quaesquer deligencias necessarias para verificar a existencia de capellas usurpadas, ou cujos titulos se hajão sonogado, procedendo a este respeito como determina a Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 51. (Alv. de 23 de Maio de 1775, §§ 10 e 11 ; Alv. de 14 de Janeiro de 1907, §§ 2.º e 3.º ; art. 44, § 2.º, do Decr. n. 834 cit.)

§ 465

Compete aos Provedores de Capellas e aos Juizes de Direito em correição, crear, quando o não haja, um livro proprio e especial para o lançamento das capellas exis-

Incorporados os bens, são vendidos em hasta publica ou dá-se-lhes o destino que fôr especialmente designado pela Lei, pelo Governo ou Congresso.

O producto de taes bens, vendidos em hasta publica, constitue uma verba de receita da Nação, como se vê das leis de orçamento ; e tem applicação em garantir a divida publica. (Lei de 15 de Novembro de 1827, art. 68, § 2.º ; Man. do Proc. dos Feitos, § 461, notas 841, 842 e 843. Gouveia Pinto, Trat. dos Test., pag. 231, nota 3.^a, opina que se torna necessaria a propositura de acção ordinaria de reivindicção, ficando ao possuidor o onus da prova da successão legitima, ou direito por que lhe pertencão os bens, e não á Fazenda Nacional, por ter o seu direito fundado na vacancia, como se deduz do Alv de 9 de Agosto de 1759 e Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. 2.º, § 2.º).

Ao Juiz de Capellas só cabe a declaração da vacancia, o promover a incorporação cabe aos procuradores da Fazenda Nacional. Vide Souza Bandeira, nota 343 ao § 327.

tentes, abrindo para cada uma um titulo, no qual se especifique a sua instituição, tomo, rendimento, e a enumeração de bens de qualquer especie, e deixando margem larga em branco para as occurrencias que apparecerem. (Alv. de 23 de Maio de 1775), declarando aquellas a respeito das quaes se tiver procedido nos termos dos §§ 2.º e 3.º do Alvará de 14 de Janeiro de 1807. (187

CAPITULO XXXV

CORPORAÇÕES DE MÃO-MORTA

§ 466

Corpo de mão-morta (*main-morte*) é toda aquella corporação ou commuidade que é perpetua, e que, por uma subrogação de pessoas que se julgão sempre as mesmas não soffre mudança alguma pela morte de alguma dellas, ou de seus membros, ficando seus bens em amortização e fóra do commercio commun. (Gouveia Pinto, *Trat. de Succ.*, pag. 322, cap. XLII.) (188)

(187) Vide Souza Bandeira, Novo Procurador dos Feitos, desde § 320 a 329 e notas e o mais que escrevi nas anteriores edicções, tendo escripto sobre a materia, parte hoje sem vigor.

(188) Guyot citado por Dalloz, verb. *établissement public*, diz que são corporações de mão-morta todos os corpos e commuidades que, por uma subrogação de pessoas, são tidos sempre os mesmos e não produzem nenhuma transferencia de bens por morte.

Souza Bandeira (Novo Proc. dos Feitos, § 331) diz que são instituições de mão-morta os estabelecimentos ou fundações permanentes que têm um fim publico, religioso, de piedade, beneficencia ou instrucção.

Dentre ellas, umas são as sociedades ou commuidades, como as collegiadas, cabidos, confrarias, irmandades, outras não, como as egrejas e capellas.

Todas eram designadas pelo nome de corpos ou corporações de mão-morta, diz C. da Rocha, § 75, por estarem sujeitas ás leis de amortização. As camaras municipaes não se consideravão taes. (Aviso n. 4, de 15 de Janeiro de 1844; Borges Carneiro, *Direito Civil*, § 306, nota A; *Consolid. das Leis Civis*, § 70; *Man. do Proc. dos Feitos*, § 162, nota 312).

Não o são as companhias ou sociedades anonymas, que se regulam por leis especiaes; as corporações ou instituições litterarias particulares (Ribas, *Direito Civil*, vol. II, tit. IV, cap. V, § 5.º) e os estabelecimentos, ainda que pios, mantidos pelo Governo, e que se devem reputar repartições publicas.

§ 467

Eram corporações de mão-morta as Igrejas, Cathedraes, Ordens Religiosas, Ordens Terceiras, Confrarias, Cabidos, Misericordias. Irmandades, Hospitales, Hospicios e Fabricas de Igreja. (Ord., liv. 2.^o, tit. 18; Alvs. de 4 de Julho de 1768, 12 de Maio e 9 de Setembro de 1769; Prov. de 14 de Maio de 1770; Alv. de 20 de Julho de 1793; Decr. de 15 de Março de 1800; Lei de 18 de Outubro de 1806, § 2.^o; Provis. de 20 de Março de 1820 e 19 de Dezembro de 1833; Avis. de 19 de Outubro de 1837, 5 de Fevereiro de 1840; Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 49, § 2.^o)

§ 468

Não existem actualmente corporações de mão-morta em face das leis da amortização prohibitivas da aquisição e pösse de bens de raiz. (189)

(189) Dizemos *em face das leis de amortização*, pois que, si corporação de mão-morta é todo corpo ou comunidade que por uma subrogação de pessoas é tido sempre o mesmo e não produz nenhuma transferencia de bens por morte, ainda subsistem taes corporações; mas, si corporações de mão-morta assim o são e si dizem taes por estarem sujeitas ás leis de amortização, como o diz C. da Rocha, § 75, não temos taes corporações, cujos bens ficavam em amortização e fóra do commercio commum.

Actualmente taes corporações podem adquirir por titulo oneroso ou possuir por qualquer titulo bens de raiz, sem dependencia de especial concessão, na fórma da Ord., liv. II, tit. XVIII *princ.*; podem adquirir por doação ou legado sem obrigação de alienar no prazo de seis mezes, contados de sua entrega, e de converter o producto em apolices da divida publica fundada, revogados a Lei n. 1225, de 20 de Agosto de 1864, e Decreto n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870, e todas as leis de amortização pelo artigo 72, § 3.^o, da Constituição Politica Federal, como se vê declarado nos Avisos n. 35, do Ministerio do Interior, de 11, e n. 80, do Ministerio da Justiça, de 31 de Dezembro de 1891, e seus bens podem ser penhorados.

Que não temos corporações de mão-morta se vê julgado pelo accordão seguinte, do Supremo Tribunal Federal:

ACCORDÃO

N. 85.—Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinario entre partes: recorrente o Mosteiro de S. Bento da capital do Estado da Parahyba, recorrido José Caixão Rodrigues da Silva.

Considerando que na acção proposta pelo recorrente, affim de ser declarada nulla a permuta de casas feita entre o ex-abbade daquelle mosteiro e o recorrido, se allegou, entre outros motivos, o da inobservancia da Lei de 9 de Dezembro de 1830, que pela parte contraria foi allegado estar revogada e que o Superior Tribunal de Justiça daquele Estado, julgando o feito em grau de appellação, decidiu contra a vigencia e applicabilidade da dita lei;

Considerando que cabe recurso extraordinario, nos termos do artigo 59, § 1.º, da Constituição Federal, quando se questão sobre validade ou applicabilidade de lei federal e a decisão de ultima instancia do tribunal do Estado fôr contra ella, o que precisamente dá-se na hypothese vertente, conhecem por estas razões do presente recurso;

Considerando, porém, que a decisão da ultima instancia das justiças do Estado da Parahyba, da que se recorre, não ferio lei federal, *visto estar revogada a lei de 9 de Dezembro de 1830 pela disposição do art. 72, § 3.º, da Constituição da União, e pela lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, como acertadamente já haviam previsto os Avisos n. 35, de 11, e n. 89, de 31 de Dezembro de 1891;*

Considerando que a Justiça Federal não pôde intervir em questões da competencia dos juizes e tribunaes dos Estados, nem annullar ou suspender suas decisões, que aliás põem termo aos processos e questões, exceptuados os casos expressamente declarados nos arts. 61 e 62 da Constituição;

Considerando que está comprehendido nesse preceito a materia, que foi objecto da acção proposta e debatida perante as justiças daquele Estado, negão provimento ao recurso e condemnão o recorrente nas custas.

Supremo Tribunal Federal, em 19 de Outubro de 1896.—*Aquino e Castro*, presidente.—*Pindahyba de Mattos*.—*H. do Espirito Santo*.—*Bernardino Ferreira*.—*Pereira Franco*.—*Ribeiro de Almeida*.—*Macedo Soares*.—*Figueiredo Junior*.—Foi voto vencido o sr. *Americo Lobo*.—Esteve presente o Procurador da Republica, *Souza Martins*.

Cessaram, portanto, todas as disposições legaes a respeito, assim revogados estão a Lei n. 1764, de 28 de Junho de 1870, art. 18, ordenando que, no prazo de dez annos, fossem convertidos em apolices intransferiveis da divida publica interna os predios rusticos e urbanos e terrenos das Ordens Religiosas não comprehendidos os conventos e suas dependencias, lei que não teve execução, e bem assim o Decreto n. 9094, de 22 de Dezembro, de 1883 o qual estabeleceu um processo administrativo summario para a desamortização, e que, no dizer de Souza Bandeira, foi lettra morta (Nov. Proc. dos Feitos, nota 352).

Cessou o processo de sequestro com a devolução á Nação e pedidos de licença, com pagamentos de direitos, para aquisição e conservação dos bens.

Actualmente devem cessar essas leis excepcionaes de imposto relativamente a taes corporações devendo gozar das disposições de direito commum, assim devendo cessar a decima addicional para semelhantes corporações e impostos deseguaes.

Em S. Paulo, pela lei n. 380, de 23 de Setembro de 1895, que fixára a despeza e orçara a receita para o exercicio de Janeiro

de 1896 se equipararam os impostos no art. 28, que assim se expressa :

«As casas pertencentes a conventos ou outras corporações de *mão-morta*, a que refere-se o § 2.º do art. 10 da lei n. 86 A, de 25 de Junho de 1881, ficam equiparadas, para pagamento do imposto predial, ás do § 1.º do mesmo artigo», isto é, pagarão sómente 17 %, como qualquer particular, e não 34 %, como outra, no tempo do Imperio.

Em Pernambuco, os bens das irmandades e companhias não soffrem o pesado imposto excepcional, e o confirma o artigo 3, § 8, da Lei n. 197, de 30 de Junho de 1896, a do orçamento que estabelece um só imposto, o de 10 %, sobre os predios urbanos, sítos nos municípios do Recife e Olinda.

O mesmo, quanto ao Estado da Bahia.

Publicamos o parecer do distincto juriconsulto dr. Ruy Barbosa a respeito, apresentado pelo vereador Vieira Fazenda, por occasião de proferir seu discurso no Conselho Municipal no Districto Federal, em 16 de Dezembro de 1896 e que se vê publicado no «Jornal do Commercio» de 18 do mesmo mez e anno, o qual é o seguinte:

«O projecto municipal n. 130 A, destinado a regular a cobrança do imposto predial, prescreve que, no exercicio vindouro, esse tributo se cobrará á razão de 24 % sobre o valor locativo dos predios, «sendo convento, ordem terceira ou corporação de *mão-morta*» o contribuinte. (Art. 2.º, § 1.º, n. 1.)

Essa disposição ignora completamente o nosso regimen constitucional, imaginando, por uma aberração inconcebível sob o código politico de 24 de Fevereiro, a existencia de corporações de *mão-morta*.

E' desconhecer o que significa esta palavra, ou esquecer o direito firmado, em termos irrefragaveis, na Carta da Republica.

Mão-morta,—definiremos nós—é o systema de instituições de excepção, a que a lei civil submete, especialmente quanto ao direito de propriedade, sua aquisição, seu exercicio e sua transmissão, as entidades collectivas, cujo patrimonio, por interesses de ordem publica, se quer limitar.

Ella está ligada, entre nós, ás *leis de amortização*, cuja origem se acha no acto promulgado por D. Diniz em 21 de Março de 1329, incorporado em 1521, nas Ordenações Manoelinas. (Liv. 2.º, tit. 8), depois nas Philippinas (liv. II, tit. 18) modificando-se successivamente com o Decreto de 16 de Setembro de 1817, a Lei de 27 de Setembro de 1828, a Lei de 9 de Dezembro de 1830, a Lei de 12 de Agosto de 1834, a Lei n. 262, de 18 de Setembro de 1845; o Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851; a Lei n. 369, de 26 de Setembro de 1857; a Lei n. 1225, de 20 de Agosto de 1864; o Decreto n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870; a Lei n. 1764, de 28 de Junho de 1870, art. 18, e Regulamento n. 9094, de 22 de Dezembro de 1883.

Essa legislação contraria ao desenvolvimento das associações religiosas (irmandades, ordens terceiras, asylos, capellas, hospitaes, seminarios, fabricas de egrejas, communidades acatholicas, ordens regulares ou monasticas), feriu-as na liberdade, na vida, na propriedade, pondo-as, a todos esses respeitos, mais ou menos strictamente *fóra do direito commum*.

Com relação ás Ordens Religiosas, particularmente, a idéa dominante era a da sua suppressão gradual, adoptando-se, para ir ter a esse fim, um plano que abrangia todo um systema de medidas indirectas, observado até aos nossos dias com uma persistencia realmente notavel em um paiz sujeito ao regimen fluctuante das maiorias parlamentares (Dr. João C. de Souza Bandeira, *Étude sur le régime légal des corporations de main morte au Brésil—Bulletin de la Société de Legislation Comparée*, vol. 22, pags. 583 e 584).

Sob a influencia desse pensamento bem cedo se implantou na administração brazileira a noção de que as ordens monasticas, destinadas á extincção em um futuro proximo, pela abolição do noviciado, erão, quanto aos seus bens, meras detentoras, administradoras e usufructuarias de um patrimonio, cujo dominiò directo pertence ao Estado. (Ordens do Thesouro, n. 81, de 15 de Março de 1853; ns. 415 e 417, de 15 de Setembro de 1865; n. 436, de 22 de Setembro do mesmo anno.)

De taes normas decorria naturalmente para a auctoridade legislativa o direito de taxar com gravames especiaes os bens das Ordens Religiosas. Entre a severidade desses onus e a do confisco pronunciado pelo artigo 44 da Lei de 1845, sobre os immoveis, objecto de legado ou doação em beneficio dessas corporações, que não fossem convertidos, no prazo de seis mezes, em titulos da divida publica, não havia differença essencial. Successor universal das Ordens Religiosas e senhor directo das suas propriedades, como se considerava, o Estado, que se arrogava a faculdade de absorvel-os, podia, com maioria de razão, impor-lhes sobre as vendas os tributos mais pesados. Por isso, emquanto os outros proprietarios pagavão o imposto predial, ou decima urbana, que a Lei de 3 de Outubro de 1834, arts. 36 e 39, transferiu para os orçamentos provinciaes, se instituia, para os immoveis urbanos das corporações de—*mão-morta*—. além da contribuição commum a toda propriedade immobiliaria nas cidades, a segunda decima, ou adicional de 12 1/2%. (Lei de 22 de Outubro de 1832; Regulamento n. 152, de 16 de Abril de 1842; Lei n. 1507, de 26 de Setembro de 1867, art. 17, § 6; Decreto n. 8051, de 18 de Outubro de 1878, art.º 3, § 2.)

Abolindo, pelo Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, o padroado, e fundando a liberdade dos cultos, o Governo Provisorio estendendo-a (arts. 2 e 3), não só aos individuos, «senão tambem ás egrejas, associações e institutos, em que se acharem aggremiados, prescreveu no art. 5.º:

«A todas as egrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, *sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta*, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.»

Por esse actó legislativo, pois, as Corporações Religiosas, plenamente livres em tudo o mais, ficavão, comtudo, adstrictas ás leis de—*mão-morta*—quanto ao regimen dos bens. Subsistia assim no Governo o arbitrio de limitar-lhes a acquisição, a administração e transmissão, isto é, de submeter-lhes a propriedade a leis de suspeita e excepção, mais ou menos rigidas, mais ou menos absorventes.

No projecto da constituição republicana, formulado pelo Governo Provisorio mediante os Decretos n. 560, de 22 de Junho, e n. 914 A, de 28 de Outubro de 1890, se continuou a subordinar o patrimonio das Corporações Religiosas á tutela do Poder Publico. «Todos os individuos e confissões religiosas, dispunha o art. 72, § 3, podem exercer o seu culto publica e livremente, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados os limites postos pelas leis de—*mão-morta*.»

A constituinte, porém, eliminou de um traço o principio em vigor no direito patrio, desde 1329 até 1890, substituindo a clausula «observados os limites postos pelas leis de *mão-morta*.», em vez daqual adoptou esta outra, essencialmente opposta: «observadas as *disposições do direito commum*.»

O § 3.º do art. 72 veio a ficar assim redigido:

«Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do *direito commum*.»

«Disposições de *direito commum*» e «leis de *mão-morta*» são conceitos realmente antagonicos um ao outro. A *mão-morta* é um regimen de preceitos caracteristicamente excepcionaes, destinados a restringir a certas corporações os direitos de liberdade e propriedade. Regeitando, pois, a phrase, que as conformava ás leis de *mão-morta*, e trocando-a na que as põe sob o *direito commum*, a Constituinte aboliu radicalmente a *mão-morta* das antigas leis, e estabeleceu em todos os sentidos, inclusive no que toca á aquisição, á administração, á alienação da propriedade immovel, a liberdade das associações religiosas.

Por esse lado, o nosso regimen constitucional é o mais liberal de quantos existem. «Basta comparar as disposições da lei brasileira com as das legislações mais adiantadas, para ver todo o alcance das innovações introduzidas. O Brazil não admite limitações ao direito de associação: não prohibe os conventos, como em França ou na Italia; não tem o regimen da *Incorporation Chart*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, nem o da declaração de utilidade publica, como a administração franceza; não limita a quantidade dos bens que as corporações podem possuir; nenhuma formalidade especial se lhes impõe na aquisição delles, differentemente do que se dá em quasi todas as legislações modernas; não se encontram, si quer, as poucas regras observadas quanto á administração dos *vacoufs* nos paizes musulmanos. Está, por conseguinte, o Brazil numa situação de todo em todo excepcional, para experimentar affoitamente a mais profunda modificação, conhecidas as tradições do direito civil, concernentes ás associações dessa natureza». (Dr. Souza Bandeira, obra citada, pag. 594).

Sob o regimen de ampla liberdade, em que vivem nos Estados Unidos, as associações religiosas estão longe, todavia, da situação que lhes reconhece a nossa lei fundamental. Alli os corpos collectivos se achão subordinados, quanto ao direito de propriedade, ás restrições estabelecidas, para cada caso especial, pelo poder legislativo, do qual cada corporação, ao constituir-se, recebe, na sua carta de incorporação, uma somma de facultades limitadas. A carta, decretada por acto da legislatura, é, no tocante ao patrimonio dessas entidades, a origem de todo o direito.

«Não se adoptarão, nos Estados Unidos, as leis inglezas de amortização (*mortmain acts*), destinadas a obstar á accumulção da propriedade immobiliaria nas mãos do clero. A praxe, porém, estabeleceu que, nas cartas de incorporação das associações religiosas, se taxe a importancia ou valor da propriedade, cuja aquisição ou posse se lhes permite; de modo que, em se excedendo esse limite, o Estado as prive do excesso, depois de verificado.» (Thomas Cooley, *Corporations. Lator's Cyclopaedia of Political Science*, vol. 1.º, pag. 665—Vide Dillon, *Law of Municipal Corporations*, vol. 2.º, pags. 624 a 658.)

Essa tutela, porém, conferida á legislatura americana, seria incompativel com os termos expressos da Constituição Brasileira, que afiança as corporações religiosas, entre nós, no tocante á aquisição dos bens, o *direito commum*. Como proprietarias, pois, a sua capacidade juridica se acha constitucionalmente equiparada á do proprietario commum, segundo as leis geraes que regularem a propriedade, individual ou collectiva. Não pôde o legislador, portanto, cerceal-a por disposições de character peculiar, que as desfavoreçam, reduzindo-as a situação inferior ás das associações não religiosas; porque isto seria excluir-as do *direito commum*, que o art. 72, § 3.º, da Constituição peremptoriamente lhes garante.

Ora, um dos meios mais poderosos de excluir do direito commum as associações religiosas é a desigualdade no imposto entre essas e as demais associações. A auctoridade, que, na Republica, dispuzesse do arbitrio de onerar com impostos excepcionaes essas associações, exerceria de facto o poder de vexal-as, de opprimil-as, de extinguil-as, nullificando assim, não só o direito commum da propriedade, que o pacto federal lhes assegura, como a propria liberdade de existencia e acção, que a faculdade tributaria, exercida prohibitivamente, lhes supprimiria. Todo imposto discriminativo contra as aggremações religiosas será uma infracção do direito commum, em que a prescripção constitucional as investio.

Esta doutrina é obvia, nasce directa, manifesta e irrefragavelmente da letra constitucional, com a qual está de accôrdo assim o seu espirito, como a sua historia. Nenhuma necessidade ha de auctorizal-a com actos de interpretação legislativa. Só por um erro palmar, cuja origem se filia ás nossas antigas instituições, se tem vulgarizado a noção que torna dependentes da interferencia regulamentar do Congresso direitos expressamente firmados pela Constituição Republicana. Os actos do Congresso podem ser inconstitucionaes. Pôde succeder que elle se desvie da Constituição, no interpretal-a. Si, deliberando sobre a sua intelligencia na especie vertente, a legislatura federal excluísse do direito commum, em materia de imposto, as corporações religiosas, nem por isso a causa destas estaria vencida. O interprete supremo da Constituição é o Poder Judiciario, e não o Legislativo. Deste recorre-se para aquelle. Daquelle não ha recurso a não ser para elle mesmo, em pontos de legalidade constitucional.

Postas estas considerações, responderei aos quesitos formulados.

I

Não. A Constituição Federal aboliu radicalmente as leis de *mão-morta*.

§ 469

Abolidas as leis de amortização pelo preceito constitucional, as corporações religiosas ficam equiparadas ás demais associações, sujeitas tão somente ás normas do direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas juridicas em geral. (190)

II

Não. Nem a União mesma, quanto mais uma legislatura municipal, teria o direito de lançar taxas de excepção sobre a propriedade das corporações religiosas. O imposto em questão é inconstitucional e, portanto, incapaz de obrigar o constituinte. Este não pôde ser constrangido a pagal-o.

III

Decretado o imposto, as corporações, de quem a Municipalidade o exigir, devem aguardar a execução fiscal, e ahí, em defeza, allegarem o direito que lhes assiste.

Se a sentença lhes fôr contraria, confirmada que seja em ultima instancia, dessa decisão hes tocará, para o Supremo Tribunal, o recurso da Constituição—art. 50, § 1.º, A.

(190) A antiquissima legislação reinicola, transportada para o direito patrio, instituiu a tutela do poder publico sobre as corporações de mão-morta, tutela que se traduzia por minuciosa fiscalização acerca de tudo o que se referisse á economia de taes pessoas juridicas.

Pelo rigor das prescripções a que eram submettidas, distinguam-se entre as corporações de mão-morta, as ordens regulares, tambem chamadas, comquanto impropriamente, ordens religiosas.

Sem prévia auctorização do governo não podiam ser fundadas, admittir novicos, fazer quaesquer contractos onerosos sobre suas propriedades, adquirir bens de raiz, e os bens desta natureza, que possuissem, deviam ser convertidos em apolices intransferiveis da divida publica, no prazo de seis mezes, sob pena de commisso, salvo os destinados á edificação de egrejas, capellas, cemiterios extra-muros, hospitaes, casas de instrucção e quaesquer outros estabelecimentos publicos.

Nem mesmo lhes era permittido permutar bens de raiz por apolices sinão mediante licença do poder civil.

Tal era o que dispunham, entre outros actos, as provisões de 26 de Junho e 22 de Agosto de 1768, a Lei de 9 de Dezembro de 1830, os Avisos de 19 de Maio de 1855 e 18 de Fevereiro de 1862, a Lei de 28 de Novembro de 1849, o Decreto Legislativo n. 1225, de 20 de Agosto do 1864, e decreto n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870.

De módo que, limitada no tempo a existencia de taes corporações, pela prohibição do noviciado, e instituida a mais severa inspecção sobre a administração de seus bens, reverteria para a Nação, no decurso de um prazo mais ou menos dilatado, o pa-

trimonio daquellas ordens, cuja successão seria por ella addida como herdeira de bens vagos.

Quanto ás outras corporações de mão-morta, deviam submeter seus compromissos á confirmação do poder civil; não podiam igualmente possuir immoveis por mais de seis mezes, sem licença do governo, o qual somente a concedia em casos expressos, quaes os de serviço das proprias corporações ou outro fim pio.

Salvo estes casos, deviam os immoveis que possuíssem ser convertidos em apolices, condição a que estavam igualmente sujeitos os bens que de futuro fossem adquiridos.—Ord., liv. 2.º, tit. 18; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2.º, § 11; Acto Adicional, art. 10, § 10; Aviso de 17 de Agosto de 1863; Lei n.º 369 de 18 de Setembro de 1845, art. 44; Decretos n. 1225, de 20 de Agosto de 1864, e n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870.

«A inspecção do governo sobre essas pessoas juridicas era ainda exercida por intermedio do Juizo da Provedoria, ao qual competia fiscalizar a observancia das leis em vigor quanto á posse dos bens, á eleição das respectivas mesas, á execução dos compromissos, á administração dos estabelecimentos, á manutenção do culto, á arrecadação da renda e sua applicação, aos aforamentos dos bens e quaesquer outros contractos—Ord., liv. 1.º, tits. 50 e 62; Decretos n. 834, de 2 de Outubro de 1851; n. 2711, de 19 de Dezembro de 1860, e Decreto citado n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870.»

Tal era, em seus lineamentos geraes, o character das leis da amortização. Decretada, porém, a separação da Igreja e do Estado pelo Governo Provisorio, tornou-se de mister, que consoante ao espirito desse acto, se afrouxasse quanto possivel o rigor da inspecção minuciosa do poder publico sobre as corporações de mão-morta, mantidos, entretanto, os limites postos pelas leis citadas, nos precisos termos do art. 5.º do Deer. de 7 de Janeiro de 1890.

Em consequencia desse ultimo acto, firmou-se por varias decisões do Ministerio do Interior, quanto ás corporações de mão-morta, em geral, o principio de absoluta liberdade de aggrêmiação, conservada, porém, a interferencia do governo no tocante á execução das leis de amortização; e quanto ás ordens monasticas mantiverão-se os limites oriundos do direito de successão sobre seus bens garantido pela nova lei civil e então pela Constituição decretada pelo Governo Provisorio da Republica.

Mas, posteriormente, a Constituição promulgada pelo Congresso Nacional a 24 de Fevereiro de 1891 dispoz no art. 72, § 3.º, que—«Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.»

É no § 24 do mesmo artigo: «E' garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.»

Do confronto destas disposições resulta que as leis de amortização forão revogadas em sua totalidade. Permittido livremente o ingresso em profissão religiosa; facultado ás associações de qualquer natureza constituirem-se sem dependencia do poder publico, observadas tão somente as regras do direito civil; extinto o padroado e seus consectarios, cessou a tutela que o Estado exercia sobre taes pessoas juridicas. Nem mesmo quanto ás or-

CAPITULO XXXVI

ORDENS RELIGIOSAS

§ 470

Sem prévia auctorização do poder civil e bastando a licença da Sé Apostolica, podem ser fundadas ordens religiosas, sujeitas tão somente ás normas de direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas juridicas em geral. (191)

dens regulares é cabivel a intervenção do Governo, pois que a successão eminente, que ao Estado competia sobre o patrimonio daquellas ordens, teria ficado adiada definitivamente, pela permissão do noviciado, garantido pelo art. 72, § 24, além de haver-lhes assegurado a Constituição a plena liberdade sobre seus bens.

Esta intelligencia é ainda confirmada pelo elemento historico, pois que da discussão havida no Congresso Nacional se deprehe de qual o intuito do legislador quando consignando o § 3.º do art. 72 do projecto de Constituição, as expressões «observados os limites postos pelas leis de mão-morta»; em segunda discussão foi approvada a emenda substitutiva que prevaleceu, «observadas as disposições de direito commum»; sendo desta arte abolidas as leis de excepção, ficando as ditas corporações equiparadas ás demais associações, sujeitas tão somente ás normas do direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas juridicas em geral.

(Aviso do Ministerio dos Negocios do Interior, de 11 de Dezembro de 1891, sendo ministro o illustrado jurisconsulto dr. José Hygino Duarte Pereira, actualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, em resposta á representação dos Bispos das Dioceses do Rio de Janeiro e Olinda, sobre o regimen legal dos bens das corporações de mão-morta em face dos principios constitucionaes.)

(191) E' mantida a liberdade de fazer cada um votos a Deus, de abraçar a vida religiosa, si esta lhe esta parecer mais commoda ás exigencias intimas de sua alma, de associar-se para fins religiosos e moraes, sem nenhuns estorvos; não ha mais prohibição de novos conventos, de admissão de noviços nacionaes ou estrangeiros e nem o confisco das propriedades religiosas.

Outr'ora não se podia estabelecer ou fundar conventos e admittir noviços sem licença do poder civil (Vide as Cartas Regias citadas por Borges Carneiro, vol. 1.º, § 75, pag. 293, nota *b*, e Lei de 12 de Agosto de 1834, art. 10, § 10.)

Estão revogadas todas as leis prohibitivas de testar e de succeder, relativamente aos religiosos e religiosas, pois em face da lei civil não importa a profissão actualmente a perda da vida civil e privação de direitos que dá a sociedade civil; pois si a profissão é renuncia ao seculo e á sociedade civil, não opéra effeitos temporaes desde que foi separada a Igreja do Estado,

cessando, portanto, todas as inibições legais impostas áquelles que abraçaram o estado religioso.

Serão os conventos os legitimos proprietarios dos bens adquiridos e deixados por seus religiosos ?

T. de Freitas, *Consolid. das L. L. Civis*, arts. 991 e 992, nota 54, diz que o são; mas os conventos nada adquirem a titulo de herança ou legado, só arrecadam quanto é seu, e de direito lhes pertence, como propriedade sua; pois que os religiosos, em virtude de suas regras, ainda que tenham quaesquer empregos fóra do claustro, nada adquirem, nem possuem em seu nome, e sim no dos conventos a que pertencem; sendo-lhes, apenas, permitido despende o strictamente necessario para sua subsistencia. (Aviso de 5 de Setembro de 1839 e Ord. de 5 de Novembro de 1840.)

Mas, si pelo voto de pobreza os religiosos se privão de propriedade ou bens proprios e tudo que adquirem e possuem adquirem e possuem em nome dos conventos a que pertencem, poderão testar ou ainda subsiste a prohibição dos religiosos professos testarem ?

Julgo que esse voto de pobreza não póde operar effeitos na sociedade civil, não podendo dar-se a privação de direitos de propriedade sinão pelos modos de direito, e entre nós, actualmente, bem diversamente do Chile e outros paizes, não termina a personalidade, relativamente aos direitos de propriedade, pela morte civil, que é a profissão solemne, executada conforme as leis em instituto monastico reconhecido pela Igreja Catholica. (*Consolid. das L. L. Civis*, nota 6.^a da *Introdução*, 3.^a edição.)

Dir-se-á na sociedade civil se é livre de doar, de se conventionalizar adquirir para outrem; mas a doação de todos os bens é vedada, não é licita a convenção de se morrer civilmente, isto é, nas relações com o Estado, ninguém podendo privar-se de sua inteira personalidade e da liberdade de testar do que é seu. (Ord., liv. 4.^o, tit. 70, § 3.^o)

O voto de pobreza poderá ter effeitos no claustro e não fóra d'elle, perante o estado civil, não reconhecendo a lei civil a profissão religiosa como modo de privação de direitos civis e por ella reputando-se os direitos de sangue extinctos.

Assim, o religioso que tambem faz voto de castidade, não está impedido de casar-se civilmente, porque o voto referido só o adstringe á obediência ás regras espirituaes e canonicas de seus conventos.

A renuncia geral dos bens presentes e futuros, havidos e por haver, sem reserva de parte alguma de bens, importa a morte da personalidade na sociedade civil, relativamente ao complemento della, que é a propriedade, e as leis não permitem o suicidio.

A lei respeita o direito do individuo de isolar-se da sociedade, fazer votos nas communidades para fins moraes e religiosos; mas não permite a falta de subordinação ao direito commum, não vendó a lei civil no religioso aquelle que renuncia voluntariamente a sociedade civil pela profissão religiosa; mas, sim, nelle um particular, sujeito ás suas determinações e revogadas as disposições civis legais tendo por motivo o caracter religioso do individuo.

Borges Carneiro diz, no § 83 do 1.^o volume de *Direito Civil*: tudo que o religioso professo adquire por seu trabalho, doação

§ 471

As ordens religiosas podem celebrar contractos onerosos e fazer alienação de seus bens, sem que preceda licença do Governo, exigida pela Lei de 9 de Dezembro de 1830, Decreto n. 655, de 28 Novembro de 1864, art. 8.º; e Decreto n. 4453, de 1870, art. 23, na fôrma do artigo 72, § 3.º, da Constituição Federal. (Sentença do Supr. Trib. Federal, de 19 de Outubro de 1896—Direito, vol. LXXVI, n. 4, pags. 484 a 500.) (192)

de amigos, ou por outro qualquer titulo, se incorpora logo no convento para uso e utilidade commum, pois o religioso é incapaz de todo o dominio e posse.

Ora, actualmente, a profissão não é modo legal de privação de dominio e pösse.

(192) Tendo a Constituição Política da Republica mandado vigorar somente as leis do antigo regimen no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao regimen do Governo por ella firmado e aos princípios que consagra; decorrendo do artigo 72, § 3, da citada Constituição «plena capacidade civil das associações religiosas e equiparadas a quaesquer outras de ordem privada para se regerem pelo direito commum», estão, portanto, abolidas as leis de amortização, e entre estas a de 9 de Dezembro de 1830, que declara de nenhum effeito os contractos onerosos e as alienações pelas ordens regulares, sem preceder expressa licença do Governo, e sem vigor estão os Avisos de 13 e 31 de Março de 1891 (como expressamente o declara o Aviso do Ministerio dos Negocios da Justiça, de 31 de Dezembro do mesmo anno).

Os Avisos citados, de Março, firmados pelo barão de Lucena, declararam em pleno vigor a lei de 1830, os quaes não entendiam estar revogada pelo art. 72, § 3, da Constituição Política Federal, emquanto este não se traduzisse em lei ordinaria.

A doutrina contida nestes Avisos excitou grande disputa na imprensa, no «Jornal do Commercio», nella intervindo em defesa do Governo o «Diario Official».

Clamou-se que era incomprehensivel a tutéla que o Estado ainda se julgava no direito de impôr á Egreja, posto que as duas sociedades estivessem separadas e distinctas.

O Governo fez sentir que o seu fim era acautelar os proprios interesses da Nação, cuja fiscalização e defeza lhe incumbia; que a Fazenda Nacional era interessada na conservação dos bens das ordens regulares, de que são estas méras administradoras, e que se se não de devolver ao dominio nacional quando ellas, por qualquer fôrma, deixarem de existir, direito de reversão fundado na legislação anterior e que se havia de liquidar antes de entrar a Egreja, ora separada do Estado, na pösse do que lhe houvesse de pertencer. Era, segundo se disse, a partilha do extincto casal.

Dizia mais o Governo que se devia cohibir a delapidação do patrimonio das ordens religiosas por via de vendas simuladas e

fraudulentas, com a occultação dos verdadeiros preços, com violação do Decreto n. 655, de 28 de Novembro de 1849.

Esses Avisos do barão de Lucena com taes motivos foram arguidos de inconstitucionaes em face do art. 72, § 3.º, da Constituição Política Federal, não dependente de lei ordinaria, pois a todos os individuos e confissões religiosas foi reconhecido o direito de poder exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito commum, abolidos os limites impostos pelas leis de amortização, tendo sido supprimida no Congresso Legislativo essa limitação, manifestando-se o legislador pela livre e plena propriedade das sociedades religiosas.

Retorquiu-se que a disposição constitucional se limitava a tornar livre para as associações religiosas a aquisição, não a administração e alienação de bens; que não havia equivalencia entre a capacidade juridica para adquirir bens e a capacidade para os gerir e alienar; que a Constituição não consagrou a plena liberdade para as associações religiosas de regerem o seu patrimonio; que limitou-se a conferir-lhes a livre aquisição dos bens, quando, pelo direito anterior, só podiam adquirir com auctorização do poder legislativo.

Afinal, o Governo, para dar uma próva de sua isenção de animo e de nenhuma preocupação contra a Egteja, resolveu incumbir a uma commissão o estudo da questão, encarregando-a de apresentar um projecto de lei regulando a capacidade civil das associações religiosas e providenciando para a liquidação do passado, sem perder de vista os legitimos interesses da Nação, tanto no passado como no futuro, e sem prejuizo da inteira liberdade de consciencia, e nomeou o conselheiro Paulino José Soares de Souza como presidente, dando instrucções em Aviso de 12 de Maio de 1891.

Sucedendo ao barão de Lucena, veio o ministro Hygino revogar os citados Avisos de seu antecessor e afinal veio a lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, regular a organização das associações que se fundarem para fins *religiosos*, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3.º, da Constituição.

Julgadas abolidas as leis de amortização e triumphando o principio constitucional a Igreja, considerando os bens das ordens religiosas, pela propria natureza de seus fins, como se exprimiu o Internuncio Apostolico, em 24 de Novembro de 1891, em carta ao Ministro do Exterior, um patrimonio sagrado exclusivamente da Igreja Catholica, do qual as ordens são simples administradoras, debaixo da suprema direcção do chefe da mesma Igreja, o Summo Pontifice Romano, em quem reside o poder supremo do regimen e administração dos bens da Igreja universal. entende que nenhuma ordem, seja mesmo legitimamente administrada, sem excepção alguma, póde alienar, permutar, hypothecar, fazer emprestimos, contrahir dividas, transformar propriedade alguma de certo valor, movel ou immovel, administrada por ellas, sem uma licença que tenha por fim acautelar o sagrado patrimonio, expressa por escripto pelo mesmo chefe supremo da Igreja, representado no Brazil pelo Internuncio Apostolico, munido para esse fim de poderes especiaes.

Nessa carta se contesta o direito de reversão dos bens das ordens religiosas á União. Nella se declara que as ordens religiosas das mulheres, estando debaixo da immediata jurisdição dos Bispos, são por elles legitimamente administradas; e que quanto ás ordens religiosas de homens, a Santa Sé, visto o estado de decadencia em que ellas tinham cahido em consequencia da prohibição de receber noviços, submetteu os religiosos do Brazil, com o decreto de 27 de Março de 1886, á jurisdição dos respectivos Bispos, aos quaes deviam elles prestar contas da sua administração. (Vide «Diario Official» da União, de 13 de Maio de 1891).

Em S. Paulo foi assumpto de polemica a vacancia dos bens dos conventos, em 1892, assim nos recordamos da denuncia dada pelo erudito e illustrado advogado doutor José Fernandes Coelho ao Procurador da Republica, relativamente á vacancia dos bens da extincta primeira Ordem Franciscana, nessa denuncia combatendo o Decreto da Curia Romana, de 28 de Novembro de 1891, e circulares dos Bispos do Estado de S. Paulo e Rio de Janeiro, determinando que as ordens monasticas, ordens terceiras, irmandades e confrarias ficassem de então em diante subordinadas, não só quanto ao espirital, bem como quanto ao regimen de bens, ao direito canonico, decreto esse que tem a mesma data do Aviso expedido pelo Ministerio dos Negocios da Fazenda ao Juiz Seccional do Maranhão, a respeito da vacancia de um convento da Ordem Carmelitana nesse Estado, determinando o ministro que, decididos os embargos ao sequestro dos bens do convento, se promovesse as deligencias afim de ser a fazenda publica immitida na posse delles e para se poder inscrevel-os entre os proprios nacionaes.

Esse distincto advogado, na denuncia, combateu a necessidade da licença da curia romana para a alienação de bens das associações religiosas que têm o direito livre de associação e, como pessoas juridicas, seus representantes, que não o Bispo que se arroga o direito de administrador dos conventos.

O Procurador Seccional da Republica, no Estado, dr. Ernesto Ramos, dirigiu-se a juizo, em 19 de Janeiro de 1892, e requereu perante o Juiz seccional que, com o fim de acautelar os direitos da fazenda nacional, fossem intimados os tabelliães residentes na capital e outras localidades para que não lavrassem escripturas de vendas, doações, aforamentos ou quaesquer contractos, relativos aos bens dos conventos, em que figurem o Bispo ou qualquer visitador apostolico, por não serem órgãos das pessoas juridicas: ordens monasticas; e que, tomado por termo o protesto pela nullidade de qualquer acto da gestão administrativa dos indicados e outros que nesse caracter conseguissem praticar com acquiescencia dos regulares responsaveis até a extincção da pessoa juridica, pela morte do ultimo delles, fossem intimados o Bispo, Revd. D. Lino, e os regulares que occupavam os conventos.

O Bispo de S. Paulo contraprotestou sustentando que os conventos estão sob sua auctoridade e suprema administração quanto aos bens.

A lei n. 173, de 16 de Setembro de 1893, veiu firmar a doutrina geralmente recebida de que a personificação civil é um tributo que só o poder soberano tem a faculdade de conferir a uma instituição ou corporação, mesmo que religiosa o seja ou

para *fins religiosos*; que o compromisso ou os estatutos são o titulo civil probatorio da existencia da individualidade juridica, uma vez inscriptos no registro civil creado, nelle se declarando qual o órgão representante na vida civil, em juizo ou fóra delle, e firmado o direito da União aos bens vagos dos conventos e mais associações religiosas, perdendo todos os seus membros, nos termos dos arts. 10, §§ 4 e 12, da citada lei. (Vide Avisos do Ministerio dos Negocios do Exterior, de 22 de Agosto de 1891; Direito, vol. 66, n. 4, pag. 653; de 26 de Novembro do mesmo anno; Direito, vol. 59, n. 3, pag. 525; de 11 de Dezembro do mesmo anno; Direito, vol. 58, n. 4, pag. 642.)

Transcrevemos os seguintes actos officiaes, para serem apreciados na integra:

Ministerio dos Negocios da Justiça—2.^a secção.—Rio de Janeiro, 31 de Março de 1891.

No intuito de cohibir abusos que chegam ao meu conhecimento e de acautelar os altos interesses que a lei tratou de resguardar, declaro-vos que, estando em pleno vigor a lei de 9 de Dezembro de 1830, a qual não se entende revogada pelo preceito do art. 72, § 3.º, da Constituição, emquanto este não se traduzir em lei ordinaria, cumpre que façais saber aos tabelliães de notas desta capital que não podem lavrar escripturas de bens moveis, immoveis e semoventes do patrimonio das ordens regulares, sem exhibição de expressa licença do governo, na fórmula do artigo unico da lei citada, o que se lhes recommenda sob pena de sua immediata responsabilidade, além da de nullidade dos contractos.—*Barão de Lucena*.—Sr. presidente do Tribunal Civil e Criminal.

Ministerio dos Negocios da Justiça.—2.^a secção.—Rio de Janeiro, 9 de Abril de 1891.

Sr. ministro.—Para regular o exercicio da fiscalização que ao governo compete acerca dos bens das ordens regulares, torna-se necessario que se digneis ouvir ao Internuncio Apostolico, o qual, como legitimo e reconhecido representante do chefe da Igreja catholica, o Summo Pontifice Romano, informe ao Governo por esse ministerio qual a actual organização de cada uma das corporações religiosas existentes nesta Republica, si estão sendo legitimamente administradas, e si na administração dos bens das referidas corporações se têm observado as leis do paiz.—*Barão de Lucena*.

Damos em seguida a traducção da resposta dada pelo Revd. Internuncio Apostolico ao Governo, acerca das informações que pelo Ministerio da Justiça, por intermedio do das Relações Exteriores, lhe foram solicitadas relativamente á constituição e actos das Ordens religiosas no Brazil.

Cópia—Traducção da resposta ao Sr. Ministro do Exterior.—Petropolis, 24 de Abril de 1891.

Sr. Ministro.—Conformando-me ao desejo de V. Exc., expresso em officio de 15 do corrente, sob n. 1822, tendente, devo e quero suppor, em conservar a Igreja do Brazil, a quem foram para fins pios doados os bens administrados pelas Ordens religiosas, *esplendido monumento da caridade, piedade e generosidade do povo Brasileiro*, tenho a honra de responder aos dous quesitos no mesmo officio propostos.

1.º Si a organização actual de cada uma das corporações religiosas, existentes na Republica, é regular?

Respondo—A actual organização das Ordens religiosas, existentes na Republica, não é conforme ás respectivas regras e constituições, já pela continua diminuição do seu pessoal, que a prohibição do noviciado no passado regimen impediu até aqui de renovar, já por se haverem frustado as muitas tentativas de reforma feitas pelos Delegados Apostolicos, desde os primeiros annos da independencia do Brazil.

Esta falta do pessoal sufficiente, impossibilitando as eleições regulares para os cargos das Ordens, já se fazia sentir depois do anno de 1830, sendo desde então necessario que em nome da Santa Sé se sanassem as irregularidades pela intervenção da Nunciatura Apostolica, cuja competencia era (nem podia deixar de ser) reconhecida pelo Governo.

Quanto ás reformas, nunca puderam ser effectuadas, apezar da boa vontade da Santa Sé, por embaraços supervenientes da dependencia em que essas Ordens religiosas se achavam do Governo civil; reformas essas, entretanto, cuja necessidade o proprio Governo tinha já declarado necessarias desde muito tempo.

A Congregação Benedictina Brazileira, faltando-lhe tambem membros sufficientes para poder-se reger hierarchicamente, teve necessidade, já por duas vezes, de uma dispensa extraordinaria do Summo Pontifice.

2.º Si estão sendo administradas conforme as suas respectivas constituições ?

Respondo—As Ordens Religiosas de mulheres, estando de debaixo da immediata jurisdicção dos Bispos, são por elles legitimamente administradas.

Quanto ás Ordens religiosas de homens a Santa Sé visto o estado de decadencia em que ellas tinham cahido em consequencia da prohibição de receber noviços, e por isso, não podendo reger-se conforme as suas respectivas regras, e com os privilegios de exempção concedidos aos regulares pelas Bullas Apostolicas, submetteu os religiosos do Brazil, com decreto da 27 de março de 1886, á jurisdicção dos respectivos Bispos, aos quaes por conseguinte deviam elles prestar contas da sua administração. A Provincia Carmelitana Fluminense tem desde muito tempo um Visltador Apostolico nomeado pela Internunciatura e reconhecido officialmente pelo governo para os actos administrativos.

Os bens das Ordens Religiosas, constituindo pela propria natureza de seus fins um patrimonio sagrado exclusivamente da Igreja Catholica, do qual as Ordens são simples administradoras debaixo da suprema direcção do Chefe da mesma Igreja, o Summo Pontifice Romano, em Quem reside o poder supremo do regimen e da administração dos bens da Igreja universal, nenhuma Ordem, seja mesmo legitimamente administrada, sem excepção alguma, pôde alienar, permutar, hypothecar, fazer emprestimos, contrahir dividas, transformar propriedade alguma de certo valor, movel ou immovel administradas por ellas, sem uma licença (como já foi declarado por innumeradas decisões da Santa Sé) que tenha por fim acautelar o sagrado patrimonio, expressa por escripto pelo mesmo Chefe Supremo da Igreja, representado no Brazil na pessoa do Internuncio Apostolico, reconhecido sempre pelo Governo nos actos administrativos das mesmas Ordens e munido para esse fim pelo Papa de poderes especiaes. E aquelles membros das Ordens e qualquer outra pessoa, que procedes-

sem em contrario, além de fazerem um acto nullo *juxta jus constitutum*, incorrem em penas canonicas severissimas, estabelecidas pela Igreja para taes crimes. E o Governo de um Estado (ainda que separado da Igreja), que, não com o fim de devolver ao Estado, mais tarde e em occasião dada, bens que foram pelos fieis tão piedosa e generosamente dados á Igreja e confiados em deposito ás Ordens religiosas, a titulo oneroso, mas com o fim de entregal-os nas mãos no verdadeiro proprietario, que é a mesma Igreja, manda ouvir ao Supremo Chefe hierarchico das Ordens religiosas na pessoa de seu legitimo representante, o Internuncio Apostolico, para conhecer o sujeito da pessoa juridica que administra os bens, e para saber si elle preenche as condições economicas necessarias á validade dos actos de sua administração, cumpre um dever, qual é o de tutelar os direitos sagrados dos subditos que fazem parte da Igreja e aos quaes elle civilmente governa.

Confere com a traducção enviada pela Internunciatura com a nota de 24 de Abril de 1891.—*Espinheira*.

Conforme.—*Germano de Barros*.

Cópia—Traducção da carta ao Sr. Ministro do Exterior.

Petropolis, 24 de Abril de 1891.

Sr. ministro.—Com carta desta mesma data tenho a honra de responder aos dous quesitos de V. Exc. sobre a organização e administração das corporações religiosas existentes na Republica.

Esta audiencia do Internuncio Apostolico, legitimo e reconhecido representante do Chefe da Igreja Catholica, o Summo Pontifice Romano, por parte do Governo, no momento em que grandes reclamações têm-se levantado, em quasi toda a imprensa, contra a competencia do Governo neste assumpto, me faz crer que ella leva em mira uma solução satisfactoria, perfeitamente de accordo com o actual regimen de plena liberdade para a consciencia religiosa.

Este regimen, que, separando do Estado a Igreja, creou para as Ordens religiosas uma nova condição juridica, explicitamente declarada na Constituição da Republica, deve necessariamente ter como revogadas todas as anteriores leis especiaes que pre-suppunham a vigencia do regimen da união do Estado e da Igreja.

Sujeitas, como as mais associações, ás disposições do direito commum, no que toda ás relações de ordem civil, em tudo o mais, como corporações religiosas, ficam as Ordens Regulares subordinadas unicamente ás leis canonicas, que as constituem entidades religiosas com sua fórmula propria. Seu patrimonio, formado pela liberalidade dos fieis, que o doaram para fins pios a essas corporações, enquanto religiosas, acha-se pela propria natureza de seus fins, sob a dependencia do Romano Pontifice, em quem reside o poder supremo do regimen e da administração dos bens ecclesiasticos.

Assim é que, de accordo com este elementar principio, não podem as ditas corporações alienar validamente seus bens immoveis e moveis de certo valor sem a competente licença do Summo Pontifice.

Sendo esta a doutrina vigente da Igreja Catholica, eu devo entender que o exercicio da fiscalisação por parte do Governo sobre os bens das Ordens religiosas é regular somente em quantos

se propõe de conhecer qual seja no paiz o sujeito da pessoa jurídica que administra esses bens, e se realisa as condições constitutivas de sua ordem, para a validade dos actos de sua administração. Nesta verificação por parte do Governo eu devo ver um meio para o Governo tornar effectivas as garantias constitucionaes concedidas, que reconhecem na communhão catholica, bem como nas outras confissões religiosas o livre direito de associação e de aquisição de bens.

Assim comprehendendo os intuitos das perguntas de V. Ex. na carta de 15 do corrente, confiando na lealdade do Governo, que não pensará certamente em traduzir na pratica as disposições constitucionaes por meio de leis anteriores, que lhe são antinomias, é que eu entendi satisfazer ao desejo de V. Ex.

Para informar detalhadamente sobre a organização de cada uma das corporações religiosas existentes nesta Republica, eu precisaria de largo tempo que agora me falta. Entretanto as informações que eu dei a V. Ex. julgo sejam sufficientes ao Governo, ao qual ninguem negará o direito de impedir os contractos evidentemente nullos e gravemente prejudiciaes aos terceiros, como evidentemente nullas são todas as alienações de bens das Ordens Religiosas, sem expressa licença da Santa Sé, e demais em gravissimo prejuizo do povo catholico, a cujo favor foram esses bens doados.

Consta-me que vendas foram feitas sem licença da Santa Sé e que estão inquinadas de nullidade, por incapacidade juridica dos vendedores para semelhantes contractos, que escapam á alçada de administradores subalternos, que são as ditas Ordens.

Eu estou convencido que o Governo da Republica teria exercido toda a sua fiscalização sobre os contractos, si declarasse que essas Ordens Religiosas todas, existentes na Republica, como simples administradores subalternos que são, não podem alienar cousa alguma validamente, perante as leis civis, sem a licença do Chefe da Egreja Catholica, o Summo Pontifice Romano, em Quem reside, sem contestação, como no Chefe Supremo da grande associação universal de todos os fieis, o poder absoluto do regimen e da administração desses bens, todos pertencentes á mesma associação, da qual as Ordens Religiosas são partes.

Dest'arte ficaria respeitada a plena liberdade da Egreja, em ordem a seus bens, acautelados os interesses publicos relativos á validade dos contractos e garantidos os direitos de terceiros, que não devem ser privados nem dos bens temporaes, assim como dos bens espirituaes que tiveram em vista fazer-lhes os doadores desses bens.

Confere com a traducção enviada pela Internunciatura com a sua carta de 24 de Abril de 1891.—*Espinheira*.

Sobre este importante assumpto resolveu o Sr. Ministro da Justiça adoptar medida radical, qual a nomeação de uma commissão que elabore um projecto de lei estabelecendo claro e completo o regimen civil das associações religiosas e providenciando para a liquidação do regimen preexistente, de modo a salvar os interesses que nelle possa ter a União.

Eis o aviso dirigido a cada um dos membros da commissão, composta dos Srs. Drs. José Avelino do Amaral Gurgel, Francisco Coelho Duarte Badaró e Antonio Pedro de Alencastro Araujo:

Ministerio dos Negocios da Justiça.—2.^a secção.—Rio de Janeiro, 12 de Maio de 1891.

Convindo estabelecer claramente o regimen civil das associações religiosas de qualquer especie, egrejas, ordens religiosas, confrarias, irmandades, misericordias, hospitaes, etc., attendendo aos meios de vida e desenvolvimento necessarios a taes corporações, sem perder de vista a suprema fiscalização que á União deve competir a bem da ordem civil e de seus proprios e immediatos interesses na percepção de impostos pela transmissão de propriedade, harmonizando-se o preceito do art. 72, § 3.^o, da Constituição com as leis de restricção do direito commum, quer patrios, quer estrangeiros, no tocante á aquisição e alienação dos bens de taes associações; e, seja qual fôr o novo regimen, convido liquidar o preexistente, annullando-se as alienações feitas pelas ordens religiosas sem a necessaria licença do Governo, e devolvendo-se á Fazenda Nacional os bens das ordens que, por qualquer fórma, deixassem ou devessem deixar de existir: resolvi nomear uma commissão composta de vós e dos Drs. José Avelino do Amaral Gurgel e Antonio Pedro de Alencastro Araujo, que apresente, com a possivel brevidade, um projecto de lei regulando o objecto exposto, em todas as suas relações, já providenciando para o futuro, já estatuinto regras para as acções a intentar por parte da Fazenda Nacional relativamente aos factos anteriores, salvo o caso de prescripção, segundo as leis em vigor.

Confio de vossas luzes e patriotismo que acceitareis e condignamente desempenhareis a commissão que vos é dada, e á qual o Governo liga subida importancia, pelo muito que interessa ao bem publico e á ordem social.—*Barão de Lucena*.—Sr. Conselheiro Paulino José Soares de Souza.

MINISTERIO DA JUSTIÇA

Ministerio dos Negocios da Justiça—Rio de Janeiro, 11 de Dezembro de 1891.

Havendo a Constituição, no art. 83, mandado vigorar somente as leis do antigo regimen no que explicita e implicitamente não fôr contrario ao systema de governo por ella firmado e aos principios que consagra;

Decorrendo do art. 72 da mesma Constituição a plena capacidade civil das associações religiosas, equiparadas a qualquer outra de ordem privada para se regerem pelo direito commum;

Abolidas, pois, pelo preceito constitucional, as leis de amortização, e, entre estas, a de 9 de Dezembro de 1830, que declara nullos e de nenhum effeito os contractos onerosos e alienações feitas pelas ordens regulares, sem preceder expressa licença do Governo:

Declaro revogados, por contrarios á Constituição, os avisos de 13 de Março do corrente anno, expedidos por um dos meus antecessores aos governadores de Pernambuco e Minas Geraes, e o aviso circular de 31 do mesmo mez.—*José Hygino Duarte Pereira*.

Ministerio dos Negocios do Interior.—1.^a secção.—Rio de Janeiro, 11 de Dezembro de 1891.

Aos Revdms. Srs. Bispos das Dioceses do Rio de Janeiro e de Olinda.

Tendo o Governo Federal ponderado o assumpto da representação de 5 de Setembro ultimo, que lhe foi apresentada por VV. EExec. Revmas., sobre o regimen legal dos bens das corporações de mão morta, em face dos principios constitucionaes, o Sr. Vice-Presidente da Republica auctoriza-me a responder a VV. EExec. Revmas., explicando os pontos sobre que versou o supramencionado documento.

O Governo reconhece a posição correcta que o episcopado brasileiro assumiu por occasião de proclamar-se o novo systema politico, e não esquecerá os serviços que o clero prestou ao paiz mantendo-se estranho ao movimento revolucionario e guardando o resultado dos acontecimentos.

A revolução proclamara o regimen federativo, e como consequencia logica das instituições democratas, essencial foi a separação da Igreja e do Estado, o que se verificou pelo Decreto n. 117 A, de 7 de Janeiro de 1890, medida sabiamente adoptada no intuito de eliminar os effeitos resultantes do possivel enfeudamento da curia romana ao poder civil ou vice versa.

Nada obstante, VV. EExec. Revmas. accusaram o Governo de pretensões illegitimas, e, embora resignados diante do principio constitucional, increparam-no de retardatario, allegaram a sobrevivencia do regalismo, e, indicando diversos factos para demonstrar que se premeditava attentados contra os bens ecclesiasticos, por fim especialisaram o Aviso de 26 de Agosto ultimo, do Ministerio do Interior ao da Fazenda, relativo á vacancia dos bens da Ordem Carmelitana do Maranhão e sua incorporação aos proprios nacionaes. As razões, porém, produzidas por VV. EExec. Revmas. carecem de fundamento juridico neste particular; bastando uma ligeira narração dos antecedentes para convencermo-nos de sua inconsistencia.

Entretanto, antes de tratar da hypothese concernente á Ordem mencionada, cabe-me expor o pensamento do Governo no tocante ao regimen legal das corporações de mão morta, em geral, e das ordens regulares em face do preceito constitucional.

Para maior clareza, transcreverei do relatorio de um dos meus accessores a synthetica exposição que fez sobre o assumpto :

«A antiquissima legislação reinicola, transplantada para o direito pratico, instituirá a tutela do poder publico sobre as corporações de mão morta, tutela que se traduzia por minuciosa fiscalização acerca de tudo o que se referisse á economia de taes pessoas juridicas.

«Pelo rigor das prescripções a que eram submettidas, distinguem-se entre as corporações de mão morta as ordens regulares, tambem chamadas, comquanto impropriamente, ordens religiosas,

«Sem prévia auctorização do Governo não podiam ser fundadas, admittir noviços, fazer quaesquer contractos onerosos sobre suas propriedades, adquirir bens de raiz, e os bens desta natureza que possuissem deviam ser convertidos em apolices intransferiveis da divida publica no prazo de seis mezes, sob pena de commissio, salvo os destinados á edificação de igrejas, capellas, cemiterios extramuros, hospitaes, casas de instrução e quaesquer outros estabelecimentos publicos. Nem mesmo lhe era permittido realizar a permuta dos bens de raiz por apolices sinão, mediante licença do poder civil. Tal era o que dispunham, entre ou-

tros actos, as Provisões de 26 de Junho e 22 de Agosto de 1768, a Lei de 9 de Dezembro de 1830, os Avisos de 19 de Maio de 1855 e 18 de Fevereiro de 1862, a Lei de 28 de Novembro de 1849, o Decreto Legislativo n. 1225, de 20 de Agosto de 1864, e o Decreto n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870.

«De modo que, limitada no tempo a existencia de taes corporações pela prohibição do noviciado, e instituida a mais severa inspecção sobre a administração dos seus bens, reverteria para o Estado, no decurso de um prazo mais ou menos dilatado, o patrimonio daquellas ordens, cuja successão seria por elle addida como herdeiro dos bens vagos.

«Quanto ás outras corporações de mão morta, deviam submeter seus compromissos á confirmação do poder civil; não podiam igualmente possuir immoveis por mais de seis mezes sem a licença do Governo, o qual sómente a concedia em casos expressos, quaes os de serviço da propria corporação ou outro fim pio. Salvo estes casos, deviam os immoveis que possuíssem ser convertidos em apolices, condição a que estavam egualmente sujeitos os bens que de futuro fossem adquiridos. (Ord., liv. 2.º, tit. 18; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2.º, § 11; Acto adicional, art. 10, § 10; Aviso de 11 de Agosto de 1863; Lei de 18 de Setembro de 1845, art. 44; Decretos ns. 1225, de 20 de Agosto de 1864, e n. 4453, de 12 de Janeiro de 1870.)

«A inspecção do Governo sobre essas pessoas juridicas era ainda exercida por intermedio do Juizo da Provedoria, ao qual competia fiscalizar a observancia das leis em vigor quanto á posse do bens, á eleição das respectivas mesas, á execução dos compromissos, á administração dos estabelecimentos, á manutenção do culto, á arrecadação da renda e sua applicação, aos aforamentos dos bens e quaesquer outros contractos. (Ord., liv. 1.º, tít. 50 e 62; Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851; Decreto n. 2711, de 19 de Dezembro de 1860, e Decreto citado n. 4453, de 17 de Janeiro de 1870.)»

Tal era, em seus lineamentos geraes, o character das leis de amortização. Decretada, porém, a separação da Igreja e do Estado, pelo Governo Provisorio, tornou-se de mister que, consoante ao espirito deste acto, se afrouxasse o quanto possivel o rigor da inspecção minuciosa do poder publico sobre as corporações de mão morta, mantidos, entretanto, os limites postos pelas leis citadas, nos precisos termos do art. 5.º do Decreto de 7 Janeiro de 1890.

Em consequencia desse ultimo acto, firmou-se por varias decisões do Ministerio do Interior, quanto ás corporações de mão morta, em geral, o principio de absoluta liberdade de agremiação, conservada, porém, a interferencia do Governo no tocante á execução das leis de amortização; e quanto ás ordens monasticas mantiveram-se os limites oriundos do direito de successão sobre seus bens garantidos pela nova legislação civil, e então pela Constituição decretada pelo Governo Provisorio da Republica.

Mas, posteriormente, a Constituição promulgada pelo Congresso Nacional, a 24 de Fevereiro do corrente anno, dispoz no 72, § 3.º, que—«Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.»

E no § 24 do mesmo artigo: «E' garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.

Do confronto destas disposições resulta que as leis de amortização foram revogadas em sua totalidade. Permittido livremente o ingresso em profissões religiosas; facultado ás associações de qualquer natureza constituirem-se sem dependencia do poder publico, observadas tão somente as regras do direito civil; extinto o direito do padroado e seus consecrarios, cessou a tutela que o Estado exercia sobre taes corporações juridicas. Nem mesmo quanto ás ordens regulares é cabivel a intervenção do Governo, pois que a successão eminente, que ao Estado competia sobre o patrimonio daquellas ordens, teria ficado adiada definitivamente, pela permissão do noviciado, garantido pelo art. 72, § 24, além de haver-lhes assegurado a Constituição a plena liberdade sobre seus bens.

Esta intelligencia é ainda confirmada pelo elemento historico, pois que da discussão havida no Congresso Nacional se depreheñde qual o intuito do legislador quando, consignando no § 3.º do art. 72 do projecto de Constituição as expressões «observados os limites postos pelas leis de mão morta», em segunda discussão foi approvada a emenda substitutiva que prevaleceu, «observadas as disposições do direito commum»; sendo desta arte abolidas as leis de excepção, ficando as ditas corporações equiparadas ás demais associações, sujeitas tão somente ás normas de direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas juridicas em geral.

Mas, como acima ficou dito, desta doutrina ora manifestada a VV. EExc. Revmas., para seu governo, não pôde decorrer argumento contra o Aviso de 26 de Agosto ao Ministerio da Fazenda, do teor seguinte:

«Dos papeis que, sob cópia, acompanharam o Aviso do Ministerio a vosso cargo, n. 64, de 30 de Maio ultimo, verificam-se os seguintes factos:

«Tendo fallecido, a 8 do mesmo mez, o unico religioso que existia na Ordem Carmelitana do Maranhão, Frei Caetano de Santa Rita Serejo, procedeu a auctoridade competente ás deligencias legaes sobre os bens pertencentes á Ordem.

«Communicando o facto, pediu o Governador, por telegramma, que nos termos do artigo 64 da Consituição, ao Estado do Maranhão fosse cedido o convento situado na capital, afim de ser ali installado o paço do Senado, uma vez feitos os reparos de que carece o predio.

«Contra o sequestro a que o respectivo juiz seccional ia proceder no referido convento protestou o Bispo da diocese, tambem por telegramma, allegando que ainda existe a Ordem Carmelitana no Rio de Janeiro e pedindo providencias, em vista da Constituição; e, ouvido a respeito, emittiu o procurador fiscal do Theouro Nacional o seu parecer em informação datada de 19 do referido mez de Maio.

«Em resposta ao supramencionado Aviso, com o qual submettestes o assumpto á apreciação deste Ministerio, afim de que resolvesse como julgasse conveniente, tenho a honra de declararvos para os devidos effeitos:

«Extinctas as ordens regulares em Portugal, ficou inteiramente acephala a vicaria do Maranhão, na qual se comprehendiam os conventos do Pará e que até então estava sujeita á provincia

de Lisboa. Surgindo dissensões entre os religiosos do Pará e os do Maranhão, foram aquelles desligados em 1841 da vicaria a que pertenciam e incorporados á Província Carmelitana Fluminense; continuando a Ordem no Maranhão a manter-se sobre si, com personalidade jurídica propria, sem dependencia de outra congregação ou provincia religiosa.

«Tratando-se, pois, de uma pessoa jurídica *sui juris*, cujos membros deixaram de existir, devem seus bens volver ao patrimonio da Nação, a quem as leis conferem o direito de addir as heranças vagas, notadamente as das ordens regulares.

«Seja qual fôr o regimen que venha a ser adoptado relativamente ás corporações de mão morta, é indubitavel que, dado o desaparecimento da Ordem Carmelitana do Maranhão, os seus bens, hoje vagos, têm de ser attribuidos á Nação.

«Isto posto, sou de parecer que convém se prosiga nas diligencias legais para effectiva addição da herança por parte da Fazenda Nacional, como herdeira legitima que é; devendo, á arrecadação judicial dos bens e averiguação de sua vacancia, seguir-se a respectiva incorporação aos proprios nacionaes. Será essa a oportunidade para que o Governo possa resolver acerca da cessão do edificio do convento, conforme solicita o Governador do Estado do Maranhão.»

E' assim que allegam VV. Excs. Revmas. que, si o vicariato ou provincialato do Maranhão veiu a extinguir-se, obra foi da violencia que pesava sobre os institutos religiosos com a iniqua prohibição do noviciado; e tambem que houve precipitação em attribuir á Nação os bens que pertenciam áquella communidade, a qual bem podia ainda ser restaurada.

Cumpre notar, porém, que, adoptando a providencia em questão, o Governo Federal apenas deu execução a um preceito legal em vigor, qual o que manda incorporar ao dominio do nação as heranças vagas, isto é, sem titular de direito.

A extinção da pessoa jurídica de que se trata proveiu, é certo, da applicação dos principios administrativos outr'ora firmados; mas verificado aquelle facto, é ainda o principio constitucional do art. 72, § 3.º, que tem applicação á hypothese, quando determina que vigorem as disposições do direito commum.

Desde o momentô em que desapareceu a Ordem Carmelitana, do Maranhão, o erario publico, não por força das leis de mão morta, mas pelo direito commum das pessoas juridicas, cujos bens ficam vagos quando essas pessoas se extinguem pela perda de todos os membros, adquiriu direito á respectiva successão; e assim não era licito ao Governo Federal, sem faltar aos seus deveres, despojal-o de bens que legitimamente lhe pertencem.

Consequentemente, não fôra cabivel a restauração daquella ordem, nem seria tão pouco toleravel que a Ordem Carmelitana Fluminense lhe succedesse como co-irmã, segundo pretendem VV. EExc. Revmas.; seria abrir excepção ao direito commum em favor das ordens regulares, o que a Constituição não permite.

Por ultimo, observam VV. EExc. Revmas. que as associações catholicas, vivendo da Igreja, na Igreja e para a Igreja, têm apenas o dominio util dos bens que em seu nome existem, residindo o dominio directo na grande sociedade religiosa da qual fazem parte e que é personificada no Summo Pontifice Romano.

A esse respeito cumpre distinguir. Na ordem espiritual, é certo, todas as associações catholicas constituem ramificações da sociedade religiosa, que toda se resume no chefe visível da Igreja. Esta concepção, porém, sendo verdadeira sob o ponto de vista espiritual, decahe inteiramente desde que se trate de relações de ordem civil.

Para que taes associações possam existir na ordem temporal como personalidade juridica, preciso é que se organizem em conformidade da lei civil.

Têm, pois, de constituir-se, como entidades juridicas com existencia e economia independente, regendo-se e administrando-se por seus estatutos ou compromissos, formando, em summa, pessoas *sui juris*, sob a acção das leis de ordem temporal que lhes forem attinentes.

Não é admissivel, portanto, que, invocando direitos que as leis patrias não reconhecem, caiba ao Summo Pontifice haver a propriedade de bens pertencentes a associações que, na esphera das relações juridicas, estão inteiramente sujeitas ás leis civis.

Em resumo, as providencias que VV. EÊ. Revmas. suggerem em relação á Ordem Carmelitana do Maranhão seriam contrarias aos preceitos constitucionaes, aliás acceitos pelo clero brasileiro. — José Hygino Duarte Pereira.

Eis a integra do Decreto a que se refere o Revdm. Internuncio Apostolico, na sua carta ao Ministro das Relações Exteriores, relativamente á submissão das ordens religiosas á jurisdicção dos Bispos :

«Perillustris ac Reverendissime Domine uti Frater.—S. Congregatio Concilii ad Hanc S. Congregationem Episcoporum et Regularium transmisit relationem S. Visitationis istius Diocesis pro ea parte, quae regulares respicit.—Antequam S. H. Congregatio ad examen vocaret a Te relata tum quoad *Carmelitas*, cum quoad *Franciscanos*, interrogare censuit respectivos superiores generales, ut de *Communitatibus Ordinis in ista Diocesi* exstantibus referent, quamque cum illis relationem haberent—Uterque respondit eos religiosos scissos esse ab Ordine neque ullam super iis jurisdictionem habere; eo quod per suppressionem ante annum 1845 penitus a subjectione quacumque superiore in externa natione moranium exempli censentur.—Sunt igitur Tuae jurisdictioni subditi, ne privilegiis regularibus concessi frui possunt. Quare Tui muneris esse debet eosdem ad rectum tramitem ex devio revocare, poenisque coercere, quoties vel monita vel jussa spreverint. Hoc sub norma a Tiridentino Sess. 6 cap. 13 de regularibus, et Apostolicis Constitutionibus tradita, et praesertim Clementis VIII, *Optati muneris*, Clementis XII *Romanus Pontifex*, et Benedicti XIV *Pontificia*, foret etiam, ubi sub legitimis superioribus permanerent. Habetur enim in eisdem quomodo se gerere Episcopus, *tamque Sedis Apostolicae Delegatus* cum regularibus extra claustris delinquentibus. Id multo magis et potiori jure, cum sermo sit de Regularibus, super quibus nullum jus habent in Generalis nec privilegia in auxilium exemptionis vocare possunt. Superius dicta ad religiosos Missionarios de quibus laetaris, non pertinere, probe noscis. Significanda Hac duxit S. Congregatio, et interim fausta omnia Tibi a Domino adprecat. —Amplitudinis Tuae.—Romae 27 Martü 1886.—Uti Frater.—J. Card Ferrieri. *Praef* —F. Ant. M. Archiesp. S. Palmeyren, secretarius.»

O advogado dr. Von Niemeyer, no «Jornal do Commercio», declara que esse decreto a que se refere o Internuncio Apostolico é um simples officio dirigido ao Revdm. Sr. Bispo de Olinda, simples decisão da congregação dos Bispos e Regulares, dada á consulta feita no relatorio endereçado á Santa Sé, da visita em sua diocese. Em semelhante decisão nada se estabelece de novo, e nem se póde concluir sobre a administração dos bens: apenas se diz que os Religiosos Carmelitas e Franciscanos, em razão de não estarem sujeitos á jurisdicção dos Geraes em Roma, estão debaixo da jurisdicção episcopal—isto de conformidade com a norma do Concilio Tridentido, sessão 6.^a, cap. 13, dos regulares e constituições, principalmente as de Clemente VIII, *Optati muneris*, Clemente XII, *Romanus Pontifex*. Bento IV, *Pontificia*, ainda que permaneção sob legitimos superiores.

De passagem, convém notar os enganos das citações, que só podem ser attribuidas aos copistas. A sessão VI só consta de cinco capitulos e é no terceiro que o Concilio decreta, «que os excessos dos Clerigos Seculares e Regulares, *que vivem fóra dos mosteiros*, sejam corrigidos pelo Ordinario ». Na sessão XXV, de *Regularibus*, cap. XIV (a que refere-se a decisão, *in-fine*) o Concilio decretou o seguinte: « O Regular que não é subdito do Bispo, e vive dentro do mosteiro, se fóra delle delinquir de modo que cause escandalo ao povo, instando o Bispo, seja castigado severamente pelo seu superior, dentro do tempo que o Bispo determinar e o superior certificará de que fóra punido; de outro modo, seja privado de seu officio pelo seu Prelado e o delinquente poderá ser castigado pelo Bispo.

A constituição de Clemente VIII, e que começa *Suscepti muneris* e não *Optati muneris*, manda executar o referido decreto prescrevendo a norma que devem seguir os Bispos para punir os Regulares delinquentes *extra claustros*.

As ordens religiosas foi dirigida a seguinte comunicação do decreto da Santa Sé de 3 de Setembro de 1891 relativamente á sujeição das ordens aos ordinarios e inibição de alienação de bens sem licença da Santa Sé.

Palacio da Conceição, 14 de Dezembro de 1891.

Revdm. Sr.— Passo ás mãos de V. Paternidade a cópia autentica do decreto da Santa Sé pelo qual declara as ordens religiosas existentes no Brazil sujeitas aos Ordinarios das Dioceses, não obstante quaes-quer anteriores privilegios.

Prevaleço-me da oportunidade para prevenir á V. Paternidade que as ordens religiosas não podem alienar bens alguns sem licença da Santa Sé e que incursos ficarão nas penas de direito e principalmente da excommunhão maior da Bulla Apostolicae Sedis quantos venderem e de má fé comprarem taes bens sem a dita licença.

Sendo o Bispo Diocesano delegado da Santa Sé para todos os interesses e negocios das ordens religiosas, commosco deverá V. Paternidade entender-se para tudo quanto disser respeito a essa sua Ordem, seus conventos e bens.

§ 472

Extinctos os conventos pela perda de todos os seus membros, os bens delles se consideram vagos e passarão a pertencer á União (Art. 12 da Lei, n. 173, da 10 de Setembro de 1893). (193)

DECRETUM

DIE 3 SEPTEMBRIS 1891

Ex audientia Sanctissimi

Sanctissimus Dominus Noster Leo Divina Providentia Papa XIII, prae oculis habens peculiare conditiones, in quibus versantur non nulli Regulares Ordines seu Congregationes Religiosae tum virorum tum mulierum in Brasilia, referente me infrascripto Secretario S. Congregationis Negotiis ecclesiasticis extraordinariis praepositae, hoc quod sequitur pro apostolico suo munere statuit decernendum scilicet, Monachos Ordinis S. Benedicti, Regulares viros ac mulieres Ordinis B. M. Virginis de Carmelo, Fratres Minores ac Sorores Ordinis S. Francisci, nec non Religiosos a B. M. Virgine de Mercede nuncupatos, Episcopis locorum, in quibus eorum Monasteria, Conventus, Collegia et cujuscumque nominis domus existunt, omnino subjectos manere, ita ut Episcopi, in suis diocesibus, plenam in praefatos Regulares jurisdictionem, sive quoad internam vitae religiosae disciplinam, sive quoad bonorum ad eosdem Religiosos Ordines pertinentium administrationem tamquam proprii ipsorum Ordinarii vel, si opus puerit, tamquam Apostolicae Sedis delegati, exercere valeant ac debeant, contrariis quibuscumque non obstantibus ac revocato etiam hunc in finem. Decreto S. C. Episcoporum et Regularium edito die 26 Novembris 1891. Datum Romae et Secretaria ejusdem S. Congregationis, die, mense et anno praedictis.—*Franciscus Segna*, Secretarius.

(193) Hypothese difficil de realisar-se permittido o noviciado pelo art. 72 § 24 da Constituição Federal garantindo o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial, impedindo o facto da não existencia de frades e monges. Podem os conventos repovoar-se de monges de diferentes Ordens com o fim de impedir a herança vacante e devolução dos bens delles à Nação? A Ordem Benedictina do Brazil e a Congregação de Beuron fizeram entre si contracto em virtude do qual repovoou-se de monges o convento de Olinda e sobre a validade desse contracto foram dados os pareceres seguintes de dous emeritos jurisconsultos, sustentando o Dr. Justino de Andrade que a abolição das leis de amortização depende de leis ordinarias:

Parecer do Conselheiro Justino de Andrade « O art. 1º contem disposições não só incongruentes com a autonomia e estatutos da Ordem Benedictina, como pessoa juridica existente por virtude do direito do Brazil, mas tambem com a Lei de 10 de Setembro de 1893.

Porquanto, autorisando esta lei a fundação e organização de associações para fins religiosos no Brazil, não permite a fusão

de pessoas jurídicas, associações religiosas brasileiras, com associações religiosas estrangeiras.

E a razão é obvia. A entidade resultante dessa fusão, ou incorporação, seria hybrida, e somente poderia existir por força de um acto legislativo especial.

Art. 2.º As modificações que decretar a Santa Sé não podem ferir os direitos dos Estados Unidos do Brasil sobre a espectativa em relação aos bens da Ordem Benedictina Brasileira, caso se verifique a sua extinção, pela perda de todos os seus membros: lei citada, art. 10 § 4º e direito preexistente. E não é tudo. Subsiste a amortisação;— pois que ainda pende de actos legislativos, que a extingam e substituam as regras á mesma concernentes, por disposições consentaneas — como principio constitucional.

O art. 4º é inadmissivel; porque os monges de Beuron não pôdem ser simultaneamente membros da pessoa jurídica, ordem benedictina brasileira e da sua ordem na Europa para a qual têm a faculdade de volver, e ainda de poderem ser substituidos na benedictina brasileira por outros de Beuron.

O art. 5º é impraticavel, visto como a Ordem Benedictina Brasileira não pôde ceder direitos de plena propriedade, que as leis de sua patria ainda não lhe outorgaram, e reconheceram.

Depende de direito a constituir pelo poder competente no Brasil. A Constituição Federal não revogou o direito privado; estabeleceu apenas o principio, que deve ser concretisado em regras adequadas.

Os arts. 8º e 9º estão prejudicados nas observações anteriores; pois que lhes resiste o direito nacional.

A inscripção a que allude o art. 10 é inexequivel em face da lei de 10 de Setembro de 1893, a qual repelle o contracto, por incompativel com o direito vigente.

S. Paulo, 17 de Outubro 1895.—Dr. *Francisco Justino Gonçalves de Andrade.* *

No contracto exhibido a primeira duvida, com que logo se depara, é se o abbade geral da congregação brasileira estava só por si habilitado para fazer a negociação em virtude da qual transforma a congregação fundindo-a na congregação enropéa, de Beuron na Belgica, transferindo aos religiosos desta todos os direitos e bens, mas deixando-lhes a faculdade de regressarem ao seu mosteiro que a final absorverá a congregação brasileira.

A duvida acerca da capacidade legal do abbade só os estatutos da congregação poderão responder.

A proposito cumpre lembrar que a lei brasileira de 9 de Dezembro de 1830 dispõe que as ordens religiosas são apenas administradoras de seus bens, os quaes, por extinção das ordens, hão de se devolver ao dominio nacional.

Não estará de pé e em vigor esta lei relativamente ás ordens que se constituíram antes de 24 de Fevereiro de 1891 ao menos na parte em que a mesma lei definiu seu direito aos bens das ordens, considerados vagos, pela sua extinção?

O contracto, como está concebido. — art. 9 — importa em uma fusão das duas congregações, da congregação brasileira com a congregação de Beuron.

Este contracto, pelo axioma—*Lex loci contractu*, tem de obedecer ás leis brazileiras, que são as do lugar, onde é elle feito por ellas deve ser regido, por ellas terá de ser afinal liquidado.

Mas como cada uma das congregações fusionistas tem seu estatuto proprio, subordinado ás leis de sua nação e sob cujo influxo foi cada um concebido e organizado, é claro que a nova pessoa juridica, (que não se sabe a final a que nacionalidade pertence) terá de ficar sujeita á jurisdicção-de um e outro paiz, o que é erro em face do principio acima *Lex loci contractu*, dando assim causa a conflicto.

O contracto incide assim neste vicio e não pode ter a sancção de direito.

A lei de 10 de Setemhro de 1893 não curou das associações religiosas já existentes ao seu tempo, visto como ella no seu artigo 1.º refere-se ás associações, que se *fundarem*, mas tem toda applicação ao caso em que duas associações preesistentes tratam de incorporar-se.

Ora ha no contracto clausulas que ferem disposições desta lei.

A citada lei, art. 10, n. 4, só considera extincta a associação—salvo o consenso—pela extinção de todos os seus membros. Entretanto no artigo 9.º do contracto se dispõe que a extinção se dará desde que os membros ficarem reduzidos a dous.

No art. 11 da lei se dispõe que pela dissolução e liquidação da associação o saldo liquido, será rateado entre os socios, quando os estatutos não determinarem que o saldo seja applicado e transferido a algum estabelecimento publico ou outra associação *nacional*.

No art. 12 da lei se dispõe que extincta a associação pela perda de todos os seus membros, os bens se consideram vagos e passarão a pertencer á União.

O contracto porém—Art. 9—estabelece que nos dous casos acima os bens pertencentes á ordem no Brazil deverão ter o destino que approuver ao Summo Pontifice, o que dá até logar a que sejam retirados do Brazil, quando a lei brazileira, na hypothese figurada de applicação a estabelecimentos publicos, determina que sejam *nacionaes*.

Assim ainda por estas razões o contracto não pôde prevalecer. E' infringente da lei brazileira.

Não me parece que tenha applicação ao caso as leis de mão morta, porque estas estão senão explicita ao menos implicitamente revogadas pela Constituição da Republica no arts. 72 § 3, e 89.

E se a lei de 10 de Setemrho de 1893 devolve á União os bens das associações religiosas por extinção destas, é que, não tendo elles herdeiros, os bens consideram-se vagos, como se dá a respeito dos de quaesquer outras pessoas, que não deixam herdeiros, faltando de mais a mais aos frades de ordens regulares a capacidade civil de testarem. O caso fica sendo assim de direito *commum*.

Não obstante os vicios do contracto, com tudo me parece que não pôde ser vedada a sua inscripção no Registro porquanto esta assegura, mas não é titulo de acquisição de direitos.

Nas transcripções de immoveis, por exemplo, esta não indica a prova de dominio, o qual fica salvo a quem o fôr.

O official não tem competencia para conhecer de meritis do título; só pôde recusar a transcripção ou inscripção pela omissão das fórmulas legais; nada mais, nada menos.

Salvo melhor juizo, este é o modo de entender a respeito.—
Chagas Lobato.

O Dr. G. Niemeyer, nosso collega estimado, enviou ao jornal *Republica*, as seguintes considerações a respeito:

I

Não comprehendendo o affirmar-se subsistirem as leis de *mão-morta*, pelas quaes arvorava-se o Estado em proprietario, e rebaixava as corporações a meras usufructuarias ou detentoras dos bens que possuíam, apesar do expresso preceito do art. 72 § 3.º da Constituição Federal, allegando a necessidade de lei ordinaria interpretando-o.

A doutrina consignada é falsa, e perniciosa.

A tutela que o Estado, separado da Igreja para todos os effectos, se esforçasse por manter no concernente aos bens das corporações, é odiosa, é violenta.

Triumphando o principio, que estabelecera a reciproca independencia entre o Estado e a Igreja, somente a prepotencia do mais forte explicará qualquer intervenção do primeiro em negocios que affectassem intimamente a segunda.

A Igreja tem o direito de exigir que se respeite e mantenha integra a liberdade assignalada: no Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890; e assim é forçoso convir em que maior lesão não poder-lhe-ha ser feita, que a proveniente da fiscalização, tendente a — *acautelar os seus interesses*,—exercida pelo governo, sem solicitação sua.

Assim entendeu o Congresso Constituinte a questão, e expressamente o demonstrou, regeitando o texto do projecto da Constituição, formulado pelo Governo Provisorio mediante os decretos ns. 569, de 22 de Junho, e 914 A, de 23 de Outubro de 1890.

Effectivamente, o art. 72 § 3.º desse projecto era assim concebido:

«Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, *observados os limites postos pelas leis de mão-morta.*»

Si assim succedesse, a Constituição manteria a vigencia da lei de 9 de Dezembro de 1830, e realizar-se-hia a hypothese curiosissima do Estado, não reconhecendo officialmente a Igreja nas funções communs, apercibir-se della e curateral-a no que respeitasse ao seu patrimonio.

A Constituinte, porém, de um traço eliminou o principio em vigor, no direito patrio até 1890, substituindo a clausula: «*observados os limites postos pelas leis de mão-morta*», por outra essencialmente opposta: «*observadas as disposições do direito commum.*»

E' manifesto, portanto, pelo proprio texto da Constituição,—e quando duvida houvesse, o historico da questão a dissiparia—que o intuito do legislador foi o de revogar as leis anteriores sobre o assumpto, pondo assim termo ao regimen da excepção

em que achavam-se as corporações religiosas, outr'ora denominadas de—*mão-morta*.

As confissões estão conseguintemente isentas por lei da fiscalização do Estado, e pôdem, como qualquer particular, dispôr de seus bens sem outros liames que os resultantes das leis communs, a que toda sociedade se subordina.

A allegação de que esse artigo, cuja limpidez não permite duvidas, somente revogaria as leis anteriores quando traduzido em lei ordinaria, vale o mesmo que suspender a Constituição por um aviso.

Somente por erro, cuja origem filia-se ás antigas instituições vulgarizara-se a noção que torna dependentes da interferencia regulamentar do Congresso direitos expressamente firmados pela Constituição Federal.

No regimen actual, a interpretação de qualquer artigo constitucional ou de outra qualquer lei incumbe ao poder que tem de applical-o na hypothese; e assim, o artigo 59, § 2, letra *b*, e o artigo 60, letra *a*, do pacto fundamental, facultam a acção contenciosa perante o poder judiciario federal, quando qualquer disposição offenda os preccitos constitucionaes.

Além disso, a Constituição não curou do regimen que existia: ella veio por si mesma, e só por si estabelecer e organizar um outro.

A logica e o bom senso evidenciam que as leis anteriormente em vigor, que contrariam as suas disposições expressas, são revogadas pelo facto de as contrariarem.

É inconcebível que prevaleçam contra a Constituição leis emanadas de um poder que essa propria Constituição supprimira.

Parece-me, por portanto, ser procedente e provada a asserção.

A doutrina consignada, que animo-me a combater, é perniciososa, é falsa e, a prevalecer, chegar-se-hia ao absurdo da supressão da lei fundamental.

A Constituição supprimiu o regimen de excepção existente, egualou as confissões religiosas, no concernente á aquisição de bens, aos individuos e associações, e para estas já existiam as leis communs.

Disposições de direito commun e leis de mão-morta são conceitos radicalmente antagonicos um ao outro. Regeitando esta phrase e substituindo-a por aquella, a Constituição estabeleceu em todos os sentidos a liberdade das associações religiosas.

II

E' incomprehensivel pretender-se que o legislador constituinte, investido da omnipotencia legislativa, não tenha poder para revogar desde logo e sem dependencia de uma lei civil ordinaria, disposições de direito privado.

Não se concebe que se repute em pleno vigor leis oriundas do antigo regimen, que sejam contrarias ao que expressamente se determina na Constituição.

O legislador constituinte não se encontrou diante do acervo de leis existentes ao tempo da revolução, com a tarefa de as es-

tudar e revigorar as que conviessem ao novo systema; pelo contrario, achou-se sobre destroços de um mundo e a missão que teve foi a de lançar os fundamentos de uma nova organização. Tudo o que existia desapareceu com a sua presença; delle ia emanar tudo o que devia existir.

E tanto assim foi, que na Constituição encontram-se muitos principios, que já eram do uso e gozo da sociedade, cuja consignação seria perfeitamente dispensavel, si, porventura, prevalesse a doutrina absoluta do aproveitamento do que existia.

A verdade é que, contra a Constituição, cousa alguma poderia prevalecer; e mesmo de accôrdo com as suas disposições, para que tivessem effeito as leis existentes, necessario foi que expressamente o ordenasse, o que fez no artigo 83, onde não ha exclusivismo politico, como erroneamente suppõem os contradictores :

«Continuam em vigor, emquanto não revogadas, as leis do antigo regimen no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados.»

Ora, diversa não é a questão.

E' principio consagrado na Constituição que «os individuos, como as confissões religiosas, podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.»

Assim succedendo, é peremptoria a disposição do artigo 72, § 3.º, e portanto manifesto que em face desse artigo e do 83 estão revogadas a Lei de 9 de Dezembro de 1830 e todos os Decretos, Avisos e Alvarás do reino e do imperio, que oppoem-se a semelhante principio.

Não pôde soffrer controversia esta doutrina, tão evidente ella o é.

Convém não occultar que a 13 e 31 de Março de 1891 foram pelo Ministerio da Justiça expedidos Avisos declarando estar em pleno vigor a Lei de 9 de Dezembro de 1830, que não entendia-se revogada pelo preceito do artigo 72, § 3.º, da Constituição Federal, emquanto este não se traduzisse em lei ordinaria.

O que, porém, esperar de um Governo que dissolveu o Congresso, violando expressamente a Constituição?

Restabelecida a legalidade, restabelecêra tambem a verdadeira doutrina.

Em Aviso n. 35, de 11 de Dezembro de 1891, o Ministro do Interior declarou que: «permittido livremente o ingresso em profissão religiosa, facultado ás associações de qualquer natureza constituirem-se sem dependencia do poder publico, observadas tão somente as regras do direito commum; extinto o direito do padroado e seus consectarios, cessára a tutela que o Estado exercia sobre essas pessoas jurídicas.»

Em 31 de Dezembro de 1891 o Ministro da Justiça expediu a Circular n. 89, declarando revogados, por contrarios á Constituição, os Avisos de 13 e 31 de Março de 1891, referendados pelo Sr. Barão de Lucena.

Reconheceu-se, diz a Circular n. 89 :

«Decorrer do art. 72 da Constituição a plena capacidade civil das associações religiosas, equiparadas a quaesquer outras de ordem privada, para se regerem pelo direito commum.»

O verdadeiro interprete, o Supremo Tribunal Federal, em accordão de 19 de Outubro de 1896, nos autos de recurso extraordinario n. 85, entre partes, recorrente, o Mosteiro de S. Bento da capital do Estado da Parahyba e recorrido, José Caixão Rodrigues da Silva, declarou «estar revogada a lei de 9 de Dezembro de 1830 pela disposição do art. 72, § 3.º, da Constituição, como acertadamente já haviam previsto os Avisos n. 35, de 11, e n. 89, de 31 de Dezembro de 1891».

Subscreveram essa verdadeira doutrina os illustres ministros Pindahyba de Mattos, Herminio do Espirito Santo, Bernardino Ferreira, Pereira Franco, Ribeiro de Almeida, Macedo Soares, Figueiredo Junior e Lucio de Mendonça. Vide nota 189.

III

O illustre Sr. Souza Bandeira (*Étude sur le régime légal des corporations de main-morte au Brésil—Bulletin de la Société de Législation Comparée*, vol. XXII, pag. 594) demonstra ser o nosso regimen constitucional o mais liberal de quantos existem.

Basta comparar as disposições da lei brasileira com as das legislações mais adelantadas, para ver todo o alcance das innovações introduzidas.

O Brazil não admittre limitações ao direito de associação; não prohibe os conventos, como em França ou na Italia; não tem o regimen da *Incorporation Chart*, como na Inglaterra e nos Estados Unidos, nem o da declaração de utilidade publica, como a administração franceza, não limita a quantidade dos bens que as corporações possam possuir, nenhuma formalidade especial se lhes impõe na aquisição delles, diversamente do que succede em quasi todas as legislações modernas, não encontram-se sequer, as poucas regras observadas quanto á administração dos *vacoufs* nos paizes musulmanos. Está, conseguintemente, o Brazil numa situação de todo em todo excepcional, para experimentar afoitamente a mais profunda modificação conhecida nas tradições do direito civil concernentes ás associações dessa natureza».

O erudito senador Ruy Barbosa, autoridade competente na materia, expressava-se, a 10 de Novembro de 1896, nos seguintes termos:

«Sob o regimen de ampla liberdade, em que vivem nos Estados Unidos, as associações religiosas estão longe, todavia, da situação que lhes reconhece a nossa lei fundamental. Alli os corpos collectivos acham-se subordinados, quanto ao direito de propriedade, ás restricções estabelecidas para cada caso especial, pelo poder legislativo, do qual cada corporação, ao constituir-se, recebe na sua carta de incorporação uma somma de faculdades limitadas.»

O illustrado Sr. F. Badaró, nosso ministro junto á Santa Sé (*L'Eglise au Brésil*) diz que a aquisição, pösse, administração dos bens das corporações religiosas são regidas pelos mesmos principios que as associações em geral, não verificando-se a posse para o Estado sinão quando aquellas percam todos os seus membros e si as regras, estatutos ou compromissos não dispõem que sejam os bens transferidos a qualquer outro estabelecimento ou associação que tenha fim identico ou analogo.

A distincção entre corporações anteriores á lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893 e posteriores, não é a que presume o contendor.

Outr'ora os compromissos ou estatutos das confrarias, irmandades e ordens terceiras deviam ser approvados primeiramente na parte espirital pelo Ordinario, ou quem o representasse (Cons. *Quocumque*, de 16 de Dezembro de 1604, de Clemente VIII; Constituição do Arcebispedo da Bahia, liv. 4.º, tit. 60, § 67; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2.º, § 11; Decreto n. 2.711, de 19 de Dezembro de 1860). Approvados os compromissos ou estatutos na parte espirital, deveriam ser na parte temporal approvados por Carta pelo Ministro do Imperio na Côte, e pelos Presidentes nas Provincias (Lei de 12 de Agosto de 1834, rrt. 10, § 10; Lei n. 1.083, de 22 de Agosto de 1860, art. 2.º, § 1.º; Decreto n. 2.686, de 10 de Novembro, art. 4.º, e Decreto n. 2.711, de 19 de Dezembro de 1860, arts. 27 e 33).

Separada a Igreja do Estado, extinto o padroado pelo Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, dever-se-hia estatuir sobre as corporações ou associações para fins religiosos que se instituíssem. Assim é que a Lei n. 173, de 1893, se inscreve: «*regulando a organização das associações que se fundarem para fim religioso, moral, etc, nos termos do art. 72, § 3, da Constituição Federal.*»

Quer as anteriores, organizadas conforme as leis vigentes, quer as posteriores, de conformidade com a Lei n. 173, de 1893, gosam de personalidade juridica, verdadeiras pessoas civis, subordinadas exclusivamente ás disposições do direito commum, como quaesquer outras associações.

Em Candido Mendes (*Direito Ecclesiastico Brasileiro*) encontra-se tudo quanto se refere ás Ordens Regulares ou Religiosas.

Não é de hoje que espiritos irrequietos pretendem enxergar invasão do Pontífice Romano, avançando, até quanto á Ordem Benedictina (a em questão) tentar elle dissolvê-la.

Fizeram-se echoar no Senado; felizmente, porém, a commissão de policia, representada pelos Srs. Catunda, Alberto Gonçalves, Sarmiento e Horn, no parecer n. 28, de 1896, deu a unica importancia que merecia, condemnando ao limbo o projecto a respeito.

O Senado, unanimemente, em sessão de 11 de Junho de 1896, concordou com a conclusão.

Ao terminar, cumpre dizer que os monges de Beuron, hoje cidadãos brasileiros, reconhecendo a auctoridade do Geral na Bahia, são notaveis pela sciencia, pela piedade e pelo amor á instituição.

Abriram o noviciado em Olinda, reergueram o mosteiro em ruinas, franquearam o ensino á pobreza, assumiram a direcção do seminário menor, não se recusaram a soccorrer os enfermos, e tentaram crear institutos agricolas e profissionaes.

Deviam necessariamente encontrar inimigos. Eram e são da mais alta cultura intellectual, de justa nomeada na Europa, cheios de abnegação. Vieram para o Brazil depois de muito instados pelos seus companheiros, salientando-se entre elles o benemerito abbede do mosteiro desta capital, D. Frei João das Mercês Ramos.

O «Republica» fez as seguintes considerações :

O argumento do illustrado Sr. Dr. Giffenig von Niemeyer, explanado nestas columnas, nos seus tres brilhantes artigos, resume-se nos seguintes termos :

A Constituição permittiu que as associações religiosas adquiram bens na fórma do direito commum, abolida a legislação de mão-morta, assim chamada.

Ora, essas leis de excepção eram tudo quanto obrigava a reverter á Nação os bens das ordens religiosas, á medida que se extinguissem por morte do pessoal.

Logo, o ultimo frade sobrevivente de uma dessas ordens brazileiras pôde hoje em dia transferir de pleno direito a qualquer corporação religiosa, estrangeira embora, os bens de mão morta, dos quaes era a ordem respectiva apenas a detentora e usufructuaria, antes de 24 de Fevereiro de 1891; mas preterindo-se já agora a expectativa do direito da Nação.

O nosso contradictor, porém, deixou de reflectir que a Constituição de 24 de Fevereiro de 91, com permittir ás associações religiosas, dessa data em diante, a aquisição de bens segundo o direito commum, prohibiu explicitamente a retroactividade das leis.

Os bens das ordens religiosas no Brazil, que hoje em dia se pretendem transferir a associações estrangeiras, estavam até 24 de Fevereiro de 91 sujeitas á condição de reverter á communiidade brazileira, na hypothese de extincção pela morte do ultimo frade.

Por consequente, subsiste a expectativa de direito da Nação ao dominio real e plena posse desses bens de mão-morta, que as ordens prestes a se extinguirem, administram tão somente e usufruem.

O principio constitucional de que a lei não retroage é absoluto em materia civil; e, quando assim não fosse, se daria, na especie, a collisão de direito novo contra direito antigo, isto é, de um lado as ordens religiosas, a quem a lei n. 173, de 19 de Setembro de 1893, retrotrahindo-se, daria o dominio real e a posse plena dos bens; do outro lado a Nação, pessoa juridica por excellencia, a quem a referida lei esbulharia do direito virtual sobre essas riquezas; e nessa presumpção absurda, o interesse da collectividade seria sacrificado ao da individualidade em conflicto juridico.

Ponhamos, entretanto, de parte o conceito irrefutavel de quem nem por abolir a Constituição de 24 de Fevereiro de 91 a legislação de mão-morta, a lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, retroage em prejuizo da Nação, cuja expectativa de direito está em vigor sobre essas riquezas. Vejamos si, em face da legislação commum, a transferencia de bens pôde-se dar entre as ordens monasticas anteriores á Republica e as novas associações pelo regimen actual.

As associações religiosas de nacionaes ou estrangeiros, no Brazil, podem, depois de 24 de Fevereiro de 91, adquirir bens de quem os possuir na fórma da lei, assim como podem alienal-os. O ultimo frade de uma ordem brazileira qualquer não pôde, por isso mesmo que personifica a corporação extincta, transferir bens sobre os quaes, em virtude dos mesmos estatutos das ordens, não tem o dominio real e a posse plena, na condição de administrador e usufructuario de riquezas legadas e doadas em vida com

§ 473

Podem actualmente as corporações de mão-morta ser instituídas herdeiras assegurada a todas as confissões religiosas ou associações a livre aquisição de bens, observadas as disposições de *direito commum*. (194)

essa clausula. O acto inicial da cessão ou venda em nome da ordem religiosa pelo mero detentor dos bens inalienaveis, seria nullo de pleno direito, segundo a legislação commum.

Não obstante a mudança de fórma de governo, a Nação se perpetua como pessoa jurídica, e não deve abrir mãos do direito ás riquezas das ordens monasticas, para o que não contribuiu pouco a communidade brasileira, mas sob condição de que, na hypothese de morrer o ultimo frade, não seriam empolgadas por syndicatos estrangeiros, mas lhe reverteriam.

(194) Interessante e grave é esta questão divergindo as opiniões a respeito, pois não podiam as corporações de mão-morta, como ordens terceiras, egrejas, ordens monasticas, irmandades, etc., ser instituídas herdeiras por se julgar instituições indirectas de alma e ser nulla a instituição da alma. (Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21; Alvará de 20 de Maio de 1796; Assento I, de 20 de Julho de 1780; Assento I, de 29 de Marco de 1770; Assento IV, de 5 de Dezembro de 1770; Assento II, de 21 de Julho de 1797; T. de Freitas, Consolid. das LL. Civis, art. 1003, e Test. e Succ., pags. 296 a 301.)

Assim foi julgado pelo Accordão Revisor da Relação da Bahia em a Revista n. 8298, de 11 de Novembro de 1873, na celebre causa, recorrente a Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra, e recorrido Lourenço Teixeira Borges; e pelo Accordão da Relação do Rio de Janeiro, appellantes Padre Simplicio Bueno de Siqueira e outros, appellada a administração dos bens da Matriz da cidade de Bragança, na então provincia de S. Paulo, em 12 de Dezembro de 1873. Procedia a disposição prohibitoria se o testador deixava a sua terça á corporação de mão-morta, si a deixa não era legado, mas sim uma quota de herança ou remanescentes da herança. (Consolid. das LL. Civis, nota 4.^a, *in fine*, ao artigo 1003; Vall., Consulta 110, n. 5; C. da Rocha, § 688; C. Telles, Dig. Port., vol. 3.^o, art. 1566.) O direito eventual á universalidade da herança é característico da instituição de herdeiro, bem como a deixa de legado universal. (Accordão da Relação da Bahia na Revista citada.) Vide nota 182.

Que independente de acção ordinaria podia ser declarada nulla a verba testamentaria que instituia a alma por herdeira indirectamente instituída uma corporação de mão-morta por ser a verba contra a prohibição da lei, nullidade absoluta e de pleno direito, não só porque a lei expressamente a pronunciava e declarava, prohibindo que se fizesse tal instituição, como tambem por não carecer de alta indagação, tirando todo o valor juridico ao testamento na instituição de herdeiro, nullidade que não arguida o juiz podia decretal-a *ex-officio*, assim o julgou a Relação da Bahia por Accordão de 17 de Fevereiro de 1889, Direito, vols. 52, pags. 182 a a 185, e 61, pag. 310.

O art. 2.º, § 2.º, do Decreto n. 6982, de 27 de Julho de 1878, exemplifica como não podendo ter execução no paiz a sentença proferida no estrangeiro reconhecendo direitos de successão testamentaria ás corporações de mão-morta.

Que é nulla a disposição testamentaria pela qual se institue a alma por herdeira indirectamente como fideicommissaria, mas a nullidade não affectando todo o testamento, porém somente a referida verba de instituição indirecta da alma e deve o herdeiro fiduciario entrar no goso da herança, a qual, por sua morte, será deferida a quem de direito, se vê julgado pela Relação do Recife por Accordãos de 10 de Junho e 14 de Outubro de 1879, no Direito, vol. 24, n. 1, pag. 63.

Que nullo é o testamento que institue herdeira uma ordem terceira, ainda que disfarce a instituição da plena propriedade em tres ordens successivas de usufructo, e que nullo é o testamento no todo, tambem ficando nullos os legados, revertendo a herança a quem de direito, na ordem da successão, se vê julgado na celebre causa de testamento de Vicente José da Silva (vulgarmente conhecido o *Calças Largas*), pela Relação do Rio, por Accordãos de 26 de Agosto e 4 de Novembro de 1890; pela Camara Civil de Côrte de Appellação, por Accordão de 10 de Junho de 1891, e pelo Supremo Tribunal de Justiça Federal, por sentença de 11 de Maio de 1892; no Direito, vol. LXI, n. 3, pags. 340 a 390. Ahi se lêem pareceres do notavel advogado doutor Souza Ribeiro sustentando a nullidade do testamento affectando os legados em face do § 21 da Lei de 9 de Setembro de 1769, expressamente interpretada neste sentido pelo Assento n. 266, de 29 de Março de 1770, corroborado pela doutrina dos Assentos de 5 de Dezembro do mesmo anno e de 20 de Julho de 1780; e, posto que a dita lei (§ 21) houvesse sido suspensa pelo Deereito de 17 de Julho de 1778, foi todavia restaurada pelo Alvará de 29 de Maio de 1796, revivendo pois o decreto anterior, fixado pelo Assento de 29 de Março de 1770, como decide o de n. 320, de 21 do Julho de 1797, tendo taes assentos força de lei em virtude do disposto na Lei de 18 de Agosto de 1769, § 4.º, e na de n. 2684, de 23 de Outubro de 1875, art. 1.º (T. de Freitas, Consolid., arts. 1002 e 1003).

Nós entendemos que actualmente não são incapazes de instituição de herdeiras as ordens, irmandades, egrejas ou corporações, pois tal incapacidade provem das leis de amortização, como dizem Mello Freire, Instit. do Dir. Civil Luzitano, liv. III, tit. V, § XXXI; C. da Rocha, § 75, e Liz Teixeira, vol. II, pag. 231; Leis de 14 de Julho de 1768, de 12 de Maio e de 9 de Setembro de 1769, e taes leis estão sinão *explicita* ao menos *implicitamente* revogadas pela Constituição da Republica nos artigos 72, § 3, e 83, sendo abolidas as leis de excepção e mandando-se observar as disposições de direito commum, ficando as ditas corporações equiparadas ás demais associações, sujeitas tão somente ás normas de direito civil applicaveis ás sociedades e ás pessoas juridicas em geral. (Aviso do Ministerio dos Negocios do Interior, de 11 de Dezembro de 1891).

A Constituição citada, Deereito n. 119, de 7 de Janeiro de 1890, que separou a Egreja do Estado, e a Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, garantindo a livre aquisição de bens, observadas as regras de direito commum, abolidos os limites postos pelas leis de amortização prohibitivas de aquisição de bens por

titulo oneroso ou lucrativo, ou por successão, fizerão cessar as leis restrictivas do direito de dispôr por motivo religioso e de ordem economica, restabelecendo o direito commum, o direito geral de que gosam as pessoas, em differença do direito singular applicavel a poucos; taes disposições da Republica egualaram as associações religiosas e corporações diante do mesmo direito de aquisição, observadas as leis geraes, com abolição implicita das disposições excepçoes, llimitando o direito commum.

Que seja nulla a instituição d'alma por herdeira comprehendese não tendo ella uma personalidade e nem mesmo podendo ter por ficção uma existencia na terra com capacidade para herdar; mas vedar a distribuição dos bens em obras pias ou que se os deixe a corporações pias e associações religiosas por conter instituição indirecta d'alma, é restringir a liberdade de testar por motivos de crenças; quando a Nação não pôde ingerir-se nesta materia; quando por motivo de crenças ninguem pôde ser privado de seus direitos civis; quando as leis da Republica garantem a livre aquisição de bens sem limites, salvo os do direito commum, abolindo as leis de amortização o direito singular prohibitivo da aquisição e limitador da aquisição ampla a todos concedida.

No direito commum não se comprehendem as disposições singulares prohibitivas de instituição de herdeiros applicaveis ás corporações de mão-morta. Vide nota 189, pag. 435

Hoje é livre a cada um, em beneficio de sua alma, instituir herdeiros corporações pias e religiosas em auxilio aos fins destas e com capacidade para adquirir, ás quaes a lei concede todos os direitos civis relativos aos interesses dos seus institutos.

Assim o entendeu o illustrado Procurador Geral do Estado de S. Paulo, Dr. Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado, officiano nos autos de appellação civil n. 104, da comarca de Botucatu, Appellante Antonio Soares de Barros e appellado Dr. Bernardo da Silva, testamenteiro de Domingos Soares de Barros, relativamente a legados deixados ás Igrejas Presbyterianas daquela cidade e capital do Estado.

Opinou que taes leis prohibitivas de successão testamentaria estão revogadas, cessando as razões que lhe dão vida e vigor. (Gazeta Juridica do Estado de S. Paulo, vol. IV, n. 4, pags. 308 a 310, anno II.)

Consultamos a diversos illustres advogados da capital do Estado e a maioria opinou contra a nossa opinião, sustentando estar em vigor as leis que prohibem ás egrejas, fabricas, irmandades, ordens terceiras, ordens monasticas herdar ou ser instituidas herdeiras, sustentando o Conselheiro Duarte de Azevedo a opinião que emitimos.

Devemos transcrever a resposta á consulta que fizemos do illustre jurisconsulto, e bem assim, em seguida, os pareceres do Procurador Geral do Estado na causa referida, e daquelles que nos honraram tambem com as suas opiniões em favor das leis prohibitivas de ser instituidas herdeiras as corporações que se diziam de mão-morta.

PARECER DO CONSELHEIRO DUARTE DE AZEVEDO

Proibição de serem instituídas herdeiras as corporações de mão-morta. Instituição da alma do testador por herdeira.

A denominação de mão morta não comprehende somente as corporações e fundações religiosas, mas todas as comunidades, corpos e estabelecimentos publicos, cuja existencia se perpetua pela subrogação successiva das pessoas que os compõem ou administram—Merlin, Rep. de Jur. vb. *main-morte*.

Entretanto no direito patrio essa qualificação restringiu-se ás ordens, irmandades e corporações ecclesiasticas, ou só a respeito de taes institutos se promulgaram as leis de amortização, que pela Ord., liv. 2.^o, tit. 18, e direito anterior consistiam na prohibição de adquirirem as egrejas e ordens bens de raiz por titulo *inter vivos* sem licença real, ou de possuirem além de um anno os havidos por disposição de ultima vontade. A defesa da aquisição foi ampliada depois á de serem as corporações de mão-morta instituídas herdeiras, com o fundamento de que neste caso verificava-se a instituição prohibida da alma do testador; e o prazo da posse dos bens legitimamente adquiridos, mas dependente de licença para ser conservado, ficou reduzido ao de seis mezes—Alvará de 9 de Setembro de 1769, § 21, e de 20 de Maio de 1796; Assento de 29 de Março de 1770, Decreto de 16 de Setembro de 1817, Lei de 20 de Agosto de 1864.

Estas restricções á facultade de adquirirem as corporações de mão-morta bens de raiz e a prohibição de haverem quaesquer bens por successão testamentaria (a intestada era-lhes inapplicavel), cessaram em vista do artigo 72, § 3.^o, da Constituição Federal, que assegurou a todas as confissões religiosas em associação a livre aquisição de bens, observadas as disposições do direito commum?

A negativa parece resultar da consideração, de que as leis de amortização não tiveram por fundamento a incapacidade politica ou civil das corporações religiosas, sinão a utilidade economica de evitar-se a accumulção da propriedade immovel inalienavel, e de cohibirem-se as seducções do sentimento religioso dos testadores—Alvs. citados, preambulo do edito francez de Agosto de 1749, Giorgi, *Personne Giurid*, I, n. 136. Accresce, que o Decreto de 7 de Janeiro de 1890, que separou a Igreja do Estado, e reconheceu a personalidade civil de todas as egrejas e confissões existentes para adquirirem bens, *manteve os limites das leis concernentes á propriedade de mão-morta*. Além de que, pôde-se referir ao direito civil em vigor ao tempo da Constitulção a clausula do artigo 72, § 3.^o.—*observadas as disposições do direito commum*.

II. Não obstante, a solução contraria é preferivel.

Separando-se da Igreja Catholica, e isolando-se de qualquer igreja ou culto, a Constituição Federal declarou que nenhum delles teria relações de dependencia ou alliança com o governo da União ou dos Estados. Todas as auctoridades representativas de profissões religiosas ficaram assim extranhas ao Estado, de vida e movimentos autonomicos.

Ora, quando proclamava-se a independencia das associações religiosas, equiparadas a quaesquer individuos quanto á facilidade adquirir bens, não seria incoherente submettel-as á tutela do Estado para certos meios de acquisição, e interdizer-lhes alguns não denegados a outras pessoas juridicas ou individuoses?!

A liberdade conferida á Egreja, e a outras confissões religiosas, para acquisição de bens, guardadas apenas *as disposições do direito commum*, não se compadece com as restricções do direito singular anterior. Direito commum não quer dizer direito civil ou privado; é o direito geral, de que gozam todas as pessoas, em differença de direito singular, applicavel a poucas—Vicat, vocab. vb. *commune jus*; Savigny, Syst. I, § 16; Esback, Introd. n. 28. E' o producto evolutivo do antigo *ius gentium, quo omnes utuntur*, de cuja luta com o velho direito quirritario, *ipsius civitatis*, proveio todo o progresso do direito civil.

A Egreja e suas corporações não gosariam certamente do direito commum, si relativamente á capacidade de adquirir e possuir bens dependessem de prohibições ou restricções, que não supportam outras pessoas juridicas religiosas ou seculares, e menos as pessoas phisicas.

Parece pois absolutamente conforme aos preceitos constitucionaes o Aviso de 11 de Dezembro de 1891, que do artigo 72 da Constituição Federal deduz a *plena capacidade civil das associações religiosas, equiparadas a quaesquer outras de ordem privada para se regerem pelo direito commum; e declara abolidas pelo preceito constitucional as leis de anortização.*

O Assento da materia é actualmente a lei de 10 de Setembro de 1893. Constituidas as corporações religiosas como pessoas juridicas pelo registro publico dos seus estatutos ou compromissos, *podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses do seu instituto.* Si não adquirirem a personalidade por esse modo, ainda assim a lei as considera sociedades civis—arts. 5 e 15 (*).

III A instituição da alma por herdeira fazia-se por meio de capella vinculada, ou da instituição por herdeira e testamenteira de alguma ordem, corporação ou irmandade religiosa—Alv. de 9 de Setembro de 1769, § 21, Av. 1.º de 29 de Março de 1769.

Extinctas as capellas e quaesquer vinculos pela lei de 6 de Outubro de 1835, é visto que por meio de capella vinculadada não é possivel mais instituir-se a alma por herdeira. Não seria admissivel tambem, por falta de sujeito da herança, a instituição

(*) Segundo o direito francez e italiano, as corporações podem receber successões testamentarias, com licença do governo—Cod. Civil Fr., art. 910; Lei de 2 de Janeiro de 1817; Cod. Ital., art. 932. E' o que se observa tambem na Suissa—Rossel, Droit Civile de la Suisse Romande, pag. 273. Pelo Cod. Civil Port. não ha necessidade de licença do governo, mas a disposição testamentaria não deve exceder á terça do testador, e si fôr consistente em bens de raiz serão convertidos estes em fundos consolidados—arts. 35 e 1781, § unico. Outros codigos auctorizam as corporações a adquirir livremente por herança testamentaria, uma vez que sejam pessoas juridicas, ou tenham existencia legal—Cod. Hesp., arts. 745, § 3.º, e 746; Arg., arts. 3734 e 3735; Chile, arts. 963 e 965; Uruguay, art. 797, § 3.º. E' este o direito consagrado na nossa lei de 10 de Setembro de 1893.

pura e simples da alma do testador por herdeira. Porém nada impede que as corporações de mão-morta, aliás sempre reconhecidas capazes de receber legados, sejam instituídas herdeiras em testamento, embora a ficção de que neste caso a instituição é feita em benefício da alma do testador, e com imposição de suffragios, encargos pios, ou obras de beneficencia recommendados no testamento- (**)

Dr. M. A. Duarte de Azevedo.

PARECER

I

A Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21. e o Alvará de 21 de Maio de 1796 estabeleciam que nullas são todas as disposições e convenções *causa mortis*, em que fôr instituída a alma por herdeira, e que, em relação ás capellas e anniversarios, cujos rendimentos, etc., sejam reputados bens livres e desembaraçados, não obstante as vocações e clausulas das instituições, pelas quaes os referidos bens se acham ou se acharem vinculados.

Estas disposições, que vigoravam no nosso direito então, tinham seu fundamento na instituição da Igreja do Estado, em favor da Igreja Catholica, com prerogativas e consequencias importantissimas, e não podem ser interpretadas sinão investigando o seu fundamento juridico, a base em que assentavam.

A sociedade Igreja tinha uma posição peculiar na nossa organização politica e social, que se poderia dizer, sem grande erro, predominante, e ella influa grandemente sobre o desenvolvimento de nossas leis, em todo o movimento da nossa vida social.

Com o desaparecimento das instituições monarchicas, substituídas pelas instituições democraticas da Republica Federativa que nos regem, deu-se completa e inteira alteração, que não se compadece com as regras e preceitos que decorriam necessariamente da posição especial da Igreja no Estado, e daqui, com o desaparecimento do systema de Igreja do Estado, o necessario e logico desaparecimento de todas as disposições consequencias daquella.

O Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890 separou a Igreja do Estado, e determinou expressamente que a União e os Estados não poderiam expedir leis, regulamentos ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, etc.; outorgou a todas as confissões religiosas a faculdade de exercerem o seu culto, rege-

(**) A instituição da alma por herdeira é admittida em diversos codigos. Importa na applicação da herança á obra pia designada pelo testador, e em falta de designação, na distribuição dos bens em suffragios, esmolas, casas de beneficencia, etc. —Cod. Hesp., art. 747; Arg., art. 3722; Chile, art. 963; Mex., art. 3445; Urug., art. 799.

rem-se segundo a sua fé, e não serem contrariadas nos actos publicos ou particulares, estabelecendo que a liberdade assim instituida abrange não só os individuos como as egrejas, associações e institutos que se acharem aggremiados, cabendo a todos o direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo seu credo e sua disciplina, assim como reconheceu personalidade juridica em todas as egrejas e confissões religiosas para adquirirem bens e os administrarem, mantendo os limites traçados pelas leis de mão-morta.

A Constituição Federal, porém, publicada e promulgada a 24 de Fevereiro de 1891, na parte em que fez a — Declaração de Direitos — no art. 72, § 3.º, estatuiu expressamente que todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum, e por esta fórma revogou expressamente o limite imposto pelo art. 3.º do citado Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, de tal arte que as confissões religiosas, quaesquer que sejam, regem-se pelo direito commum em relação aos seus bens e patrimônios.

A Constituição deste Estado, em sua parte III — Declaração de Direitos e Garantias, — no art. 57, IV, letra b) estabeleceu a mesma regra, exigindo apenas que o culto exercido seja compativel com a ordem publica e os bons costumes.

As confissões religiosas são hoje, consequentemente, quer em relação ao modo de associarem-se, quer em relação aos bens, sujeitas às disposições do direito commum, e consequentemente adquirem bens, transmittem-n'os e perdem-n'os, observadas as leis de nosso direito civil sobre a materia.

Sendo assim, me parece evidente que não têm mais vigor entre nós as disposições da Lei de 9 de Setembro de 1769 e as outras leis que regulam o mesmo assumpto, e assim não ficam nullos os testamentos em que forem instituidas herdeiras quaesquer Egrejas ou confissões religiosas, reconhecidas como personalidade juridica, segundo nossas leis, e consideradas pelo Estado tão somente como sociedade de direito commum.

II

O testamento de fls., ainda quando se devesse julgar em vigor as disposições da mencionada lei de 9 de Setembro de 1769, não teria incorrido em nullidade, porque não contem elle instituição d'alma, mas claramente legados deixados á Egreja Presbyteriana, pessoa juridica reconhecida pelo nosso direito para fins determinados, sendo certo que são esses legados a titulo particular, como se reconhece pelo estudo do testamento, em sua fórma e materia.

As proprias disposições do direito antigo, que estabeleceu a nullidade, das instituições d'alma como herdeiras, não consideram nullos os legados a titulo particular, tanto que, como bem observa o patrono dos réos, o Alv. de 28 de Setembro de 1810 isenta de decimas os legados á Santa Casa de Misericordia, corporação de mão-morta segundo o antigo regimen.

E, pois, o testamento de fls., deixando legados á Egreja Presbyteriana, não é nullo por esse facto. quando é certo que mesmo

no regimen da legislação sobre corporações de mão-morta, podiam estas receber legados, dependendo apenas da auctorização do poder legislativo quanto aos bens de raiz.

O Procurador Geral do Estado

Dr. A. Carlos R. de Andrada Machado.

ACCORDÃO

Accordam em Tribunal:

Que vistos, relatados e discutidos os autos, negam provimento á appellação interposta, para confirmar a sentença de fls.; porque tratando-se de um testamento cerrado, como é o que consta destes autos, observa-se guardar elle em sua fôrma externa e interna todas as solemnidades substanciaes positivamente assignaladas na Ord., liv. 4.^o, tit. 80, e Assento de 17 de Agosto de 1811, explicado pelo de 10 de Junho de 1817, que regem exclusivamente a especie, sem embargo das arguições feitas pelo autor, ora appellante, quer na 1.^a, quer nesta instancia, por sua completa improcedencia: 1.^o, porque, analysando-se o testamento em todo seu contexto, vê-se claramente que a vontade do testador, fazendo escrever a ultima verba, que se allega conter a instituição d'alma como herdeira, foi estabelecer mais um legado a titulo particular para o fim identico ao do consignado na primeira verba, tanto assim que o tornou isento de onus e obrigações, o que é o caracteristico do legado a titulo universal, ou herança (Coelho da Rocha, Direito Civil, § 688), e nos testamentos se deve ter em attenção antes o que o testador quiz do que a fôrma pela qual se tenha expressado (Pothier, *Trat. das Substit.*, secção 3.^a, art. 1.^o, n. 73, *cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerare oporteat*);

2.^o, porque, plenamente provado como se acha pela fé do escripto no instrumento de fls. e depoimento das 5 testemunhas instrumentarias que o testador com as suas proprias mãos lhe entregára o seu testamento, pedindo que o approvasse, tendo até convidado préviamente as testemunhas para o acto de approvação em cartorio, deixaram de ser formalidades substanciaes as palavras do tabellião ao testador, pois o Assento de 10 de Julho de 1817 resolveu serem excusadas taes palavras, quando o testador se antecipasse em pedir a approvação, como se póde ver no Codigo Philippino, pag. 902, nota, e T. de Freitas, nota 194 ao § 74 do *Trat. de Test. de G. Pinto*;

3.^o, porque prova-se com o instrumento de approvação e depoimentos contestes de todas as testemunhas, inclusive as offerecidas pelo autor, que a testemunha Pedro Egydio do Amaral esteve com as demais testemunhas que figuram no instrumento desde o começo até o fim;

4.^o, porque a leitura do instrumento de approvação não é formalidade estabelecida na Ord., liv. 4.^o, tit. 80, não obstante o

disposto na Ord., liv. 1.º, tit. 78, §§ 4.º e 5.º, que se refere evidentemente aos contractos por escriptura publica e testamentos publicos, mas não ao acto da approvação do testamento cerrado, como prescreve C. da Rocha citado, § 678, sendo que não tem applicação á especie o que se contem no artigo 684, § 2.º, do Regulamento n. 737, de 1850;

5.º, finalmente, porque a Igreja Presbyteriana de Botucatu e da cidade de S. Paulo, contempladas como legatarias no testamento questionado têm a sua capacidade provada para adquirir bens por este titulo, *ex-vi* do art. 5.º do Decreto de 7 de Janeiro de 1890 e art. 72, § 3.º, da Constituição Federal, que deram a todas as egrejas e confissões religiosas, sem distincção de cultos, a faculdade de adquirir bens e administral-os, guardadas as disposições do direito commum.

E assim julgando, como têm julgado, condemnam nas custas o supplicante.

S. Paulo, 6 de Junho de 1893.

Xavier de Toledo, presidente interino.—Oliveira Ribeiro.—Pinheiro Lima.—Foi voto vencedor o do sr. ministro Canuto Sarai-va. Oliveira Ribeiro.

2.º ACCORDÃO

Accordão em Tribunal:

Que vistos, expostos e discutidos, rejeitam os embargos de fls. por sua materia já allegada, largamente discutida e devidamente apreciada, para confirmar, como confirmam, o accordão embargado, cujos fundamentos não foram abalados, porque são apoiados em disposições expressas de lei e na doutrina geral de Direito, sendo certo que a interpretação dada ao art. 5.º do Decreto de 7 Janeiro de 1890, quanto á capacidade da Igreja Presbyteriana de Botucatu para adquirir bens—como pessoa juridica, está consagrada na novissima lei n. 173, de 10 de Setembro proximo passado, regulando a organização das associações religiosas.

Assim julgando, mandam que se cumpra o accordão embargado, e pagas as custas pelo embargante Antonio Soares de Barros.

S. Paulo, 1.º de Dezembro de 1893.

Souza Lima, presidente.—Brotéro.—Xavier de Toledo.—Ignacio Arruda.—Ferreira Alves.—Oliveira Ribeiro.—Canuto Sarai-va.—Pinheiro Lima.—Rolim.

PARECER DO DR. JOÃO PEREIRA MONTEIRO

Tendo sempre na conta de mais importante na hermeneutica juridica o chamado elemento scientifico, cujos esteios são a *ratio* e a *intentio legis*, penso que a nossa nova constituição politico-juridica não modificou o direito civil no assumpto que faz objecto da consulta.

O motivo e fim das leis de amortização não têm relação alguma de dependencia com a liberdade religiosa, que de resto nós já tinhamos sob a monarchia. Taes motivo e fim assentam ex-

clusivamente sobre considerações de ordem economica, assim synthetizadas pelo eminente Paulo Caurès, no seu *Précis du Cours d'Economie Politique*, tom. 1.º, pag. 81: «Si les personnes morales dites de *main-morte* étaient émancipées, disposant d'une influence morale considérable et d'immenses richesses matérielles, elles formeraient autants d'États indépendants au sein de la nation! Au surplus, quel que puisse être ce péril, les aspects économiques de la question doivent seuls fixer notre attention; ils suffisent d'ailleurs à justifier les mesures restrictives. A' propos de la théorie de la propriété, on verra quels sont les inconvénients généraux de la concentration excessive des fortunes. Or ces inconvénients seraient aggravés dans une proportion incalculable si la concentration se produisait sans entraves au profit des associations—Ces associations, c'est même de là que leur vient le nom de personnes de *main-morte*, n'aliènent jamais et ne meurent pas, tandis qu'elles acquièrent indéfiniment: de génération en génération, leurs richesses matérielles s'accroissent; il n'y a aucune règle à leurs envahissements successifs sur la propriété des particuliers. La *main-morte* a été l'un des fléaux de l'ancien régime; or, avec la liberté illimitée, elle ne tarderait pas à être reconstituée: les biens seraient en fait retirés du commerce, immobilisés, soumis à des règles d'administration peu favorables au progrès industriel.»

Foi longa a transcripção—mas fizemol- a integralmente porque está allí o que poderamos dizer, e não diríamos melhor.

Ora, as mesmas considerações, as quaes, como se vê dos nossos reinícolas e do preambulo de varios dos alvarás portuguezes concernentes ao assumpto, foram tambem motivo das respectivas leis, de modo algum são desconsoantes o systema de governo firmado pela Const. de 24 de Fevereiro e os principios nella consagrados; e pois, taes leis continuam em vigor—Constituição, art. 83.

Portanto, *as disposições de direito commum*, a que se refere a mesma Constit. no art. 72, § 3.º, comprehendem o systema das nossas leis de amortização.

E pois, respondendo á carta-consulta com que V. Exc. me honrou, direi que, para mim:

1.º) é nulla a instituição da alma por herdeira,

2.º) bem como a de Egrejas, Irmandades, Hospitaes, Misericordias e Ordens Terceiras.

João Pereira Monteiro.

PARECER DO DR. JOÃO MENDES JUNIOR

Respondo:

Ao primeiro.—Não póde actualmente ser a alma instituida herdeira, porque: 1.º) Não ha lei alguma revogando as leis de 9 de Setembro de 1769, § 21, e de 20 de Maio de 1796, leis estas que prohibiram semelhante instituição; 2.º) As novas leis, isto é, as do actual regimen, não alteram, nem se oppõem, de qualquer

modo, aos fundamentos daquellas leis de 1769 e de 1796, fundamentos que são os seguintes: *a)* Que as propriedades de casas, os fundos de terras e as fazendas, foram creados para subsistencia dos vivos e não para os defuntos; *b)* Que não ha razão alguma para que qualquer homem, depois de morto, haja de conservar o dominio dos bens até o dia do Juizo; *c)* Que não ha razão alguma para que o sobredito homem pretenda tirar proveito do perpetuo incommodo de seus successores até o fim do do mundo; *d)* Que, si isto fosse admissivel, não haveria hoje um palmo de terra pertencente a gente viva.

Ao segundo.—O Assento de 29 de Março de 1770 é uma lei. Esse Assento não está revogado e declara que a instituição de alma por herdeira se verifica tambem no caso de ser alguma Ordem, Irmandade ou Corporação instituida por herdeira e testamenteira; não quer isto dizer que taes Ordem, Irmandade ou Corporação não possam receber legados, não sendo universaes. Pouco importa a abolição das leis de amortização e a separação da Igreja e do Estado, pois os fundamentos das citadas leis de 1769 e 1796 não têm relação alguma quer com a amortização, quer com o systema das relações entre o Estado e a Igreja.

E' o que penso, salvo melhor juizo, tanto mais quanto os ultimos Accordams dos Tribunaes Brasileiros não têm sido contrarios á minha opinião.

O advogado

João Mendes de Almeida Junior.

Assim, de igual opinião dos Drs. Monteiro e Mendes Junior são os illustres advogados consultados Drs. Pinto Ferraz, Conselheiro Justino de Andrade e Desembargador Aureliano Coutinho, dando pareceres verbaes.

Em França o legado feito por um testador em proveito de sua alma deve ser interpretado no sentido de que a vontade do testador é que a somma formando objecto desse valor seja empregada em se mandar dizer missas. Allí é valida a disposição, não se entendendo feita em proveito de um incapaz (Furgole, trat. 1.º, pag. 329; Dalloz, tomo 16, n. 3461, pag. 998.)

Os legados feitos a Deus e a Jesus Christo se julgam allí feitos á igreja parochial do lugar onde o testador tinha seu domicilio. Do mesmo modo, as liberalidades feitas a um archanjo, a um martyr, a um santo e a uma santa, devendo ser attribuidas ás igrejas onde o testador tem seu domicilio. (Merlin, Repet. vb. Instit. de Heret., secção VI, n. 9; Dalloz, vol. 16, pag. 998, n. 3460.)

Na Inglaterra são validos os legados deixados aos animaes de estimação, cães e cavallos, entendendo-se que taes legados são para seu tratamento a cargo dos testamenteiros. Os legados feitos á cidade, ao hospital, deve-se entender feitos á cidade onde o testador tem seu domicilio; e, se elle ha mudado, será attendido o lugar onde passou a residir ao tempo da facção do testamento. Os bens pertencentes a uma Imagem, que não tem irmandade

com individualidade jurídica, pelo facto de vacancia, passam á Fazenda Nacional. (Avisos n. 85, de 28 de Março de 1854; n. 138, de 1.º de Março de 1868 e Decreto n. 2.433, de 15 de Junho de 1859, art. 11, § 4.º.)

Transcrevemos os pareceres e decisões proferidas acerca da nullidade do testamento de Vicente José da Silva, feito no Rio de Janeiro, em 16 de Maio de 1886.

VERBA LITIGIOSA

« Instituo herdeira usufructuaria dos remanescentes de meus bens, os quaes serão convertidos em apolices da divida publica, á minha mulher; por sua morte passam as apolices á minha irmã D. Leopoldina, tambem em usufructo, e por sua morte á menina Vicentina, tambem em usufructo, revertendo a *propriedade plena* á Ordem Terceira do Carmo.»

CONSULTA

Pergunta-se:

O testamento junto póde ser annullado pela irmã do testador?

Respondo:

No testamento junto, Vicente José da Silva, instituindo herdeiras usufructuarias dos remanescentes, em 1.º grau, sua mulher D. Cypriana, em 2.º sua irmã D. Leopoldina e em 3.º a menor Vicentina, acrescenta: *pertencendo a plena propriedade á Ordem Terceira do Carmo.*

Varias verbas que estabelecem legados de usufructo de mais de um grau, terminam assim:

- 3.ª ... *pertencendo, porém, a PROPRIEDADE plena á Ordem Terceira de Nossa Senhora do Carmo.*
- 4.ª ... *pertencendo finalmente á Ordem do Carmo a PROPRIEDADE dellas (apolices), extinctos que sejam os ditos usufructos.*
- 5.ª ... *pertencendo a PROPRIEDADE á Ordem de Nossa Senhora do Carmo.*

Si é innegavel, á vista dos trechos transcriptos, que o redactor do testamento não tinha exacta noção do usufructo, parece, contudo, approximadas as verbas e bem ponderadas suas disposições, que era vontade do testador transmittir desde logo a propriedade á Ordem, deixando simplesmente aos outros beneficiados o uso e fruição dos bens, salva a sua substancia.

Nestes termos, a Ordem adquiriria *ex tunc* a propriedade que se tornaria propriedade plena logo que cessasse o direito dos demais legatarios e herdeiros.

E assim, o testador estabeleceu, não *fideicommissos*, de que não mostrara ter idéa, mas propriamente *usufructos*, como aliás se exprime; não havendo no testamento disposição que resista a esta entidade jurídica.

A distincção é capital.

No caso de *fideicommissio*, o fideicommissario nullamente nomeado ou incapaz de receber os bens, seria excluido pura o sim-

plesmente, e as disposições testamentarias aproveitariam aos outros beneficiados, conforme direito.

No caso, porém, do *usufructo*, que é o da especie, a Ordem considera-se instituída herdeira directa e immediatamente quanto á nua propriedade dos remanescentes.

Ora, a instituição da Ordem, equiparada á instituição d'alma, nullifica o testamento, quer quanto á propria instituição, quer quanto aos legados.

Assim dispunha a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, expressamente interpretada nesse sentido pela Assento n. 266, de 29 de Março de 1770, roborado pela doutrina dos de 5 de Dezembro do mesmo anno e de 20 de Julho de 1780.

E posto que a dita lei (§ 21) houvesse sido suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, foi todavia restaurada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796, revivendo pois o direito anterior, fixado pelo Assento de 29 de Março de 1770, como decide o de n. 320, de 21 de Julho de 1797. (Consolidação, arts. 1002 e 1003.)

Ora, os assentos citados têm força de lei, em virtude do disposto na Lei de 18 de Agosto de 1769, § 4.º, e na de n. 2684, de 23 de Outubro de 1875, art. 1.º

Portanto, o testamento é nullo no todo; e a nullidade póde ser demandada pelos herdeiros a quem tocaria a successão *ab-intestato*, que são, na falta de descendentes e ascendentes, os collateraes até o 10.º grau, preferindo o grau mais proximo ao mais remoto; o que se entende com a irmã do testador, de que falla o quesito, si é a unica herdeira collateral mais proxima.

Rio de Janeiro, 5 de Setembro de 1887.—*Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.*

SENTENÇA

Vistos estes autos, entre partes: D. Leopoldina Joaquina Figueiredo e Silva (como autora), D. Cypriana de Jesus e Silva, na qualidade de testamenteira e inventariante do espolio de Vicente José da Silva, a Veneravel Ordem Terceira de Nossa Senhora do Monte do Carmo, Augnsto Dias de Oliveira, representado por seu procurador Antonio Ferreira Meira, João Luiz Coelho, Henrique José Serrão, Carolina, ex-escrava, e a menor Vicentina, por seu tutor (como réos).

Articula a autora no libello a fl. 5:—que em 17 de Julho de 1886 falleceu nesta Côrte Vicente José da Silva, vulgo *Calças Largas*, sem ascendentes nem descendentes e com testamento, no qual nomeou testamenteira e inventariante de seus bens a ré D. Cypriana, com quem era casado sob o regimen de separação (documentos fls. 6 e 12);—que é a autora unica irmã do testador, por serem ambos filhos naturaes do Major Vicente José da Silva e de D. Domitildes Cecilia de Faria, e ambos reconhecidos por seu pai em testamento aberto em Dezembro de 1884 (docs. fls. 18 e 19);—que o testador instituiu legataria da quasi totalidade de seus bens a ré Ordem do Carmo, com violação expressa da Lei de 9 de Setembro de 1769 e do Alvará de 20 de Maio de 1796, e, para fraudar essas disposições legaes, fez pequenos legados e deixou esses legados á dita ré Ordem do Carmo em tres ordens successivas de fideicommisso á sua mulher, á menina Vicentina e a ella autora;—que, nas condições expostas, quer por ter o testador instituído

a alma por herdeira, quer por ter instituído, antes da reversão dos bens, tres ordens successivas de fideicommisso, é o sobredito testamento de pleno direito nullo, devendo toda a herança caber a ella autora, como irmã e unica herdeira legitima do testador:— Em consequencia do que, pede que seja julgado nullo o testamento de Vicente José da Silva e devolvida toda a herança a ella autora.

A ré Ordem do Carmo, reconhecendo a procedencia do libello quanto aos remanescentes da herança de Vicente José da Silva, na qual foi instituída herdeira, renunciou á mesma herança pelo termo de fl. 65, julgado á fl. 66, e contrariou á fl. 62, quanto ao mais pedido no libello, allegando:—que não ha lei que prohiba que as corporações religiosas recebam legados de quaesquer especies de bens, salva a obrigação de amortizar os de raiz, como se vê da *Consol. das Leis Cívicas*, art. 1004 e sua nota;—que carecendo, pois, a autora de direito para excluir ella ré da acquisição e disposição dos alludidos legados, deve ser julgado improcedente o libello nessa parte dos legados.

Os demais réos e seus representatantes legaes contrariaram por negação, como se vê a fls. 61 e 67 a 70, replicando a autora por negação á fl. 74 v.

Posta a causa em prova pelo despacho de fl. 75, arrazoaram as partes afinal, depois de prestar a ré, D Cypriana, o seu depoimento á fl. 80.

O que bem ponderado :

Considerando que a nullidade confessada á fl. 65 e julgada á fl. 66, da 7.^a verba do testamento á fl. 6, em que o fallecido Vicente José da Silva instituiu no rigor de direito, herdeira dos remanescentes de seus bens a ré Ordem do Carmo, não prejudica os legados instituídos no mesmo testamento, como tem sido decidido em mais de um julgado e nomeadamente no Accordão revisor n. 8298—recorrente a Veneravel Ordem Terceira do Senhor Bom Jesus do Calvario e Via Sacra, e recorrido Lourenço Teixeira Borges (Direito, vol. 1.^o, pag. 25, e vol. 2.^o, pag. 323), e na sentença de 15 de Abril de 1878, confirmada pela Relação do Recife (Gazeta Juridica, vol. 30, pags. 291 e seguintes), tanto mais:

Considerando que pela renuncia de fl. 62 tornou-se o dito testamento destituto, e nesse caso, segundo Gouveia Pinto (Trat. de Test., cap. 28, nota 152) devem ser os legados cumpridos pelo herdeiro legitimo;

Considerando que nenhum vicio affecta os legados instituídos em favor dos réos Antonio Ferreira Meira, João Luiz Coelho, Henrique José Serrão, Carolina, ex-escrava e Augusto Dias de Oliveira;

Considerando que por ter sido expressamente imposta a clausula de perpetuidade nos legados constantes das verbas 3.^a, 4.^a e 5.^a do testamento á fl. 9, não dá vinculo, na accepção juridica dessa palavra, para que seja applicavel a taes legados a Lei de 6 de Outubro de 1835, segundo a jurisprudencia mais seguida (sentença de 18 de Abril de 1874, confirmada pela Relação da Côte, em grau de appellação, a que foi negada a revista, conforme se vê na Gazeta Juridica, vol. 10, pag. 64 e seguintes);

Considerando que tambem prevalecem as ditas verbas 3.^a, 4.^a e 5.^a, não obstante constituirem fideicommissos de mais de dous graus, porque a Ord., liv. 4.^o, tit. 87, § 12, os permite, como bem

se vê do mesmo testamento as substituições não vão além do 4.º grau da Novella 159 (sentença de 1874, já citada, e escriptores nella mencionados; *Reperit. das Ords.*, vol. 4.º, pag. 696, not. c; Candeido Mendes, *Cod. Philipp.*, notas 1 e 2 á Ord. citada);

Considerando que a ré Ordem do Carmo, como corporação de mão-morta, pôde receber legados, com dependencia somente de permissão do Corpo Legislativo quando consistem em bens de raiz; art. 68 e nota 1004 da *Consolid. de T. de Freitas*;

Considerando, finalmente, estar provada a qualidade hereditaria da autora, como unica irmã do fallecido testador Vicente José da Silva :

Nestes termos e nos de direitos, sendo nulla pela confissão de fl. 65 a verba 7.ª do testamento a fl. 6, sejam os remanescentes dos bens do testador Vicente José da Silva devolvidos á autora, e julgando, como julgo, improcedente o libello quanto ao mais que foi pedido, declaro valido o mesmo testamento quanto aos legados instituidos em favor dos réos o condemno a autora nas custas. Selle-se o accrescido.

Rio de Janeiro, 9 de Fevereiro de 1889. — *Antonio Rodrigues Monteiro de Azevedo.*

CONSULTA

D. Leopoldina Joaquina Figueiredo da Silva, irmã de Vicente José da Silva, fallecido com testamento, intentou contra a Ordem Terceira do Carmo e outros, acção de nullidade desse testamento e petição de herança.

A Ordem confessou a nullidade quanto á instituição de herdeira, e no mais contrariou o libello.

A sentença, mandou entregar á autora os remanescentes da herança, em virtude da nullidade confessada, e no mais julgou improcedente a acção :

1º) porque a nullidade da instituição não acarreta a dos legados conforme tem sido decidido. (*Direito*, vol. 1º, pag. 25, vol. 2ª, pag. 323; *Gaz. Jurid.*, vol. 30, pag. 291).

2º) porque pela renuncia da Ordem, o testamento tornou-se destituito, e nesse caso ao herdeiro legitimo incumbe cumprir os legados, como diz Gouvêa Pinto, *Trat. de Testam.*, cap. 28, nota 152.

3º) Porque nenhum vicio affecta os legados deixados a Meira, Coelho, Serrão, Carolina e Oliveira.

4º) Porque os legados das verbas 3.ª, 4.ª e 5.ª não são vincullos, por se lhes não ter imposto a clausula de perpetuidade; não obstante constituirem fideicommissos de mais de dous grãos, permite-os a Ord. liv. 4.ª, tit. 87, § 12.

5º) Porque a ordem, como corporação de mão-morta, pode receber legados. (*Consolid.*, arts. 69 e 1004).

Pergunta-se :

Em face do direito que rege a materia, convirá appellar da sentença?

Respondo affirmativamente, porque a lei de 9 de Setembro de 1769 § 21 considera nullas as disposições em que fôr instituida a alma por herdeira; o assento n.º 266 de 27 de Março de 1770 applica a nullidade á instituição de Ordens, Irmandades ou Cor-

porações, e estende-a aos legados deixados nos testamentos assim inquinados; e os assentos de 5 de Dezembro do mesmo anno e 9 de Abril de 1772 só exceptuavam os legados lisamente cumpridos antes de entrar em vigor a lei de Setembro.

Suspensa essa lei pela de 17 de Julho de 1778, mas restaurada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796, mandou o Assento n. 320, de 21 de Julho de 1797, que fosse ella observada como interpretára o Assento de 29 de Março de 1770.

E porque os ditos assentos têm força de lei *ex-vi* do disposto na lei de 18 de Agosto de 1769, § 4.º e na n. 2684, de 23 de Outubro de 1875, art. 1.º, é irrecusavel que o testamento de Vicente Silva, instituindo por herdeira a Ordem do Carmo, á qual deixou a nua-propriedade dos remanescentes da herança, labora em flagrante e absoluta nullidade, quer quanto á instituição, quer quanto aos legados nelle contidos, sem distincção, nem limitação.

Tal é o direito corrente que bem compendiou T. de Freitas nos arts. 1002 e 1003 da Consolidação; e assim professa, com outros, o abalisado Lobão, Notas a Mello, vol. 4.º, Dissert. 6.º, §§ 4.º, 17 e 20; Açç. Summ., vol. 1.º, § 180.

Assim que não procede o primeiro e principal motivo da sentença, e ficam prejudicados todos os outros, pois é absurdo indagar quem pôde cumprir ou receber legados nullos, e si valem ou não suas modalidades.

Deste voto não me demovem os arestos a que o juiz allude, porquanto :

a) Não consta que haja paridade de factos e suas circumstancias, nem de pedidos nas diversas causas;

b) Os julgados só obrigam os litigantes entre os que são proferidos; e, sendo contrarios a direito expresso, longe de derogarem a lei, incorrem em nullidade (Ord., liv. 3.º, tit. 75 pr.). *Non exemplis, sed legibus judicandum est.*

Sobreleva :

Quanto ao 2.º motivo da sentença, que o invocado Gouveia Pinto, na nota 152, refere-se ao testamento em si valido, cujo herdeiro instituido não pôde ou não quiz acceitar a herança; e na especie o testamento é nullo no todo, e a Ordem não renunciou nem podia renunciar áquillo a que não tinha direito, mas confessou a nullidade.

Esse motivo tomado ao pé da letra, resolveria a questão pela questão, porque a sentença viria a dizer «que os legados não são nullos por serem válidos, visto ter de cumpril-os o herdeiro».

Quanto ao 4.º motivo :

I) que não foram constituídos fideicommissos, mas usufructos como ponderei em parecer de 5 de Setembro de 1887;

II) que ainda quando houvesse fideicommissos, não poderiam estes valer além do 2.º grau, attento o preceito generico da Ord., liv. 4.º, tit. 87, pr., que rege a disposição e o exemplo do § 12; e quem exorbitar dessa lei precipitar-se-ha no cháos descripto por Hintze Ribeiro, Fideicom., pags. 141 e seguintes. (Consolid., nota ao art. 73).

Quanto ao 5.º e ultimo motivo, que a faculdade concedida ás corporações de mão-morta de receberem legados (Consolid., art. 1004), não é parte para revalidar legados nullos, e portanto não tem objecto e não pôde ser exercida quando os legados são feitos em testamento invalido. (Cons., arts. 1002 e 1003.)

Rio de Janeiro, 14 de Fevereiro de 1889.

Dr. João Antonio de Souza Rebelro.

ACCORDÃO

Accordão em Relação, etc. Que, relatados e discutidos os autos :

Considerando que o testamento por cópia ou certidão a fl. 6 incorre na censura da Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, e Assento n. 266, de 29 de Março de 1770, que consideram nullas as disposições testamentarias que instituem a alma como herdeira, e estendem a nullidade á instituição de irmandades e ordens, como a de que se trata—a Ordem Terceira de Nossa Senhora do Carmo ;

Considerando que em tal censura incorreu o testador Vicente José da Silva, quando instituiu a dita Ordem sua herdeira universal na verba 7.ª do referido testamento, nas 3.ª, 4.ª e 5.ª, comquanto nestas procurasse disfarçar a instituição da plena propriedade por tres ordens successivas de usufructo ;

Considerando que não tem valor juridico o facto de haver a dita ordem renunciado a herança resultante da 7.ª verba, ou confessado a sua nullidade; porque só pôde renunciar quem pôde acceitar, e não havia necessidade de que se confessasse tal nullidade—que é de pleno direito, e este facto não passa de um modo pelo qual a dita ordem pretendeu legalisar a herança deixada nas referidas verbas 3.ª, 4.ª e 5.ª ;

Considerando, finalmente, que em tal hypothese as leis citadas nullificam o testamento quanto á instituição e quanto aos legados: annullam o referido testamento, sendo a herança devolvida a quem tocar *ab-intestato*, na fórma de direito e na ordem da successão; pagas as custas pelos réos.

Rio, 26 de Agosto de 1890.—*F. Lemos*, presidente.—*Muniz Barreto*.—*Barros Pimentel*.—*Rodrigues*, vencido. Votei pela confirmação da sentença appellada. A nossa legislação não prohibe que as corporações de mão-morta adquiram bens por qualquer modo, ainda mesmo de raiz, devendo porém estes ser convertidos em apolices da divida publica. E' certo que a Lei de 9 de Setembro de 1769 e o Assento de 29 de Março de 1770 prohibem a instituição d'alma por herdeira; o que não se deu na hypothese dos autos. Acresce que os tribunaes têm decidido que o facto de annullar uma verba testamentaria não importa necessariamente nullidade de todo o testamento, e contra o testamento por cópia á fl. 6 nenhum vicio foi allegado, além da figurada instituição d'alma por herdeira; o que julgo não constar.

PARECER

Foi-me apresentado um apontamento contendo cópia do accordão que annullou no todo o testamento de Vicente José da Silva, da declaração de voto do juiz vencido, e a summa dos embargos deduzidos pelas partes.

O voto vencido e os embargos oppõem á decisão as seguintes objecções, que não procedem, como irei mostrando.

1.^a

O testamento não envolve instituição de alma, mas uma serie de fideicommissos, em que a Ordem do Carmo occupa o ultimo logar.

Nenhum argumento justifica a objecção.

Como define o Assento n. 266, de 29 de Março de 1770, ha instituição d'alma quando é instituida herdeira «alguma ordem, irmandade ou corporação»; e assim foi expressamente instituida a Ordem do Carmo quanto aos remanescentes da herança, sujeitos embora a usufructo de terceiros.

Ora o usufructo não tira á disposição seu verdadeiro caracter, nem seria parte para fraudar a lei, porque implica a immediata transmissão da sua propriedade á instituida, á qual caberia direito eventual á universalidade dos bens, si os legados caducassem ou fossem repudiados.

Esse direito eventual á universalidade caracteriza judicialmente a instituição de herdeiro.

O ideado fideicommisso é entidade estranha á questão, conforme expuz em parecer de 5 de Setembro de 1887: o testamento falla repetidamente em *usufructo*, attribuindo LOGO a propriedade á Ordem do Carmo, e deixando aos outros beneficiados o simples uso e fruição dos bens, salva a sua substancia.

2.^a

A lei não prohibe que as corporações de mão-morta adquiram bens por qualquer modo.

Mas reconhecendo o proprio voto vencido que a lei prohibe a instituição d'alma por herdeira, e havendo-a no testamento de Vicente José da Silva, como acabo de dizer, é irrecusavel a nullidade, resultante da violação de preceito legal prohibitivo, conforme pronuncia o citado assento de 1770, accorde com o disposto na Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21.

E porque, nos termos do assento, a nullidade não se limita á instituição, mas estende-se aos legados, salta aos olhos que, sendo o testamento nullo no todo, não póde a Ordem adquirir validamente por titulo nullo.

A these, pois, do voto vencido, reduz-se a esta outra:—as corporações de mão-morta podem adquirir bens por qualquer modo, que não seja *illegal*.

3.^a

Os tribunaes têm julgado que a nullidade de uma verba testamentaria não importa necessariamente a de todo o testamento, aliás isento de vicio intrinsicco.

SIM, quando as disposições são isentas entre si, e o vicio intrinsicco de uma não inquina as outras.

Não, quando o vicio é commum, ou quando a lei determina no caso vertente, que a nullidade da disposição principal inquina todo o acto, sem distincção.

4.^a

Confessada como foi pela Ordem a nullidade de instituição, cessa o vicio e valem os legados.

A confissão da nullidade não revalida o testamento, porque a Ordem não pode testar pelo morto; apenas simplifica a discussão, dando como certo o que já o era por direito, direito que o juiz deve applicar, ainda que o neguem as partes.

Pelo exposto, e o mais ponderado nos pareceres de 5 de Setembro de 1887 e 14 de Novembro de 1889, penso que o accordão assenta em inconcussa doutrina legal; e assim respondo á recente consulta.

Rio, 10 de Setembro de 1890.

Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.

ACCORDÃO

Accordão em Relação, etc. Que relatados e discutidos os autos, rejeitam os embargos oppostos ao accordão de fl. 157, que confirmam por seus fundamentos: pagas as custas pelos embargantes. Rio, 4 de Novembro de 1890. — *Faria Lemos*, presidente. — *Moniz Barreto*. — *Rodrigues*, vencido. — *Barros Pimentel* — Votei, sem embargo dos embargos, pela sustentação do accordão de fl. 157, pelo qual se declarou nullo, quer na instituição, quer nos legados, o testamento de fl. 6, que por uma serie de fideicommissos, ou usufructos, instituiu em ultima analyse a Ordem Terceira do Carmo por herdeira—o que é equivalente a instituir a alma por herdeira—para incorrer na prohibição do § 21 da lei de 9 de Setembro de 1769 (Ass. 1.^o de 29 de Março de 1770).

Estabelecida essa equipollencia, fundou-se o meo voto em disposições expressas que, prescrevendo a nullidade da instituição, fulminam com a mesma pena os legado deixados em semelhante testamento, ainda que a titulo singular. E' n'esta these que me firmei; e, para não alongar-me em expor e combinar os preceitos da legislação applicavel á especie dos autos, recorro á consolidação da doutrina que nella se contem—feita pelo eximio jurisconsulto autor da *Consolidação das nossas leis civis*. Conso-

lidando a Lei de 9 de Setembro de 1769, revalidada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796, Assento 1.º, de 29 de Março de 1770; Assento 4.º, de 5 de Dezembro do mesmo anno; Assento 1.º, de 20 de Julho de 1780, e Assento 2.º, de 21 de Julho de 1797; diz o texto (art. 1002): «São nullas todas as disposições em que é instituída a *alma* por herdeira, o que é extensivo aos legados.» Proposição que pôde ser substituída pela seguinte, ainda mais energica na fôrma: «São nullas as disposições em que for instituída a *alma* por herdeira, nullas na instituição e nos legados». Tal é pensamento, diz o auctor da *Consolidação*, em a nota 15 do art. 1002, expresso no citado Assento 1.º, de 29 de Março de 1770.

Essa intelligencia ainda mais firme se torna com o argumento deduzido do tambem já citado Assento 4.º, de 5 de Dezembro de 1770, o qual, explicando o Assento 1.º, de 29 de Março do mesmo anno, exceptua da nullidade os legados já cumpridos e as despesas justamente feitas por testamenteiro de boa fé, a qual, diz Per. e Souza (Dicc. Jur.), desobriga de restituir o que com ella se despendeu. E' só por esta escusa, a boa fé, que os legados já cumpridos escapam á nullidade, que invalida *in totum* o testamento, em que ha instituição da *alma*.

O elemento historico, que tanta luz ministra á interpretação das leis, explica, si fôr consultado, a razão porque se reprimiu a instituição *causa mortis* das corporações religiosas que anteriormente podiam herdar. (Alvs. de 20 de Março de 1634 e de 2 de Maio de 1647.)

Nem se diga que seria caso unico, em que a nullidade da instituição acarreta a nullidade dos legados; pôde-se citar o da Ord., liv. 4.º, tit. 82, § 5.º, extratado no texto do art. 1015 da Consolidação, nos seguintes termos: «Tambem será nullo o testamento na instituição e nos *legados*, si depois d'elle sobreveio ao testador algum filho legitimo, ou si o tinha, não era disso sabedor, etc.»

Na especie de que se trata, propoz-se o legislador a prohibir com severidade a instituição das corporações de mão-morta, como prohibiu a instituição *d' alma*, por herdeira, condemnando até os legados a titulo singular, que em taes testamentos fossem deixados.

Dizer que ha instituições nullas e legados validos no mesmo testamento, longe de infirmar a doutrina que sustentei com o meu vote, mostrei somente que ha casos outros em que, annullada a instituição, prevalecem os legados, mas que por certo não são os excepçionaes apresentados nos arts. 1002 e 1015 da Consolidação, como me parece que demonstrado ficou, posto que perfunctoriamente.

ACCORDÃO

Accordão em Camara Civil da Côrte de Appellação: Que vistos e relatados os embargos de restituição *in integrum* á fl. 192, opostos ao accordão de fl. 183, que sustentou o de fl. 157, pelo qual, reformando a sentença appellada, foi declarado nullo o testamento de fl. 6, quer na instituição, quer nos legados, julgam imprecidentes e não provados os mesmos embargos quanto á arguida nullidade do processo por illegitimidade de pessoa da 1.ª appel-

lante, ora embargada, para propôr a presente acção, em consequencia do facto de ter a autora constituido procurador com poderes em causa propria, o que é equiparado á cedencia de direitos em proveito do dito procurador; porquanto, a procuração *in rem propriam*, tendo por caracteristico, não ser revogavel (Per. e Souza, Primeiras linhas, nota 170), não dispensa que o procurador, assim constituido, falle em nome do constituinte, mantidas, com aquella limitação, as relações juridicas entre mandante e mandatario, como bem deduzido se vê na impugnação de fl. 201 v.

Quanto ao merecimento da causa, desprezam os referidos embargos por sua materia velha, amplamente discutida, apreciada e decidida nos julgados anteriores, em que ficou demonstrada a sua improcedencia em face da legislação citada. E assim julgando, mandam que subsista o accordão embargado, ao qual se dará execução, pagas pela embargante as custas accrescidas, em que condemnam.

Rio, 11 de Junho de 1891.—*Faria Lemos*, presidente.—*Barros Pimentel*.—*Souza Martins*.—*Fernandes Pinheiro*.—*Guilherme Cintra*.—*Macedo Soares*.

PARECER

Consultado si em face dos autos é aceitavel a revista, respondendo pela negativa.

A revista foi interposta á fl. 186, em 10 de Novembro de 1890, dos accordões de fls. 157 e 183, que, reformando as sentenças de fls. 116 e 129, annullaram no todo o testamento á fl. 6 de Vicente José da Silva, por conter instituição d'alma.

Pelos artigos, 221 do Decreto n. 1030, de 14 de Novembro de 1890, e 151 do Regim. do Supremo Tribunal Federal, de 8 de Agosto de 1891, compete ao mesmo tribunal conhecer das revistas manifestadas até a publicação do citado decreto, e no caso de concedel-as, julgar as causas como si fosse relação revisora.

Assim que, cumpre indagar preliminarmente se cabe na especie conceder a revista.

*
**

A concessão só ha de ter logar por nullidade do processo ou da sentença, conforme o art. 567 do Decreto n. 737, de 1850, adoptado no civil pela Lei n. 3272, de 5 de Outubro de 1885, art. 1.º, e pelos Decretos n. 9549, de 23 de Janeiro de 1886, art. 52, e n. 763, de 19 de Setembro de 1890, art. 1.º

Nullidade do processo não se dá, porque não occorreu caso algum dos enumerados nos arts. 672 e 673 do Decreto n. 737, nem a recorrente a argue em sua minuta de fl. 211.

Nullidade da sentença só haveria nos termos do art. 680: 1.º, por incompetencia ou outro defeito do juiz; 2.º, por falsidade de instrumentos ou depoimentos, julgada tal no crime; 3.º, por nullidade do processo; 4.º, por illegalidade da decisão, em si, não de seus motivos ou enunciado.

Ora, dos tres primeiros casos não ha sombra de allegação nem de prova; e o quarto só se verifica quando a sentença offende a these da lei ou, como dispunha a Ord., liv. 3.º, tit. 75, pr., quando é proferida contra direito expresso.

A minuta de fl. 211 invoca este último caso, fundada em que:
1.º si a Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, prohibe a instituição d'alma por herdeira, e o Assento n. 266, de 29 de Março de 1770 estende a prohibição ás corporações de mão-morta, esse mesmo Assento estabelece que as ditas corporações podem ser legatarias;

2.º não sendo essencial a instituição de herdeiro, a nullidade d'ella não inquina o testamento no todo, e portanto valem os legados, como acontece a respeito do testamento do pae, que não contempla ou desherda sem causa o filho de cuja existencia sabia.—Ord., liv. 4.º, tit. 82, § 1.º

* *
*

E' insubsistente o primeiro fundamento, porque o Assento de 29 de Março diz o contrario do que a recorrente allega.

Eis o seu texto:

«E vencêo-se com pluralidade de votos que (a nullidade) se devia entender de todos os testamentos em que a alma se achar instituida, o que se verifica tambem no caso de ser alguma ordem, irmandade ou corporação instituida por herdeira... e tambem se devia entender a mesma prohibição e nullidade a respeito dos legados deixados nos mesmos testamentos....»

E na parte final:

«....e emquanto aos legados, como a mesma lei (de 9 de Setembro) annullava todas as disposições, sem os exceptuar, e além disso era mais conforme ao seu espirito, já expressado, que não subsistissem, assim se devia entender a nullidade tambem a respeito delles.»

* *
* *
*

E como, suspensa a Lei de Setembro pela de 17 de Julho de 1778, o preceito de seu § 21 foi restaurado e generalizado pelo Alvará de 20 de Maio de 1796 e Assento n. 320, de 21 de Julho de 1797, é manifesto que o questionado testamento, instituindo herdeira a recorrente, á qual deixou a nua-propriedade dos remanescentes, labora em flagrante nullidade, quanto á instituição e aos legados.

* *
* *
*

Si por outras disposições legais as corporações de mão-morta podem receber legados. isso se entende quando são validos os testamentos; não assim quando a lei terminantemente os nullifica de todo, pois que de titulo nullo nenhum direito resulta.

* *
* *
*

E' ainda insubsistente o segundo fundamento, porque sendo expressa a legislação invocada, e devendo reger a materia, pois vigorava quando se abriu a successão, não prevalece contra ella o preceito anterior da Ord., liv. 4.º, tit. 82, § 1.º, aliás restricto ao caso do testador que tem herdeiros necessarios.

§ 474

Os hospitaes e casas de misericórdia podem ser instituidos herdeiros, pois têm por fim o amparo dos vivos, sendo as heranças soccorros que os mortos prestam, não em seu proveito ou de suas almas, e sim em proveito daquelles que vão soccorrer. (Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Abril de 1885, na Revista Cível n. 1036; «Direito», vol. 37, pags. 206 a 209; recorrente, o Hospital dos Lazaros da Capital Federal, e recorridos, Ricardo Molarinho da Costa Ramos, testamenteiro dos bens

Mais depressa quadraria á hypothese o *simile* dos §§ 3.º e 5.º, que consideram nullo, quanto á instituição e aos legados, o testamento do pae que ignorava a existencia do filho ou a quem sobreveio algum filho.

Rejeite-se, porém, o extranho parallelismo, para concluir que a invocada Ord. não vem a pello-

*
**

Por estas razões e as que tenho exposto em anteriores pareceres, penso que os accordãos recorridos, longe de haverem offendido a these da lei, applicaram-n'a rectamente, e que portanto não é concessivel a revista.

Rio, 5 de Novembro de 1891.

Dr. João Antonio de Souza Ribeiro.

SENTENÇA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vistos e relatados os presentes autos de revista cível entre partes, recorrente a Veneravel Ordem de Nossa Senhora do Carmo e recorrida D. Leopoldina Joaquina Figueiredo da Silva (*), hoje a menor Christina por seu curador, negam a pedida revista, por não haver injustiça notoria, nem nullidade manifesta no accordão de que se recorreu.

Regressem, portanto, os autos ao juizo onde foram sentenciados, pagas as custas pela recorrente.

Supremo Tribunal Federal. 11 de Maio de 1892.—*Freitas Henriques*, presidente.—*Aquino e Castro*.—*Barros Pimentel*.—*Amphiphio*.—*Barradas*.—*Andrade Pinto*.—*Piza e Almeida*.—*Ovidio de Loureiro*.—*Pereira Franco*.

Por impedidos não votaram os Exms. srs. ministros Barros Pimentel e Macedo Soares.

(*) Falleceu depois de interposto o recurso de revista, tendo-se habilitado como sua unica herdeira a menor Christina, sua neta.

de José Joaquim de Seixas Trigo, e herdeiros ausentes deste. Perd. Malheiro, Consultas Juridicas, *verb. instituição d'alma*, pag. 260) (195)

(195) Transcrevemos nesta nota o bello trabalho juridico relativamente á herança de Manoel José Ferreira Braga, que deixou seus bens á Santa Casa de Misericórdia do Porto:

«Acodem esses estabelecimentos de caridade ás mais graves misérias da humanidade, recolhem e tratam os doentes, alimentam os presos, asylam os entrevados e os lazarus, servem de paes aos orphãos, são, n'uma palavra, o amparo da humanidade desvalida e afflicta. Milhões de desgraçados colhem annualmente o beneficio desses benemeritos estabelecimentos; e de anno em anno augmenta o numero desses infelizes; porque, ao passo que augmenta a população, cresce tambem o numero dos que soffrem.

De onde vêm ás misericórdias os recursos para a beneficencia que tão largamente dispensam? Vêm principalmente das disposições testamentarias daquelles que nos seus ultimos momentos se lembram de consagrar uma parte dos seus bens ao allivio das desgraças humanas. Privai as Misericórdias, no todo ou em parte, da faculdade de adquirir por testamento, e vereis immediatamente uma grande diminuição nos recursos dellas, e consequentemente a difficuldade de taes estabelecimentos continuarem a acudir com mão larga aos soffrimentos da humanidade.

Por isso em paiz nenhum civilisado houve nunca a prohibição de instituir por herdeiro a estabelecimentos de tão grande utilidade publica.

Semelhante prohibição seria absurdissima, porque seria da maxima contradicção abençoar os fins daquellas beneficicas instituições e negar-lhes os meios necessarios para ellas poderem realizar esses fins. Ha paizes, como na França e na Belgica, onde ellas podem ser instituidas herdeiras ou legatarias; mas precisão da auctorização do governo para adquirirem e tornarem seus os bens testados em seu favor—art. 910 do Codigo Civil Franceez.

Ha-as, como em Portugal, onde ellas podem, sem limitação, adquirir por testamento, e só não podem reter por mais de um anno os bens de raiz adquiridos. Não ha paiz nenhum civilisado que tenha praticado o absurdo de lhes tolher a faculdade de serem instituidas herdeiras.

E todavia foi esse absurdo que o Dr. Procurador dos Feitos no Rio de Janeiro sustentou existir nessa illustrada Nação! Sustentou-o no caso seguinte:

Manoel José Ferreira Braga, nascido em Portugal, filho de paes portuguezes e não naturalizado cidadão brasileiro, esteve alguns annos no Brazil agenciando riqueza pelo seu trabalho; e tendo ajuntado avultados bens immobiliarios, regressou a Portugal em 1859, estabeleceu o seu domicilio na cidade do Porto e ahi falleceu em 17 de Outubro de 1875.

Tinha elle comsigo um testamento cerrado, escripto e approvedo no Rio de Janeiro em 17 de Dezembro de 1858, e deixava no Brazil outro identico. A Santa Casa de Misericórdia do Porto era beneficiada com o remanescente da herança.

Abriu-se o testamento existente no Porto e ahi o juiz de direito procedeu ao inventario e depreco para os juizes do Brazil,

afim de lá serem avaliados e vendidos os bens de raiz da herança. Seguidamente abriu-se o testamento deixado no Brazil, e o Juizo da Provedoria do Rio de Janeiro procedeu ahi um outro inventario, sem attenção a que sendo em Portugal o domicilio e o logar do obito do testador, era ahi que devia fazer-se o inventario da herança. E nesse processo summarissimo e incompetente e tratado fóra do domicilio do defunto e da Misericordia instituida, pretende o Dr. Procurador dos Feitos que se declare nulla a instituição da Misericordia e que o remanescente da herança pertence aos mais proximos transversaes do testador. E parece que o Juizo da Provedoria se inclina a aceitar essa doutrina; de sorte que, se as justicas brasileiras não forem melhor esclarecidas, é de receiar venhão a proclamar, com espanto da generosa nação brasileira e do mundo civilisado, que nessa illustrada Nação existe a barbara e absurda prohibição de serem instituidas herdeiras as Misericordias!

Por isso a prohibição de herdar não pôde judiciosamente ser generica para todas as corporações, como é a de retorem sem licença do Governo bens de raiz por mais de um anno. Não podem confundir-se na prohibição de herdar as corporações ecclesiasticas de pura devoção, e que abusam da devoção, com as corporações seculares sem nenhum perigo e manifesta utilidade publica, como as misericordias, os hospitaes, os hospicios, os asylos, as universidades e academias.

Com effeito, as leis de 4 de Julho de 1768 e 12 de Maio de 1769, considerando perigoso o enriquecimento territorial das ordens, egrejas e mosteiros, e em geral do clero, trataram de apertar contra este as leis prohibitivas da posse dos bens de raiz por mais de anno sem licença régia, prohibindo-lhe a consolidação de prazos, como sendo o modo mais frequente pelo qual o clero fraudava o dita prohibição. Das misericordias e outras corporações seculares de caridade nem se quer se lembraram.

Lembrou-se dellas a Lei de 9 de Setembro de 1769, mas foi para as tratar com favor especial. Prohibiu nos §§ 6.º e 7.º que de futuro se dispozesse em legados pios ou bens da alma, de mais de 400\$000 dentro da terça, mas permittiu no § 8.º que os legados a misericordias, hospitaes, asylos e escolas chegassem até 800\$000 dentro de terça e ainda a mais com licença régia. Esses §§ foram suspensos pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 e não foram dos suscitados pela Lei de 20 de Maio de 1796, mas nem por isso deixam de mostrar claramente quanto estava longe do pensamento do legislador confundir as corporações ecclesiasticas de devoção com as seculares de caridade e instrução.

A citada Lei de 20 de Maio de 1796 suscitou o § 21 daquella Lei de 9 de Setembro de 1769; e foi neste § que os Assentos de 29 de Março de 1770 e 21 de Julho de 1797 viram uma disposição generica para todas as corporações. Mas viram-a quanto aos testamentos feitos e consummados antes de 20 de Maio de 1796, e não quanto aos testamentos posteriores, como se diz bem claramente nos mesmos assentos. E não viram a verdade toda, porque a annullação que aquelle § 21 faz *das instituições preteritas da alma por herdeira*, não pôde entender-se senão da instituição das corporações de devoção, unicas que têm por fim principal a salvação das almas por meio de missas, suffragios, orações e outros

actos religiosos. As Misericórdias e mais corporações de caridade tratam principalmente do bem dos corpos, amparando os orphãos, os velhos, os enfermos e desvalidos. Basta, porém, ter sido aquelle § 21, como dizem aquelles Assentos, uma disposição restricta ao preterito, para nelle se não comprehender a prohibição das Misericórdias serem de futuro instituidas herdeiras; e isto é o que importa ao nosso caso.

Existirá nas leis subsequentes e anteriores á separação do Brazil a prohibição das corporações serem instituidas herdeiras? A de serem instituidas as ordens religiosas existe no Decreto de 16 de Setembro de 1817; mas a de serem instituidas as Misericórdias, ou em geral as corporações de mão-morta, não existe em lei nenhuma. O que a este respeito existe de generico é no Alvará de 20 de Julho de 1793, e na Resolução de 4 de Dezembro de 1802, publicada em 20 de Março de 1820, a referencia á prohibição dos corpos de mão-morta reterem e administrarem sem licença bens immoves, capellas e juros reaes; e a allusão ás providencias dadas para esse fim nas Leis de 4 de Julho de 1768 e 12 de Maio de 1769, sobre consolidação de prazos. E o que existe de especial para as Misericórdias é o Decreto de 15 de Março de 1800, dispensando na prohibição das Misericórdias reterem, sem licença régia, padrões de juros e mais bens de raiz, e não fallando em prohibição dellas receberem heranças. E ainda Lei de 18 de Outubro de 1806, § 2.º, permittindo expressamente ás Misericórdias a aquisição de bens de raiz com licença régia, e permittindo-o sem distincção de modo de aquisição. São, emfim, os Alvarás de 28 de Setembro de 1810 e 20 de Maio de 1811, dispensando ás Misericórdias o favor especial de isenção do sello nas quitações de legados.

Assim, até á separação do Brazil, não ha lei alguma prohibitiva geralmente de que fossem instituidas herdeiras as corporações de mão-morta, ou especialmente de que o fossem as Misericórdias. E antes ha para estas na Lei de 18 de Outubro de 1806, § 2.º, a permissão indistincta de adquirirem bens e capellas, uma vez que tenham para isso licença régia; e nesta permissão indistincta vai incluída a de herdarem.

Depois da separação do Brazil, ha ainda nas Leis de 9 de Dezembro de 1830 e 30 de Agosto de 1847 e no Aviso de 27 de Abril de 1863, disposições prohibitivas de as Misericórdias reterem, sem auctorização do governo, bens de raiz por mais de anno; mas não ha nenhuma que lhes prohiba serem instituidas herdeiras. E antes as Misericórdias têm continuado como dantes a serem consideradas instituições de manifesta utilidade publica e como taes a serem consideradas instituições de manifesta utilidade publica e como taes a serem protegidas, especialmente pelas leis, como se vê na Resolução de 13 de Dezembro ds 1831 e Portaria de 18 de Abril de 1837.

Fica, pois, demonstrado o erro com que alguns juriconsultos portuguezes e brasileiros, como o Sr. Augusto Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 1.033, deram as Misericórdias por inhibidas de poderem ser instituidas herdeiras.

E' verdade que o Sr. Augusto Teixeira de Freitas escreve no art. 1.094 não ser prohibido ás corporações de mão-morta receberem legados de bens mobiliarios, e até os bens de raiz, se para receberem estes bens alcançarem auctorização do poder le-

gislativo. Mas par ao effeito do enriquecimento das corporações de mão-morta ou da capitação de beneficios testamentarios, que mais importa a faculdade de receber heranças do que a de receber legados sem limitação de taxa? Em fórma de legados pôde-se deixar a quasi totalidade de qualquer herança; de sorte que, si porventura fosse exacta a supposta legislação resumida pelo citado Sr. Freitas no art. 1.003, o legislador teria cahido na puerilidade de fazer questão de palavras.

Testando-se de modo que se fizesse certo legado pequeno e se instituisse por herdeira uma corporação, seria nullo o beneficio feito a esta corporação; mas já si se escrevesse que se legavam á corporação os bens comprehendidos naquella instituição e se deixava por herdeiro aquelle legatario, seria valido aquelle mesmo beneficio. E' obvio quanto de injurioso ha em attribuir ao legislador uma semelhante puerilidade; e por isso é tambem obvio o erro daquelle supposto direito brasileiro, que o Sr. Augusto Teixeira de Freitas expoz nos citados artigos 1.003 e 1.004.

Judiciosamente pôde prohibir-se as corporações de mão-morta possuirem bens de raiz sem licença do Governo; mas já não pôde judiciosamente tolher-se-lhes absolutamente a faculdade de adquirir por testamento, porque seria querer os fructos da arvore e tirar-lhe a maior parte da seiva que a alimenta. Mas quando haja esta prohibição como ha em relação ás ordens religiosas, não pôde ser limitada á instituição de herdeira; tem de ser extensiva ao recebimento de legados, ou como fez o § unico do artigo 1.781 do *Codigo Civil Portuguez* em relação ás corporações de devoção, tem de fixar-se um limite aos legados, para que a lei fique sendo uma disposição pueril.

Julgamos pois, ter demonstrado que no Brazil existe para as Misericordias a prohibição de possuirem bens de raiz sem auctorização do Governo; mas não existe, nem racionalmente podia existir, a prohibição das Misericordias adquirirem por testamento bens mobiliarios ou immobiliarios, quer a titulo de herdeiras, quer a titulo de legatarias. E esta é tambem a doutrina do juriconsulto brasileiro, o Sr. Lourenço Trigo de Loureiro, á pag. 314 do tom. 1.º das suas *Instituições do Direito Civil Brasileiro*.

Descendo agora da these á hypothese poderá negar-se que a instituição da Misericordia do Porto no testamento de Manoel José Ferreira Braga, seja tão valida como o seria a da Misericordia do Rio de Janeiro ou de outra Misericordia do Brazil?

E' principio de direito de todos os povos cultos que os bens existentes em um paiz podem ser herdados por cidadãos de outro, nas mesmas condições em que poderiam ser herdados por nacionaes, e logo que nesse outro paiz se conceda a mesma capacidade aos cidadãos do primeiro paiz. E essa reciprocidade de successão acha-se firmada no accordo de 8 de Novembro de 1851, entre Portugal e Brazil. Assim como si Manoel José Ferreira Braga tivesse deixado a alguma Misericordia do Brazil o remanescente da sua herança, essa Misericordia receberia esse remanescente sem mais restricção do que não poder, sem licença do Governo, reter por mais de anno os bens de raiz dessa herança—assim tambem a Misericordia do Porto deve receber o mesmo remanescente. A caridade não têm patria; e é a caridade com distincção de residencias, mas não de nacionalidades, a que as Misericordias exercem. Desde que um paiz admite que as he-

ranças de bens allí existentes passem para um estrangeiro (e todos os povos cultos o admittem) é indifferente que o estrangeiro seja uma pessoa physica ou uma pessoa moral. Não lucra mais o Brazil em serem herdeiros de Manoel José Ferreira Braga os transversaes delle, do que em sê-lo a Misericordia do Porto.

O que não é indifferente para nenhuma nação, é que os seus bens de raiz passem para pessoa estrangeira sem as restricções impostas ás pessoas nacionaes da mesma especie. A nação que prohibe a amortização de bens de raiz em favor de corporações nacionaes não pôde permittil-a em favor de estrangeiras. Mas a Misericordia do Porto não pretende essa amortização; e antes acha-se já no Brazil uma rogatoria emanada das justicas da cidade do Porto, pedindo a louvação e immediata venda dos bens de raiz da herança. Por isso a prohibição da amortização não faz o minimo obstaculo ao cumprimento da ultima vontade de Manoel José Ferreira Braga em favor da Santa Casa de Misericordia do Porto, que não quer conservar amortizados os bens de raiz da herança, mas só receber o producto da venda delles.

Confiamos, porém, que tal não acontecerá, porque não hão de consentil-o nem a conhecida illustração e subida rectidão dos tribunaes do Brazil, nem os sentimentos generosos e a intelligencia culta da civilisada nação brasileira. Cremos que os tribunaes brasileiros farão o que em tempo fez o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: levantaram-se acima das opiniões irreflectidas e de preconceitos insensatos, e, estudando a questão nas suas fontes, decidiram-n'a á altura das leis dos sãos principios de justiça.

Tambem os juriconsultos e tribunaes de Portugal confundiram por algum tempo as instituições de caridade com as de devoção, a prohibição commum a ambas de adquirirem e reterem bens do raiz por mais de anno, com a prohibição especial de serem instituidas herdeiras algumas instituições de devoção. Mas, depois, reflectindo-se melhor, viu-se que essa distincção resaltava claramente das leis e dos bons principios; e o Supremo Tribunal fixou a boa doutrina de que as Misericordias podião validamente ser instituidas herdeiras e só precisavão de licença régia para adquirir e conservar por mais de um anno os bens de raiz herdados. E essa doutrina acha-se hoje bem expressa nos arts. 32 a 34, 37 e 1,781 do Código Civil. Cremos que os tribunaes de justiça do Brazil não serão menos accessiveis ao imperio da lei e á luz da verdade.

Nenhuma corporação tem necessidade de formar em bens de raiz um capital de cujos rendimentos tire recursos para o desempenho dos seus deveres; pôde formar esse capital em bens mobiliarios.

E altas considerações de utilidade publica aconselhavam a prohibição dellas, sem licença do Governo.

Até aqui pozemos de parte a consideração de que Manoel José Ferreira Braga, sendo portuguez e testando do remanescente da sua herança em favor de uma Misericordia portugueza, fez o que lhe era permittido pelas leis do seu paiz. Todavia nasce daqui mais um argumento em favor da validade da instituição da Misericordia do Porto. Pelo direito de todos os povos cultos, as leis que n'uma nação regulam a capacidade de testar acompanham e obrigam os cidadãos dessa nação em paiz estrangeiro. E si como vimos, os portuguezes têm o direito de herdarem bens

existentes no Brazil, como os brasileiros o direito de herdarem bens existentes em Portugal, é tambem innegavel a capacidade da Misericordia do Porto para ser instituida herdeira por aquelle testador. Poder-se-ha negar que esta capacidade se estenda aos immoveis existentes no Brazil; mas em principio, não se poderá negar em boa fé aquella capacidade, e portanto não se poderá negar absolutamente a validade daquella instituição de herdeira.

E todavia foi isto o que o Dr. Procurador dos Feitos negou. Manoel José Ferreira Braga deixou no Brazil 253:500\$000 em bens de raiz e 104:223\$350 em bens mobiliarios. Entendeu o Dr. Procurador dos Feitos que a successão dos bens de raiz era regulada pelas leis da situação desses bens no Brazil; mas indo além do seu principio do estatuto real, quiz que se applicassem essas leis á successão toda, e portanto se applicassem tambem á successão dos bens mobiliarios!

O progresso da sciencia do direito repelle a subtil e confusa distincção entre estatutos reaes e pessoas; e reclama em nome da natureza humana uma communitade de direito successorio, em que sejam considerados como irmãos, não só os individuos de diferentes nações, mas as proprias nações. Toda a nação tem por necessidade de conservação o direito de impedir que a successão de estrangeiros nos bens de raiz do seu territorio venha alterar o modo de ser da sua propriedade territorial; mas pôde satisfazer aquella necessidade por meio de restricções á retenção de bens de raiz por estrangeiros, e não precisa de pôr peias á successão desses bens, e por isso é barbaro e iniquo que o faça.

Mas emfim não se vá tão longe. Não se considere o direito de successão testamentaria, na falta de ascendentes e descendentes, como um direito cosmopolita; mas ao menos não se recusite contra a fraternidade dos povos, e povos tão conjunctos como Portugal e Brazil, a barreira destruida ha muito sobre a successão dos bens mobiliarios — Cod. Civil Francez, art. 3.º; Cod. Italiano, arts. 7.º e 8.º. Cod. Portuguez, art. 24. Não se diga em absoluto que é contraria ás leis brasileiras a instituição de herdeiro, que Manoel José Ferreira Braga fez em favor da Misericordia do Porto: diga-se que ella é válida, mas inexecutable em relação aos bens immobiliarios. Será ainda uma injustiça, porque já fica demonstrado que as Misericordias não são inhibidas pelas leis do Brazil de adquirirem bens de raiz por testamento, e só o são de, sem auctorização Governo, possuirem esses bens por mais de um anno. Mais emfim será uma injustiça menor, porque ao menos cumprir-se-á a ultima vontade do testador em relação aos bens mobiliarios.

Julgamos, pois, ter levado á evidencia quanto era possivel, sem a extensa e fastidiosa transcripção das leis citadas, que a Santa Casa de Misericordia do Porto foi tão validamente instituida herdeira por Manoel José Ferreira Braga como o seria qualquer Misericordia do Brazil. Si pelas leis de ambos os paizes as Misericordias não podem, sem auctorização dos respectivos Governos, possuir bens de raiz por mais de um anno, isto mesmo suppõe nellas a facultade de herdarem esses bens, para cuja conservação podem pedir aquella auctorização.

Defendendo assim, para a Santa Casa de Misericordia do Porto, a capacidade de adquirir a titulo de herdeira bens moveis e immoveis existentes no Brazil, defendemol-a egualmente para to-

das as Misericordias do Brazil em relação áquelles bens e a bens existentes em Portugal. E ao mesmo tempo livramos a legislação brasileira da nota de barbara e absurda em, permittindo as Misericordias e desejando continuar a colher os valiosissimos beneficios dellas, lhes tolher o meio mais copioso de adqusição de recursos para o derramamento desses beneficios.

Por isso esperamos que a rectidão e illustração dos tribunaes de justiça do Brazil e da generosa nação brasileira condemnarão a gravissima injustiça promovida pelo Dr. Procurador dos Feitos contra as Misericordias em geral, e especialmente contra a Santa Casa de Misericordia do Porto no inventario de Manoel José Ferreira Braga.

Exige-o assim a justiça fundada nas leis do Brazil, judieiosamente entendidas, e no principio de reciprocidade de successão firmada nos tratados entre Portugal e o Brazil, e exige-o tambem a honra da illustrada Nação brasileira para quem seria vergonhosa uma legislação tão barbara e absurda, como o Dr. procurador dos feitos lhe attribuiu. — *Delfim Maria de Oliveira Maia.*

APPENDICE COMPROBATIVO DE ALGUMAS ASSERÇÕES DA DEMONSTRAÇÃO ANTERIOR

Assento da Casa da Supplicação em 29 de Março de 1770.

Foi proposto em duvida si a Lei de 9 de Setembro de 1769, § 1.º, em que annulla todas as disposições e convenções *causa mortis* ou *inter-vivos*, em que a alma fôr instituida herdeira, se devia entender dos testamentos anteriores á sua publicação.

E venceu-se com pluralidade de votos, que se devia entender de todos os testamentos em que a alma se achar instituida; o que se verifica tambem no caso de ser alguma ordem, irmandade ou corporação instituida por herdeira e testamenteira; *os quaes estivessem pendentes sem a sentença de quitação se ter entregado aos testamenteiros; fossem ou não fossem feitos e approvados antecedentemente*; e tambem se devia entender a mesma prohibição e nullidade a respeito dos legados deixados nos *mesmos* testamentos... *por se referir esta disposição ao preterito e igualmente com as outras que vem em o mesmo § e nos antecedentes immediatos á rubrica que diz—Em quanto ao preterito...* nem se podia entender sem temeridade que a mesma lei desse duas diferentes providencias sobre a mesma materia, ambas para o futuro; a saber, nos §§ 6.º e 7.º e no sobredito § 21, que supposto si não encontrassem, fazia uma com que fosse superflua a outra; pelo que era mais natural entender-se a primeira providencia a respeito do futuro, e a outra do preterito com respeito áquelles testamentos que se comprehendem no § 11 da Lei de 25 de Junho de 1776.

Assento da Casa de Supplicação, de 21 de Julho de 1797

Foi proposta a duvida si a Lei de 20 de Maio de 1796, que instaurou e addicionou os §§ 18, 19 e 21 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que havia sido suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de

1778, comprehende o testamento com a instituição da alma por herdeira, feitos e consummados com a morte dos testadores ao tempo em que pelo sobredito decreto esteve suspensa a legislação novissimamente instaurada. Assentou-se pelo maior numero de votos que a sobredita legislação se deve entender da mesma maneira que foi interpretada pelos Assentos de 29 de Março e 5 de Dezembro de 1770... sendo por consequencia a Lei de 20 de Maio de 1796 uma lei declaratoria que respeita ao preterito; e por isso são comprehendidos na sua disposição os testamentos feitos e consummados no tempo da suspensão ordenada pelo sobredito decreto em tudo que não estiverem cumpridos e executados.

Alvará de 18 de Outubro de 1806, § 2.º

Hei por bem de confirmar a mercê que fiz ás Misericordias pelo Decreto de 15 de Março de 1800, para conservarem os bens e capellas de que estavam de posse até á data do mesmo decreto, não obstante as leis que prohibem a amortização.

Esta graça, porém, não se estenderá a novas acquisições, sem expressa licença minha, nem ainda para aquellas que já anteriormente á referida data tinham vocação, legado ou contracto porém de que ainda não tinham posse natural.

Deverão contudo as pessoas que compõem o governo das Misericordias requererem a licença nos casos occurrentes; e a mesa do desembargo do paço m'as poderá consultar havendo justa causa para se conceder e tendo as Misericordias men's renas do que fôr necessario para a satisfação de seus encargos e justas applicações.

Instituição de alma por herdeira : *não a ha nas disposições a favor das Misericordias.*

Commisso : *cahindo nelle as Misericordias, por não legitimarem dentro de anno e dia a sua posse nos bens que lhes são deixados, ficam estes devolutos ao Estado.*

Nos autos civis vindos da Relação do Porto, recorrentes as Misericordias de Coimbra e Extremoz, recorrido Joaquim Antonio Teixeira Barbosa, se proferio o accordão seguinte:

Accordão os do Conselho do Supremo Tribunal de Justiça ;

Considerando que, nos termos da Lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, a instituição de alma por herdeira consiste na determinação de excluir os vivos dos gosos dos bens e seus rendimentos para uma applicação directa e immediata a objectos que não sejam puramente espirituaes e religiosos, como deixam ver as palavras : *«as propriedades de casas, os fundos de terras e as fazendas que foram creadas para subsistencia dos vivos, de nenhuma sorte podem pertencer aos defuntos»*;

Considerando que os bens deixados ás Misericordias, hospitaes, casas de expostos, asylos de infancia desvalida e outros semelhantes, não ficam depois pertencendo a defuntos, mas a pessoas vivas em sua directa e immediata applicação ;

Considerando que os principios consignados naquelle Alvará, que tiveram por alvo coarctar a faculdade de testar, ficarão prejudicados pela legislação subsequente, restabelecida a que anteriormente existia.

Considerando que as Misericordias se acham habilitadas com os Alvarás de licenças régias á fl. e fl. e que estes se devem jul-

gar sufficientes, ou porque sejam um acto da suprema inspecção, não para que ellas possam adquirir, mas para reter ou conservar além do anno e dia, ou porque a dependerem de confirmação do corpo legislativo, em harmonia com o citado Alvará de 15 de Março de 1800, podem sollicital-a, mediante a necessaria proposta de lei, ou porque essa insufficiencia poderia dar ao recorrido logar a uma denuncia e acção para incorporação nos bens da Nação, mas nunca para fazer annullar (em proveito dos herdeiros *não necessarios* que representa) as legitimas consequencias da legal transmissão de propriedade e de dominio em conformidade com o testamento;

Considerando, enfim, que as Misericordias, consideradas como pessoas miseraveis, identificadas com os interesses da causa e utilidade publica, collocadas debaixo da immediata protecção do Estado, e portanto dos seus tribunaes de justiça, devem ser contempladas por um modo especial, salvos os direitos legitimamente adquiridos e os de rigorosa justiça devida a terceiros, que nunca devem ser postergados ou desattendidos.

Declarão nullo, por errada applicação das leis citadas e outras concordantes largamente produzidas e ponderadas nos autos o accordão fl. 580 e fl. 621; concedem a revista, e mandam que os mesmos autos sejam remettidos á Relação de Lisboa, para que, sendo alli de novo julgada a causa, se dê cumprimento á lei.

Lisboa, 20 de Abril de 1869.—*Visconde de Fornos*, vencido.—*Mello e Carvalho*, vencido.—*Ferrão*.—*Aguiar*.—*C. P. Caldeira*.—Fui presente, *Souza*. (Accordão n. 437, «Diario do Governo» n. 105, de 1860.)

Nos autos civis da Relação do Porto, comarca dos Arcos, recorrentes o provedor e mais officiaes da Santa Casa de Misericordia da villa dos Arcos, recorridos Antonio Augusto Cerqueira Velloso e mulher, se proferiu o accordão seguinte:

Accordão os do conselho do Supremo Tribunal de Justiça: que dos presentes autos se mostra ter a Relação do Porto, no seu accordão de fl., confirmado a sentença de 1.^a instancia, que julgára procedente e provada a acção, e nulla a disposição testamentaria de fl. 9 a fl. 11, em que D. Dina Alberta, dos Arcos de Val de Vez, por não ter herdeiros necessarios, instituiu usufructuarios de seus bens seus dous irmãos, fallecendo o ultimo dos quaes passarião esses bens para o hospital da Misericordia da mesma villa, tomando-se como fundamento principal de decidir, serem os hospitaes corpos de mão-morta, e por isso incapazes de adquirir, e de serem instituidos herdeiros, porque taes acquisições constituem uma instituição de alma por herdeira, reprovada pelas leis que se citam na mesma decisão.

Considerando porém que, segundo a legislação especial e applicavel, as Misericordias gozaram sempre e actualmente gozam da capacidade de adquirir bens, direito este tão reconhecido que, nas suas novas acquisições, não estão sujeitas ao imposto de transmissão, nem do registro, como é determinação expressa na Lei de 12 de Dezembro de 1844, art. 1.^o, § 8.^o, e Lei de 30 de Junho de 1860;

Considerando que a instituição da alma por herdeira, no caracter que se lhe attribue na Lei de 29 de Setembro de 1769, § 21, nem mesmo nos assentos da extincta Casa da Supplicação que, contra a sua literal disposição a ampliaram, se não verifica

§ 475

As corporações de mão-morta nunca tiveram prohibição legal de receber legados, posto que as leis prohibissem que fossem instituidas herdeiras ou que recibessem legados universaes. (T. de Freitas, Consolid. das LL. Civis, art. 1104 e nota) (196)

nas vocações testamentarias em favor das Misericordias, em razão da natureza de tão pios estabelecimentos, cujo principal fim re-dunda em beneficio da humanidade, proveito da causa publica e interesses sociaes, como são o curativo dos enfermos, amparo dos desvalidos, criação dos expostos e outros louvaveis objectos de caridade, como as leis referem;

Considerando finalmente que, pelos Alvarás de 15 de Março de 1800 e 18 de Outubro de 1806, foi reconhecida nas Misericordias a faculdade de adquirir bens e de os conservar, quando cumpridas e observadas fossem as prescripções que as mesmas leis referem; e é por isso evidente que na especie dos autos e á face do direito, se não deve a referida disposição testamentaria classificar como uma instituição de alma por herdeira, mas sim como uma disposição de proveito publico e social; nestes termos e por estes fundamentos concedem a revista, julgando nulla a decisão do direito do accordão recorrido, em conformidade com a Lei de 19 de Dezembro de 1843, art. 1.º, § 2.º, e art. 3.º, e mandam baixar o processo á mesma Relação, para que, por juizes diversos, se julgue como é de direito.

Lisboa, 6 de Fevereiro de 1863.—*Cabral*, vencido.—*Ferrão*.—*Silveira Pinto*, vencido.—*Aguiar*.—*C. P. Cerqueira Pinto*.—Fui presente, *Souza Azevedo*. («Diario do Governo» n. 57, de 13 de Março de 1863.)

Devemos nótár que pelo Cod. Civil Port. as pessoas moraes podem succeder por testamento, tanto a titulo de herdeiras como de legatarias, exceptuadas as corporações ecclesiasticas, as quaes só podem succeder até o valor do terço da terça do testador (Art. 1781.) Vide Cod. Hespanhol, arts. 746 e 752

Muitos entendem que as Misericordias estavam incurialmente classificadas nos corpos de mão-morta.

(196) Accordãos do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 6 de Junho e 1.º de Dezembro de 1893, transcriptos na nota antecedente.

A dependencia de licença do poder legislativo, quando os legados fossem consistentes em bens de raiz, não tem razão de ser, abolidas as leis de amortização.

Hoje, segundo nossa opinião, embora contestada, podendo as corporações ditas de mão-morta ser herdeiras, com maioria de razão podem ser legatarias, mas como associações; como taes, devem ter individualidade juridica. (Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.)

Faltando-lhes a personalidade juridica, nos termos da citada lei, só o podem ser consideradas sociedades civis. (Arts. 5 e 15 da lei citada.)

As leis de amortização só se referiam a bens de raiz. (Aviso n. 14, de Janeiro de 1870.)

CAPITULO XXXVII

ASSOCIAÇÕES RELIGIOSAS

§ 476

Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito commum. (Art. 72, § 3.º, da Constituição Politica Federal.) (197)

§ 477

Nenhuma igreja ou culto gozará de subvenção nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União ou dos Estados. (Arts. 72, § 7.º, da Constituição Politica Federal, e 57, IV, lettra *a*, da Constituição Politica do Estado de S. Paulo.)

As egrejas podem receber, ainda quando não tenham irmandades, por meio de seus parochos ou fabriqueiros, doações de bens offertados por amor do culto divino e para auxilio deste. (Avisos n. 142, de 26 de Abril de 1858; 14 de Dezembro de 1869 e n. 14, de Janeiro de 1870.)

(197) O Decreto do Governo Provisorio da Republica, n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, diz que a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas em seus actos particulares ou publicos. A liberdade de cultos abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tambem as egrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados, cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico. (Arts. 2.º e 3.º)

A Constituição Politica do Estado de S. Paulo, no seu artigo 57, IV, lettra *b*, diz: é permittido o exercicio privado ou publico de qualquer culto compativel com a ordem publica e os bons costumes; sendo licito aos que professam qualquer culto associarem-se para esse fim e adquirirem bens, observadas as disposições de direito commum.

O decreto n. 119 A, de 1890, dispondo no seu artigo 5.º que a todas as egrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica para adquirirem bens e os administrarem, *sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta*, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto, soffreu derogação na parte referente ás leis de amortização, pelo art. 72, § 3.º, da Constituição Federal.

§ 478

E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivos de crenças, opiniões philosophicas ou religiosas. (Art. 1.º do Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890.)

§ 479

Foi extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas. (Art. 4.º do citado Decreto n. 119 A, de 1890.) (198)

(198) Estão extintos os recursos á corôa e beneplacitos régios. Da separação da Igreja e do Estado pelo Decreto n. 119 A resultou a secularisação do casamento, dos cemiterios e do ensino ministrado nos estabelecimentos publicos de instrucção.

Esta refôrma, posto que viesse desembaraçar a Igreja Catholica da dependencia do Estado e de leis tidas e havidas como compressoras da liberdade da Igreja e prerogativas do padroado real, veiu retirar por sua vez a protecção a uma religião official, unica reconhecida pelo poder publico com direito a favores e privilegios, e declarando a Constituição não professar a Nação e nem repellir seita ou confissão alguma religiosa, não podia ser indifferente ao clero nacional.

O Episcopado, em a pastoral collectiva de 19 de Março de 1890, após o Decreto de 7 de Janeiro do mesmo anno, dirigida ao clero brasileiro e aos fieis da Igreja do Brazil, e em reclamação feita ao chefe do Governo Provisorio, em 6 de Agosto de 1890, com protesto de adhesão da Archidiocese da Bahia, fez ouvir sua voz antes da promulgação da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891.

Essa pastoral, trabalho que honra o Episcopado brasileiro, apreciando a liberdade da Igreja garantida pelo Decreto de 7 de Janeiro de 1890, diz: que, si nelle ha clausulas que podem facilmente abrir portas ás restricções odiosas dessa liberdade, cumpria todavia reconhecer que, tal qual está redigido o decreto, assegura á Igreja Catholica no Brazil certa somma de liberdades como ella nunca logrou no tempo da monarchia.

A pastoral analysa o decreto, e devemos reproduzir essa analyse, a qual é a seguinte:

« Vejamos o decreto:

O art. 1.º, em resumo, estatue que o Governo Federal não poderá *expedir leis, regulamentos ou actos administrativos sobre religião.*

De ora em diante, em virtude deste primeiro artigo, ficarão os Pastores da Igreja Catholica inteiramente soltos daquella emaranhada rêde de *alvarás, leis, consultas, resoluções, avisos e*

regulamentos, em cujas malhas trazia o Ministerio do Imperio embarçada a acção episcopal e parochial na direcção e governo das cousas religiosas.

Não veremos mais ministros, que devião occupar-se só de negocios civis, ordenando ridiculamente aos bispos o cumprimento dos canones do Concilio de Trento no provimento das parochias; prohibindo-lhes a sahida da diocese, sem licença do governo, sob pena de ser declarada a Sé vacante e proceder o governo á nomeação de um successor; sujeitando á approvação do governo os compendios de theologia por que se ha de estudar nos seminarios; revogando disposições dos estatutos de certos cabidos e ordenando-lhes pontual observancia do *Sagrado Concilio Tridentino*; declarando que, dado o caso da Sé vacante, a jurisdicção episcopal passa toda ao vigario capitular; e concedendo *por graça* imperial ao cabido metropolitano o direito de nomear um, depois de expirado o prazo do Concilio; isentando os capellães militares da visita dos prelados e dando-lhes o direito de usar de solidéo e anel; prohibindo ás ordens regulares receberem no-voços; auctorizando os superiores regulares a licenciarem os religiosos para residirem por seis mezes fóra dos seus conventos; approvando as resoluções capitulares dos frades franciscanos; concedendo o uso de cinta e borla encarnadas aos conegos do Pará (1852), ficando daquella data em diante mudada a côr de que usavam; declarando que os parochos não têm direito de exigir as velas da banquetta; fixando a quem compete a nomeação do porteiro da Maça nas Cathedraes!

Basta! não veremos mais este triste espectáculo!

Verdade é que quasi toda essa legislação regalista, de que citamos a minima parte, jazia sem applicação graças á nobre attitude do episcopado; mas o regalismo mesmo estava sempre vivo e em todo o seu vigor, julgando-se com o direito de governar a Igreja em nome do *Padroado* e do *Grão-Mestrado*.

Tudo isso desapareceu, como um pouco de pó exposto ao vento, pelo primeiro artigo do decreto.

O artigo 2.º declara que *a todas as confissões religiosas (e portanto á catholica) pertence por equal a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé, e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio do presente decreto.*

Portanto, temos direito os catholicos de não sermos interrompidos nem perturbados, por quem quer que seja, nas nossas religiosas funcções, quer estas se celebrem dentro dos templos, quer fóra delles, conforme os preceitos da nossa liturgia. Poderemos assim manter, como é tão desejado de todos, maior respeito nas nossas Igrejas e cerimoniaes sagradas, fazendo cesar todos os abusos e profanações.

O artigo 3.º assegura a liberdade religiosa *não só aos individuos como taes, mas ás Igrejas em que se acharem agremiados.* Se a liberdade dada aos catholicos fosse uma liberdade só pessoal, não a poderiamos aceitar. Com effeito a Igreja, sociedade *legitimamente constituida*, tem direito stricto de exercer livremente sua acção social. O systema da liberdade puramente individual seria um contrasenso ou antes a negação mesma de nossa Religião.

Além disso, por toda a parte e sempre o culto reveste fôrma publica e social ou deixa de existir. Um culto limitado ao individuo é tão contrario á natureza do homem, como á natureza mesma da Religião.

D'ora em diante, pois, arrimados ao 2.º e 3.º artigos do decreto, poderemos entrar francamente na pratica de nossa santa Religião, regendo-nos segundo a *nossa fé* e a *nossa disciplina*, sem receiar a minima *intervenção do poder publico*.

E como as constituições dogmaticas e disciplinares do Concilio Tridentino fazem parte dos principios da nossa fé e das regras de nossa disciplina, permanece em plenissimo vigor, como até aqui, a sua legislação matrimonial, quer em relação ao modo de celebrar os casamentos, quer em relação ás causas matrimoniaes.

O estabelecimento do chamado *casamento civil*, sabe-o bem, christãos, não vem substituir o unico e verdadeiro casamento, que é o religioso. Nós acreditamos como um dogma da nossa Religião que o Matrimonio é um dos sete Sacramentos da lei nova instituido por Nosso Senhor Jesus Christo, e que só elle santifica a união do homem e da mulher com o fim de formarem a familia christã.

Nós, Catholicos, sabemos e é ainda doutrina da nossa Igreja, que o contracto não se separa do Sacramento, porque é justamente o contracto que se acha elevado por Jesus Christo a essa dignidade.

Tendo o decreto reconhecido solememente a liberdade que temos de professar particular e publicamente a nossa crença e praticar as nossas leis disciplinares, estamos em nosso pleno direito, em face mesmo do governo civil, de só considerarmos como válido para os Christãos o contracto matrimonial que é celebrado na Igreja, com a benção de Deus. De facto só então é que se contrahe o vinculo indissolúvel com a graça do Sacramento; só então é que ficam os nubentes legitimamente casados. Outra qualquer união, ainda que a decorem com apparencias de legalidade, não passa de vergonhoso concubinato.

Podeis prestar-vos á formalidade do casamento civil, para regular a herança de vossos filhos; mas sabendo bem que só contrahis verdadeiro matrimonio quando celebrais o acto religioso perante Deus e a vossa consciencia, segundo as prescripções da Santa Igreja Catholica.

O artigo 4.º, o mais importante de todos, dispõe: *Fica extinto o Padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.*

Aqui abolio com toda a razão o Governo Provisorio um pretensio direito que tanto garbo fazia o Imperio como prerogativa inherente á corôa; quando na realidade tal direito só podia ser por elle obtido mediante Concordata com a Santa Sé. Só a magnanima condescendencia dos Summos Pontifices *pro bono pacis*, o tolerou.

Pois bem! não pertence mais agora ao governo civil a apresentação de Bispos, Conegos, Parochos e mais funcionarios ecclesiasticos. A creação ou divisão de parochias e dioceses, a fixação ou modificações de seus respectivos limites são, daqui em diante, da alçada exclusiva da Igreja.

O governo civil não tem mais que intervir para tolher o passo a bullas, breves e decretos conciliares ou pontifícios, sujeitando-os a esse usurpador *placet regium*, causa de tantas lutas, origem de tantos dissabores entre os dous poderes.

Tambem não tomará mais o governo civil conhecimento de qualquer recurso para elle interposto das sentenças dos juizes ecclesiasticos.

Em uma palavra está derogada toda a oppressiva legislação do antigo Estado *regalista, pombalino, josephista*, que tantas pêas trazia á livre acção da auctoridade ecclesiastica.

Estatuindo no art. 5.º a *personalidade juridica para todas as egrejas e confissões religiosas, e mantendo a cada uma o dominio de seus haveres actuaes*, consagra o decreto a plenitude do direito de propriedade para a nossa Igreja Catholica e seus institutos.

Lamentamos, todavia, que tal direito, reconhecido e declarado em termos tão amplos e cabaes, pareça soffrer logo restricção grave com a clausula referente ás leis de *mão-morta*. Não cremos que se queira, no regimen de instituições liberrimas, evocar toda essa legislação obsoleta, eivada de absolutismo, e que só pôde, entre nós, prejudicar á Igreja Catholica. De facto, só as nossas confrarias e os nossos institutos religiosos possuem immoveis. Só a ella podem, pois, ferir as leis chamadas de *mão-morta*, só ella ficará com o seu direito de propriedade limitado e tolhido. No entanto, neste artigo como em todos, colloca o decreto as confissões religiosas sem excepção alguma no pé da mais perfeita egualdade! E' de esperar que uma interpretação auctorizada dê a esse artigo um sentido mais em conformidade com a justiça, com a razão, com a boa politica, que não admittem leis odiosas de excepção contra uma classe de cidadãos, violando-se a egualdade e liberdade que a todos abonam os mesmos direitos. (A Constituição aboliu a restricção das leis de amortização.)

O 6.º e ultimo artigo garante aos *actuaes serventuarios do culto catholico a sua congrua sustentação* e promete *subvencionar por um anno as cadeiras dos Seminarios*. Foi, sem duvida, na intenção do Governo, um meio de facilitar a transição do regimen passado para o *voluntario* actual. Cuidarão talvez os nossos adversarios ter sido isso um enorme favor! Não pensariam assim si soubessem da vergonhosa exiguidade dessas congruas que nos dava o Imperio, sendo sempre desattendidas com desprezo e ás vezes com mofa as representações de D. Romualdo e outros Prelados no sentido de dar-se uma decorosa dotação ao clero nacional. Não pensariam ainda assim os mesmos adversarios si reflectissem que essas congruas são verdadeira indemnização que o Estado deve á Igreja pelos dizimos de que se apossou.

A cada Estado *fica livre o arbitrio de manter os futuros ministros desse culto (catholico) ou de outro*, diz-se na segunda parte do artigo 6.º Como todos os Estados são em sua grandissima maioria, e alguns em sua totalidade, catholicos, o beneficio dessa clausula só pôde, apezar da disjunctiva, favorecer á nossa Igreja, pois seria uma injustiça flagrante applicar á sustentação de uma confissão religiosa, que constituiria uma minoria microscopica, os redditos fornecidos ao thesouro do Estado pela grande maioria ou totalidade dos contribuintes catholicos.

§ 480

A todas as egrejas e confissões religiosas, existentes ao tempo da promulgação do Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, se reconhece a personalidade jurídica para adquirirem bens e os administrarem, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres, bem como dos seus edificios de culto. (Art. 5.º do citado decreto.)

§ 481

As associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, poderão adquirir individualidade jurídica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscripção onde estabeleceram sua séde. (Art. 1.º da Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.)

§ 482

A inscripção far-se-á á vista do contracto social, compromisso ou estatutos, devidamente authenticados, os quaes ficarão archivados no registro civil. (Art. 2.º da citada lei.)

§ 483

Os estatutos, bem como o registro, declararão :

1.º, a denominação, fins e séde da associação ou instituto ;

2.º, o modo pelo qual a associação é administrada e representada activa e passivamente em juizo e em geral nas suas relações para com terceiros ;

3.º, si os membros respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações que os representantes da associação contrahirem expressa ou intencionalmente em nome desta. (Art. 3.º da lei.)

Tal é, em perfunctoria analyse, dignos Cooperadores e Filhos muito amados, o decreto importantissimo lavrado pelo Governo Provisorio em 7 de Janeiro deste anno e a nova situação que elle crêa para a Igreja do Brazil.»

§ 484

Antes da inscripção, os estatutos serão publicados integralmente ou por extracto que contenha as declarações mencionadas no artigo 3.º no jornal official do Estado onde a associação tiver sua séde. (Art. 4.º da lei).

§ 485

As associações assim constituídas gosam da capacidade juridica, como pessoas distinctas dos respectivos membros, e pódem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses do seu instituto. (Art. 5.º da lei.)

§ 486

Todas as alterações que soffrerem os estatuto deverão ser publicadas e inscriptas do mesmo modo, sob pena de não poderem ser oppostas contra terceiros. (Art. 6.º da lei.)

§ 487

Salvo declaração em contrario nos estatutos :

1.º, os directores ou administradores reputam-se revestidos de poderes para praticar todos os actos de gestão concernentes ao fim e ao objecto da associação ;

2.º, não poderão transigir, renunciar direitos, alienar, hypothecar ou empenhar bens da associação ;

3.º serão obrigados a prestar contas annualmente á assembléa geral ;

4.º, todos os associados terão direito de voto na assembléa geral, e as resoluções serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes. (Art. 7.º da lei.)

§ 488

Si os directores ou administradores não prestarem contas annualmente á assembléa geral, ou no prazo que os estatutos marcarem, poderão ser citados por qualquer membro para as prestarem em juizo. (Art. 8.º da lei.)

§ 489

Os directores ou administradores serão solidariamente responsaveis para com a associação e os terceiros prejudicados pelas infracções dos estatutos ou por excesso de mandato.

Nestes casos a associação será responsavel para com terceiros, si tirar proveito do acto ou si approval-o posteriormente. (Art. 9.º da lei.)

§ 490

As associações extinguem-se :

1.º, pela terminação do seu prazo, si forem por tempo limitado ;

2.º, por consenso de todos os seus membros ;

3.º, cessando o fim da associação ou tornando-se impossivel preenchel-o ;

4.º, perdendo a associação todos os seus membros ;

5.º, nos casos previstos nos estatutos. (Art. 10 da lei.)

§ 491

Dissolvida ou extinta a associação e liquidado o passivo, o saldo será partilhado entre os membros existentes ao tempo da dissolução, salvo si os estatutos prescreverem ou a assembléa geral houver resolvido, antes da dissolução, que o saldo seja transferido a algum estabelecimento publico ou a outra associação nacional que promova fins identicos ou analogos. (Art. 11 da lei.)

§ 492

Verificando-se o caso de extincção da associação pela perda de todos os seus membros, os bens della consideram-se vagos e passarão a pertencer á União. (Art. 12 da lei citada.) (199)

(199) As corporações se dissolvem forçosamente pelo desaparecimento dos individuos que a compõem. Collegium dissolvitur omnibus de collegio volentibus, *omnibus mortuis nullo remanente* (Bartolus, ad leg. 24, Dig. de Collegis Eceles. XLVII, 22,n. 21).

§ 493

As associações que promoverem fins illicitos ou que se servirem de meios illicitos ou immoraes serão dissolvidas por sentença, mediante denuncia de qualquer pessoa do povo ou do ministerio publico, e proceder-se-á á liquidação judicial dos bens, nos termos do art. 11. (Art. 13 da lei citada.)

§ 494

As associações não gosam do beneficio de restituição e lhes é vedado contractar com os seus directores ou administradores.

Subsistem quando existe um só de seus membros. *Si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum, et convenire et conveniri: cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis*; deixam de existir desde que são extinctos todos os membros *usque ad unum*.

A morte de todos os socios faz desapparecer a corporação, assim as sociedades mercantis, que são puras pessoas jurídicas, se dissolvem pela morte dos socios. Alguns sustentam que a personalidade juridica pôde sobreviver á morte de todos os socios, mas isto só por excepção e tratando-se das fundações. (Vide Giorgio-Giorgi, Delle persone giuridiche, vol. 1.º, pags. 460 a 464, n. 198 b.)

Savigny diz que uma associação acaba necessariamente pela morte de todos os seus membros, mas que essa conclusão não deve ser admittida quando a corporação repousa sobre um interesse publico permanente, e Giorgio distingue associações de méro interesse privado e associações obrigatorias de interesse publico.

No primeiro caso, a morte de todos os socios produz necessariamente a dissolução, não sendo possivel a subrogação de pessoas. No segundo caso, *aliter*.

Assim, diz Giorgio, si os habitantes de uma parochia rural foram destruidos por um terremoto ou epidemia, nem por isso tem-se extinguido a personalidade juridica della.

Na extincção das associações pelo consenso dos socios ou membros, a lei patria exige o consenso de *todos os membros*, isto é, da totalidade delles, e não da maioria. (Art. 15, § 2.º, da lei n. 173, de 1893.)

A exigencia de unanimidade está de conformidade com a regra: *unus retinet jus universitatis, repraesentat universitatem*.

Savigny, Meurer e Arndts Serafini exigem a unanimidade; Warnkoenig e Bolze a maioria. (Vide Giorgio-Giorgi, vol. 1.º, pags. 456 a 458, n. 196.)

Os que opinam pela maioria dizem que ella é que resolve sempre os negocios sociaes e não é possivel que a vontade de um ou de poucos se imponha á de maior numero.

§ unico. As dividas activas e passivas, os direitos e encargos reaes das associações prescrevem segundo as regras de direito. (Art. 14 da lei citada.)

§ 495

As associações que não adquirirem personalidade juridica nos termos da lei, reger-se-ão pelas regras das sociedades civis. (Art. 15 da lei citada.) (200)

(200) As sociedades com personalidade juridica têm suas differenças das que não a têm. A nossa lei patria as distingue.

A differença, diz Giorgio, Delle persone giuridiche, vol. 1.º, pag. 159 e seguintes, não está na legitimidade ou illegitimidade ou na possibilidade ou não de adquirir e possuir, pois ambas podem adquirir e possuir e estar em juizo, a differença substancial e productiva de graves consequencias está sómente no modo.

A sociedade constituída como corpo moral tem a *unidade juridica patrimonial* separada de todos e cada um dos membros, ha a entidade juridica; quando não tem a associação adquirido a personalidade juridica, ha um condominio, um patrimonio commum, pró indiviso, que reside na cabeça de cada um dos consociados. Na corporação reconhecida legalmente, os creditos e debitos interessam á communitade do ente juridico e não a cada um dos membros que a compõem (*non toccano i singoli*); na que não é reconhecida legalmente os creditos e debitos residem *pro virili* na cabeça de cada um.

Na primeira o director, o syndico, o governador, representam directamente o corpo moral, tanto nos contractos como nos litigios, em juizo: *causa universitatis non est singulorum*.

Na segunda o representante que em juizo comparece para defender os interesses communs traz as vestes de mandatario de cada um (*dei singoli*), conferido o mandato pelos companheiros. *In rebus universitatum... negotium, quando tangit multos ut singulos, tunc singuli sunt vocandi*.

Uma associação não reconhecida pôde adquirir, mas as aquisições são indirectas, pois, se immediatamente augmentam a arca commum, se devolvem pró rata os adquiridos aos membros della.

A constituição em pessoa juridica não tem por mira e resultado tornar possiveis as aquisições, contractos e representação em juizo; mas tornal-os directos e faceis, eliminando a difficuldade do condominio, da responsabilidade pessoal e da representação singular.

Giorgio diz comtudo que essas proposições são contestadas, havendo quem negue ás associações sem personalidade juridica toda a faculdade contractual e todo accesso a juizo.

A lei patria equipara ás sociedades civis as associações sem personalidade juridica, e assim não tira-lhes a faculdade de contractar e estar em juizo, devendo todos os membros constituir o mandato para as acções ou delegar essa faculdade de constituir o mandato e todos devendo ser citados para os pleitos.

Ithering e Scialoia são da opinião de Giorgio. A sociedade *civil* não tem individualidade juridica, separada e distincta da dos socios. A commercial a tem.

§ 496

As associações fundadas para os fins declarados no art. 1.º, que tomarem a forma anonyma, serão em tudo sujeitas ás leis e decretos relativos ás sociedades anonymas. (Art. 16 da lei citada.)

§ 497

O registro será feito em livro especial a cargo do official do registro de hypothecas. (201)

§ 498

A Lei, n. 173, de 10 de Setembro de 1893 é applicavel ás associações *que se fundarem*, e não ás associações religiosas já existentes ao tempo de sua promulgação, com personalidade juridica já adquirida e mantida pelo Decreto de 7 de Janeiro de 1890 e art. 72, § 3.º, da Constituição Política Federal. (202)

(201) O Aviso do Ministerio da Justiça e Negocios do Interior, de 27 de Março, e Circulares do Governo do Estado, de 8 de Abril, 11 de Agosto e 22 de Dezembro de 1896 (no «Diario Official» de 24 do mesmo mez e anno e 6 de Julho de 1897), solicitaram informações dos juizes de direito sobre estar ou não estabelecido nas comarcas o serviço do registro dos contractos sociaes, estatutos ou compromissos das associações, para o effeito de adquirirem personalidade juridica.

(202) A lei, no seu art. 1.º, dispõe para o futuro expressamente e por preceito constitucional não pôde dar-se retroactividade e nem essa lei pôde contrariar o decreto citado da separação da Igreja do Estado e Constituição Política da Republica, mantendo a personalidade juridica das associações religiosas, reconhecendo o dominio de seus haveres existentes, inclusive os edificios do culto, observadas as disposições do direito commum.

No entanto parece que em contrario opinou o presidente da Republica, quando, em 18 de Outubro de 1895, deu seu veto á resolução do Congresso Nacional concedendo loterias em beneficio do Hospital dos Lazaros e de outras instituições de caridade mantidas pela Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, negando a essas instituições a representação juridica e declarando que a irmandade referida só poderia adquirir personalidade juridica desde que registrasse o seu compromisso na forma da lei n. 173, de 1893, que estabeleceu direito commum para as associações desta ordem. (Art. 72, § 3.º, da Constituição).

Assim tambem entendeu o illustrado juiz de direito da 1.ª vara cível, dr. Thomaz Alves, com fundamento de que as leis de forma retroagem, assim se exprimiu o mesmo juiz, despachando sobre as

duvidas levantadas pelo official do registro de hypothecas da capital, official do registro civil, creado para os fins da lei citada de 1893, sobre a inscrição de compromissos contendo artigos determinando que, extinta a pessoa juridica, os bens ficariam devolutos ao prelado diocesano. em prejuizo da devolução dos bens á União, no caso de extincção da associação religiosa por morte de todos os membros, como é expresso nos arts. 10, § 4.º, e 12 da citada lei. Vide pag. 459.

O juiz determinou que não se fizesse a inscrição de taes compromissos e como tivessem feito inscrição de alguns com essa declarada devolução de bens ao prelado, mandou que fossem extrahidas certidões e remetidas ao Procurador Seccional, acompanhadas de seu despacho.

— Transcrevemos os actos a que nos referimos:

— Sr. Presidente da Camara dos Deputados.—Nos termos do artigo 37, § 1.º, da Constituição, devolvo á Camara de que sois digno presidente, um dos autographos da Resolução do Congresso Nacional, que concede loterias em beneficio do Hospital dos Lazaros e de outras instituições de caridade, mantidas pela Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, e á qual neguei sancção pelos motivos constantes da exposiçào que tambem vos envio.

Capital Federal, em 18 de Outubro de 1895.—*Prudente José de Moraes Barros*, presidente da Republica.

MOTIVOS DO VETO

A Constituição da Republica instituiu a plena liberdade religiosa e prohibiu á União, como aos Estados, estabelecer, subvencionar ou embaraçar algum culto ou igreja, art. 72, §§ 3.º e 7.º, e art. 11, § 2.º.

A resolução do Congresso, que concede tres loterias de mil contos cada uma á Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria em beneficio do Hospital dos Lazaros e de outras instituições de caridade mantidas por aquella irmandade contraria áqueles preceitos da Constituição.

Dado que o beneficio das loterias, que é o producto de uma contribuição arrecadada por meio do jogo, fosse effectivamente empregado nas instituições de caridade que a resolução menciona (o que não se pôde verificar por não estar a irmandade obrigada a prestar contas), ainda assim seria *subvencionada* ou auxiliada uma instituição *religiosa* para exercer a caridade.

A *subvenção official* não é concedida ao Hospital dos Lazaros e a outras entidades designadas genericamente pelas expressões — *outras instituições de caridade*, as quaes não têm representação juridica; a concessão é á *Irmandade*, instituição mixta do antigo regimen, mas hoje inteiramente isenta de fiscalisação do poder temporal. A irmandade *adquirirá* personalidade juridica desde que *registre* o seu compromisso, na fórma da lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, que estabeleceu direito commum para as associações dessa ordem (art. 72, § 3.º, da Constituição).

A Republica restituiu ás associações religiosas o direito commum, deu-lhes a liberdade plena e retirou-lhes a protecção official.

O Estado não pôde *manter* ou *subvencionar* institutos de caridade ou de beneficência, sob os auspícios de determinada igreja, ou seita religiosa, seja esta catholica ou acatholica.

A Irmandade do SS. Sacramento da Candelaria requereu ao Congresso tres loterias de 1.000:000\$000 cada uma, em *beneficio das obras para conclusão de seu templo*. A mudança do destino do beneficio para o *Hospital dos Lazaros e outras instituições de caridade mantidas por aquella irmandade*, não conseguiu contornar o obstaculo constitucional que se oppunha á concessão requerida.

Alliviada pelo beneficio das loterias dos encargos provenientes da manutenção do *Hospital dos Lazaros* e de *outras instituições de caridade*, a Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria empregará nas obras do templo não só os recursos por ella destinados a isso, como os que destinaria á manutenção daquellas *instituições de caridade*.

E assim, embora indirectamente, o Estado *subvencionará as obras para a conclusão do templo da Candelaria*, que por mais valioso que seja como monumento artistico, não perde por isso o seu destino principal, que é servir ao culto de uma religião.

Ao exposto acresce que, si o jogo da loteria é um mal reprovado pela moral e pela economia politica, porque perturba o trabalho, arruina as classes pobres e desvia de empreza productiva uma grande massa de capital, o que cumpre ao poder publico, no interesse da Nação, é restringir esse mal até extingui-lo, e não fomental-o e incital-o a desenvolver-se com a concessão de loterias de avultado capital, mais seductoras e por isso mesmo perniciosas; cumprindo assignalar a circumstancia, bastante significativa, de ser esta a primeira concessão de loterias, approvada pelo Congresso da Republica, desde o inicio do regimen constitucional.

Por estes motivos, nego sancção á resolução do Congresso, que julgo inconstitucional e contraria aos interesses da Nação.

Capital Federal, em 18 de Outubro de 1895.—*Prudente José de Moraes Barros.*»

A Lei de 1893 não curou das associações já existentes no seu tempo.

Despacho do dr. juiz de direito da 1.^a vara :

«São de toda a procedencia as duvidas levantadas pelos seguintes motivos :

Decretada a separação da igreja do Estado, em virtude do Dec. de 7 de Janeiro de 1890, continuou a ser mantida a personalidade juridica de todas as igrejas e associações religiosas, reconhecendo-se o dominio de seus haveres, inclusive os edificios do culto, submettendo-as quanto ao regimen da propriedade á legislação de mão-morta.

A Constituição Federal manteve por sua vez os principios consignados naquelle decreto, apenas accetando a modificação proposta em emenda ao artigo 72, §§ 3 e 7 :

»Observadas as disposições do direito commum, em substituição a—observados os limites postos pelas leis de mão-morta.»

Taes associações receberam da Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, a fórma reguladora de sua organização para que vies-

sem a ter o exercicio publico e livre, conforme o preceito constitucional, adquirindo a personalidade juridica.

No regimen anterior, esta fórma era determinada com tal rigorismo que aos Juizes Provedores competia o direito em correição de dissolver as associações destinadas ao culto, que não estivessem legalmente erectas, e suspender as que não tivessem compromissos, e que o registro se impunha a esses compromissos claramente nos diz o § 391 da Consolidação das Leis da Provedoria, dr. Ferreira Alves, effectuando-se no cartorio da provedoria e sendo publicado pela imprensa.

Presentemente este rigor de fórma não foi desprezado; a authenticidade dos registros melhor se accentuou, creando relações para com seus membros, representantes e terceiros—dependentes de serem levados os compromissos a transcripção no cartorio do Official do Registro—artigos 2.º, 3.º e 4.º do citado Decreto n. 173.

Contendo taes artigos disposições de fórma, por onde claramente o legislador consignou o que deve existir na inscripção, os mesmos não estão sujeitos ao principio da não retroactividade das leis, e por isto apezar de referir-se o artigo 1.º—às associações que se fundarem—applicam-se ás associações actuaes, que para serem reconhecidas como pessoas juridicas e exercitarem os seus direitos civis—*dependem todas de effectuar a inscripção* nos termos do Decreto n. 173.

E a razão de assim decidir tem como base o postulado de que as *leis de fórma* retroagem,—não encerrando os artigos supra mencionados offensa a relações juridicas e muito menos a direitos adquiridos abrangendo a actos passados ».

« *Leges quae actorum et instrumentorum veras intentiones, contra formularum aut solemnitatum defectus, roborant et confirmant rectissime preterita complectuntur.*
Bacon aphor. 49. »

Confirãõ-se Savigny, Dir. Rom., vol. 8.º, § 354, pag. 372, not. b—Aubry et Rau, vol. 1.º, § 30, pag. 59—Gabba, Retroattività Delle Leggi, tomo 1.º, pag. 238—Gagrello, D. Giudiziaro Civile, pag. 7, n. 8, onde exemplifica excepções.

Com taes elementos já se decidiram as questões de direito formal, oriundas ao ser executada a lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847.

Confira-se Perdigão Malheiro, Comment. ; Gazeta Juridica, vol. 13, pags. 104 e 113.

Declarar que, extincta a pessoa juridica, os bens ficarão devolutos ao prelado ou a qualquer outra entidade, é ir de encontro á lei; por occasião da inscripção os compromissos que tiverem esta declaração *não podem ser recebidos* pelo official e a razão está em que a lei pelo artigo 11 dá essa faculdade aos membros *existentes ao tempo* da dissolução, salvo verificando-se quaesquer das hypotheses a que a lei refere no mesmo artigo 11 *verbis... salvo etc.*

Isto é, desde que a lei n. 173 não incluiu essa declaração no numero das disposições estabelecidas para o caso de dissolução ou extincção de pessoas juridicas, ainda em vida de seus membros,—torna-se não só illegal, como inadmissivel, visto que tende a fraudar o disposto no artigo 12 :—cujos bens por morte de todos os membros serão devolutos á União.

As crenças religiosas sempre respeitáveis e garantidas em manifestações de culto interno pela auctoridade, nada têm que vêr com a constituição das pessoas juridicas reguladas pelo Estado, que lhes concede por lei o pleno exercicio dos direitos patrimoniaes,—consectario da sua soberania territorial.

Si em virtude desta lei declara-se quem os deve exercitar, a substituição constitue uma violação e manifesta offensa áquella soberania, não podendo o Official do Registro effectuar a inscripção.

Inadmissiveis, á vista do exposto, as inscripções de taes associações, e havendo-se effectuado, pelas certidões juntas, as de algumas, com manifesta violação dos principios expostos, extraia o Escrivão cópias, remettendo para o Dr. Procurador Seccional, afim de promover no que em suas attribuições couber a nullidade respectiva, bem como cópia deste despacho para o Official.

S. Paulo, 22 de Outubro de 1895.—*João Thomaz de Mello Alves.* (Vide Gazeta Juridica do Estado, vol. Junho de 1896, pag. 318.)

O Tribunal de Justiça, por Accordão de 21 de Agosto de 1897, na appellação civil n. 545, de Mocóca, julgou que a Lei de 1893 não curou sinão das associações que se *fundarem* e não das existentes.

Publicamos a portaria do bispo da Diocese, relativamente á Lei de 10 de Setembro de 1893, determinando que nenhuma irmandade assumia personalidade juridica sem expressa auctorização episcopal, e no caso de extincção ou dissolução das irmandades os bens dellas ficarão devolutos ao Prelado Diocesano, com offensa da lei que manda devolve-los á Nação:

«D. Joaquim Arcoverde de Albuquerque Cavalcanti, por mercê de Deus e da Santa Sé Apostolica, Bispo de São Paulo, Prelado Domestico de Sua Santidade o Papa Leão XIII, etc., etc., etc.

Aos que esta nossa Portaria virem, saudação e bençãem em o Senhor. Usando da nossa Auctoridade Ordinaria, determinamos que todas as Irmandades, Confrarias, Ordens Terceiras e outras Associações Religiosas e Seculares, que se constituirem ou se reformarem dentro dos limites deste Bispado, adoptem, acceitem, observem e façam observar em seus Estatutos, Compromissos ou Regulamentos os seis artigos seguintes, como lei basica de sua organização ecclesiastica. Outrosim, declaramos illegitimas e illegaes quaesquer corporações que de futuro se erigirem ou se «reformarem» nesta Diocese sem o pleno e fiel cumprimento destas Nossas determinações.

Seguem-se os artigos:

1.º—São «ipso facto» excluidas da Irmandade todas as pessoas que pertencerem a qualquer sociedade secreta de qualquer denominação que seja, ou que nella entrarem. Deverão todos os confrades ou irmãos, ao entrar na Irmandade ou Confraria, fazer explicita promessa de conformar-se com esta disposição;

2.º—A Irmandade, por seu Thesoureiro ou Procurador, estará obrigada a prestar contas «da administração de seus bens» á auctoridade diocesana ou a seu delegado, todas as vezes que isso fôr exigido;

3.º—Em caso de «dissolução ou extincção», os bens da Irmandade ficarão devolutos ao Prelado Diocesano, que, segundo seu exclusivo criterio, os applicará a alguma obra pia;

4.º—Quando houver «eleições» geraes ou parciaes, a Mesa deve ser «presidida» pelo respectivo Parocho ou por um «ecclesiastico» em qualidade de «representante» do Bispo Diocesano, sob pena de nullidade;

5.º—Todos prometterão e professarão obediencia e respeito ao Bispo Diocesano e ao Revd. Parocho respectivo;

6.—A Irmandade «não poderá assumir personalidade juridica consoante ao decreto civil de 10 de Setembro de 1893, sem expressa auctorização Nossa»;

Esta será registrada em Nossa Camara Episcopal, para a todo o tempo constar. Dada e passada na Camara Episcopal de S. Paulo, sob Nossos Signal e Sello de Nossas Armas, aos 5 de Julho de 1895.

† Joaquim, *Bispo Diocesano*.

S. Paulo, 27 de Dezembro de 1895.»

Esta portaria está de conformidade com o decreto da Santa Sé, do 16 de Agosto de 1894, prohibindo, sob ameaças de penas canonicas, que os institutos religiosos, aos quaes o Decreto de 7 de Janeiro de 1890 reconhece a individualidade juridica, cumpram a Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, que manda proceder á inscripção de seus estatutos e compromissos.

Diz esse decreto da Curia Romana que «comquanto a auctoridade civil, no Brazil, tenha a pouco promulgado uma lei pela qual *promette* dar personalidade juridica e certos direitos ás associações que o *pedirem*, comtudo as familias das ordens religiosas, os cabidos, os sodalicios e as outras associações religiosas ecclesiasticas de *qualquer genero que seja*, não *podem a seu arbitrio*, como é patente em virtude da *mesma natureza* dellas, *utilizar-se da faculdade* concedida pela lei; que não sendo esses institutos *sui juris*, mas recebendo da egreja sua vida e sua norma, devem elles *absolutamente* estar sujeitos *áquelles* que foram propostos por instituição divina ao governo da mesma egreja e subordinados á sua auctoridade.»

Conclue o mesmo decreto determinando que sejam punidas as corporações que o violarem e *provejam os Bispos sobre a conservação dos bens*.

Analysando esse decreto, o dr. Fernandes Coelho (no seu trabalho—Egreja do Collegio), diz, á pag. 61, que elle impõe ao nosso paiz a parte *temporal do Direito Canonico* feudal, em materia de propriedade, que a Constituição Federal mandou regular por direito commum.

Julgamos dever transcrever a seguinte apreciação do illustrado advogado dr. Porfirio de Aguiar, relativamente á decisão proferida pelo digno Juiz de Direito da 1.ª vara civil quanto ás duvidas oppostas pelo official do registro sobre a inscripção dos compromissos de irmandades, obedientes á Portaria Diocesana e retro transcripta.

ASSOCIAÇÕES RELIGIOSAS

O official do Registro Geral das Hypothecas expoz ao merittissimo dr. Juiz de Direito da 1.ª vara, relativamente á inscripção de compromissos de associações religiosas, umas duvidas, ás

quaes s. exc. respondeu em provisão já conhecida do publico e de conclusões muito pouco juridicas.

«Declarar que, extinta a pessoa juridica, os bens ficarão devolutos ao Prelado ou a qualquer outra entidade, que não as resalvadas no artigo 11 do Decreto n. 173, de 10 de Setembro de 1893, «é ir contra a lei.»

Mas decidir que «por ocasião da inscripção os compromissos que tiverem essa declaração não podem ser recebidos pelo official tambem é ir contra a lei.»

«A razão» de sua decisão, diz sua exc., está em que a lei, pelo artigo 11, dá essa faculdade (??) aos membros existentes ao tempo da dissolução, salvo verificando-se quaesquer das hypotheses «a que a lei se refere no mesmo artigo 11, verbis... *salvo* etc. Isto é, desde que a lei n. 173 não incluiu no numero das disposições estabelecidas para o caso de dissolução ou extincção de pessoas juridicas, ainda em vida de seus membros—torna-se não só illegal, porém sim inadmissivel, visto que tende a defraudar o disposto no art. 12:—«ujos bens por morte (??) de todos os membros serão devolutos á União».

Explica s. exc. com tanta subtileza a sua *razão*, que o seu ultimo periodo carece de uma perfeita interpretação.

Tentemol-a.

As pessoas juridicas dissolvem-se ou extinguem-se:

- 1.º Por terminação de seu prazo;
- 2.º Por consenso de todos os seus membros;
- 3.º Por cessação ou impossibilidade de seu fim ;
- 4.º Por perda de todos os seus membros (esta perda não é só morte);
- 5.º Por casos previstos nos estatutos. (Art. 10 do decreto.)

Entre esses casos, diz s. exc., a lei não incluiu *essa declaração*—a declaração de ficarem os bens devolutos ao Prelado ou a qualquer outra entidade, extinta, ainda em vida de seus membros, a pessoa juridica; e, portanto, *essa declaração* torna-se illegal e inadmissivel, visto que tende a defraudar o disposto no art. 12 do decreto.

A illegalidade *dessa declaração* não póde provir de não estar ella enumerada entre os casos de extincção da pessoa juridica.

Como podia ser isso ?

Em sua constancia, isto é, antes de sua dissolução, podem as pessoas juridicas dispôr livremente de seus bens, cuja alienação, por qualquer titulo, a quem que se faça, não póde ser causa de dissolução ou extincção dellas.

A lei só acautelou o destino dos bens da pessoa juridica que se houver dissolvido, sem delles haver disposto ou por delles haver disposto contra os termos da mesma lei.

Essa declaração é nulla, porque, dissolvida a pessoa juridica, os bens que a esse tempo ella tiver, o seu espolio não póde ter destino que não o da lei.

Mas a pena *dessa declaração* é uma só—a sua nullidade, o haver-se ella por não escripta, por inepta.

Não são só os membros da pessoa juridica existentes ao tempo de sua dissolução que podem dispôr de seus bens. A assembléa geral a que se refere o artigo 11 não é só aquella em que se deliberar a dissolução social.

As associações inscriptas gosam da capacidade juridica e podem exercer *todos os direitos civis relativos aos interesses de seu instituto*, art. 5.º.

Podem, por conseguinte, por suas assembléas geraes, dispor de seus bens como lhes aprouver.

O mais seria subsistir a *mão-morta*.

Nem ha no decreto n. 173 disposição que prohiba tomar-se em assembléa geral decisão contraria aos estatutos da associação ou que importe a reforma delles, art. 6.º

A disposição unica restrictiva da livre disposição dos bens da pessoa juridica é a do art. 11 do decreto; em cujos termos—o patrimonio da associação que se dissolve, sem delle haver disposto, divide-se entre seus membros; o daquella que assim o tiver determinado em estatutos ou por decisão de assembléa geral, será transferido a estabelecimento publico ou outra associação nacional que promover fins identicos ou analogos; o daquella que determinar cousa contraria ao art. 11 do decreto, partilhar-se-á sempre entre seus membros; porque só na hypothese de se extinguir a pessoa juridica por perda de todos os seus membros, art. 10, n. 4, é que se devolve á União o seu patrimonio.

O facto de conterem os estatutos de uma sociedade declaração nulla por contraria ao art. 11 do decreto, não pôde fundar a sua rejeição no Registro Geral.

A constituição da pessoa juridica pouco importa que ella em seus estatutos tenha ou que não tenha cogitado do destino de seus bens posterior á sua dissolução ou extincção; ou que o tenha feito nos termos ou contra os termos da lei.

Emquanto ella si não dissolver ou extinguir, pôde sempre reformar ou corrigir seus estatutos e pôr-se de accôrdo com a lei, dispondo de seu patrimonio para o tempo de sua dissolução.

Si ha por ventura já feitas inscrições em que a *malsinada declaração* exista, não pôde ter que vêr com isso o Meritissimo Juiz, ainda menos o procurador da Republica, a quem ordena s. exc., em sua provisão, que cópias ou certidões se enviem do que houver.

A respeito da inscrição, o decreto só dispõe que ella far-se-á *á vista* do contracto social, compromisso ou estatutos *devidamente authenticados*, art. 3.º; que os estatutos, bem como o registro, declararão :

- 1.º, denominação, fins, séde da associação;
- 2.º, modo de sua administração e representação judicial e com terceiros;
- 3.º, si seus membros respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações contrahidas por seus representantes, art. 3.º.

E mais nada !

O art. 4.º contenta-se com a publicação prévia dos estatutos *por extracto que contenha as declarações mencionadas* no art. 3.º e mais nada.

Onde está, pois, a competencia do official do registro quando a lei só admite intervenção judicial quando as associações promoverem fins illicitos ou se servirem de meios illicitos e immoraes ?

Donde se conclue que a inscrição se ha de fazer sempre; sem que possa o official do Registro nutrir a minima duvida a respeito della e muito menos regeital-a por qualquer motivo. Porque a lei não lhe impõe o dever ou não lhe dá a facultade

de lêr os estatutos para saber quaes seus termos sejam e acceital-os ou rejeital-os. (Vide pag. 459 desta obra.)

E os juizes não podem admittir para as prover, duvidas impossiveis.

Respeitadas as disposições dos art. 2.º, 3.º e 4.º do decreto, não ha inscripção que se regeite por iniciativa do official.

Nem a daquellas associações cuja dissolução judicial está prevista no art. 13.º do decreto—as illicitas e immoraes.

E, feita a inscripção nos termos dos arts. citados, 2.º, 3.º e 4.º, isto é, constituída legalmente a pessoa juridica; a não serem acções de terceiros contra ella, só de seu proprio seio pôde surgir reclamação que motive a intervenção judicial, em seus negocios e relações, salvo sempre o art. 13.

Emquanto não se der o caso previsto no art. 10.º, n. 4, o procurador da Republica absolutamente não pôde intervir na vida e negocios das associações religiosas; porque não ha hypothese de se arrecadar o seu espolio sinão a desse artigo: sua extincção por perda de todos os seus membros.

28 de Outubro de 1895.

Porfirio de Aguiar.

Transcrevemos o Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, e a Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.

DECRETO N. 119 A, DE 7 DE JANEIRO DE 1890

O marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisorio, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, decreta:

Art. 1.º E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2.º A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3.º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tambem as egrejas, associações e institutos que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4.º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5.º A todas as egrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6.º O Governo Federal continúa a prover á congrua sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por um anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7.º Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, 7 de Janeiro de 1890, 2.º da Republica.—*Manoel Deodoro da Fonseca.*—*Aristides da Silveira Lobo.*—*Ruy Barbosa.*—*Benjamin Constant Botelho de Magalhães.*—*Eduardo Wandenkolk.*—*M. Ferraz de Campos Salles.*—*Demetrio Nunes Ribeiro.*—*Q. Bocayuwa.*

DECRETO N. 173, DE 10 DE SETEMBRO DE 1893

Regula a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3.º, da Constituição.

O vice-presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º As associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, poderão adquirir individualidade juridica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscripção onde estabelecerem sua séde.

Art. 2.º A inscripção far-se-á á vista do contracto social, compromisso ou estatutos devidamente authenticados, os quaes ficarão archivados no registro civil.

Art. 3.º Os estatutos, bem como o registro, declararão:

1.º, a denominação, fins e séde da associação ou instituto;

2.º, o modo pelo qual a associação é administrada e representada activa e passivamente em juizo e em geral nas suas relações para com terceiros;

3.º, si os membros respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações que os representantes da associação contrahirem expressa ou intencionalmente em nome desta.

Art. 4.º Antes da inscripção, os estatutos serão publicados integralmente ou por extracto que contenha as declarações mencionadas no art. 3.º, no jornal official do Estado onde a associação tiver a sua séde.

Art. 5.º As associações assim constituídas gosam da capacidade juridica, como pessoas distinctas dos respectivos membros, e podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses do seu instituto.

Art. 6. Todas as alterações que soffrerem os estatutos deverão ser publicadas e inscriptas do mesmo modo, sob pena de não poderem ser oppostas contra terceiros.

Art. 7.º Salvo declaração em contrario nos estatutos:

1.º, os directores ou administradores reputam-se revestidos de poderes para poder praticar todos os actos de gestão concernentes ao fim e ao objecto da associação;

2.º, não poderão transigir, renunciar direitos, alienar, hypothecar ou empenhar bens da associação;

3.º, serão obrigados a prestar contas annualmente á assembléa geral;

4.º todos os associados terão direito de votar na assembléa geral e as resoluções serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes.

Art. 8.º Si os directores ou administradores não prestarem contas no prazo do art. 7.º, n. 3, ou no prazo que os estatutos marcarem, poderão ser citados por qualquer membro para prestal-as em juizo.

Art. 9.º Os directores ou administradores serão solidariamente responsaveis para com a associação e os terceiros prejudicados pelas infracções dos estatutos ou por excesso de mandato.

Nestes casos, a associação será responsavel para com terceiros, si tirar proveito do acto ou si approval-o posteriormente.

Art. 10. As associações extinguem-se:

1.º, pela terminação do seu prazo, si forem por tempo limitado;

2.º, por consenso de todos os seus membros;

3.º, cessando o fim da associação ou tornando-se impossivel preenchel-o;

4.º, perdendo a associação todos os seus membros;

5.º, nos casos previstos nos estatutos.

Art. 11. Dissolvida ou extinta a associação e liquidado o passivo, o saldo será partilhado entre os membros existentes ao tempo da dissolução, salvo si os estatutos prescreverem ou a assembléa geral houver resolvido, antes da dissolução, que o saldo seja transferido a algum estabelecimento publico ou a outra associação nacional que promova fins identicos ou analogos.

Art. 12. Verificando-se o caso previsto no art. 10, n. 4, os bens da associação consideram-se vagos e passarão a pertencer á União.

Art. 13. As associações que promoverem fins illicitos ou que se servirem de meios illicitos ou immoraes serão dissolvidas por sentença, mediante denuncia de qualquer pessoa do povo ou do ministerio publico, e proceder-se-á á liquidação judicial dos bens nos termos do art. 11.

Art. 14. As associações não gosam do beneficio de restituição e lhes é vedado contractar com os seus directores ou administradores.

Paragrapho unico. As dividas activas e passivas, os direitos e encargos reaes das associações prescrevem segundo as regras geraes do direito.

Art. 15. As associações que não adquirirem personalidade juridica nos termos desta lei, rege-se-ão pelas regras das sociedades civis.

Art. 16. As associações fundadas para os fins declarados no art. 1.º, que tomarem a fórma anonyma, serão em tudo sujeitas ás leis e decretos relativos ás sociedades anonymas.

Art. 17. O registro de que trata o art. 1.º desta lei será feito em livro especial a cargo do official do registro de hypothecas.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrario.

Capital Federal, 10 de Setembro de 1893, 5.º da Republica.—
FLORIANO PEIXOTO.—*Fernando Lobo.*

**Modelo para a inscripção das associações a que se refere o
Decreto n. 1649, de 12 de Janeiro de 1894**

INSCRIPÇÃO DE ASSOCIAÇÕES PARA FINS RELIGIOSOS, MORAES
SCIENTIFICOS, ARTISTICOS, POLITICOS OU DE SIMPLES RECREIO

N.º de ordem	Anno	Mez	Dia	Denomi- nação, fins e sé- de da associa- ção ou do instituto	Modo pelo qual a associa- ção é ad- ministra- da activa e passi- vamente em juizo e em ge- ral nas suas rela- ções com terceiros	Os mem- bros da as- sociação respondem ou não sub- sidiaria- mente pelas obrigações que os re- presentan- tes della contrahi- rem expres- sa ou inten- cionalmen- te em seu nome?	Aver- bações
2 cents.	3 cents.	3 cents.	1 cent.	5 cents.	5 cents.	5 cents.	11 cents.

Comprimento total da folha: 55 centímetros.

Largura total da folha: 35 centímetros.

Cada livro conterà 200 paginas numeradas.

Capital Federal, 12 de Janeiro de 1894.

Cassiano do Nascimento.

§ 499

Na ordem espiritual todas as associações catholicas constituem ramificações da sociedade religiosa, que toda se resume no chefe visivel da Igreja; mas para que taes associações possam existir na ordem temporal como personalidades juridicas, preciso é que se organizem de conformidade com a lei civil. (Aviso do Ministerio dos Negocios do Interior, de 11 de Dezembro de 1891; Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.) (203)

(203) Diz o Aviso: «têm pois de constituir-se como entidades juridicas com existencia e economia independente, regendo-se e administrando-se por seus estatutos ou compromissos, formando em summa pessoas *sui juris*, sob acção das leis de ordem temporal que lhes forem attinentes».

O Aviso contesta a asserção dos Bispos de que associações catholicas, vivendo da igreja, na igreja e para a igreja, têm apenas o dominio util dos bens que em seu nome existem, residindo o dominio directo na grande sociedade religiosa, da qual essas associações fazem parte, e que é personificada no summo pontifice romano.

Diz o Aviso: não é admissivel que, invocando direitos que as leis patrias não reconhecem, caiba ao summo pontifice haver a si a propriedade de bens pertencentes a associações que, na esphera das relações juridicas, estão inteiramente sujeitas ás leis civis; que ao dominio da Nação se devem incorporar as heranças vagas, isto é, sem titular de direito.

No regimen da separação as pessoas juridicas corporizam-se nas diversas associações, formando seres juridicos distinctos e determinados.

Os bens das associações religiosas, das igrejas, irmandades, seminarios, não pertencem a essa grande associação ideal, derramada por todo o globo, mas a cada estabelecimento ecclesiastico considerado em si mesmo como ser distincto.

Para os bens da igreja ha pluralidade de pessoas juridicas, diz Vautier, na sua obra—*Des Personnes Morales*, pags. 50, 96 e 100; a propriedade delles não pertence á communhão universal dos catholicos, a Jesus Christo, ao Papa ou aos Bispos, que não têm personalidade juridica, mas a cada associação, individualidade juridica distincta em relações patrimoniaes com a sociedade temporal ou civil, tendo seus estatutos ou compromissos registrados e archivados na fórma da lei n. 173, de 1893.

Não ha personalidade juridica universal, mas sim individualidade juridica concentrada em cada instituto considerado em seu todo organico como um ser distincto e independente. (Vide Giorgi-Giorgio, vol. 1.º, ns. 42 e 202, e Savigny, *Dir. Rom.*, pags. 260, 271 e 337, vol. II.)

A aquisição de bens ficou conferida a cada pessoa juridica determinada, por intermedio da pessoa physica, seu órgão ou re-

§ 500

O Estado intervem em todas as complicações da vida social, no interior e exterior; suas attribuições abraçam o dominio da legislação civil, administrativa, commercial e penal, e nesse campo assaz vasto exerce sua auctoridade sem penetrar nos dominios das confissões religiosas referentes aos seus principios, credo e disciplina religiosa. (Pradié.)

§ 501

Não ha privilegio de fóro ecclesiastico em causas temporaes. (204)

presentante encarregado de a tornar visivel, activa e passivamente, no exercicio de sua capacidade juridica.

O Decreto de 7 de Janeiro de 1890 não reconheceu a personalidade juridica da communhão de todos os crentes, mas de cada um dos institutos em que se achassem agremiados. (Art. 3.^o)

(204) O decreto da separação da Igreja do Estado, estabelecendo a plena liberdade e egualdade de cultos, não confere e nem podia conferir sem offensa á soberania da Nação e dos Estados, do qual o poder judiciario é parte como poder politico, o privilegio de fóro ecclesiastico em causas temporaes, como as de posse e propriedade e outras da exclusiva competencia da jurisdicção temporal e civil, que exercita-se em pleitos entre as associações religiosas entre si e terceiros, salvo os casos de materia puramente religiosa e espirital, referente ao credo, fé e disciplina de cada confissão religiosa.

Tem o poder judiciario competencia para conhecer e julgar questões relativamente á manutenção de posse de um edificio de culto (egreja), movida pelo respectivo Prelado, estando o edificio inscripto como proprio nacional. (Direito, vol. 59, n. 4, pags. 589 a 600, e vol. 73, n. 2, pag. 172.)

No Estado de S. Paulo moveu-se a celebre causa da Igreja do Collegio, que considerada pelo Governo da União como proprio nacional, foi o referido edificio posto pelo Ministerio da Fazenda á disposição do Governador do Estado para o fim de nelle temporariamente funcionar o Congresso (Ord. do Ministerio da Fazenda, n. 5, de Fevereiro de 1891), tendo o Bispo da Diocese requerido manutenção de posse do templo, perante nós, quando Juiz dos Feitos da Fazenda, sendo sustadas por ordem nossa judicial as obras de adaptação do edificio ao fim a que era temporariamente destinado.

Essa igreja representava a primeira tradição historica da cidade de S. Paulo, e, por ventura, diz o erudito Doutor João Mendes de Almeida, tambem da capitania de S. Vicente, tendo sido o logar sagrado onde se celebrou, no dia 25 de Janeiro de 1554, a primeira missa em *Piratininga*, depois villa e cidade de

S. Paulo; sendo ella a reconstrucção da primitiva de 1554, a custa e esforços de Dona Angela de Siqueira, casada em segundas nupcias com Pedro Taques de Almeida, filha de Luiz Pedroso de Barros e neta do Capitão-mór governador Pedro Vaz de Barros.

Essa igreja, que deu logar a famoso pleito, cuja demolição, em plena dictadura, sendo governador o Dr. Jorge Tibiriçá, foi obstada por mandado judicial sob nossa assignatura, manutenção afinal sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, cahiu arruinada pelo tempo, cessando essa recordação viva de um monumento historico e creio que, profanado o local, foi desapropriado pelo Estado, augmentando-se o Palacio do Governo. (Vide Direito, vols. LXVII, n. 2, pags. 174 e 207, e LXIX, n. 4, pags. 510 a 512.)

Na Capital do Estado correu tambem no fóro uma outra causa, celebrisada pela intervenção do distincto advogado Doutor José Fernandes Coelho, que diariamente occupava a imprensa com vehementes e eruditos artigos em defesa da Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, pedindo a restituição de seu templo ao vigario Conego José de Camargo Barros (actual virtuoso Bispo do Paraná), allegando ter sido por ella edificado o templo, e uma vez que tinha sido dissolvida por sentença ecclesiastica do Vigario Geral interino, de 10 de Maio de 1890, devia-lhe ser restituído o edificio, servindo de igreja da Parochia.

Proposta pela Irmandade acção de força velha, veio o Vigario com excepção declinatoria fori, sustentando a competencia do fóro ecclesiastico para a acção.

Fomos juiz na causa e regeitamos a excepção; interposto agravo para a extincta Relação do Estado, dado provimento ao recurso, foi reconhecida a incompetencia do fóro secular para a restituição de um edificio construído por uma irmandade e applicado ao culto catholico.

E' de interesse a reprodução das decisões a respeito dessa causa, real conflicto entre a Irmandade e o Parocho, a qual atrahiu a attenção publica. Transcrevemos nesta nota as sentenças dissolvendo a Irmandade e as proferidas na acção de força velha relativamente á competencia de fóro.

SENTENÇA ECCLESIASTICA

Vistos e examinados estes autos, depoimentos de testemunhas e documentos, etc. :

Considerando que a Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, erecta na igreja parochial de Nossa Senhora da Conceição de Santa Ephigenia, tem procedido irregularmente, deixando de reunir-se a mesa administrativa desde 7 de Maio de 1888 até hoje, resentindo-se algumas actas de suas sessões de irregularidades, pois não são assignadas do proprio punho dos irmãos mesarios, nem a seu rogo. (Cert. á fl. 41, livro das actas).

Considerando que a mesma Irmandade, sob pretexto de ser proprietaria da igreja parochial, tem a todo transe querido aposar-se das chaves de algumas de suas portas, e de compartimentos de que necessita o revd. parocho para o exercicio de suas funções parochiaes, não obstante haver o mesmo revd. parocho posto á sua disposição uma sala para as suas reuniões de mesa e guarda de suas alfaias. (Depoimento de fls. 3 e 10; Cert. á fl. 36.)

Considerando que, recusando-se obstinadamente a Irmandade entregar as chaves e os compartimentos, o revd. parcho viu-se na necessidade de recorrer ao juizo provedor de capellas, unico competente, no antigo regimen, para coagil-a a fazer a entrega, por lhe estar affecta a parte temporal das irmandades. (L. de 22 de Setembro de 1828; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851 e outros; Cert. á fl. 36.)

Considerando que, intimada por mandado desse juizo para aquelle fim, a Irmandade desobedeceu-lhe, obrigando-o, para manter o imperio da lei, mandar proceder ao arrombamento de algumas portas, observando-se as formalidades legais, e collocando-se novas fechaduras, entregou as chaves ao revd. parcho. (Cert. á fl. 6.)

Considerando que, retendo as chaves e os compartimentos contra a vontade do parcho, a irmandade arrogou-se direitos que só elle tem; pois, segundo o direito, é o unico competente para guardar as chaves da igreja parochial, assim como compete-lhe a policia da igreja no interior della e mesmo em suas dependencias exteriores, si as tem. (André, Cours de Législat. Civ. et Ecclesiast. verb.—Police de l'Église, § 70, e verb. curé, pag. 400; Gaudry, Legisl. Des Cultes n. 540; Journal des Fabriques, vol. 8.º, § 381.)

Considerando que a Irmandade procurando molestar o revd. parcho, por vezes praticou dentro da igreja parochial actos proprios da auctoridade do parcho, sem seu consentimento; tirando castiças de um altar e collocando em outros, pondo e dispondo a seu bel prazer, mostrando-se assim rebelde ás determinações do compromisso que resalva os direitos e regalias parochiaes. (Depoim. de fl. 3 a fl. 10; Comprom., cap. 3.º, Glos. 52 vers.)

Considerando que a Irmandade, convocada pela vigararia geral para comparecer na sala das suas audiencias, afim de se tentar os meios conciliatorios com o revd. parcho, que se achava presente, e, sendo tentada a conciliação, vantajosa para ambos e á administração da diocese, a nada quiz annuir, retirando-se da sala, proferindo palavras pouco cortezes á autoridade ecclesiastica. (Cert. de act., fl. 41.)

Considerando que a Irmandade, sob o fundamento de ser proprietaria da igreja de Nossa Senhora da Conceição de Santa Ephigenia, erecta em matriz por provisão de Dom João, principe regente de Portugal, datada de 21 de Abril de 1809, intentou, nessa supposta qualidade, uma acção de posse da matriz, contra o revd. parcho, a qual corre no juizo de direito da primeira vara desta capital. (Cert. de fl. 21 e fls. 24 a 35.)

Considerando que á irmandade não cabe semelhante acção, *porque na posse della tem estado a igreja representada pelos parochos, nem foi construida a expensas suas; mas com esmolas e doações dos fieis; pelos estorços do vigario collado padre Antonio Joaquim da Silva, que mandou construir em mil oitocentos e dezeseite a primeira torre, com madeiras que sobraram da construção da capella dos Pinheiros; que mandou levantar paredes, para isso vendêra castiças de valor, para o que obteve licença do bispo D. Matheus; sendo reconstruida mais tarde com dinheiro da Caixa Pia e esmolas do finado bispo D. Sebastião Pinto do Rego, de saudosa memoria, do dr. Martinho Prado, do desembargador Gavião Peixoto e de outros, o que é de publica notorie-*

dade, e ainda com o producto de loterias concedidas pelas extintas assembleas provinciaes. (Doc. a fls. 15, 16, 58 e 59.)

Considerando que, *mesmo quando a irmandade tivesse construido aquella igreja á sua custa*, ella não lhe pertenceria, mas a todos os catholicos, pois foi erecta em matriz no anno de 1809, *celebrando-se nella quotidiana e publicamente o culto divino, pelo que não pôde, emquanto conservar o seu destino, ser objecto de acção possessoria, visto estar fóra do commercio e ser imprescriptivel.*

(Sentenças do Trib. de Cassação de Pariz, de 1.º de Dezembro de 1823 e 1.º de Abril de 1825; André cit., verb. action possessoire, pag. 79; do Trib. de Nancy, de 16 de Março de 1852; do Trib. de Ruão, de 19 de Maio de 1854—André cit., verb. Eglises—prescription § 1.º Ferraris—Dir. Can., verb. ecclesia—§ 1.º)

Considerando que a Irmandade tem faltado com a submissão devida ao revd. parcho da igreja parochial de Nossa Senhora da Conceição de Santa Ephigenia, que menosprezou a auctoridade superior ecclesiastica e produziu com esse procedimento grande escandalo; procedimento contrario ás leis da Igreja e improprio de uma associação de pessoas comprometidas pela sua instituição a praticar actos de piedade. (Monacell, form. pract. legal ecll., dec. 42; 5.º conc. de Milão cit. por Merlin—verb. confraternité § 2.º; Arg. do Dec. da Sagr. Congreg. dos Rit., de 10 de Dezembro de 1703; cert. do comprom. a fl. 52 e doc. a fl. 41 e fls. 3 a 10.)

Considerando que a Irmandade, tendo nomeado e constituido advogado para dar queixa contra o revd. parcho José de Camargo Barros e tratar de seus suppostos direitos, este nessa qualidade tem publicado artigos violentos, desrespeitosos e injuriosos ao revd. parcho, com assentimento seu, pois ainda o conserva como seu advogado. (Doc. fls. 13, 14 e 43.)

O que tudo visto, examinado e bem ponderado, nsando das faculdades concedidas ao exm. vigario geral, Conego Antonio Guimarães Barroso, que nessa qualidade e na de visitador das irmandades erectas nas igrejas desta capital, começou este processo *ex-officio*, faculdades de que tambem me revestiu s. exc. revma. o Senhor Bispo Diocesano—*dissolvo e de facto dissolvido tenho* a Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, erecta na igreja parochial de Nossa Senhora da Conceição de Santa Ephigenia, da capital deste Estado de S. Paulo.

Mando que o escrivão deste juizo intime esta minha sentença á mesa administrativa da mesma irmandade; scientifique-se aos revds. parchos das diversas freguezias da capital, aos superiores dos Conventos, ás Confrarias Terceras e demais Irmandades desta cidade.

Outrosim, mando que se publique na imprensa o inteiro teôr desta sentença, e se affixem editaes nas portas da Sé e igreja matriz de Nossa Senhora da Conceição de Santa Ephigenia. Mando finalmente que seja intimado o fabricante daquella matriz para recolher á fabrica, depois de feito arrolamento assignado por elle e duas testemunhas, todos os moveis, alfaias e imagens pertencentes á irmandade dissolvida, ordem que será cumprida em virtude da competencia deste juizo, pois com o Decreto, n. 119, de 7 de Janeiro do corrente anno, ficou extinto o juizo de capellas (Decisão do Dr. Governador deste Estado, de 30 de Abril proximo findo) afim de serem entregues á irmandade que com a

mesma vocação fôr erecta naquella matriz. Hei esta por publicadada em mão do escrivão. S. Paulo, 10 de Maio de 1890.—Padre Adelino Jorge Montenegro.

Publicamos em seguida a decisão proferida pelo Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.^a vara civil na causa :

Vistos :

Considerando que as irmandades, como quaesquer institutos publicos capazes por sua personalidade moral e juridica de exercer os mesmos direitos civis que os particulares, pódem litigar perante o juiz secular ;

Considerando que as irmandades são instituições mixtas, e, quando fundadas por leigos, nunca estiveram, em materia temporal, sujeitas á jurisdicção ecclesiastica (Ord., liv. 1.^o, tit. 62, § 39—Constituição do Arcebispado da Bahia, n. 867);

Considerando que o Decreto, n. 119, de 7 de Janeiro deste anno, que separou a Igreja do Estado, estabelecendo plena liberdade e egualdade de cultos, não tornou as confrarias seculares instituições meramente ecclesiasticas; conservou-lhes a natureza mixta, não desconhecendo a sua personalidade juridica para aquisição de bens; sua administração; sujeitando-as ás leis civis concernentes ás corporações de mão-morta;

Considerando que esse decreto não conferiu e nem podia conferir, sem offensa á soberania do Estado, da qual é parte o poder politico judiciario, o privilegio de fóro ecclesiastico em causas temporaes, como as de posse consistente em mero facto e propriedade da exclusiva competencia da jurisdicção civil que exercita-se em pleitos sobre quaesquer immoveis, encravados no territorio nacional, sujeitos ao estatuto real, quer sejam de particulares nacionaes ou estrangeiros, quer de associações seculares ou religiosas de qualquer credo;

Considerando que em face dessa lei que secularizou o Estado não ha distincção entre cousas sagradas e profanas—*res divini vel humani juris*, tendo a Igreja Catholica perdido o seu character official; podendo, como *qualquer outra associação*, viver collectivamente segundo seu credo e disciplina, sem intervenção do poder publico em materia religiosa, sem que esteja isenta, nas relações civis, do poder soberano temporal;

Considerando que, si por determinação dessa lei, o poder judiciario civil tem a sua jurisdicção limitada quanto á inspecção, tomada de contas, ingerencia na administração economica dos bens pertencentes ás irmandades, confrarias e mais associações religiosas, não a tem, porém, limitada quanto ás acções possessorias ou de dominio, quer entre as associações entre si, quer entre estas e terceiros;

Considerando que a questão de força nova ou velha, como a presente, pedindo a Irmandade excepta de Santa Ephigenia e Santo Elesbão a restituição do templo que diz ter construido ás suas expensas e servindo de matriz com o seu consentimento, é questão temporal, competindo ao juizo civil decidir:

- « Si as Igrejas, edificios de quaesquer
- « cultos, construidos por uma associação re-
- « ligiosa e civil, pertencem a esta; ou, si uma
- « uma vez sagrados, segundo os diversos ri-
- « tos, são separados das cousas temporaes de

«uma maneira perpetua e irrevogavel, escapando ás regras ordinarias da propriedade. (Monte, Dir. Eccl., pags. 352 e 353, n. 1099; Vautier, vol. 2.º, *Des Personnes Morales*, pag. 140; Degroote, pag. 176);»

Considerando que a dissolução da irmandade por sentença de 10 de Maio deste anno, no fôro ecclesiastico, e publicada na imprensa, veiu firmar mais a personalidade juridica da irmandade excepta, perdendo o character de associação religiosa, conservando-lhe o de uma corporação actualmente meramente civil, mantendo mais ainda o seu direito de reaver seus bens e, entre estes, o edificio de culto garantido pelos arts. 3.º e 5.º do Decreto de 7 de Janeiro, edificio que allega ter construido e sobre o qual tem, sinão dominio pleno, um dominio util e honorifico, caso prove ter feito o templo, mesmo que se considere *cousa sagrada*. (Monte, cit. n. 1100);

Considerando que a Ord., liv. 2.º, tit. 1.º, § 2.º, declarando não competir á jurisdicção civil o conhecimento desta acção de força velha, nenhum vigor tem; pois, tanto no Reino de Portugal como no ex-Imperio, foi revogada pelas Constituições Politicas que aboliram o privilegio de fôro ecclesiastico no civil e criminal, salvo casos especiaes a respeito desta ultima jurisdicção, na fôrma dos artigos 8.º e 327 do Cod. do Processo Criminal, ficando limitada a jurisdicção ecclesiastica ás materias puramente espirituaes;

Considerando que, separada a Igreja do Estado, a restauração do fôro ecclesiastico em materia temporal seria um contrasenso;

Considerando que, como diz Pradié, o Estado intervem em todas as complicações da vida civil, commercial, administrativa, criminal e penal, e nesse campo assaz vasto exerce a sua actividade, não podendo somente penetrar nos dominios do poder religioso de qualquer seita;

A' vista dos expostos motivos, rejeito a excepção declinatoria *fori* de fls. 29 e mando que corra a causa os seus termos neste fôro civil e secular, pagas as custas do retardamento pelo exceptante.

S. Paulo, 22 de Julho de 1890.—*Joaquim Augusto Ferreira Alves*.

Accordão em Relação:—Que relatados e discutidos estes autos, dos quaes consta em substancia: Que, tendo a mesa administrativa da Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão proposto, em o juizo civil da primeira vara desta capital, uma acção de força velha, contra o conego honorario José de Camargo Barros, vigario collado da freguezia de Santa Ephigenia, pedindo a restituição da igreja matriz da mesma parochia, visto ter sido ella construida a expensas da dita Irmandade, e servir de matriz com o seu consentimento; e que, citado o referido vigario, oppoz a excepção *declinatoria fori*, na qual allegou: Que as justicas seculares não tem competencia para conhecer da acção proposta, porque, não se tratando de bens patrimoniaes d'elle excipiente e nem de esbulho por elle feito dentro de anno e dia; mas de propriedade de um templo sagrado, somente á auctoridade ecclesiastica competia decidir a causa (Ord., liv. 2.º, tit. 1.º). Que, rejeitando o juiz esta excepção, pelos fundamentos constantes do despacho de fl. 57, o excipiente interpoz o presente aggravado e o ministrou á fl. 61, sendo contraminutado pelo juiz *a quo* á fl. 68! Ora,

attendendo: Que o Decreto, n. 119 A, de 7 de Janeiro ultimo, manteve ás egrejas o dominio de seus haveres, bem como dos seus *edificios de culto* (art. 5.º in fine); Que, segundo ensinam os juriconsultos canonistas e civilistas, estes edificios, uma vez sagrados ou bentos, são separados das cousas profanas, estão fóra do commercio humano, e não tem dono ou senhor, e sim guardadas ou administradores, que são os bispos ou prelados; E que não são donos das egrejas os particulares ou «corporações», que as constroem ou mantem, os quaes porisso não adquirem nenhum direito dominical (Monte, Elementos de Direito Eccles., §§ 1099 e 1100). Considerando que, não podendo ser a igreja matriz da parochia de Santa Ephigenia desta cidade propriedade da excepta, nenhum direito tinha esta de propôr a referida acção, pedindo a sua restituição; porque, as acções são direitos sancionadores de outros direitos, e só se póde demandar perante os tribunaes o que nos pertence ou nos é devido;—dão provimento ao aggravamento pelas razões expendidas e pelas de fl. 61, para mandar que o juiz *a quo* reforme o despacho aggravado e se declare incompetente para conhecer da acção intentada por contraria ás regras de direito. E condemnam a excepta nas custas. S. Paulo, 12 de Agosto de 1890.—*Fleury*, presidente.—*Furtado*.—*G. Guimarães*.—*Brotéro*, vencido: Votou, negando provimento ao aggravamento, porquanto, si é certo pelo nosso antigo direito, que os juizes ecclesiasticos, em virtude de concordatas, por concessão ou consentimento dos principes, podiam julgar em alguns casos questões temporaes ou profanas, quando entrava em litigio a posse ou dominio de cousas sagradas e bens da igreja, tambem me parece fóra de duvida que essa jurisdicção excepcional desapareceu completamente ante o novo regimen da separação do Estado e da Igreja e attentas as disposições terminantes do Decreto, n. 119 A, de 7 de Janeiro do corrente anno, cumprindo notar que já pelo Cod. do Processo os juizes ecclesiasticos somente podiam conhecer de materias puramente espirituaes, como é expresso no art. 8.º A decisão de pleitos sobre a posse e dominio de immoveis, pertence exclusivamente ao juizo secular, muito embora sejam as partes pessoas religiosas, e abolidos todos os privilegios de fóro. Encarando a questão, em seus restrictos termos—si procede ou não a excepção opposta—é bem de ver que deixo de conhecer qualquer outro ponto attinente ao fundo da causa, como si a excepta tem o dominio util ou directo, ou si a igreja, pelo facto da sagração, escapa ás regras ordinarias da propriedade, questões estas que deveriam ser julgadas afinal, e não de plano e quando se trata por enquanto de um incidente do processo.

O governo, por Aviso de 16 de Outubro de 1891, no «Direito», vol. 66, n. 4, diz que nenhuma providencia tem elle a tomar para que seja restituída a uma irmandade a posse de bens que lhe foram sequestrados judicialmente, cabendo á irmandade usar dos meios legaes perante o poder judiciario, em cujas deliberações não intervem.

O Supremo Tribunal Federal, por Accordão de 13 de Fevereiro de 1897, no Direito, vol. 73, pag. 172, julgou que as egrejas, uma vez sagradas, se reputão dedicadas ao culto divino, são excluidas do commercio e ficão unicamente pertencendo ao uso dos fieis, e, quando catholicas, devem ser guardadas e administradas pelos bispos ou prelados.

§ 502

As associações religiosas são representadas em juízo por seus órgãos autorizados nos estatutos ou compromissos. (Art. 3.º, n. 2, da Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893. (205)

(205) As associações constituídas e observando as exigências da Lei n. 173, de 1893, gozam da capacidade jurídica, como pessoas distintas dos respectivos membros, e podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses de seu instituto. (Art. 5.º da citada lei.)

Pessoas jurídicas são pessoas que não existem sinão para fins jurídicos e essas pessoas nos apparecem ao lado dos individuos como sujeitos de relações de direito. (Savigny, vol. II, pag. 230.)

A individualidade jurídica é uma extensão artificial da capacidade jurídica da pessoa natural acerca de patrimonio, feita pelo legislador a entes fictícios, ficando estes investidos de facultades; mas não possuindo existencia physica para exercel-a, e para supprir essa incapacidade physica, de viver juridicamente exercendo direitos e poder exercitar a sua capacidade jurídica, as leis collocam ao lado dos seres fictícios uma ou mais pessoas naturaes que os tornem visiveis no espaço e no tempo, e este supprimento é o que determina a *representação*. (Savigny, cit., pag. 317.)

A personificação civil é acto puramente temporal que liga e une as instituições religiosas ao tronco de todas as instituições nacionaes, que gozam de capacidade jurídica para exercerem nas relações patrimoniaes direitos da pessoa physica; não, como corporações ecclesiasticas, creadas pelos ministros do culto, mas como pessoas jurídicas.

O fim da ficção é assimilação tão completa quanto possível, com as pessoas ordinarias. (Heisser, E'tude sur les Personnes Morales, pag. 157.)

A individualidade jurídica, diz esse escriptor, á pag. 131, é um attributo nacional conferido a uma associação, fim, idéa, serviço ou obra que se pretenda realizar, que só o poder soberano de cada nação pôde conceder, creando um ente ideal para ser o sujeito de um patrimonio.

Duas são as fórmãs das pessoas jurídicas: *associações* e *fundações*.

Entendem muitos que pela Constituição Política Federal (art. 72, § 3.º) e tendo-se em vista a Lei, n. 173, de 1893, só podem ter a personificação civil as associações e não as fundações, cuja personificação civil seria concedida para individualisar juridicamente uma idéa, uma intenção, uma obra que se pretende realizar (Vautier, Personnes Morales, pag. 65) e cujo sujeito do patrimonio, diz Savigny, é a propria idéa ou fim que se prosegue, uma abstracção personificada, (Savigny, vol. II, § 86, pag. 237, nota b; Maynz, Direito Romano, vol. I, §§ 20 e 23, pags. 421 e 431.)

Não padece duvida, porém, que as fundações ao tempo da promulgação do Decreto, n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890 mantem a personalidade jurídica que já a lei lhes concedia, e que os fins das fundações podem ser exercitados por meio de associa-

ções formadas e registrando seus estatutos no registro legal, creado pela Lei n. 173, de 1893.

Não havendo associações é preciso intervenção de lei concedendo personalidade jurídica além do acto da fundação.

Quando as pessoas jurídicas são associações, como ha uma collectividade de pessoas, a pessoa natural que tem de ser collocada ao lado da pessoa jurídica para tornal-a visivel e exercer seus direitos civis, é escolhida por eleição entre os membros da collectividade, e nas fundações é designada pelo fundador, pelo modo que estiver estabelecido na lei ou acto da fundação. (Giorgio-Giorgi, Person. Giuridiche, vol. 1.º, pag. 100.)

O ente collectivo é pessoa distincta de seus membros, *universitas distat a singulis*; tem patrimonio proprio, creditos e debitos proprios e póde exercitar direitos como os particulares.

No estudo das pessoas jurídicas ha dous systemas principaes: o 1.º, que vê na pessoa jurídica um ente mais ficticio do que real, quasi uma criação do pensamento humano, sem confronto real no mundo; o 2.º, que regeita toda a idéa de ficção e vê na pessoa jurídica um sujeito real e concreto do direito, e si divide em muitas escolas, confórme a preferencia dada ao elemento material ou ideologico quanto á personificação do sujeito juridico.

Para uns a personificação está no escopo ou fim, para outros no patrimonio; para uns nos individuos e para outros na vontade do fundador.

Temos a escola da personificação no sentido stricto, sustentando que as pessoas jurídicas são seres ficticios—de razão, assim no dizer de Savigny, a pessoa jurídica é um sujeito creado artificialmente, não podendo existir sujeito se finge um na pessoa jurídica.

Ha a escola da representação, que attribue ao ente ficticio não uma verdadeira personalidade, mas uma representação de personalidade, e que no fundo não differe da eschola anterior, havendo differença subtilissima.

Bolze diz que o sujeito da personalidade collectiva está no complexo dos individuos que compõem a *universitas*, considerado não como unidade, mas como collectividade.

São os individuos componentes da collectividade, os membros da associação ou corporação, os reaes sujeitos dos direitos que se dizem pertencentes ao ente collectivo.

Essa escola desconhece a regra: *universitas distat a singulis* e falta a theoria nas fundações.

Ihering opina com mais franqueza que os verdadeiros sujeitos dos direitos das corporações são os membros que as compõem e nas fundações são os interessados.

Incorre nos mesmos defeitos da opinião de Bolze, contraria as regras: *universitas distat a singulis*; *quod universitati debetur, singulis non debetur*; *quod debet universitas, singuli non debent*, e confunde a communhão com a associação ser distincto dos membros ou individuos.

A nova Lei, n. 173, de 1893, art. 5.º, repelle essa confusão de pessoas jurídicas, seres distinctos dos seres singulares, e não constitue a pessoa jurídica sinão na unidade jurídica.

Outros sustentam, assim Brinz e Demelius, que não é necessario um dono ao patrimonio, basta este por si mesmo para um fim. Esta escola de patrimonio sem dono, de patrimonio

pertencente *non ad aliquem, sed ad aliquid*, é erronea, pois não ha direito sem sujeito; sendo o direito faculdade de agir, requer inexoravelmente um sujeito que tenha aquella faculdade. O patrimonio *objecto* não pôde ser *sujeito* de direito, um aggregado de bens não pôde ser o sujeito de direito e nem o fim pôde ser o sujeito, pois este é quem exerce direitos sobre cousas ou patrimonios para um fim.

Zitelmann e Meurer dizem que o sujeito juridico deve ser no corpo moral uma realidade e esta reside na vontade que é o sujeito do direito, porque elle não é mais do que o poder de querer.

Nas corporações a vontade de seus membros (de cada um dos individuos) que se manifesta sobre os interesses communs, segundo os estatutos da associação representa o sujeito juridico colectivo. Nas fundações a vontade do fundador é o sujeito dos direitos pertencentes á fundação. Nesse systema a vontade é essencial e o homem, um *quid* superfluum, tem o defeito de destacar a vontade—do homem.

Giorgio-Giorgi, de cuja obra—La Dottrina delle Persone Giuridiche, vol. I—extractamos o que levamos dito, diz que a personalidade juridica é a capacidade do ente colectivo de exercitar direitos patrimoniaes. Que pessoa juridica é aquella unidade juridica que resulta da associação humana formada para um ou mais fins a conseguir-se por meios patrimoniaes, distincta dos individuos e dotada de capacidade para adquirir, possuir e exercitar *adversus omnes* direitos patrimoniaes.

Não é a pessoa juridica, diz elle, um ser chimerico, mas uma realidade, pois a associação de homens é cousa real. A pessoa juridica é uma associação de homens, pois o caracter essencial dessa figura e que a distingue dos individuos é a collectividade (*collegialità*), caracter patente nas corporações e latente nas fundações, onde o sujeito é o povo ou sociedade.

Ter capacidade juridica, capacidade patrimonial, é poder adquirir, possuir, contractar, se obrigar e comparecer perante os tribunaes, sendo indifferente o lucro das associações, pois a diversidade do escopo não destróe a capacidade patrimonial, só serve para amplial-a ou restringil-a.

A unidade juridica deve distinguir o ente da pessoa dos individuos singulares que a compõem.

A personalidade juridica tem elementos constitutivos, requisitos intrinsecos e extrinsecos. Os elementos intrinsecos são: a) a associação de individuos formada para a actividade juridica que é o elemento subjectivo; b) o escopo licito e util a conseguir-se por meios patrimoniaes; c) patrimonio sufficiente, o elemento objectivo. Os elementos extrinsecos se reduzem ao reconhecimento legal, imprimindo o poder soberano no ente colectivo o sello visível da unidade juridica patrimonial *adversus omnes*.

O Codigo Civil Alemão, que começará a vigorar em 1900, distingue associações, fundações e pessoas juridicas. O direito civil não deve quasi se occupar sinão das associações *sem fins economicos*, com tendencias ideaes, proseguindo fins intellectuaes, moraes, sociaes, politicos e religiosos. A maior parte das outras associações dependem do direito commercial ou direito publico. Ha tres systemas: a) das concessões, b) da *liberdade corporativa*, c) da *inscripção*, seguindo o systema mixto a lei alleman. Para

§ 503

Os auxilios ou subvenções decretadas em leis a associações de caridade ou de ensino só se tornarão effectivos depois de provarem esses institutos perante o governo a sua constituição juridica, de accôrdo com as leis da Republica. (Art. 24 da Lei do Orçamento do Estado de S. Paulo, n. 490, de 29 de Dezembro de 1896.) (206)

§ 504

Os Bispos, na qualidade de chefes de suas respectivas dioceses, e em falta de corporação religiosa, são competentes para defender em juizo os direitos da communhão dos catholicos de sua circumscripção ecclesiastica sobre os edificios consagrados ao culto. (Accordãos do Supremo Tribunal Federal de 20 de Março e 11 de Dezembro de 1895; Gazeta Juridica do Estado, vol. XI, n. 1, anno IV, pags. 11 a 22; Direito, vols. LXVII, n. 2,

estabelecer uma *fundação* com capacidade juridica, exige a lei alleman que, além do acto da fundação, haja approvação do Estado confederado, do logar da séde da fundação. A *fundação* é pessoa juridica de direito publico.

(206) Hoje está em vigor a lei seguinte:

LEI N. 523, DE 30 DE AGOSTO DE 1897

Art. 24. Os auxilios ou subvenções decretadas na presente lei ás associações de caridade ou de ensino, só se tornarão effectivos depois de provarem esses institutos perante o governo a sua constituição juridica, de accôrdo com as leis da Republica e o seu regular funcionamento.

Art. 25. Os estabelecimentos ou associações de ensino além da formalidade do artigo antecedente, para poderem receber quaesquer auxilios dos cofres publicos do Estado ficam obrigados:

1) a provar o cumprimento da lei federal n. 173, de 10 de Setembro de 1893, na parte que lhes é relativa;

2) fazer prévia declaração do numero de alumnos pobres ou orphans que se compromettem a receber gratuitamente por ordem do governo.

Art. 26. Além dos deveres que lhes são impostos ficam os inspectores de districto obrigados a remetter annualmente ao Congresso, por intermedio da Secretaria do Interior, relatorios minuciosos sobre os estabelecimentos particulares de ensino, auxiliados ou subvencionados pelo Estado, existentes na zona escolar respectiva.

anno XXIII, pags. 174 a 207, e LXIX, n. 4, anno XXIV, pags. 510 a 512, e Accordão do Supremo Tribunal Federal, de 13 de Fevereiro de 1897, no Direito, vol. 93, pag. 172.) (207)

(207) Accordãos proferidos na importante causa entre partes a Fazenda Nacional e o Bispo de S. Paulo, de manutenção de posse da Igreja do Collegio, da qual o Governo Federal, julgando-se dono em virtude do sequestro de bens dos jesuitas, cedeu ao Estado de S. Paulo para servir temporariamente local do Congresso.

Essas decisões do Supremo Tribunal foram, em artigos na imprensa e depois reunidos em opusculo, sob o titulo—Igreja do Collegio—Acção Possessoria—, analysadas pelo brilhante talento do erudito advogado Dr. José Fernandes Coelho, sustentando que a lei não admite a idéa de pessoa juridica universal, mas de individualidade juridica *concentrada em cada instituto* considerado em seu todo organico, como um ser *distincto* e independente; que a aquisição de bens e a sua administração ficou conferida a cada pessoa juridica determinada, por intermedio da pessoa physica, seu organo ou representante encarregado de a tornar visivel, activa e passivamente, no exercicio de sua capacidade juridica. Que no regimen de separação do Estado da Igreja, os institutos religiosos, salvo o exercicio do supremo direito de inspecção sobre todas as associações localizadas no Estado, a bem da ordem publica e segurança interna, elles acham-se em contacto com o poder publico somente nas relações patrimoniales. (Adolphe de Chambrun, Droits et Libertés aux Etats-Unis, cap. XVI.)

Assim, as ordens regulares, os cabidos, ordens terceiras, as confrarias, irmandades, as igrejas com os fabriqueiros, estabelecido o regimen da separação, conservaram a sua individualidade juridica, continuando a ser instituições mixtas e, portanto, ligadas ao tronco de todas as instituições existentes no solo nacional.

Que não é absolutamente verdade que, na falta de corporações legalmente organizadas, possa a communhão dos fieis adquirir e possuir bens em nome de uma *abstracção não personificada civilmente*, tendo como seu organo e representante o Bispo; que, já no antigo regimen dos Juizes de Provedoria e dos de Direito em correição, competia verificar-se si as corporações religiosas estavam legalmente constituidas ou erectas, com licença do poder competente, e si tinham os compromissos approvados ou confirmados (Provisão de 17 de Novembro de 1766, 12 de Setembro de 1767; art 46, § 1.º, do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

Si não estavam legalmente erectas ou não tinham os compromissos approvados, dissolviam-se no primeiro caso e suspendiam-se no segundo até que apresentassem os compromissos approvados nos termos do Decreto n. 2711, de 19 de Dezembro de 1860, nomeando-se administrador interino.

Que os Bispos nunca tiveram a administração temporal das igrejas, que tinham seus fabriqueiros, não podendo exercer taes cargos os parochos (Provisão de 31 Agosto de 1784), tendo funcções meramente espirituales, tendo as mitras os seus economos e quanto aos bens particulares os vidamas; que os Bispos nunca

foram considerados representantes de corporações não legalmente organisadas, o que seria permittir personalidade juridica sem as formalidades da lei, devendo ter sido citado aquelle a cujo cargo estava a igreja.

Que os Bispos e suas Dioceses são pessoas meramente particulares perante o Estado, prohibindo a lei constitucional relações de *alliança* ou dependencia entre os poderes publicos e qualquer culto; que, desde que separou-se da igreja o Estado, foi retirado o caracter publico a qualquer instituição religiosa, dentro do territorio brasileiro; que reconhecer o Bispo como representante das associações religiosas é desconhecer o direito de cada instituto religioso constituir seus representantes, é revestir o grau hierarchico do Bispo de um caracter publico official contra o preceito do artigo 72, § 7.º, da Constituição Federal, dando effeitos civis á disciplina da Igreja Catholica.

Sustenta o dr. F. Coelho que a Igreja do Collegio, fazendo parte dos bens sequestrados aos jesuitas pelo Alvará de 9 de Janeiro de 1759, foi incorporada aos proprios nacionaes; que o Governo, separado o Estado da Igreja, podia dar outro destino ao templo, combatendo a posse do Bispo, sua legitimidade na acção como representante da igreja com zelador ou fabricante; que nunca foi feita cessão do templo á igreja, feito o sequestro; que a posse do Bispo era precaria; enfim, analysa todos os considerandos do 1.º Accordão no opusculo, digno de leitura. Vide nota 204.

Transcrevemos as decisões relativamente a esse pleito, extra-hindo-as da Gazeta Juridica do Estado, com o summario feito pelo seu illustrado redactor chefe, Dr. M. Augusto Alvarenga.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A EGREJA—O ESTADO—DOMINIO E POSSE DOS TEMPLOS—COMMUNHÃO DOS CATHOLICOS—SEUS REPRESENTANTES E DEFENSORES NATOS —POSSE PRECARIA—PROPRIOS NACIONAES—CESSÃO AOS ESTADOS —BENEFICIO DE RESTITUIÇÃO—MANUTENÇÃO.

1.º A Constituição Federal reconheceu solemnemente a existencia da Igreja Catholica, desde que a separou do Estado.

2.º Pelo decreto da separação ficaram todas as igrejas e confissões religiosas mantidas no dominio e posse de seus templos.

3.º Os Bispos são os representantes e defensores natos da communhão dos catholicos de suas respectivas dioceses.

4.º Podem portanto represental-a em juizo e defender-lhe os direitos sobre os templos ou edificios consagrados ao culto.

5.º Supposto não tenha essa communhão personalidade juridica, não deve nem pôde ficar privada do patrocínio do seu defensor nato.

6.º Na confiscação e sequestro dos bens da Companhia de Jesus no Brazil, foram claramente excluidas as igrejas annexas aos collegios da Ordem, e entregues aos Bispos.

7.º Não pertencendo, pois, taes igrejas á Corôa Portugueza, não podiam passar para o dominio da Nação Brasileira.

8.º Tanto mais por terem continuado na posse dos catholicos, sob a guarda e administração dos bispos e no exercicio do culto.

9.º Não podiam portanto ser incorporadas aos proprios nacionaes por simples inventario ou arrolamento fiscal, que não dá nem tira direitos a ninguém.

10. A entrega de taes egrejas aos bispos para as administra-rem e guardarem em nome dos catholicos não implica a consti-tuição da posse precaria.

11. Tanto mais porque decorridos dez annos de posse mansa e pacifica, não se presume o precario, que deve ser certo e indu-bitavel.

12. A cessão de proprios nacionaes não pôde ser feita pela União aos Estados por simples despacho e sim por decreto le-gislativo.

13. O Estado como associação politica e pessoa juridica não gosa do beneficio de restituição.

14. E quando gozasse, não poderia pretendel-o fóra das con-dições em que é concedido aos menores.

15. Os bispos, como chefes e representantes da communhão dos catholicos, devem ser mantidos na posse dos templos consa-grados ao culto divino.

APPELLAÇÃO CIVEL N. 56

SÃO PAULO

Appellante—D. Lino Deodato Rodrigues de Carvalho, Bispo Diocesano.

Appellada—A Fazenda Nacional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil entre partes D. Lino Deodato Rodrigues de Carvalho, Bispo da Diocese de S. Paulo, appellante,—e appellada a Fazenda Nacional:

Considerando que o artigo 5.º do Decreto, n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, não só manteve o dominio dos edificios de culto pertencentes a todas as egrejas e confissões religiosas, como reconheceu em cada uma dellas a personalidade juridica para o fim de adquirir bens e administral-os;

Considerando que, na falta de corporação religiosa, legalmen-te organizada, compete ao appellante, na qualidade de chefe da Diocese de S. Paulo, defender em juizo os direitos da commu-nhão dos catholicos daquella circumscripção ecclesiastica sobre os edificios consagrados a seu culto, communhão esta que, sup-posto não constitua pessoa juridica, não deve nem pôde ficar privada do patrocínio de seu defensor nato, porquanto não se nega representação officiosa ás mesmas heranças jacentes e mas-sas fallidas, e assiste a qualquer do povo o direito de usar de in-terdictos relativos a cousas publicas, assim como o de denunciar e accusar os crimes politicos e de responsabilidade. (Decreto n. 848, de 11 de Outubro de 1890, art. 51, *a e b*);

Considerando que a exigencia do artigo 371 do Decreto n. 848 não comprehende a queixa e denuncia (arts. 51, 53), nem a petição inicial do mandato de manutenção derivada da Ord. do Liv. 3, tit. 78, § 6.º, é equivalente a um termo de segurança (Con-

solid. das Leis Civis, nota 19 ao artigo 812), pois que nem siquer teria havido demanda, si a appellada tivesse acquiescido ao preceito comminatorio;

Considerando que desde o tempo em que a Igreja do Collegio dos Jesuitas foi construida na cidade de S. Paulo, dedicou-se ella privativamente ao culto divino e portanto ficou posta fóra do commercio, donde se mostra que a Companhia de Jesus a custodiava e administrava não no proprio, mas em nome dos crentes catholicos;

Considerando que, tendo sido sequestrados os bens possuidos pela Companhia de Jesus, a dita igreja, embora inventariada com suas alfaias e ornamentos, não foi nem podia ter sido transferida para o dominio da nação portugueza por haver sido claramente exceptuada do confisco nos Alvarás de 3 de Setembro de 1759 e de 25 de Fevereiro de 1761, só translativos do dominio de bens temporaes e dos bens seculares havidos da corôa ou onerados com encargos pios: tanto assim que em 27 de Fevereiro de 1760, e logo em seguida ao sequestro, o Desembargador delle incumbido entregou a dita igreja ao Capellão, então nomeado pelo Bispo da Diocese, tradição a que não precedeu concordata, contrario do que mais tarde se fez ao clero da França, relativamente aos bens ecclesiasticos nacionalizados pela lei revolucionaria de 1789;

Considerando que, conforme a carta circular dirigida em 6 de Setembro de 1759 ao patriarcha de Lisboa e aos Arcebispos e Bispos, e na fórmula da pro-memoria de 29 de Março de 1760, el-rei D. José solicitou ao Papa a commutação para outros fins pios não do destino das igrejas, o que seria absurdo, mas dos collegios dos Jesuitas, a ellas annexos, os quaes tendo sido sequestrados, foram definitivamente incorporados aos proprios nacionaes.

Considerando que a tradição da Igreja do Collegio, feita ao Bispo da Diocese para este e seus successores a administrarem e fazerem conservar em segura custodia, não implica a constituição de nenhum precario; porque o prelado, como representante legal de seus diocesanos recebia, como recebeu, a Igreja em nome destes para simplesmente a administrar e guardar, por si e seus successores, sobrelevando ainda a circumstancia de que, decorridos dez annos de posse mansa e pacifica, não se presume o precario de que trata a Ord., liv. 4.º, tit. 54, excepto si for certo e indubitavel;

Considerando que os inventarios a que se procedeu na Igreja e seus pertences, o primeiro nos principios deste seculo e o segundo ao tempo do sequestro dos bens dos jesuitas, não dão nem tiram direitos ao Estado ou á communhão dos catholicos paulistanos, porque a administração de bens alheios suppõe necessariamente a existencia de um inventario ou arrolamento, e descrevem-se e arrecadam-se os bens possuidos pelos inventariados e pelos fallidos em deposito ou a outro titulo precario. (Ord., liv. 1.º, tit. 88, § 4; Cod. Commercial, arts. 814 e 874; Decr. n. 917, de 24 de Outubro de 1890, arts. 66 e 68, e Decr. n. 434, de 4 de Julho de 1891, arts. 159, 174, 186, 196 e 197.);

Considerando que, succedendo na administração dos jesuitas o appellante e seus antecessores no episcopado effectivamente administravam e custodiavam a Igreja do Collegio, onde se ha celebrado publica e constantemente o culto, durante mais de um

seculo, a contar do sequestro, e para onde, até foi transladada provisoriamente a Cathedral do Bispado, sendo que funcionaram na mesma Igreja um fabriqueiro e uma linha de capellães nomeados pelo Episcopado, a favor de um dos quaes interveio o Ouvidor Geral, por ordem do Conde de Bobadella, capitão-general da capitania, para que recebesse a Igreja do capellão demittido pelo Bispo;

Considerando que a remessa de ornamentos da Igreja, feita até 1773 para o culto do sertão de S. Paulo não prova o dominio do real fisco, como não o prova a entrega de uma custodia á Igreja de Santa Ephigenia, porquanto taes objectos não mudaram de destino, tendo continuado, como continuam, na posse e dominio dos catholicos paulistanos;

Considerando ser contraproducente a allegação de exigencia de contas, visto que, nem a corôa portuqueza, nem a Nação Brazileira, jámais em tempo algum arrogavam a si a disposição ou dominio dos rendimentos da Igreja do Collegio;

Considerando que menos prejudica a causa do appellante o facto de terem sido entregues ao capitão do novo regimento de paulistas outros bens que tinham sido levados a palacio pelo capellão, porque do teor da sentença appellada se mostra ser incerto si taes bens pertenciam á Igreja ou ao Collegio;

Considerando que, durante o regimento da carta constitucional de 25 de Março de 1824, no qual a religião catholica era official e o poder executivo nomeava bispos e provia beneficios ecclesiasticos, legislando as assembléas provinciaes sobre a divisão ecclesiastica e a respeito de conventos e quaesquer associações religiosas, e procedendo-se á eleições nos consistorios das matrizes, nenhuma significação ou valia tem algumas e raras nomeações feitas intermittenemente pelo governo de S. Paulo em relação á Igreja do Collegio, tão pouco a subvenção dada pela camara municipal ao encarregado do toque de recolhida e o exercicio de alguns actos civis na sacristia da Igreja;

Considerando, outrosim, que nas vespéras da promulgação da Constituição Federal o ministro da fazenda do Governo da Republica não podia ter mandado converter a Igreja em Paço do Congresso Constituinte do Estado de S. Paulo, como fel-o por simples despacho de 9 de Fevereiro de 1891, independentemente de decreto, porque as ditas Igrejas não se comprehendem siquer entre os bens de que trata o § unico do art. 64 da mesma Constituição, tanto assim que não constam do projecto de lei a que, por ser desmasiadamente extensivo, o vice-presidente da Republica negou sancção aos 25 de Janeiro de 1892, sendo aliás certo que afóra os palacios presidenciaes e alguns edificios publicos nos quaes subrogaram-se as novas administrações do Estado, só por lei poderiam e podem ser cedidos os proprios a que se refere o citado paragrapho unico;

Considerando que se classificaram os templos sagrados de um povo catholico entre as cousas de dominio publico, no sentido lato, isto é, de uso publico, separada, como foi, do Estado a Igreja Romana, os edificios de seu culto teriam continuado no uso publico de seus crentes e na administração mais livre de seu clero, sendo, portanto, taes templos inalienaveis e imprescriptiveis;

Considerando finalmente que a sentença appellada, deixando em poder do appellante os ornamentos, as alfaias e mais pertenc-

ces moveis da Igreja do Collegio, mandou expressamente que seja transferida para a Republica a posse do edificio da dita Igreja, o que importa na mais explicita das innovações;

O Supremo Tribunal Federal reforma a sentença de fl. para o fim de julgar, como julga, procedente o mandado de manutenção de fl. e condemna a appellada á sua observancia e nas custas.

Rio de Janeiro, 20 de Março de 1895.—*Aquino e Castro*, presidente.—*Americo Lobo*.—*Piza e Almeida*.—*Amphilophio*.—*Pindabyba de Matios*.—*Bernardino Ferreira*.—*Pereira Franco*.—*José Hygino*.—*U. do Amaral*.—*Fernando Osorio*, vencido. Votei pela confirmação da sentença appellada, por seus fundamentos.

Foi voto vencedor o Sr. ministro Herminio, e vencido o Sr. ministro Macedo Soares, que não assignaram, por não estarem então presentes, quando foi assignada a sentença.

Supremo Tribunal Federal, 21 de Março de 1895.—O secretario, *João Pedreira do Couto Ferraz*.

As questões contenciosas de dominio e posse, ainda entre o Estado e particulares, são da competencia do poder judiciario.

Contencioso administrativo quando se dá.

O dominio e posse das igrejas pertencentes aos jesuitas a quem passaram.

Manutenção de posse da Igreja do Collegio do Estado de S. Paulo em favor do Bispo da respectiva diocese.

O Bispo, na qualidade de chefe de sua diocese, em falta de corporação religiosa legalmente organizada, é competente para defender em juizo os direitos da communhão dos catholicos da sua circumscripção ecclesiastica sobre os edificios consagrados a seu culto.

Embargos de restituição quando são admittidos e quem tem este beneficio.

2.º ACCORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os embargos de restituição, opostos á fl. 208 v. pela Fazenda Nacional á sentença proferida nesta Superior Instancia a favor do Bispo de S. Paulo, na acção de manutenção da Igreja do Collegio, sita naquella cidade:

Considerando, preliminarmente, que declarando no artigo 1.º da contestação de á fl. 61, e nas allegações de fl. 155, não pertencer a Igreja do Collegio á esphera do dominio privado, excluido pelo exercicio (mais que secular) do culto publico, a embargante confessa *ipso facto proprio*, que a sentença de fl. 303 nenhum prejuizo lhe irrogou, e segue-se logico e necessariamente:

1.º que os jesuitas não possuíam o dito Templo no proprio nome;

2.º que a Fazenda Nacional, successora do Fisco Portuguez, nunca se poderia apropriar de bens que escapam á propriedade individual;

3.º finalmente, faltar aos embargos de fl. 208 v. a condição substancial do beneficio impetrado, que é a lesão; em verdade, separada a Igreja do Estado, o uso publico e, portanto, o dominio dos templos e seus accessorios continuam a subsistir na communhão local dos crentes, e jámais no Estado, como pretende contraproducentemente a embargante, invocando a segunda promissoria de 29 de Maio de 1760, a qual, si algum vigor tivesse, encerraria constante e perpetua ameaça de resolução de dominio dos bens temporaes transferidos da Companhia de Jesus para o Estado;

Considerando, além disto, que, não pretendendo a embargante restituir-se contra nenhum termo do processo, conforme melhor se vê dos artigos á fl. 208 v., nos quaes se limitou a reproduzir a materia já allegada em sua defesa e a teria decidido pela sentença cuja injustiça ella argue, succede não permittir a Ord., liv. 3.º, tit. 41, § 1.º, restituição contra a sentença dada, segundo o merecimento dos autos são estes os termos em que se acha precisamente a sentença embargada, porque applicou a communiidades catholicas de uma particular zona da Republica a clarissima disposição do art. 15 da Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, e não infringiu preceito algum de lei ordinaria ou constitucional, julgando o appellante Bispo da diocese de S. Paulo ou simples ministro da sua religião, pessoa legitima para defender a posse mansa e pacifica do templo em que estiveram seus diocesanos ou co-religionarios para o exercicio do culto, contra o insolito espolio que attentára o secretario do Presidente da Republica para o fim manifesto de apoderar-se do edificio e mudar incompetente e revolucionariamente o seu destino; a Constituição reconheceu solememente a sua existencia da Igreja desde que a separou do Estado;

Considerando, outrosim, que tendo o artigo 640 do regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850, extensivo às causas civeis, desde o Decreto n. 763, de 19 de Setembro de 1890, limitado o beneficio da restituição de menor nas acções judicias (afóra a revelia e omissão da opportuna arguição de nullidade de processo) áquellas em que não tiver elle sido parte ou não tiver sido representado legalmente, os Decretos ns. 370, de 2 de Maio, no artigo 394, e 917, de 24 de Outubro, no art. 153, ambos de 1890, aboliram o dito beneficio dos menores, este, nas fallencias, contra os actos de seus representantes legaes, e aquelle, nas acções hypothecarias e pignoraticias, ainda contra os proprios actos, por não ter reproduzido a disposição do art. 5.º, § 6.º, n. 6, do Decreto n. 9.549, de 23 de Janeiro de 1886, regulamentar da Lei n. 3.272, de 5 de Outubro de 1885; pelo que a embargante, a quem os praxistas estenderam o beneficio, não pôde pretender que lhe seja elle outorgado em condições negadas aos menores, tanto mais quando o exorbitante e singular privilegio está revogado quanto ás pessoas juridicas pelo art. 14 da lei de 10 de Setembro de 1893, a qual comprehendendo textualmente as associações politicas, abrange a União Brasileira, organizada pela Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, cujo regimen de plena egualdade, franca publicidade e severa responsabilidade não se compadece com o privilegio invocado pela embargante;

Considerando em summa, que o artigo 33 do Decreto especial n. 848, de 11 de 11 de Outubro de 1890, com o qual se har-

§ 505

Os Seminarios Episcopaes, como pessoas juridicas, não são representados no exercicio de seus direitos pelo reitor; a administração superior dessas instituições pertence aos Bispos, que são os seus fundadores e legitimos representantes no exercicio da capacidade juridica que a lei confere a taes institutos, e portanto os unicos competentes para os representarem nos pleitos judiciaes (Accordãos do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 29 de Novembro de 1895 e 26 de Setembro de 1896, na appellação civil n. 710, da capital, appellante o Seminario Episcopal e appellada a Irmandade da Misericordia de Ytú. (208)

monisa a disposição anterior do Decreto 302, lettra K, principio, e do art. 304, lettra D, primeira parte, só permite restituição, quando os embargantes não tiverem sido partes, desde o principio da causa ou quando tiver corrido esta a revelia, e em nenhuma destas hypotheses se encontra nos autos a Fazenda Nacional.

O Supremo Tribunal Federal não toma conhecimento dos presentes embargos por serem contrarios ás leis citadas, assim como ao artigo 94 do regimento interno e ao art. 51 da recente Lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894, pagas as custas pela embargante.

Capital Federal, 11 de Dezembro de 1895.—*Aquino e Castro*, presidente.—*Americo Lobo*.—*H. do Espirito Santo*, vencido.—*Ubaldo do Amaral*, vencido. Tomava conhecimento dos embargos.—*Pereira Franco*.—*Americo Braziliense*.—*Bernardino Ferreira*.—*Pindahyba de Mattos*.—*Figueiredo Junior*, pelo ultimo fundamento tão somente.—*José Hygino*, de accôrdo com o ultimo fundamento.—*Macedo Soares*, vencido.—Fui presente, *Souza Martins*.

(208) Na causa, nosso voto foi o vencido, sustentando, como sustentamos, que tinha toda a legitimidade o reitor para intervir na defesa da causa, como órgão e representante do Seminario, cuja personalidade juridica se vê reconhecida pelo Decreto, n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, art. 6.º

Transcrevemos os Accordãos do Tribunal, sendo dignos de leitura os memoriaes dos advogados da causa, Conselheiro Duarte de Azevedo e Dr. José Fernandes Coelho.

SEMINARIOS EPISCOPAES—PESSOAS JURIDICAS—SEUS LEGITIMOS REPRESENTANTES—ATRIBUIÇÕES DOS BISPOS—FUNÇÕES DOS REITORES.

1.º Os Seminarios Episcopaes, como pessoas juridicas, não são representados no exercicio de seus direitos pelo reitor, cujo cargo

se restringê á direcção technica do estabelecimento, a seu governo e economia interna, por nomeação do Bispo diocesano.

2.º A administração superior dessas instituições pertence aos Bispos, que são os seus fundadores e legitimos representantes, no exercicio da capacidade juridica que a lei confere a taes institutos, e portanto os unicos competentes para os representarem nos pleitos judiciaes.

3.º E' nulla a acção sobre direitos patrimoniaes dos seminarios, intentada contra o reitor, que não é parte legitima para os representar em juizo.

APPELLAÇÃO CIVEL N. 710

CAPITAL

Appellante—O Seminario Episcopal.

Appellada—A Irmandade da Misericordia de Ytú.

Accordão em Tribunal: Que vistos, relatados e discutidos estes autos de appellação civil entre partes, appellante o Seminario Episcopal de S. Paulo e appellada a Irmandade da Misericordia de Ytú, proposta e vencida a questão preliminar, a illegitimidade do reitor do Seminario para ser demandado como organ ou representante daquelle instituto—julgam effectivamente nullo o processado, ex-vi do disposto no art. 672, § 1.º, do Reg. n. 737, de 1850; porquanto, sendo como é o Seminario uma pessoa juridica, para exercitar seus direitos não é representado pelo seu reitor, cujo encargo se restringe á administração technica do estabelecimento, a seu governo interno, á sua economia. como funcionario que é da immediata confiança do Bispo Diocesano. E considerando-se que o Seminario de S. Paulo foi constituido pelo Bispo desta Diocese, que formulou os seus estatutos, organizou as suas fontes de receita, creou o seu corpo docente e providenciou sobre a sua existencia dentro das attribuições que lhe são conferidas pelo Conellio de Trento, na secção 23, cap. 18, é bem de ver-se que aquella auctoridade superior da Igreja pertence, como consequencia da jurisdicção espiritual, toda a superior administração temporal daquella instituição, cabendo desta arte a elle Bispo exercitar a capacidade juridica do citado instituto nos pleitos judiciaes, com a faculdade que lhe dá o § 7.º do Alvará de 10 de Maio de 1805, o que já tem sido reconhecido pelo governo brasileiro, quer deste Estado, quer da União, como se mostra dos docs. de fls. 142 a 143.

A pessoa juridica se caracteriza pela capacidade de adquirir e ter direitos, comprehendendo esta capacidade direitos patrimoniaes; é a lição de Maynz, Dir. Romano, v. 1.º pag. 420, citando varios fragmentos do Digesto; isto posto, não pode o Seminario de S. Paulo, como pessoa juridica, em face das citadas disposições do Concilio de Trento e do Alvará de 1805, que deram aos bispos a administração temporal do instituto que abrange o seu pa-

trimonio e interesses, deixar de ser por este representado, como seu organ legitimo, para sel-o pelo reitor a quem cabe a administração interna do estabelecimento, a sua parte technica, a sua economia.

E' fundado nestes principios de direito, que Savigny, D. R., § 90, ensina que para a representação de uma pessoa jurídica deve-se attender ao acto de sua constituição e é por isso mesmo que nas demandas com as pessoas jurídicas, «Thesouro do Estado, ou Municipalidade» não são citados os chefes daquellas repartições publicas, que são os encarregados da administração interna, mas sim o procurador geral da Republica, como immediato representante do governo da Republica, a quem cabe a suprema administração e guarda do patrimonio do Thesouro Publico e o procurador da Municipalidade, não como representante do presidente daquella corporação, mas do poder municipal

Com estes fundamentos dão provimento á appellação para julgar nullo o processado e condemnam nas custas a autora, ora appellada.

São Paulo, 29 de Novembro de 1895.

Souza Lima, Presidente—*Oliveira Ribeiro*, relator designado.—*Canuto Saraiva*—*Ferreira Alves*, vencido.

Attento o regimen de separação do Estado da Igreja em que a hierarchia ecclesiastica não é reconhecida, porque o Estado não intervem na vida intima da Igreja, os organs das pessoas juridicas são aquelles individuos que em seu nome agem nas relações civis externando sua vida juridica.

O organ da pessoa juridica, o Seminario, é o Reitor, seu governador e director, pois o Alvará de 10 de Maio de 1805, dando aos Bispos a attribuição de fundar Seminarios, determinou que, depois de fundados, entregassem o seu governo e direcção aos sacerdotes nomeados reitores, o que fez o Bispo fundador do Seminario Episcopal desta capital, confiando o governo e direcção ao Reitor.

O Reitor é o chefe do estabelecimento destinado á instrucção, educação e formação de ecclesiasticos nos deveres de seu estado. As corporações e fundações capazes de direitos e obrigações, não podendo estar em juizo por si, são demandadas e demandam representadas por seus procuradores ou aquelles que as administram e não por aquelles que as inspecionam.

(Borges Carneiro, vol. III Liv. I Tit. XXV n. 3; Moraes Carvalho, Praxe Forense, not. 95 ao § 118 e n. 121; Pereira e Souza, annotado por T. Freitas § XXXV, not. 99, pag. 46.) Nem se argumente com a auctoridade, jurisdicção, inspecção e dependencia dos Seminarios por parte dos Bispos e com essa geral administração suprema deste, temporal e espirital, pois essa administração é remota, e effeito da suprema auctoridade e do direito da inspecção e não aquelle oriundo do governo e direcção do reitor, que se põe proxivamente em contacto com o Estado nas relações civis e patrimoniaes, sendo o Reitor o organ visivel e immediato do Seminario, governando interna e externamente semelhante fundação pela lei e pelo acto da fundação e não o Bispo a quem a lei e o acto da fundação não commetteu o governo e direcção e apenas pela lei canonica se manifesta com essa supremacia de um poder de chefe da diocese, que não é pessoa juridica, e cuja auctoridade se deve reconhecer apenas nas relações

que as leis canonicas estabelecem entre elle e o Reitor, não podendo a lei civil reconhecer um poder naquelle que, no regimen de separação do Estado da Igreja é um mero particular, só admittindo a lei civil individualidades juridicas concentradas em cada instituto considerado em seu ser organico como um ser distincto e independente, visiveis activa e passivamente por seus orgams ou representantes no exercicio de sua capacidade juridica.

As igrejas, conventos, irmandades e seminarios são dotados de uma verdadeira individualidade, cada um é tido como um ser distincto, sem consideração a essa Igreja, pessoa universal, ou a essa Igreja particular—Diocese—sem personalidade juridica.

Os bens da Igreja, segundo as leis, pertencem, não a essa grande associação ideal derramada por todo o globo, mas a cada estabelecimento ecclesiastico considerado em si mesmo e considerado como ser distincto.

Para os bens da Igreja ha pluralidade de pessoas juridicas, a propriedade dellas não pertence a Jesus Christo, ao Papa, a Communhão Universal dos Catholicos, aos Bispos.

Nos Seminarios o sujeito dos bens é o ser abstracto e ideal: a instrucção, a educação do clero—Savigny, pag. 260, Aviso de 11 de Dezembro de 1891.

O Supremo Tribunal de Justiça Federal, por Accordão de 20 Março deste anno (Direito, vol. 67, pags. 204 e 205), diz que o Bispo, como chefe de sua Diocese, em falta de corporação (ou fundação) legalmente organizada, é competente para defender em juizo os direitos da Communhão dos Catholicos de sua circumscripção ecclesiastica, mas mesmo que aceitavel seja essa opinião na hypothese destes autos, temos uma fundação com o seu representante, creado já pela lei e já pelo fundador, resultante a representação do acto que a constituiu, no dizer de Savigny.

Não se pôde tirar argumentos para representação dos seminarios pelos Bispos, da auctoridade e inspecção dos Bispos, pois as fabricas sujeitas ao Bispos, sempre que foram e são representadas pelos fabriquiteiros da livre nomeação e demissão dos diocesanos, as mitras pelos economos, as ordens religiosas por seus priores e syndicos, assim como na vida civil as camaras municipaes por seus procuradores e intendentes, a Fazenda Publica e Estadual, que não demandam e são demandadas, não nas pessoas dos presidentes da União e dos Estados, mas nas pessoas de seus procuradores, as heranças jacentes que são representadas por seus curadores, etc.

Os representantes, por intermedio dos quaes o ente ideal sujeito de um patrimonio administra e comparece em juizo, eram chamados antigamente *ordinatores curatores «rectores», economi, ministri syndici «i preposti», actores.* (Giorgi, Person. Giurid., n. 99, not. 1.^a)

Pothier diz *proprium est universitatis habere procuratorem seu syndicum.* (Vol. 9, n. 212.)

Os Bispos e suas Dioceses não são pessoas juridicas, são pessoas meramente particulares, e perante o Estado, desde que separou-se da Igreja, a Constituição Federal retirou o caracter publico a qualquer instituição religiosa dentro do territorio brasileiro. (Parecer do barão do Sobral, procurador geral da Republica na causa de manutenção de posse da Igreja do Collegio, nesta capital, de 25 de Março de 1892.)

Estabelecida a separação do Estado da Igreja, o grau hierarchico dos Bispos só pôde ser reconhecido fóra do juizo pelos adherentes da crença catholica. Não ha mais dous poderes em presença um do outro, mas uma unica soberania territorial leiga, que ignora as religiões e não reconhece nenhuma como poder. (L'Eglise et l'Etat, 3.^a parte, pag. 250.)

2.º ACCORDÃO

Accordão em Tribunal: Vistos, expostos e discutidos *estes autos* de appellação civil entre partes, como appellada, ora embargante, a Irmandade da Santa Casa de Misericordia de Ytú, e appellante, ora embargado, o Seminario Episcopal de S. Paulo, resolvem regeitar, como rejeitam, os embargos oppostos ao Accordão de fl 375, o qual confirmam por seus fundamentos; pois, si é certo e ninguem contesta que os seminarios são pessoas juridicas, associações ou fundações—se exteriorisam por meio de um representante que é a individualidade de que se serve a pessoa juridica para contractar, administrar e apparecer em juizo (Giorgio Giorgi, *Personne Giuridiche*, tomo 1.º, n. 99), não é menos certo que os representantes dos Seminarios Episcopaes são os Bispos.

Ante a organização dos seminarios, constituídos pelas leis canonicas pelo § 7.º do Alvará de 10 de Maio de 1805 e por outras disposições que vigoravam no regimen da união entre a Igreja e o Estado, tinham e têm os Bispos immediata auctoridade e inspecção sobre os mesmos seminarios, nomeando e demittindo o pessoal docente e dirigente, tomando contas aos reitores e dando-lhes ordens sobre a gestão interna e externa—o que tudo constituia e constitue os reitores na posição de verdadeiros prepostos episcopaes; pois, como preposto se deve entender:—o individuo que fazendo as vezes de outro numa gestão qualquer, proceda sob as ordens, direcção e inspecção de tal modo que é sempre este que se acredita operar a cada momento por meio do preposto. (Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, n. 887).

Ora, si o representante da pessoa juridica é quem a exteriorisa, fazendo intervir nos contractos, nos actos de administração e na defeza de seus direitos em juizo, o desempenho desse triplice encargo não é conciliavel com a posição de mero preposto, que não actúa *jure proprio* e nem ao menos com a liberdade de acção ou de meios de um mandatario *commum*, mas em tudo e por tudo subordina-se ás instrucções e vontade do committente, a ponto de assumir este, em direito, a responsabilidade civil dos damnos praticados por seu preposto.

Assim, não passa o preposto de um representante da vontade do committente, e é por este que representa a pessoa juridica, porque esta é a vontade que realisa o fim da criação da pessoa juridica, agindo e movendo-se livremente na esphera da acção creada pela lei organica da mesma pessoa juridica.

E tanto assim isto decorre da natureza das cousas, que pelo Decreto Napoleonico de 6 de Novembro de 1813 e pela lei italiana vigente (Decr. de 30 Dezembro de 1809) os representantes dos seminarios não são os reitores, mas os Bispos, e na Sé vaga os viga-rios capitulares (Cezare Olmo, *Il Dirittó Eccles.* vigente in Italia,

n. 119, pag. 186). E acrescenta o mesmo Cezare Olmo (loco citado: Isto não obsta que deva o Bispo constituir uma comissão par) dirigir o Seminário e administrar o patrimonio, da qual faz para te com voto meramente consultivo um delegado do Cabido.

Esta comissão tridentina, cuja composição diversifica em cada diocese, conforme modificações decretadas pela competente auctoridade pontificia, co-administra os seminarios com os Bispos; mas tendo os Bispos voto deliberativo e preponderante, são considerados por isso orgãos da mesma comissão e seus representantes em relações externas.

Tal é a organização los seminarios ante as leis canonicas, unicas que pôdem ser attendidas no caso vertente, por isso que cessou o regimen de protecção e união sob o qual foi promulgado o Decreto n. 3073, de 22 de Abril de 1863, e outras disposições legaes.

Cessante ratiõne legis, cessat lex ipsa. Desde que os seminarios têm personalidade jurídica, e com esse attributo figuram em juizo, não podem os tribunales deixar de consideral-os taes, elles são constituídos por suas leis organicas, sem que isto importe quebra da neutralidade estatuida pelo Decreto n. 119 A, de 7 de Janeiro de 1890, e pela Constituição Federal, porque neste caso não se trata de pôr em execução aquellas leis ecclesiasticas, mas de conhecer apenas a existencia dellas como um facto real, de que decorrem como consequencias outros factos sujeitos á apreciação judicial.

E é nesse sentido que se deve entender a doutrina dos Accordões do Supremo Tribunal Federal, de 20 de Março de 1895 e 11 de Dezembro do mesmo anno. (Direito, vols. 67, pag. 204, e 69, pag. 511.)

Assim, pois, julgando, mandam que se cumpra o Accordão embargado, pagas pela embargante as custas.

S. Paulo, 26 de Setembro de 1896.—*Brotéro*, presidente interino.—*Pinheiro Lima*.—*Delgado*.—*Virgilio Cardoso*.—*Marcondes Cesar*.—*Canuto Saraiva*.—*Oliveira Ribeiro*.—*Ferreira Alves*, vencido. Continuo a opinar que o representante da pessoa jurídica, Seminario, fundação do finado Bispo D. Antonio Joaquim de Mello, não é o Bispo, que representa ainda o fundador, mas não a fundação, e sim representa esta o Reitor, representante creado pelo acto da fundação, e já pela lei patria, o Alvará de 10 de Maio de 1805, declarando este que os seminarios serão *governados e dirigidos* pelos reitores, embora sob immediata auctoridade e inspecção dos Prelados Diocesanos.

Não se pôde tirar argumento da auctoridade e inspecção dos Prelados Diocesanos para a representação dos seminarios; pois, exercendo os Bispos auctoridade e inspecção sobre as Fabricas, são os representantes destas os fabriqueiros, assim como os conventos são representados pelos syndicos e priores e as proprias Mitras pelos economos, e tem o Tribunal de Justiça julgado causas de egrejas parochias representadas pelos Parochos.

Não servem de argumento as leis italianas, Decreto de 30 de Dezembro de 1809 e Decreto Napoleonico de 6 de Novembro de 1813, nem a opinião de Giorgio-Giorgi, sustentando que os Bispos são os representantes dos seminarios e não os Reitores; pois, entre nós não ha lei que constitua os Bispos representantes delles e sim o Alvará de 1805 citado, que determina que sejam os seminarios

§ 506

Os parochos, como representantes dos direitos e interesses de suas egrejas, e principalmente accumulando as funcções de fabriqueiros, são competentes para representar activa e passivamente as parochias ou egrejas parochiaes em juizo. (Direito, vols. 60, pag. 674, e 62, n. 3, pag. 352 ; Accordãos do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, de 23 de Agosto de 1892 e 10 de Janeiro de 1893.) (209)

governados e dirigidos pelos sacerdotes reitores, sob a immediata auctoridade e inspecção dos Bispos.

O facto da subordinação dos reitores aos Prelados Diocesanos não serve de argumento para que não sejam elles os representantes dos seminarios, *elles que o são pelo acto da fundação e pela lei.*

Para constituir as pessoas juridicas não basta o accordo de muitos individuos ou a vontade do fundador na fundação, é preciso ainda a auctorização do poder supremo do Estado, o reconhecimento pelas leis civis e não pelas leis canonicas; só aquellas é que pôdem, no paiz, crear artificialmente as pessoas juridicas, conferindo certa e determinada capacidade juridica; e, como seres ficticios e abstractos, não podendo agir por si, é preciso que se encarnem para negociar, contractar e litigar em um ser physico que lhe serve de mandatario, sendo a presença deste o complemento natural e necessario da universitas ou fundação.

As pessoas juridicas existem por creação do Estado (Nação), e os representantes dellas são creados ou pela lei ou acto da fundação, approvado pelo poder publico.

Os bens dos institutos catholicos não pertencem aos Bispos, nem a essa associação ideal derramada em todo o orbe; mas a cada estabelecimento religioso considerado em si mesmo como ser distincto; o sujeito dos bens do Seminario Episcopal, segundo a eschola que determina o sujeito pelo escopo ou fim da fundação, é o ser abstracto: instrucção do clero. (Savigny, Direito Romano, vol. II, pag. 237, nota b, cap. II, § LXXXVI).

O fundador do Seminario é o Bispo e sempre o Bispo, e o representante é o Reitor e sempre o Reitor, já pelo acto da fundação creado o representante desta e já pela lei civil mandando confiar o governo e direcção dos seminarios aos reitores, sob a immediata auctoridade e inspecção dos Bispos.

Ao nosso voto temos de acrescentar que, tanto da auctoridade dos Bispos não se deve tirar argumento para que sejam elles os representantes dos seminarios, que na Italia, Cesare Olmo citado o diz:—Os Bispos não representam as parochias nos litigios em que ellas são interessadas e sim os Parochos (n. 108, pags. 184 e 105), e nem representam os Cabidos, que lhes são subordinados nas acções sobre os bens, cuja administração a esses é confiada.

(209) Cesare Olmo, na sua obra «Direito Ecclesiastico vigente na Italia», diz que: o Bispo não tem acção para estar em juizo representando os interesses e direitos da parochia, mas sim

CAPITULO XXXVIII

IRMANDADES, CONFRARIAS, ORDENS TERCEIRAS E MISERICORDIAS

§ 507

Cessou a competencia que tinham os juizes provedores de capellas para tomar contas annualmente ás irmandades, confrarias, ordens terceiras, albergarias, hospitaes, misericordias e quaesquer estabelecimentos pios e associações religiosas, sendo já outr'ora incompetentes para tomada de contas ás ordens regulares e claustraes.

§ 508

Prestam actualmente os directores e administradores das associações religiosas contas annualmente aos seus membros, em Assembléa Geral; e, si elles no referido prazo ou prazo determinado nos estatutos ou compromissos, não prestarem contas, poderão ser citados por qualquer membro para as prestarem em juizo, no fôro commum Arts. 7.º, n. 3.º, e 8.º da Lei n. 173 de 1893. (210)

o parochio, pois a parochia é um ente autonomo e o parochio tem acção civil para remover os obstaculos ao exercicio do culto e á posse dos bens, e elle recebe as doações feitas á Igreja (n. 108, pags. 184 e 185).

O Cabido, diz elle, posto que subordinado ao Bispo, é administrador e gestor dos bens capitulares e representante (pag. 185).

Assim, nas causas a que se refere o texto foi julgado o parochio parte legitima para mover acção sobre administração, gozo, posse, propriedade de cemiterios; sobre terrenos do patrimonio de suas egrejas, sobre o pedido de restituição de seus templos e outras acções do fôro temporal, interessando aos direitos das parochias.

O Tribunal de Justiça do Estado tem julgado causas propostas pelos parochos, relativamente aos bens de suas egrejas, cujas posse e propriedade têm sido contestadas pelas camaras municipaes, e foi julgada a causa da Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, tendo como reu o vigario da Parochia de Santa Ephigenia representando esta.

(210) Trancrevemos o Accordão do Tribunal de Justiça do Estado na carta testemunhavel entre partes, a Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão e Conego José de Camargo Barros, que se vê na Revista Mensal das Decisões, vol. III, Maio de 1896, pags. 235 a 236, reproduzindo a summa da decisão e *verbo ad verbum* esta.

1.º Foram de tal modo cerceadas as attribuições dos juizes de capellas que hoje não conhecem elles nem das contas das irmandades.

2.º Taes contas são prestadas no juizo commum quando pedidas judicialmente pelas irmandades aos seus mandatarios, que se recusam dal-as amigavelmente.

3.º Assim o juiz de capellas não tem competencia para resolver sobre qualquer injustiça de que se queixem as irmandades, pelo que,

4.º Não pôde elle reparar mesmo um grave que commetteu quando subsistia sua competencia para o acto em cuja pratica deuse a lesão do direito, assim,

5.º Si não restituiu o titulo compromissal de uma irmandade, que recebera por occasião da tomada de contas, e o entregára a terceiro, não pôde mais revogar esse seu acto, para pôr as cousas no estado anterior.

6.º O meio hoje é a parte queixar-se do esbulho judicial no juizo commum, que é o juizo possessorio.

7.º Da decisão que nega agravo cabe carta testemunhavel.

8.º Na mesma occasião em que se dá provimento á carta testemunhavel é curiavel já resolver sobre a decisão aggravada; e

9.º Si a decisão é sobre competencia, julgar ou não o juiz competente.

CARTA TESTEMUNHAVEL

N. 20 — CAPITAL

*A Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão.
Conego José de Camargo Barros.*

Accordão em Tribunal, vistos, relatados e discutidos estes autos de carta testemunhavel, tirada pela Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, em virtude do despacho do Juiz da Provedoria desta Capital—negando agravo do seu despacho proferido, julgando-se incompetente para deferir a entrega de seu compromisso, papeis e livros mandados entregar ao Conego honorario Reverendissimo Padre José de Camargo Barros, em data de 28 de Janeiro de 1890, como se vê do recibo á fl. 19 a fl. 20, dar, como dão, provimento á mesma carta, pois do despacho proferido sobre materia de competencia cabe agravo, em face do artigos 15, § 1.º, do Decreto 143, de 15 de Março de 1842, e 669, § 1.º, do Decreto n. 737, de 25 de Novembro de 1850; e, sendo caso de agravo, tomam desde já conhecimento desse recurso e negam provimento ao mesmo, sustentando, como sustentam, o despacho

§ 509

Os directores ou administradores serão solidariamente responsaveis para com a associação e os terceiros prejudicados pelas infracções dos estatutos ou por excesso de mandato.

Nestes casos, a associação será responsavel para com terceiros, si tiver proveito do acto ou si approval-o posteriormente.

§ 510

Dissolvida ou extinta a associação e liquidado o passivo, o saldo será partilhado entre os membros existentes ao tempo da dissolução, salvo si os estatutos prescreverem ou a Assembléa Geral houver resolvido, antes da dissolução, que o saldo seja transferido a algum estabelecimento publico ou a associação nacional que promova fins identicos ou analogos.

Verificando-se o caso de perder a associação todos os seus membros, os bens dos associados consideram-se vagos e passarão a pertencer á União.

§ 511

Associações religiosas devem registrar seus estatutos e compromissos para terem personalidade juridica, na fórma da lei n. 173, de 10 de Novembro de 1893.

aggravado, porquanto queixando-se a aggravante de ter sido desapossada violentamente de seu compromisso, titulo institucional e livros que devem permanecer sob a sua posse ou de seus orgams legitimos representantes de sua personalidade juridica, tratando-se de um esbulho, é caso para recorrer ao juiz commum e não ao da Provedoria, de jurisdicção *stricta improrogavel*, não tendo competencia para conhecer da questão de fóro commum, mormente hoje em que as irmandades, regularmente constituídas, com os seus estatutos registrados na fórma da Lei n. 173, de 1893, prestando seu directorio as contas a seus irmãos em Assembléa Geral, no caso de recusa de prestação das mesmas contas, devem recorrer ao juizo civil commum, tendo cessado a interferencia do juizo de capellas, na tomada das ditas contas e mais interferencias que tinha outr'ora nas irmandades.

E assim decidindo, condemnam a appellante nas custas.

§ 512

As associações religiosas não dependem da auctoridade ecclesiastica quanto a prestação de contas de seu patrimonio; taes contas prestam a seus membros em Assembléa Geral, por seus directores ou administradores, podendo ser estes chamados a juizo para prestação de contas, caso se recusem prestal-as no prazo devido. (211)

S. Paulo, 6 de Maio de 1896.—*Souza Lima*, presidente.—*Pineiro Lima*.—*M. de Godoy*.—*M. Cesar*.—*Virgilio Cardoso*.—*Delgado*.—*Brotéro*.—*Camato Saraiva*

(211) Todas as disposições citadas são da Lei n. 173, 10 de 10 de Setembro de 1893. Vide pag. 518.

As associações religiosas estão restituídas ao direito commum, com liberdade plena de associação, de disposição e administração de bens, retirada toda protecção official, ingerencia e fiscalização do juizo especial da provedoria de capellas que tomava contas e tinha peculiares e privativas attribuições.

Todas essas associações são consideradas particulares pelo Decreto de 7 de Janeiro de 1890.

A interferencia do juizo de capellas resultava da posição privilegiada em que estava a Religião Catholica em relação ao Estado.

Não prevalecem mais as disposições legaes referentes á tomada de contas no juizo de capellas, não podendo esse juizo ingerir-se na administração, aproveitamento e arrendamento dos bens; só pôde, actualmente, o juizo commum tomar contas no caso previsto na Lei n. 173, de 1893, quando os representantes das associações religiosas não prestarem contas em assembléa de seus membros, omissos no cumprimento de seus deveres, ou por dolo ou fraude. (Vide Direito, vol. 53, Accordão da Relação do Recife, de 10 de Setembro de 1893, pag. 391; Aviso do Ministerio dos Negocios do Interior, de 22 de Agosto de 1891, relativamente á Capella de Bom Jesus do Pirapora, desta capital; Aviso de 29 de Novembro de 1890, no Diario Official de 9 de Dezembro do mesmo anno.)

Extincta a jurisdicção do juizo de capellas para a tomada de contas ás irmandades, confrarias, misericordias, hospitaes e outras associações ou institutos religiosos, auctorizadas as associações a constituirem-se e viverem collectivamente sem intervenção do poder publico, e sendo-lhes reconhecida a personalidade juridica para adquirir bens e os administrarem, só subsiste a tomada de contas no juizo commum, nos termos dos artigos 7.º, § 3.º, e 8.º, da Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.

Os Bispos, feita a separação da Egreja do Estado, pretenderam chamar a contas taes associações; assim mandou o Conde de Santo Agostinho intimal-as para prestação de contas, nomeando uma commissão de tomada de contas e envolvendo-se na eleição de irmandades, proferindo sentença annullando-as.

A irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, intimada, recusou-se a prestar contas.

Reproduzimos esses actos em seguida :

«Exm. sr. provedor da Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria.

«Communico a V. Exc. que o Exm. Sr. Bispo Diocesano, D. José Pereira da Silva Barros, me manda intimar essa veneranda corporação religiosa a prestar suas contas perante o juiz commissionedo para este fim, Monsenhor Peixoto de Abreu Lima, o que cumpro por este intermedio, satisfazendo assim as ordens do meu prelado.

«Deus guarde a V. Exc. Exm. Sr. provedor da Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria.

«Consistorio da Matriz da Candelaria, 11 de Fevereiro de 1892.
—O vigario, Conego *José Gurgel do Amaral Barbosa* ».

PETIÇÃO DO SR. BISPO

Illm. Exm. e Revd. Sr. Bispo Diocesano.

Diz o provedor da Veneravel Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria que, em sua pessoa, o Revm. conego vigario desta Matriz intimou, por carta de 11 de Fevereiro do corrente anno, a dita Irmandade, como corporação religiosa, a prestar suas contas perante o Revd. monsenhor Peixoto de Abreu Lima, para este fim commissionedo: accrescentando que assim procedendo, satisfaria ás ordens de V. Exc. Revm.

O supplicante, ponderando bem o que se contem na referida carta intimatoria, na sua pessoal responsabilidade em assumpto tão grave e no respeito que deve á suprema auctoridade diocesana, resolveu, depois de ouvir pessoas doudas e piedosas, vir com o mais profundo acatamento e plena confiança no desempenho dos deveres de seu cargo, solicitar, como solicita, audiencia de V. Exc. e pedir venia para expôr as duvidas suscitadas por aquella intimação, não só em relação á competencia, como sobre sua execução.

A carta do Revm. vigario estabelece para esta Veneravel Irmandade um regimen novo e a que nunca esteve sujeita.

Esta só circumstancia seria sufficiente, para promover contestações e divergencias entre os Irmãos encarregados da administração, si o supplicante logo que recebeu lhes apresentasse aquella carta. Não se passa de um regimen immemorial e não interrompido para outro, sem um acto emanado do poder competente. A carta do Revm. vigario, não se referindo aos motivos em que se funda a ordem em que, elle em nome da veneravel auctoridade de V. Exc. Revm. me communica, penso que sem temeridade posso attribuil-a ao principio da separação da Igreja e do Estado, estabelecida na recente Constituição Politica de 24 de Fevereiro do anno passado.

Mas, por desistir o Estado de relações de dependencia ou aliança com qualquer culto ou igreja não renunciou a jurisdicção temporal nos negocios que directa ou indirectamente se vinculasse ás corporações religiosas, antes, expressamente a reservou como propria e inalienavel, no art. 4.º do Decreto n. 1.030, de 14 de Novembro de 1890: *ibi* «*Toda a jurisdicção emana da soberania temporal. O exercicio da justiça ecclesiastica em materia temporal, inclusive da de casamentos e esponsaes, não tem sancção civil.*»

Tratando-se de estabelecer as competencias dos novos juizos e tribunaes, foi estabelecido no mesmo decreto. *Cessa toda a intervenção official na administração economica e tomada de contas das associações e corporações religiosas, sem provocação dos interessados ou do ministerio publico.*

Art. 50, § 4.º B do citado decreto.

Assim, a nova organização substituiu a jurisdicção primitiva do Juizo de Capellas, onde as corporações religiosas ou de mão-morta prestavam, annualmente, as suas contas, pela jurisdicção ordinaria, mas não as desaforou da competencia civil, entregando-as á ecclesiastica.

A inspecção do Estado na administração desta especie de pessoas jurídicas não foi supprimida, antes acautelada pela imminente acção do ministerio publico, como os direitos de seus membros, pelos processos conhecidos e em todo o tempo empregados.

Nestas condições, a intimação recebida vem suscitar conflictos, cujos desenlaces serão, fatalmente, desfavoraveis á auctoridade ecclesiastica, sem que lhe possa valer a obediencia voluntaria, que não hesitam prestar aquelles que, sobretudo, desejam ver respeitada e acatada a auctoridade da Igreja. Não dispondo de meios de execução, privado de sanção civil, o exercicio da jurisdicção ecclesiastica na tomada de contas seria vão e illusorio. Alguns membros da Irmandade, ou ainda um só e divergente provocaria a jurisdicção civil sobre contas já tomadas e approvadas ou glosadas pelo commissario, nomeado por V. Exc. Revm., e as sujeitaria ao exame e julgamento da auctoridade civil.

Qual das duas decisões prevaleceria, a do commissario ecclesiastico ou a do juiz ordinario?

Sem duvida que a deste, dispondo, como dispõe, dos recursos coercitivos e de todos os meios de execução.

Não seria mal unico ver postergada a auctoridade do Ordinario; a elle se ajuntaria o não menos funesto das lutas intestinas que taes conflictos accenderião no seio das Irmandades, sem proveito da administração e com lastimavel prejuizo da sua unidade e harmonia.

Parece, Exm. Sr., que nem o direito vigente, nem o antigo facilitam a mudança de regimen, como se contem na carta do Revm. vigario, e nestas circumstancias, a solução das difficuldades viria de uma concordata que a Santa Sé ajustasse com o Governo, definindo, claramente, as competencias dos dous poderes e prevenindo conflictos.

No que pertence, porém, ao espirital e cousas divinas, eu, como toda a Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, creio poder assegurar com firmeza, prestamos nossa cordial obediencia e fidelidade ás ordens e mandamentos de V. Exc. Revm. e desejamos merecer a Sua Visita ou de commissarios seus, porque, sobre tudo, tem mostrado a Veneravel Irmandade, do que é testemunho e será por seculos adiante, o seu magestoso templo, o maior da cidade e sem igual na America, o empenho de sustentar com brilho o culto divino.

Devotada tambem á caridade christã, a Irmandade tem a seu cargo o Hospital dos Lazaros, a mais edificante das nossas instituições do amor ao proximo, a ella confiada por um dos veneráveis antecessores de V. Exc. Rev.

Reverente, recorre o supplicante, como provedor da Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, para a justiça e magnanimidade de V. Exc. Revm. e, attentas as razões expostas, implora a graça de mandar sobrestar na intimação feita em nome de V. Exc. Revm. pelo Revm. vigario da matriz da Candelaria, o que com a maior confiança espera merecer da sabedoria e bondade do venerando Bispo, com que a Divina Providencia dotou a Diocese de S. Sebastião do Rio de Janeiro, sempre fiel e obediante aos seus prelados.

Rio de Janeiro, 25 de Março de 1891.—*Antonio Carlos da Silva Braga*, provedor,

RESPOSTA DO SR. BISPO

Illm. Sr. provedor da Irmandade da Candelaria.—Ficamos de posse do officio de V. S., no qual expõe as duvidas em que está relativamente ao dever de prestarem as irmandades contas de sua administração ao poder ecclesiastico.

Posto que não procedam os argumentos com que V. S. procura sustentar a isenção das irmandades do dever imposto pela lei ecclesiastica geral, contudo não julgamos opportuno entrar agora na apreciação delles, pois havemos de ter occasião de esclarecer convenientemente as associações religiosas, e, estamos certos, ellas todas se hão de convencer de estarmos exigindo o que devem cumprir.

Agradecemos a manifestação de consideração e respeito que tributa á Auctoridade Diocesana, nem outra cousa esperamos de todos os membros da Irmandade da Candelaria.

Deus Guarde a V. S.—Rio, 11 de Abril de 1892.—† *José*, Bispo do Rio de Janeiro.

Illm. Sr. Antonio Carlos da Silva Braga, provedor da Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria.

O Exm. Bispo, em Pastoral de 12 de Maio de 1892, chamou os sodalicios religiosos á prestação de contas, encontrando resistencia, como se vê do officio adiante transcripto.

SODALICIOS RELIGIOSOS

Ao Monsenhor Pedro Peixoto de Abreu e Lima dirigiu o Sr. Bispo Diocesano o seguinte officio:

Tendo-se findado o prazo marcado em nossa Pastoral de 12 de Maio do corrente anno, para virem os sodalicios religiosos desta capital e Estado do Rio de Janeiro prestar contas da administração dos bens ecclesiasticos que parão em seu poder, temos por finda, nesta parte, a delegação que demos a V. S. Revm. para essa tomada de contas.

Quanto aos sodalicios existentes nos Estados do Espirito Santo e Santa Catharina, a sua jurisdicção continuará em vigor até o fim do prazo, isto é, até 12 de Novembro deste anno.

V. S. Revm, nos enviará todos os papeis referentes aos sodalicios existentes nesta capital e no Estado do Rio, e bem assim

uma lista dos que prestaram contas e dos que a não prestaram, afim de que, com perfeito conhecimento de causa, possamos cumprir a promessa que fizemos em nossa dita Pastoral, de referir á Santa Sé os factos e receber os seus conselhos de sabedoria, em relação ao gravissimo assumpto de se reputarem alguns sodalícios soberanos e independentes na gestão de bens ecclesiasticos que cahirão em poder de seus membros actuaes, pelo facto do alistamento em associações preexistentes e, para aquisição de cujos bens, não concorreram de nenhum modo.

D. G. a V. S. Revm.—Rio de Janeiro.—† *José*, Bispo do Rio de Janeiro.

O Bispo, na sua Pastoral, procurou basear o direito de exigencia de contas referindo-se ao Concilio de Trento, na sessão 27, cap. 9.º, de Reform., que diz o seguinte:

«Os administradores, tanto ecclesiasticos como seculares, de Fabrica de qualquer egreja, ainda Cathedral, e dos hospitaes, confraternidades, das esmolas dos montes de piedade, e quaesquer logares pios, estejam obrigados em cada anno a dar contas ao Ordinario da sua administração, tirados quaesquer costumes e privilegios em contrario; salvo se no estabelecimento e regulamento de alguma egreja se ordenou em termos expressos, o contrario. E se por costume, ou privilegio, ou regulamento do logar se houver de dar contas a outros deputados para isto neste numero entrará tambem o Bispo; de outro modo as quitações que se derem aos ditos administradores serão nullas.»

Aos Prelados Diocesanos, no antigo regimen nunca foi reconhecido esse direito de tomar contas ás Irmandades, Confrarias, Misericordias, Ordens Terceiras e Hospitaes. (Provs. de 20 de Janeiro de 1740, de 5 de Fevereiro e 16 de Julho de 1712. Repert. Fern. Thomaz—verb. *visitadores*.) Si a auctoridade ecclesiastica se intromettia na tomada de contas, objecto puramente temporal, era caso de recurso á corôa, visto que dava-se o facto de usurpação de jurisdicção e poder temporal. (Guerr., Trat 4, cap. 4.º, liv. 1.º, ns. 39 e seguintes; art. 1.º, § 1.º, do Decreto de 28 de Março de 1857.)

Aos Bispos pertencia e pertence ainda regular, dentro dos templos, o que fosse relativo ao culto Divino, tendo na parte espiritual ingerencia nas irmandades e confrarias, sujeitas estas á visita espirital quanto á decencia do culto e naquillo que é puramente espirital. (Decr. de 15 de Fevereiro e Alvará de 9 de Março de 1643; Borges Carneiro, vol. 1.º, tit. 6.º, tomo 1.º, n. 17; Guerr. citado, liv. 1, cap. IV.)

Não tinha tambem a auctoridade ecclesiastica intervenção nas eleições das irmandades, confrarias, ordens terceiras, por ser objecto secular (Provs. de 14 de Maio de 1770 e 16 de Maio de 1715; Fern. Thomaz, verb.: *irmandade e provedor*), e a intervenção nas eleições era caso de recurso á corôa (Lobão, vol. 2.º, Segundas Linhas Cívis, secção 4.ª, tit. 7.º, n. 67; Guerr., Trat. 4.º, liv. 1.º, cap. 4.º, ns. 15, 39 e 41; art. 1.º, n. 1.º, do Decreto de 28 de Março de 1857).

Julgamos que, decretada a separação da Egreja e do Estado, abolido o recurso á corôa e tendo cessado a dependencia da Egreja do Estado, as irmandades, confrarias e associações religiosas continuam a ser tambem sociedades civis relativamente a materia temporal; embora tenha cessado esse juizo especial da provedoria

na tomada de contas, essa materia não reverteu aos Bispos e por lei está regulada; prestam as irmandades e associações religiosas contas a seus membros, em assembléa geral, podendo ir a juizo commum por motivo desse dever imposto aos seus administradores e directores, e não podendo em materia temporal libertar-se da acção da auctoridade civil, relativamente ao direito commum regendo as relações patrimoniaes, excluida somente a intervenção do Estado em materia espirital.

Tomada de contas e eleições são materia puramente temporal, objecto dos compromissos e das leis organicas das irmandades.

Publicamos o seguinte acto episcopal, annullatorio de uma eleição feita pela irmandade do Divino Espirito Santo do Rio de Janeiro:

IRMANDADE DO ESPIRITO-SANTO

«Aos que a presente portaria virem paz, benção e salvação em Nosso Senhor Jesus Christo.

Tomando conhecimento não só da representação que me foi dirigida por diversos membros da Irmandade do Divino Espirito Santo da matriz deste mesmo titulo, desta cidade do Rio de Janeiro, na qual reclamam contra o facto de não ter a mesa administrativa do anno compromissal findo dado posse á nova mesa eleita para o anno corrente, como tambem das razões allegadas pelo juiz interino daquella mesa;

Considerando que a validade ou nullidade das eleições feitas pelas corporações religiosas devem ser julgadas pelas suas leis organicas devidamente approvadas;

Considerando que da lei organica da irmandade alludida consta que são nullos todos os actos emanados de qualquer reunião da Mesa administrativa, em que não estejam presentes treze de seus membros, inclusive os irmãos juiz, secretario, thesoureiro e procurador, ou seus legitimos substitutos, convocados por ordem da Mesa, bem como de qualquer reunião de Mesa conjuncta em que não se achem presentes á Mesa administrativa nas condições acima, que as substituições nos casos de morte de algum dos mesarios ha de ser feita pelo immediato em votos.—Art. 19, §§ 1.º e 2.º, e art. 62, § 2.º;

Considerando que a acta da eleição da Mesa administrativa do anno findo consta que o immediato em votos ao juiz é o Dr. Domingos Jacy Monteiro;

Considerando que não obstante essas terminantes disposições do compromisso, a Mesa administrativa que tomou parte na Mesa eleitoral foi presidida pelo secretario irmão Julio Cesar de Oliveira, o qual só poderia substituir ao respectivo juiz nas faltas ordinarias, como é expresso no art. 63, mas nunca nas definitivas, como é no caso de morte;

Considerando que falleceu o juiz da dita Irmandade antes da respectiva eleição, e que por força dos artigos citados, são nullos todos actos emanados das Mesas conjunctas, formadas com a Mesa administrativa presidida pelo secretario e não pelo immediato em votos ao juiz fallecido, como effectivamente succedeu na organização da Mesa eleitoral ultima que teve logar em 28 de Maio do corrente;

§ 513

Os compromissos das irmandades, confrarias e ordens terceiras estão sujeitos á approvação dos Bispos na parte espiritual; não cabendo mais ao Governo intervir na approvação dos compromissos dessas associações religiosas. (Avisos de 13 de Março e 22 de Agosto de 1891.) (212)

Considerando que embora os reclamantes inquiram de nulla e adrede preparada a acta que nos foi apresentada, este facto, ainda quando seja verdadeiro, não colhe em favor da validade da eleição feita, porquanto a falta de immediato em votos, como allegam, deveria determinar recurso ao Prelado Diocesano, para providenciar sobre caso imprevisito na lei organica, mas não poderia nunca dar competencia ao secretario contra disposição expressa do compromisso que permite-lhe substituir ao respectivo juiz só exclusivamente nas faltas ordinarias, mas nunca nas definitivas, como no caso de morte.

Considerando finalmente que a mesa do anno compromissal findo não deve continuar na administração dos negocios da Irmandade, por lhe ser isso vedado pelo respectivo compromisso, no art. 19, § 3.º:

Declaramos nulla e de nenhum effeito a eleição que fez aos 28 de Maio do corrente anno a Irmandade do Divino Espirito Santo da matriz deste mesmo titulo, desta cidade do Rio de Janeiro, e, para não ficar este sodalicio acephalo, nomeamos para administral-o em commissão os Srs. Dr. Fernando Francisco da Costa Ferraz, como presidente; Antonio Carvalho de Brito, Cesario Augusto da Veiga Cabral e Abel Joaquim da Silva, servindo um de secretario, á escolha do presidente, e Francisco Antonio de Souza Campos, como thesoureiro.

Esta commissão administrará todos os negocios da Irmandade, com poderes de mesa regedora durante tres mezes, a contar desta data, dentro dos quaes procederá á nova eleição, sob a presidencia do respectivo parochio e na fórma do compromisso, quanto fôr compativel com esta nossa resolução, e feita a eleição virá a acta ao nosso conhecimento, affim de deliberarmos sobre a posse da mesa eleita.

O Revd. escrivão da Camara Eclesiastica remetta cópia desta portaria ao muito Revd. parochio, para que a notifique aos irmãos nomeados em commissão, e avisada a mesa regedora do anno compromissal findo, os emposse da administração, lavrando desta posse termo no livro das actas de eleições, o que mandamos e determinamos, em virtude da jurisdicção que temos sobre o dito sodalicio religioso.

Dado nesta cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro, sob o nosso signal e sello de nossa chancellaria, ao 1.º de Outubro de 1892.— *José*, Bispo do Rio de Janeiro.

(212) Os compromissos, os estatutos das confrarias, irmandades e ordens terceiras eram approvedos primeiramente na parte espiritual pelos Ordinarios, ou quem os representava. (Constit. Quaecumque de 16 de Dezembro de 1604, do S. S. Papa Clemente VIII; Const. do Arcebispadó da Bahia, liv. IV, tit. LX, § 67; Lei

de 22 de Setembro de 1828; arts. 2.º, § 11, e 33 do Decreto n. 2711, de 19 de Dezembro de 1860.)

Aprovados os compromissos e estatutos na parte espiritual, deviam ser na parte temporal aprovados por carta pelo Ministro do Imperio na Côrte, pelos presidentes nas Provincias. (Lei de 22 de Setembro de 1828; Lei de 12 de Agosto de 1834, art. 10, § 10; Lei n. 1083, de 22 de Agosto de 1860, art. 2.º, § 1.º; Decreto n. 2086, de 10 de Novembro, art. 4.º, e Decreto n. 2711, arts. 27 e 33, de 19 de Dezembro do mesmo anno.)

Depois de aprovados eram registrados no Cartorio da Provedoria e publicados na imprensa. (Art. 33, § 2.º, do Decreto citado, n. 2711, de 1860.)

Eram apresentados nos actos de correição e prestação de contas. Não podiam ser alterados sem concurso dos dous poderes civil e ecclesiastico, e sem proposta das irmandades. (Aviso n. 22, de 15 de Janeiro de 1867; Resolução de Consulta do Conselho de Estado, de 18 de Dezembro de 1866; art. 33 do Decreto n. 2711, de 1860; Accordãos da Relação do Rio, de 21 de Fevereiro, 24 de Março e 1.º de Julho de 1874; Resolução de consulta do Conselho de Estado de 23 de Maio de 1873.)

Actualmente, as associações religiosas para terem existência legal, personalidade jurídica, devem inscrever seus estatutos ou compromissos no registro civil a cargo do official do registro de hypotheças e apenas dependem seus compromissos da approvação dos Bispos na parte espiritual. (Direito, vol. 66, n. 4, pag. 657; Lei n. 173, de 10 Setembro de 1893.)

A falta de approvação dos estatutos ou compromissos, pelo Governo, não importa que taes associações religiosas, tendo *intuitus* tambem temporaes, não fiquem subordinadas ás leis civis e ao poder judiciario nas suas controversias e litigios temporaes, pois só é excluída a intervenção do poder civil no que fór materia espiritual ou religiosa e aquella ingerencia na administração de seus bens e tomada de contas, incumbida ao juiz especial da provedoria e juiz de direito em correição, intervindo estes juizes na arrecadação, aproveitamento e arrendamento dos bens, e que podiam reformar os accordãos e deliberações prejudiciaes, annullar contractos lesivos e nullos e providenciar sobre a annullação delles. (Ord., liv. 1.º, tit. 62, §§ 62, 63 e 64 do art. 46 do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

Os directores, syndicos, administradores de sociedade, congregação e irmandade, que estiverem auctorizados a representalas na conformidade de seus estatutos e compromissos, podem passar instrumento particular de procuração de proprio punho para os actos juridicos e extrajudiciaes (Lei n. 79, de 23 de Agosto de 1892, art. 1.º, § 2.º); as que não tiverem compromissos registrados só podem constituir procuradores por intermedio dos tabelliães (Ords. ns. 253, de 11 de Dezembro de 1849, 244, de 8 de Outubro de 1851).

As misericórdias não eram isentas de prestação annual de contas perante os juizes de capellas (Alvará de 6 de Dezembro de 1603; Provisões de 30 de Outubro de 1814 e de 29 de Fevereiro de 1820); exceptuadas aquellas que expressamente gozavam de privilegio proprio (Aviso de 30 de Dezembro de 1854).

A Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, por privilegio, não prestava contas no Juizo de Capellas (Alvará de 8 de Outubro de 1805). Rege este importante estabelecimento pio o Regu-

lamento de 26 de Julho de 1852 e são-lhe incorporados o Hospício Nacional (de Pedro II), pelo Decreto de 18 de Julho de 1841; a Casa de Expostos, fundada em 14 de Janeiro de 1738; o Recolhimento dos Orphans, fundado em 15 de Outubro de 1739, em virtude da Lei de 5 de Setembro de 1850. Foi-lhe commettida a fundação, administração dos cemiterios publicos e serviço dos enterros por cincoenta annos (Decreto n. 843, de 18 Outubro de 1851). Assim, tambem a Santa Casa de Misericordia do Rio de Janeiro podia adquirir e possuir bens de raiz, por qualquer titulo oneroso ou gratuito, sem limitação, dispensadas as leis de amortização. (Lei n. 460, de 30 de Agosto de 1847; Aviso n. 173, de 27 de Abril de 1863.)

As misericordias, irmandades e confrarias não têm privilegio executivo para pagamento de suas dividas activas *ad instar* da Fazenda Nacional. (Sentença do Supremo Tribunal de Justiça em a Revista n. 7502, de 4 de Outubro de 1869, em contrario a Per. e Souza, nota 1051).

Os hospitaes prestavam contas annualmente perante os juizes provedores de capellas. (Ord., liv. 1.º, tit. 62, §§ 62, 63 e 64; Alv. de 7 de Novembro de 1611; C. C. R. R. de 7 de Julho de 1617 e 7 de Dezembro de 1624; Alvs. de 4 e 18 de Setembro de 1665, e 13 de Janeiro de 1615; C. R. de 7 Março de 1761, tit. 16, § 3.º; Alvs. de 20 e 30 de Abril de 1775 e 18 de Outubro de 1806; art. 45, §§ 1, 2 e 3 do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

Transcrevemos a seguinte consulta e parecer dado pelo distincto finado jurisconsulto Doutor Aureliano Coutinho, de saudosa memoria.

CONSULTA

I—Póde o Bispo dissolver uma irmandade discola?

Respondo: sim; porque as irmandades são sujeitas á auctoridade episcopal, principalmente na parte religiosa, que é a parte principal, e até essencial, de taes sodalicios.

A Const. 115 de Clemente 8.º—*Quaecumque*—de 9 de Dezembro de 1604, depois de sujeitar á approvação dos Bispos os estatutos das irmandades acrescenta: *Quæ nihilominus ejusdem Episcopi decretis ac moderationi et correctioni in omnibus semper subjectæ remaneant.* (Ferraris, *Bibl. Can. vbo.—Confraternitas*—art. 1.º; Bouix, *Trat. de Episcopo*, Pars. V, cap. 31).

E assim procedendo o Bispo, dentro dos limites de sua competencia canonica, não offende quaesquer direitos de irmandade ou seus membros; porque—*qui jure suo utitur neminem lædit*; e os fieis que se congregaram no sodalicio espontanea e directamente sujeitaram-se á auctoridade episcopal.

Acresce que o publico e livre exercicio do culto, sem intervenção do poder publico, foi garantido pelo art. 3.º do Decreto n. 119 A, de 7 Janeiro de 1890—pelo art. 72, § 3.º, da Constit. Federal; pelo que será illegal qualquer intervenção, interferencia das auctoridades civis no sentido de invalidar o acto episcopal. E, por força do art. 10, n. 3, do Dec. n. 173, de 10 de Setembro de 1893, quaesquer associações religiosas extinguem-se quando torna-se impossivel preencher o seu fim. Ora, o fim das irmandades é o exercicio de obras pias sob a auctoridade diocesana.

§ 514

Compete ao Juiz Provedor de Capellas julgar os legados pios não cumpridos devolutos, e applical-os *in solidum* aos hospitaes do districto respectivo, e nos logares onde não houverem hospitaes, ás casas dos expostos.

II—Póde o Bispo alterar o compromisso de uma irmandade, outr'ora approvado pelo poder civil, afim de retirar á mesma irmandade a incumbencia, estatuida no compromisso, de administrar o patrimonio de uma matriz ou capella?

Ainda respondo affirmativamente.

Por direito canonico é expressa a bulla *Quaecumque* supra citada e lê-se em Ferraris (*Bibliotheca Canonica*, vbo—*Confraternitas*—n. 6).

Por direito civil : Desde que cessou inteiramente a possibilidade de intervenção do poder publico (citado art. 3.º do Dec. n. 119 A, de 1890, e art. 72, § 3.º, da Constit. Federal), começou *ipso facto* a competencia exclusiva do Bispo para alterar por si só os compromissos das irmandades.

Não póde a irmandade oppôr ao acto episcopal a existencia de *direito adquirido* pelo facto da prévia approvação do poder civil, prestada ao compromisso, *ex-vi* do art. 33 do Decreto n. 2711, de 19 de Dezembro de 1860 e consoante á doutrina do Av. n. 124, de 19 de Dezembro de 1886; porquanto:

1.º) as reformas de caracter politico, como aquella que separou a Igreja do Estado, attingem tambem os direitos adquiridos, como effectivamente attingirão quasi todos aquelles que tinha a Igreja Catholica por via de antigas concordatas e de Bullas placitadas;

2.º) não se comprehende direito adquirido, nem mesmo qualquer direito, quando ha absoluta impossibilidade de exercital-o, como occorre no presente caso, em que a nova organização dos poderes publicos e as supraditas disposições legais tornam impossivel a intervenção de qualquer auctoridade temporal na disciplina dos cultos e consequentemente na constituição ou na reforma dos compromissos de associações religiosas.

A posse, em que estava a irmandade, de administrar a dotação de igreja ou capella, tinha um caracter de evidente *precariedade*; porque o Bispo, approvando nessa parte o compromisso, não demittiu de si, nem podia demittir, seus poderes jurisdiccionaes sobre os bens ecclesiasticos, e apenas conferiu uma faculdade revogavel, por sua natureza, quando a utilidade da igreja exigisse a revogação.

Ora, a posse precaria, quando não restituída, torna-se *injusta* ou *viciosa* em relação á pessoa que a conferiu. Portanto, contra quem conferiu tal posse (e tal é o Bispo no caso em questão) não cabe o remedio possessorio de manutenção, como é corrente em direito e doutrina Lafayette, *Direito das Cousas*, I, § 19, n. 4, pag. 60.

Tal é o meu parecer, s. m. j.

S. Paulo, 7 de Dezembro de 1896.

Dr. Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho.

(Ord., liv. 1.º, tit. 62, §§ 14, 15 e 16; Leis de 15 de Março de 1614, 5 de Setembro de 1786, 3 de Novembro de 1803 e 6 de Novembro de 1827, arts. 2.º e 3.º; Regulamento de 9 de Maio de 1842, art. 3.º; arts. 34, § 4.º, *in fine*, 36 e 44, § 9.º, do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

§ 515

São legados pios não cumpridos, destinados a beneficio dos hospitaes :

- 1.º, todas as esmolas de missas e officios ;
- 2.º, todas as disposições deixadas pelo testador em peito e arbitrio dos testamenteiros pelo bem de sua alma ;
- 3.º, todas as destinadas para objectos pios e obras meritorias, não sendo para pessoas determinadas ainda que seus nomes não sejam declarados, ou para alguma obra certa ou designada. (Ord., liv. 1.º, tit. 62, §§ 14 e 16 ; art. 36 do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

§ 516

Nos logares em que não haviam hospitaes, ou casas de expostos, deviam os legados pios ser applicados a bem das rendas das camaras municipaes, ás quaes incumbia a criação dos expostos, na fórma de seu regimento. (Lei de 1.º de Outubro de 1828.) (213)

(213) Na lei que organizou os municipios do Estado de São Paulo (n. 16, de 13 de Novembro de 1891) não vemos incumbida ás camaras municipaes a criação dos expostos; apenas a lei diz que poderão deliberar sobre hospitaes, serviço de soccorros aos indigentes creação e manutenção de estabelecimentos que se destinem a obras pias e de caridade. Assim, podem ser applicados ás camaras municipaes com preferencia aos hospitaes e estabelecimentos pios do logar, domicilio do testador.

Legado pio não cumprido—*é aquelle legado pio que não foi cumprido até ser o testamenteiro citado para dar contas.* (Art. 36 do Decreto n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)

O Aviso de 31 de Janeiro de 1872 (no «Diario Official» de 6 de Fevereiro do mesmo anno), bem como o de 19 de Setembro de 1894, declararam que os logares onde não hajam estabelecimentos de caridade sejam depositadas as quantias dos legados no deposito publico.

Vide Avisos n. 181, de 1.º de Outubro de 1829, e n. 190, de 20 de Julho de 1831.

Transcrevemos os seguintes actos :

Palacio do Governo da Provincia do Rio de Janeiro.—Nictheroy, 20 de Fevereiro de 1880.—Em solução da duvida suscitada pela Camara Municipal de Macahé. em officio de 16 do corrente, declaro-lhe que, competindo ás municipalidades, pelo art. 76 da Lei de 1.º de Outubro de 1828, a criação dos expostos nos logares em que não houver casa de Misericordia, deve a mesma camara mandar criar o de que trata o citado officio, fazendo a despesa necessaria pela verba—Eventuaes—, visto não haver a Lei do seu orçamento consignado fundos para esse fim, e pedindo ao respectivo juiz de orphams a nomeação de tutor, nos termos da Ord., liv. 1.º, tit. 88, e liv. 4.º, tit. 102.

Deus guarde a V. Mcês.—*Americo de M. Marcondes de Andrade*.—Srs. presidente e mais vereadores da Camara Municipal de Macahé.

2.ª secção.—Rio de Janeiro.—Ministerio dos Negocios da Justiça, em 6 de Fevereiro de 1880.

Illm. e Exm. Sr.—Em resposta ao officio dirigido em data de 26 de Dezembro do anno findo ao Ministerio dos Negocios do Imperio, e sujeito ao meu conhecimento com Aviso de 29 de Janeiro ultimo, declaro a V. Exc., para constar á Camara Municipal da villa do Pilar, que o legado de 2:000\$000, deixado pelo Conde do Ipanema á Casa de Caridade da mesma villa, deverá, nos termos das Leis de 6 de Novembro de 1827, arts. 2.º e 3.º, e de 1.º de Outubro de 1828, art. 76, ser destinado á criação de uma casa de expostos, por não haver allí estabelecimento algum de caridade; competindo á mesma Camara, de accôrdo com o Aviso n. 95, de 19 de Setembro de 1846, requerer ao juiz competente a conversão do destino do legado, cuja importancia será recolhida ao cofre da municipalidade, afim de ter a necessaria applicação.

Deus Guarde a V. Exc.—*Lafayette Rodrigues Pereira*.—Sr. presidente da Provincia de Goyaz.

O Aviso de 31 de Janeiro de 1872, bem como o de 19 de Setembro de 1846, declararam que nos logares onde não hajão estabelecimentos de caridade, as quantias provenientes dos legados pios devem entrar nos cofres publicos em deposito e continuar nelles até que se apresentem as sentenças proferidas nos respectivos autos de contas de testamentos nas competentes Provedorias, acompanhadas de deprecadas, ou nestas transcriptas para, á vista dellas, serem cumpridas.

O Aviso de 1872 não se encontra nas collecções dos Avisos do Governo, mas foi publicado no «Diario Official» de 6 de Fevereiro do mesmo anno.

Os legados pios devem ser applicados em beneficio dos hospitaes, casas de expostos, e camaras municipaes—do districto—, e não da comarca.

Não compete ao thesouro, nem ás thesourarias, mas sim aos Juizes Provedores de Capellas julgar devolutos e applicados ao destino legal os legados pios não cumpridos, não podendo a administração e só o poder judiciario resolver sobre a entrega de taes sommas aos hospitaes do respectivo districto. (Aviso de 19 de Setembro de 1846.)

CAPITULO II

Do Fabriqueiro

Art. 3.º São deveres do Fabriqueiro:

1.º Arrecadar todos os utensilios, dinheiro, esmolas, oblações bens e rendas das egrejas.

§ unico. Ficam exceptuadas as caixas de esmolas, que opportunamente terão regulamento especial.

2.º Zelar da boa administração dos bens e patrimonios das egrejas, não podendo empregar as alfaias em actos que não forem religiosos, nem emprestal-as ou local-as a outras egrejas sem prévia licença do parochio respectivo, ou da auctoridade diocesana, no caso disso ser por mais de 8 dias, confôrme a Constituição do Arcebisgado.

3.º Representar, requerer, reclamar perante os tribunaes, ou promover em juizo qualquer acção que fôr de interesse das Fabricas e patrimonios das mesmas egrejas.

4.º Administrar e inspecionar as obras das Matrizes, quando não ha *comissão ad hoc* nomeada pela auctoridade diocesana, e outras quaesquer obras em que se despendam dinheiro sob sua guarda.

5.º Solicitar sempre licença da auctoridade diocesana para as despesas que excederem a cem mil réis (100\$000); para as inferiores a esta quantia, do parochio respectivo.

6.º Prestar fiança quando lhe fôr exigida, como administrador que é de dinheiros e bens ecclesiasticos. (Const. do Arceb., tit. 25, n. 72.)

7.º Prestar igualmente contas semestral ou annualmente, conforme a cathogoria da Fabrica, sob sua administração á auctoridade diocesana ou ao seu delegado *ad hoc*. (Conc. Trid., §§ XXII; De Ref. C. VIII.)

Semestral, si fôr a Fabrica de 2.ª cathogoria; annual, si de 1.ª — Ficam designados para esses serviços os mezes de Junho e Dezembro.

8.º Representar a igreja em todos os contractos que estejam de accôrdo com estas instrucções provisórias.

9.º Aforar terrenos pertencentes á igreja, precedendo edital de 15 dias, com obrigação do foreiro pagar laudemio á Fabrica no caso de transmissão do dominio util a outrem, por venda, doação ou herança, segundo o costume immemoravel e praxe desta diocese.

10. Assignar cartas de aforamentos feitas por escriptura publica, segundo a formula por Nós adoptada, que vae no Appendice.

11. Cobrar e receber os fóros desses terrenos nos mezes de Novembro e Dezembro de cada anno, bem assim os laudemios em occasião opportuna.

12. Fornecer guizamento e o mais que fôr necessario para o culto divino, conforme requisição do parochio e de accôrdo com o art. 3.º, § 5.º

13. Fazer as despesas necessarias com a execução das fundações ou legados pios, com a decoraçào e adorno interior das egrejas da Parochia e capellas filiaes e com a conservação e reparo das mesmas, em tudo de accôrdo com o art. 3.º, § 5.º

14. Nomear, de accôrdo com o parochio, procuradores para as egrejas e capellas filiaes fóra da séde da Freguezia, que façam arrecadação dos dinheiros e mais bens das mesmas, de que lhe farão entrega em tempo.

15. Fazer o lançamento em livro competente de todas as quantias recebidas e despendidas, dando recibo daquellas e exigindo destas.

16. Converter em acções garantidas de estradas de ferro ou predios urbanos as sobras semestraes ou annuaes, confôrme fôr determinado na prestação de contas.

17. Tomar posse em nome da egreja de legados, heranças e doações feitas á mesma.

18. Registrar os títulos dos immoveis no *Registro de Hypothecas*, e em livro especial onde fará arrolamento de todos os outros bens e utensilios que pertencerem á egreja ou esta fôr adquirindo.

CAPITULO III

Da nomeação do Fabriqueiro

Art. 4.º A nomeação do Fabriqueiro é exclusivamente da auctoridade diocesana, precedendo geralmente proposta do parochio.

Art. 5.º As provisões de Fabriqueiros serão annuaes, confôrme a praxe diocesana.

Art. 6.º As propostas para Fabriqueiro só poderão recahir em homem catholico romano, maior de vinte e um annos, domiciliado na parochia, *sui juris*, probro, honesto e bemquisto no logar.

Art. 7.º Ao Fabriqueiro será dada a posse pelo vigario (*), sendo-lhe deferido juramento de bem cumprir as obrigações de seu cargo, de accôrdo com as presentes instrucções provisórias, de que se lavrará termo no livro competente, assignado pelo empossado, pelo vigario e duas testemunhas.

Art. 8.º Receberá no acto da posse o inventario dos bens pertencentes á Fabrica, que assignará junctamente com duas testemunhas.

CAPITULO IV

Disposições geraes

Art. 9.º O Fabriqueiro vencerá a gratificação de 10 % das Fabricas de 1.ª cathogoria e 5 % das de 2.ª—Nenhuma porcentagem porém haverá dos depositos e doações definitivas, pois que a dita porcentagem só poderá ser tirada dos rendimentos annuaes das Fabricas.

Art. 10. As despesas com as egrejas e capellas filiaes nunca deverão exceder ao rendimento das mesmas.

Art. 11. Quando houver em qualquer parochia commissão de obras em favor da Matriz ou de qualquer instituição pia e religiosa, com direito a agenciar esmolas e promover subscrição, com provisão da auctoridade diocesana, poderá a dita commissão

(*) Si a nomeação recahir no vigario, este tomará posse por si ou por seu procurador, perante o nosso vigario geral.

CAPITULO XXXIX

FABRICAS

§ 518

Fabrica Parochial é uma entidade moral encarregada da administração dos bens, direitos e rendimentos de uma Igreja Matriz. (Veiga Cabral, Direito Administrativo Brasileiro, 4.^a parte, tit. 3.^o, secção 1.^a) (215)

Sala das conferencias da secção de justiça do Conselho de Estado, em 22 de Julho de 1871.—*Barão das Tres Barras*.—*José Thomaz Nabuco de Araújo*.—*Carlos Carneiro de Campos*.

Foi resolvida pelo Aviso n. 279, de 31 de Agosto de 1871.

Os irmãos e officiaes das confrarias, irmandades, ordens terceiras, hospitaes e misericordias, não podem comprar os bens que lhes pertencem, por si ou interposta pessoa, e nem arrendar ou aforal-os. (Provisões de 26 de Janeiro e de 6 de Março de 1771; Repert. Fern. Thomaz, verbo—*confraria*; Alvará de 6 de Dezembro de 1603, confirmado pelo de 23 de Julho de 1766; Repert. citado, verbo—*provedor*.)

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, por Accordão de 9 de Outubro de 1897, na appellação da capital n. 1294, entre partes L. Barcellos Clarck e a Irmandade do Rosario, julgou que a prohibição pelas leis citadas se refere sómente aos irmãos de *meza* e *officiaes*.—Vide art. 612, § 3.^o, e 677, da Consolidação das Leis Civis.

Os bens das irmandades, hospitaes e misericordias podem ser hoje arrendados e aforados fóra da hasta publica, cessando a interferencia do juizo da provedoria. (Ord., liv. 1.^o, tit. 62, §§ 45 a 49; liv. 4.^o, tit. 43, § 5; Alvará de 6 de Dezembro de 1603; C. de Lei de 15 de Setembro de 1827; C. da Rocha, § 710, nóta j, 2.^o volume.)

A demarcação e divisão de terras as propriedades de taes corporações compete ao juizo commum, cessando a competencia do juizo da provedoria. (Ord., liv. 1.^o, tit. 50, § 2.^o)

(215) O Aviso de 14 de Janeiro de 1870 define Fabrica—«*uma entidade e instituição legal destinada a intender nos meios necessários para a conservação e reparo dos templos e despesas do culto*.»—Em sentido objectivo Fabrica é uma parte dos bens ecclesiasticos ou dos seus rendimentos, destinada á conservação e reparo das igrejas e ás despesas do culto religioso. Tem o nome de Fabrica os bens com esta applicação e as pessoas que os administram chamam-se Fabriqueiros. (Elem. de Dir. Eccl., Publ. e Part., pelo revm. Bispo Conde de Irajá.)

As fabricas são encarregadas do aceio e conservação dos templos, administração das esmólas, rendas e percepções auctorizadas por leis ou regulamentos, sommas e fundos affectados ao exercicio do culto e regulam as despesas. Ellas são seres moraes capazes de possuir, aceitar bens e alienal-os.

Em França ha um conselho de fabrica e um *bureau de marguilliers*, cujos membros se revezam parcialmente em epochas determinadas e por via de eleição, a excepção do cura, que é

membro de direito do conselho da Fabrica e do *bureau* e do maire que tambem é membro de direito da Fabrica.

Na Italia os fabriqueiros são eleitos por pluralidade de votos pelos fieis, sob a apresentação dos parochos e salva a approvação dos Bispos, nomeando os fabriqueiros os sachristães e em certos casos os prefeitos, não podendo ser nomeadas pessoas com opposição dos parochos, que podem oppôr motivos de costumes e idoneidade. (Casare Olmo, *Il Diritto Eccles. in Italia*, pag. 151, n. 58.)

Em França o conselho delibera sobre o orçamento das Fabricas, contas annuaes dos thesoureiros das fabricas, emprego dos legados e doações, alienações de bens e litigios a intentar e defender. O *bureau des marguilliers* é auxiliar e executor das deliberações e fiscalisa o cumprimento das fundações. Os tribunaes lá são competentes para ordenar a prestação de contas aos thesoureiros das Fabricas das egrejas quando se recusam a prestal-as, e tambem para ordenar o pagamento dos alcances de contas tomadas administrativamente pelo conselho das Fabricas. (*Jurisprud. du Siècle XIX*, Devilleneuve et Gilbert, table 1791 a 1850, pag. 579, ns. 56 e 82.)

As Fabricas podem propôr acções relativamente a seus bens, mas previamente auctorizadas.

Entre nós os fabriqueiros foram sempre da nomeação dos Bispos (Avisos de 27 de Abril de 1855, n. 318 de 5 Novembro de 1858, 12 de Novembro de 1868, 14 de Janeiro de 1870 e 11 de Fevereiro de 1886), e tomavam posse e entravam em exercicio de seu cargo pela maneira estabelecida no Aviso n. 196, de Junho de 1857. Ordinariamente os fabriqueiros eram os mesmos parochos, posto que houvesse prohibição da Provisão de 31 Agosto de 1784.

Na Diocese de S. Paulo foram dadas instrucções provisórias pelo finado Bispo D. Lino, dizendo este com o fim da acautelar os sagrados interesses das Fabricas e patrimonios das egrejas do Bispado, uma vez separada, como se acha, a Igreja do Estado.

Transcrevemos as instrucções.

INSTRUCÇÕES PROVISÓRIAS SOBRE FABRICAS

CAPITULO I

D a F a b r i c a

Art. 1.º A Fabrica é em geral uma parte dos bens ecclesiasticos ou dos seus rendimentos, destinada á conservação e reparos das egrejas e ás despesas do culto divino. Convem este nome aos bens com essa applicação, e tambem ás pessoas que os administram, que se chamam communmente entre nós—Fabriqueiros. (Const. do Arcebisgado.)

Art. 2.º As Fabricas se pôdem classificar em de 1.ª e 2.ª cathogoria.—São Fabricas de 1.ª cathogoria aquellas cujas rendas não excederem á somma de cincoenta mil réis; são de 2.ª as que excederem de cincoenta mil réis mensaes.

§ 517

A prata, ouro, joias, alfaias ou ornamentos das egrejas não se podiam vender senão com licença do Governo; actualmente não dependem as vendas dessa licença, separada a Igreja do Estado. (214).

(214) Ord., liv. 2.º; tit. 24; Consolidação das Leis Civis, art. 586, § 5.º.

Não ha mais razão, diz Clovis no Direito das Obrigações, pag. 332, nota III, dadas a separação e a independencia entre a Igreja e o Estado, para que a lei civil prohiba as vendas de objectos preciosos e ornamentaes dos templos catholicos. sem prévia licença do Governo.

Entre a Igreja e o Estado não haverá relações de dependencia ou alliança. Art. 72, § 7.º, da Constit. Politica Federal.

Não havendo *absolutamente outros bens*, são sujeitas á penhora as sagradas imagens e ornamentos do altar, *si forem de grande valor*; mas não si vendem em hasta publica, mas só por convenção particular. (Arts. 529, § 9.º, e 530, § 1.º, do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850; T. de Freitas, Consolid. citada, nota 1.ª ao art. 586, § 5.º; Ordenação, liv. 2.º, tit. 24; Alvará de 22 de Fevereiro de 1779.)

Subsistirá essa prohibição de venda em hasta publica?

Razões de conveniencia de ordem social e publica e de respeito ás religiões aconsellham a permanencia da disposição de prohibição de venda em arrematações das imagens sagradas.

Transcrevemos a seguinte interessante Consulta do Conselho de Estado, no antigo regimen politico.

CONSULTA SOBRE UM OFFICIO DO ARCEBISPO DA BAHIA, REPRESENTANDO CONTRA O JUIZ DE ORPHÃOS DA CAPITAL QUE MANDOU VENDER EM PRAÇA UMA IMAGEM DE NOSSA S. DA CONCEIÇÃO.

Senhor.—Mandou Vossa Magestade Imperial, por Aviso de 20 do corrente, que a secção de justiça do Conselho do Estado consultasse sobre o officio junto, do presidente da Provincia da Bahia, a que acompanhou cópia de outro, no qual o arcebispo da diocese representa contra um edital do juiz de orphãos da capital, mandando vender em praça, entre outros objectos, uma Imagem de Nossa Senhora da Conceição.

A secretaria informa a este respeito nos seguintes termos:

« O Alvará de 22 de Fevereiro de 1779 não está revogado por lei alguma, e é terminante, quando trata desta questão. Diz elle: « Não devendo permittir a Minha Real Piedade o indecente abuso de se pôrem a pregão em leilões publicos as sagradas Imagens, os ornamentos e tudo mais que serve no ministerio do altar, ainda aquellas cousas que estão em commercio: Hei por bem ordenar que as ditas sagradas Imagens, tudo mais que faz o objecto referido, se não arrematem em hasta publica; e que sómente se possam vender por convenção particular, e consentimento das partes, não se procedendo nem ainda á penhora dellas, sinão na falta total de todos os bens, e quando estas sejam de grande va-

lor; e declarando e revogando, sendo necessario para o sobredito effeito, as leis e alvarás sobreditos;»

E' fóra de duvida que as Imagens podem ser penhoradas, porque o regulamento commercial n. 737, de 1850, art. 530, § 1.º, diz que «são sujeitas á penhora, não havendo absolutamente outros bens, as sagradas imagens e ornamentos de altares, si forem de grande valor». Vê-se que estas palavras são copiadas do alvará, pouco mais ou menos. Quanto , porém, á hasta publica, não encontro outra disposição em lei que sirva para base de uma decisão do Governo. Fundado, portanto, no alvará e na opinião do procurador da corôa, que parece acertada, creio que se pôde declarar que taes imagens e ornamentos não devem ser arrematados em hasta publica, e sim vendidos por convenção particular.

Desta maneira presta-se o respeito devido á religião do Estado, e evitam-se quaesquer conflictos com as auctoridades ecclesiasticas, que, pelos sagrados canones, têm attribuições de impôr penas espirituaes aos que irreverenciarem os symbolos da religião catholica, e não cumprem os decretos dos concilios. O culto devido ás santas imagens é muito antigo na Igreja, como se vê das actas do segundo concilio de Nice, e o de Trento expõe qual é o espirito da Igreja neste culto, que ella nos ordena.

Devemos honral-as e respeitá-las, não porque se deva crer que tenham alguma virtude particular em si mesmas, que nos nos obrigue a reverenciá-las, mas porque a honra, que se lhes dá, se refere aos objectos que representam.

Acho razoavel a opinião do procurador da corôa, porque catholico algum tem imagens e retratos de Santos como objecto de luxo ou de ornato, e sim como objectos de affeição. O Christo, a Virgem e os Santos pertencem a toda a familia catholica, e por isso, ainda quando não houvesse o Alvará de 1779, não poderiam as suas imagens e retratos ser arrematados em hasta publica, conforme o declara expressamente o artigo 38, § 2.º, do decreto n. 2433, de 15 de Junho de 1859.

2.ª secção, em 1.º de Julho de 1871.—O director interino, *Achilles Varejão*.

«As sagradas imagens, sendo de grande valor, estão sujeitas á penhora, quando ha falta de outros bens, mas não se arrematam em praça publica, como expressamente determinou o Alvará de 22 de Fevereiro de 1779, o qual, pois, tem força de lei, não podia ser revogado, nem o foi pelo Regulamento n. 2433, de 15 de Junho de 1859.

Quando essa intelligencia não se deprehendesse do proprio regulamento ou da generalidade de seu art. 38, § 2.º, aquelle Alvará devêra ter sido observado pelo juiz de orphãos da capital da Bahia.—O director geral, *A. Fleury*.

A secção de Justiça do Conselho do Estado conformou-se inteiramente com esta opinião, não julgando necessario acrescentar outras considerações; e, portanto, é de parecer que o Governo Imperial deve expedir as providencias convenientes para que se observe neste ponto a disposição do Alvará de 22 de Fevereiro de 1779, fazendo cessar por abusiva a pratica em contrario.

Vossa Magestade Imperial mandarâ, porém, o que fôr mais acertado.

§ 519

As egrejas podem receber, ainda quando não tenham irmandades, por meio de seus fabriqueiros, doações, objectos moveis e semoventes offertados por amor do culto divino e para auxilio deste (Avisos n. 142, de 26 de Abril de 1858; 14 de Dezembro de 1860, e n. 14, de Janeiro de 1870); e, actualmente podem receber e aceitar legados e doações de bens de raiz, abolidas as leis de amortização.

§ 520

Os bens pertencentes a uma Imagem que não tem irmandade com personificação civil, pelo facto da vacancia passam á Fazenda Nacional. (Avisos n. 85, de 28 de Março de 1854; n. 138, de 1 de Maio de 1868; Decreto n. 2433, de 15 de Junho de 1859, art. 11, § 4.)

agir, no caso, independentemente do Fabriqueiro, ficando obrigada a prestação de contas no juizo ecclesiastico em tempo opportuno.

Taes commissões não serão admittidas sem provisão especial da auctoridade diocesana, precedendo, como convem, informação parochial.

Art. 12. O Fabriqueiro não fará entrega de qualquer quantia da Fabrica á dita commissão sem ordem da auctoridade diocesana, devendo exigir do thesoureiro da commissão o competente recibo para prestação de contas.

Art. 13. Taes commissões deverão servir *pro bono causæ* sem rétribuição alguma.

Art. 14. A Fabrica terá tres livros abertos, numerados e rubricados pela autoridade ecclesiastica e sellados com o sello civil, servindo um para contas, outro para inventario e registro de titulos e o terceiro para o registro de cartas de aforamento.

Art. 15. No caso de desapropriação a Fabrica nomeará um louvado e a parte outro, si estes divergirem pertence á Fabrica nomear o desempatante.

Art. 16. O *quantum* do fôro será arbitrado pelo vigario e Fabriqueiro, de accôrdo com o costume e circumstancias locaes, communicando-o á auctoridade diocesana para ser approvedo.

Cumpra-se todo o disposto no presente regulamento, tão inteiro e fielmente como nelle se contém.

S. Paulo, 25 de Janeiro de 1893.—† Lino, Bispo Diocesano.

§ 521

O legado deixado á Fabrica (ou irmandade), que não o acceita, deve ser arrecadado como bem vago, arrematado e o producto remettido ao Thesouro (Resol. de 12 de Junho de 1824, Coll. Nabuco; art. 11, §§ 2.º e 4.º do Decreto n. 4333, de 15 de Junho de 1859.)

§ 522

As egrejas são edificios consagrados ao uso common e á reunião dos fieis para celebração dos officios religiosos; são consideradas bens fóra do commercio, inalienaveis e imprescriptiveis. (Accordãos da Relação de S. Paulo, de 12 de Agosto de 1890, na causa entre partes Irmandade de Santa Ephigenia e Santo Elesbão, e do Supremo Tribunal de Justiça Federal, de 20 de Março e 11 de Dezembro de 1895.—Vide Direito, vols. 67, n. 2, pag. 174 a 207, e 69, n. 4, pag. 518.) (216)

(216) Segundo opinião corrente, os edificios de quaesquer cultos, uma vez sagrados, segundo os diversos ritos, são separados das cousas temporaes de uma maneira perpetua e irrevogavel, escapando ás regras ordinarias da propriedade. (Monte, Dir. Eccles., pags. 352 e 353; Vautier, vol. 2.º, Des personnes morales, pag. 140; Degroote, pag. 176.)

A Relação de S. Paulo, no accordão citado no texto, diz que os templos, uma vez bentos ou sagrados, são separados das cousas profanas, estão fóra do commercio humano, não tem dono ou senhor e sim guardas ou administradores que são os Bispos ou Prelados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da causa da Igreja do Collegio, em S. Paulo, diz que os edificios do culto, como cousas de dominio ou uso publico, são inalienaveis e imprescriptiveis, e assim tambem o diz o Accordão de 13 de Fevereiro de 1897 (Direito, vol. 73, pag. 172.—Vide nota 204.)

Já o Direito Romano (Ortolan, Instit., vol. 2.º, pags. 19, n. 14, e pag. 250), considerava como cousas nullius, de direito divino, não estando no patrimonio de alguém, as cousas sagradas, como os templos. Nullius autem sunt res sacrae et religiosae, et sanctae; quod enim divini juris est, nullius in bonis est. Sacrae res sunt quae rite per pontifices Deo consecratae sunt, veluti *ades sacrae* (templos); quae alienari et obligari prohibuimus.

Poderão ser desapropriados os templos?

Cesare Olmo, na sua obra já citada, diz: perante a lei civil, não ha logares sagrados, cousas santas, religiosas ou sagradas *res humani vel divini juris*, comtudo as egrejas, não *por si mes*—

§ 530

Em seguida expedem-se editaes com o prazo de tres dias, chamando as pessoas que se reputam com direito aos bens arrecadados. Os editaes devem ser affixados e publicados pela imprensa, e deverão conter a descripção dos bens, com todos os signaes e declarações porque se possa conhecer a identidade, as circumstancias e a data da achada ou entrega. (Art. 90 do Decreto citado.)

§ 531

Si ninguem se apresenta, são os bens arrematados, precedendo editaes com intervallo de tres dias entre o da affixação e o da arrematação, independentemente de preções, e o producto é recolhido ao thesouro, deduzidas as despesas judiciaes, de deposito e porcentagens, como se faz com os bens de ausentes. (220)

(220) Devendo-se observar o Regulamento n. 2433, de 1859, no Estado de S. Paulo, o processo é o seguinte :

Apresentados os bens de evento, deve o Juiz proceder a todas as indagações e diligencias para descobrimento de seus donos. Feito o que, iniciará o processo civil da arrecadação, passando uma portaria ex-officio, em que nomeará peritos e mandará que sejam notificados para procederem, depois de compromisso, á immediata avaliação dos bens, mandando igualmente que seja citado o Procurador Fiscal ou Collector, para assistir á avaliação, marcando hora e logar, sob pena de proceder á revelia. Poderá o processo começar a requerimento do Procurador Fiscal e Collectores, e neste caso o Juiz ordenará em despacho o determinado em portaria, bem como no caso de receber officio de qualquer auctoridade, fazendo remessa de taes bens achados de evento, mandando actual-o.

Citão-se os avaliadores, e, préviamente lavrado o termo de compromisso, procedem elles á avaliação com assistencia dos representantes do fisco, e lavra o Escriptor no livro das avaliações o respectivo termo da avaliação feita. Logo em seguida á avaliação, no livro das arrecadações, o Escriptor lançará o auto da arrecadação, declarando o dia, mez e anno da achada; a côr e signaes dos animaes do evento, o nome de quem os achou e o logar onde foram achados, e bem assim o valor em que foram avaliados.

Avaliados os bens por termo, e lançado o auto de arrecadação, que será assignado pelo Juiz, representantes do fisco, avaliadores e escriptor, ordena o Juiz a remessa para o deposito. Lavra o Escriptor no livro dos depositos o termo de entrada; extrahindo uma certidão dos termos, fará os autos, formados com a portaria e certidão de taes termos, conclusos ao Juiz, que, por despacho, mandará affixar editaes, chamando as

§ 532

Quer antes da arrematação, quer depois della, mas antes de entregue o bem ao arrematante e de recolhido o producto, póde apparecer o dono e reclamar a entrega (Ord., liv. 3.º, tit. 94, § 2.º) e justificando sua propriedade e identidade do animal do evento, com audiencia dos Procuradores Fiscaes ou Collectores, o Juiz por sentença mandará entregal-o (Pereira e Souza, nota 1002; art. 94 do Decreto n. 2433 citado).

peçoas que se julgarem com direito a reclamar sobre sua propriedade, dentro de tres dias, sob pena de arrematação e remessa do producto liquido ao Thesouro, como renda do Estado. Os editaes são affixados nos logares publicos e publicad-s na imprensa, e deverão conter a descripção dos bens com todos os signaes e declarações porque se possa conhecer a identidade; as circumstancias e data da achada ou entrega. Não tendo apparecido quem allegue dominio e requeira justifical-o, o Juiz, conclusos os autos, mandará passar editaes para a arrematação dos bens com o prazo de tres dias, e dispensados os pregões.

Seguem-se as arrematações, lavrando o Escrivão, no livro onde já constam as avalições, os termos das arrematações, que serão assignados pelo juiz, arrematantes e porteiro dos auditorios.

Conclusos os autos, certificando o Escrivão as arrematações e producto existente, o Juiz julga por sentença as arrematações para que produzam todos os effeitos legaes, pagas as custas dos autos pelo producto dos bens arrematados; manda que se passem as cartas de arrematação em favor dos arrematantes, que deverão pagar os impostos devidos, e que se passem mandados de levantamento dos bens arrematados que se acham em deposito; e que, deduzindo-se do producto as despesas feitas pelo depositario, custas judiciais e as porcentagens do juizo, o liquido se remetta ao Thesouro, dentro do prazo de vinte e quatro horas.

Publicada a sentença e intimada aos Procuradores Fiscaes ou seus ajudantes, vão os autos ao contador, que faz a conta deduzindo-se as despesas do deposito, custas e porcentagens marcadas no art. 92, combinado com o art. 82 do Regul. n. 2433, de 15 de Junho de 1859.

Contados os autos, o escrivão passa guia em nome do Juiz, para entrada do liquido, juntando aos autos conhecimento fiscal; e passa as cartas aos arrematantes, e mandados em favor delles de levantamento dos bens em deposito, lavrando no livro das avalições e arrematações o termo da remessa do producto, e no livro de depositos o termo respectivo de sahida. (Vide Consolidação das Leis Civis, art. 58, nota 3; Perdigão Malheiro, Manual do Procurador dos Feitos, §§ 398 a 408, e Bandeira, Novo Procurador dos Feitos, §§ 361 a 366 e notas 394 a 397.)

Não prestam as Fabricas contas ao juizo da provedoria. (218)

Titulo V

JUIZO DO EVENTO

CAPITULO XL

Juizo do Evento e obrigações

Quem carrego tiver de arrecadar as cousas do vento, as faça logo escrever e assentar no livro pelo escrivão para isso ordenado, e mandará pregoar os gados e bestas do vento para se poder saber como as ditas cousas assim andão de vento, e vir á noticia de seus donos para as virem querer e arrecadar. (Ord., liv. 3.º, tit. 94.)

O Juizo da Provedoria é competente, no Estado, para o processo de arrecadação, avaliação e arrematação dos bens do evento, afim de ser seu producto, liquido de custas e porcentagens, recolhido aos cofres do Thesouro. (Arts. 85 e 86 do Regul. n. 2433, de 15 de Junho de 1859; 63, II, *d*, da lei n. 18, de 1891, e 124, II, letra *f*, do Decreto n. 123, de 1892.)

—Saude e fraternidade.—*Prudente J. de Moraes Barros.*—Aos cidadãos presidente e membros do Concelho de Intendencia do Rio Novo.

(218) Prestam contas aos Bispos ou aos delegados *ad hoc* e, segundo as instrucções, regulamento provisório das fabricas da Diocese, annual ou semestralmente, conforme forem de primeira ou segunda cathogoria. (Concilio Tridentino, § XXII, de Reform. C. VIII.)

Cessou a competencia que tinham os juizes provedores de capellas e de direito em correição de tomar contas aos fabriqueiros das Egrejas e Cathedraes. (C. Regia de 29 de Julho de 1598, § 1.º; Alv. de 31 de Agosto de 1784; arts. 27, § 9.º, e 47 do Decreto n. 834, de 2 Outubro de 1851; Avisos ns. 115, de 27 de Abril de 1855; n. 318, de 5 de Novembro de 1855; n. 89, de 4 de Junho de 1861; 12 de Novembro de 1868, 14 de Janeiro de 1870 e 11 de Fevereiro de 1886.)

§ 526

São bens do evento os gados, bestas e cavallos ou cousas achadas de vento, vagando de uma parte para outra sem dono, ou mudando como o mesmo vento muda. (Ord., liv. III, tit. 94; Aviso n. 245, de 10 de Novembro de 1853; art. 21 do Regul. Prov. n. 3, de 25 de Julho de 1856; Aviso de 10 de Setembro de 1872.)

§ 527

O rendimento do evento é renda estadual e já o era pela Lei n. 586, de 6 de Setembro de 1850, art. 14.

§ 528

Na Capital Federal são arrecadados os bens do evento de conformidade com o Decreto n. 4.333, de 15 de Junho de 1859, e nos Estados de accôrdo com os regulamentos estadoaes. (219)

§ 529

Feitas as diligencias e averiguações preliminares, si não fôr achado dono aos ditos bens, são estes avaliados por peritos de nomeação do juiz e depois remettidos para o deposito publico (Arts. 88 e 89 do Decreto citado de 1859.)

(219) Em o Estado de S. Paulo regiam a Lei Provincial n. 31, de 25 de Abril de 1856, e Regulamento de 25 de Julho do mesmo anno Actualmente está em vigor o Regulamento n. 4.333, de 15 de Junho de 1859, arts. 85 a 95, com as modificações necessarias.

Foi o Governo do Estado auctorizado a consolidar todas as disposições em vigor sobre bens do evento (Art. 23 da Lei n. 380, de 23 de Setembro de 1891, mandando observar o Regulamento citado de 1859.)

Na Capital Federal, os bens do evento, como especie de bens vagos, são arrecadados pelos pretores, officinando perante elles e assistindo á arrecadação os representantes do *fisco federal*. (Art. 32, § 1.º, da Lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894.)

No Estado de S. Paulo intervêm nas arrecadações na capital os procuradores fiscaes (1.º e 2.º) e collectores fóra da capital.

§ 523

Os terrenos doados pelo povo ás capellas, que depois foram elevadas a matrizes e que constituem patrimonio, são incorporados aos bens das Fabricas. (000)

mas, mas pelo uso e gozo publico estão fóra de commercio. Assim, sendo inalienaveis, não podem soffrer expropriação forçada—pag. 94.

Sobre a commerciabilidade das egrejas ha opiniões discordes. Mortara, Chiaroni, Galba, sustentam opiniões diversas.—Vide Fóro Italiano, 1888—89 e 90, e Monitor das Tribunaes, 1890.

As Egrejas, diz C. Olmo, não podem soffrer execução mesmo para pagamento dos constructores e architectos, e a inalienabilidade não vem da consagração do direito romano ou canonico, mas do *destino publico actual*. Cessando esse destino podem ser alienadas (pag. 98, n. 54).

As capellas e altares seguem a sorte dos templos, diz elle, não podem ser objecto de propriedade privada, salvo os direitos do padroado, onde elle existe. Não podem as egrejas ser objecto de servidões, mas podem nellas existir direitos especiaes, como o de ter bancos ou cadeiras.

A lei n. 179 A, de 7 de Janeiro de 1890, manteve a todas confissões religiosas o dominio de seus edificios de culto (Art. 5.º)

Em França a propriedade das egrejas pertence ás communas e não ás Fabricas; mas não tem a propriedade absoluta e sim o uso e administração. A propriedade das cathedraes e edificios diocesanos pertencem ao Estado e não ás dioceses ou departamentos. As Fabricas podem exercitar acções sobre propriedade das egrejas quando as communas recusam propol-as ou não querem defendel-as. Em França as egrejas são consideradas como dependencia do dominio publico e fóra do commercio por esse motivo e imprescriptiveis. (Jurisprudence du Siècle XIX, table 1850 a 1890, verb—*églises*, pags. 324, 322 e 326.)

Entendemos que os templos são inalienaveis quando applicados ao destino especial do culto; antes, porém, dessa applicação, ou cessando a applicação, podem ser alienados; assim, contra a opinião de Olmo, os constructores de templos, antes que estes sejam applicados ao fim do culto e entregues ao uso publico dos fieis, podem fazer execução nelles como relativamente a qualquer obra.

Assim, os templos podem ser desapropriados desde que cessar o destino especial ou havendo accordo com as confissões religiosas profanando-os, ou quando tenham cahido em ruinas pela acção do tempo e dos annos e fór mais conveniente dar ao local outro destino.

Gianturco (Obligazzioni, pag. 41) diz que as egrøjas não pertencem á sociedade dos fieis, que não é sujeito de direito, e sim aos entes civis ou ecclesiasticos que as têm fundado e adquirido, e, enquanto permanece o destino religioso ou uso publico, estão fóra do commercio.

(217) A administração desses bens, cujo fim é dar renda que seja applicada ás exigencias do culto, pertence exclusivamente aos fabriquiteiros, de nomeação dos Bispos.

As camaras municipaes não podem chamar a si a administração desses terrenos, nem alienal-os por qualquer fórma.

Taes bens patrimoniaes têm por sua natureza o caracter dominical perpetuo, visto como perpetuas são as necessidades do culto, ás quaes são destinadas as rendas desses bens patrimoniaes.

Assim opinou o Conselheiro Saldanha Marinho, em 31 de Outubro de 1885, respondendo á consulta feita pelo Conego Thomaz Affonseca e Silva.

Aos fabriqueiros compete aforar ou conceder datas de terrenos pertencentes ao patrimonio das egrejas, assim como dar applicação ao producto das concessões feitas; e, si ha contestação entre as camaras municipaes e as Egrejas Matrizes, como tem havido em pleitos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado sobre o dominio e posse desses terrenos, devem os interessados recorrer ao poder judiciario.

Devem os fabriqueiros provar as doações de terrenos por titulos, pois sem titulos de dominio não podem as egrejas conceder datas.

Transcrevemos os seguintes actos do governo do Estado sobre terrenos de data e relativamente á disputa entre Camaras Municipaes e Egrejas Parochiaes.

Palacio do governo do Estado de S. Paulo, 17 de Julho de 1890.—N. 564.—Em officio de 12 de Maio ultimo consultou a este governo o cidadão Severiano Gemerino Carneiro, na qualidade de presidente da commissão encarregada por essa intendencia da organização de um codigo de posturas para esse municipio:

1.º Si essa intendencia podia conceder datas dos terrenos da igreja, pagando os impetrantes o imposto á fabrica;

2.º Si, não tendo ella direito a essa concessão, é obrigada a mandar seus empregados: arruador, fiscal e secretario procederem, naquelles terrenos, ao respectivo alinhamento, nivelamento, etc.; assim como a mandar passar as cartas de data;

3.º Si ella não pôde tributar a edificação naquelles terrenos.

Devendo a consulta ter sido feita por vosso intermedio, declaro-vos, em resposta, quanto ao primeiro ponto, que, á vista do art. 179, § 22, da carta constitucional de 25 de Março de 1824, do Aviso n. 13, de 11 de Fevereiro de 1886, e do art. 5.º do Decreto n. 419 A, de 7 de Janeiro deste anno, combinados entre si, não pôde essa intendencia conceder datas dos terrenos do patrimonio de egrejas, visto ser isto da attribuição dos respectivos fabriqueiros.

Quanto ao segundo que, não podendo a intendencia conceder datas dos referidos terrenos, claro está que não compete tambem passar as respectivas cartas; mas que o arruador, o fiscal e o secretario da municipalidade devem dar o alinhamento, nivelamento, etc., como si se tratasse de outra propriedade particular.

Quanto ao terceiro, finalmente, que podem aquelles terrenos ser sujeitos aos impostos municipaes que pagam outros quaesquer.—Saúde e fraternidade.—*Prudente J. de Moraes Barros.*—Aos cidadãos presidente e membros da intendencia do Espirito Santo de Batataes.

Palacio do Governo do Estado de S. Paulo, em 6 de Maio de 1890.—N. 441.—Respondendo á vossa consulta feita em officio de 21 de Abril proximo passado, declaro-vos que sendo o dominio e posse dos terrenos do patrimonio de Nossa Senhora das Dores da Irmandade do mesmo titulo, erecta na igreja matriz, á respectiva mesa pertence a administração delles; mas, si esse concelho contesta o dominio ou a posse, é preciso recorrer ao poder judiciario,

§ 533

No caso de ter sido recolhido o producto liquido ao Thesouro, reclamando o dono e justificando seu dominio, ouvidos os representantes do fisco, mandará o juiz passar precatório de levantamento dos cofres publicos, sem que deva ser acompanhado dos autos originaes da justificação.

Nas deprecadas para o levantamento têm vista no Thesouro do Estado os Procuradores Fiscaes (Art. 95 do Decreto citado).

§ 534

Feita validamente a arrematação dos bens e recolhido o producto das arrematações aos cofres publicos, não ha direito de desfazel-a por embargos ou acção para se reivindicar os bens em poder do arrematante, terceiro possuidor. (Ord., liv. 3.º, tit. 94, § 3.º, *in fine*; Manual do Procurador dos Feitos, § 407; Consolidação das Leis Civis, art. 58, nota 3.ª; arts. 9.º do Decreto de 15 de Março de 1842, e 94 e 95 do Decreto n. 2433, de 1859.)

§ 535

Nas justificações de dominio dos bens arrecadados devem ser ouvidos na Capital Federal os representantes do fisco federal, e nos Estados os representantes do fisco estadual (Art. 95, *in fine*, do Decreto n. 2433, de 15 de Junho de 1859); e das sentenças proferidas sobre ellas, mandando o juiz entregar os bens reclamados, não cabe appellação *ex-officio*. (Perdigão Malheiro, cit., § 408).

CAPITULO XLI

Escrivão do Evento

§ 536

Compete ao Escrivão do Evento:

1.º Escrever nos autos de arrecadação, avaliação, arrematação dos bens do evento e recolhimento de seu producto como renda geral ou do Estado.

2.º Tomar as justificações de dominio requeridas por quem se julgue com direito aos bens arrecadados, pedindo a sua entrega em ser, ou seu producto, na fórma do Decreto n. 2433, de 15 de Junho de 1859, artigos 94 e 95.

3.º Ter a seu cargo os livros de evento determinados pelo art. 86 do Regulamento Geral citado, ou pelos regulamentos estadoaes.

4.º Remetter nos mezes de Janeiro e Julho de cada anno, ao Thesouro, por intermedio do respectivo Juiz, uma relação exacta dos bens do evento arrematados com as declarações constantes dos livros a seu cargo, acompanhada de uma conta das despesas de deposito, custas e porcentagens.

5.º Escrever officios, precatorias, editaes e mais papeis que forem do expediente do Juizo de Evento.

§ 537

No Cartorio do Escrivão do Evento haverá para arrecadação e arrematação dos bens do evento os livros seguintes:

1.º O livro das arrecadações, em que se lançarão o dia, mez e anno da achada dos animaes do evento, a côr e signaes delles, o nome de quem os achou e o logar onde foram achados, e bem assim o valor em que foram avaliados.

2.º O livro de termos, em que se lançarão as avaliações dos animaes achados e os de arrematação delles e das remessas do producto ao Thesouro.

3.º O livro dos depositos, em que se lançarão as verbas de entrada e sahida dos animaes do evento.

§ 538

Os livros do evento devem ser apresentados em acto de correição. (Art. 27, § 8º do Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851.)



APPENDICE

Adições aos paragraphos e notas da obra

Nóta 1. No Estado do Rio Grande do Sul ha vara privativa da Provedoria. (Art. 50 da Lei Estadual n. 10, de 16 de Novembro de 1895 ; Direito vol. LXXL, n. 4, pag. 597.)

Nóta 10.—No Estado do Rio abrem os testamentos cerrados os juizes municipaes. (Art. 209, lettra *v*, da Lei Estadual n. 43 A, de 1.º de Março de 1893 ; Direito, vol. LXXL, n. 3, pag. 378. Vide art. 213, lettra *h*.)

No Rio Grande do Sul abrem os juizes districtaes tão somente para providenciar sobre as disposições funerarias, quando não seja logo encontrado o juiz provedor, a quem remettel-os-á immediatamente, logo depois de cumpridas aquellas disposições. (Art. 72, § 4.º, da Lei n. 10, de 16 de Novembro de 1895.)

Nóta 20, pag. 41.—Que é substancial o ser apresentado o testamento cerrado e cosido para ser approvedo ; assim o sustentou o Conselheiro Duarte de Azevedo, no memorial da revista civil sobre a nullidade e falsidade do testamento de Custodio Gomes, vulgo o *Biblia*, entre partes Antonio Fernandes dos Santos e outros e Comendador Joaquim Leite de Castro e outros, e se vê sustentado pelo Doutor Martinho Garcez, em sua obra—Nullidades dos Actos Juridicos, desde pag. 207 a 221.

Reproduzimos o primeiro trabalho e remettemo-nos á leitura da ultima excellente obra.

Diz o Conselheiro Duarte de Azevedo :

O testamento deve ser submettido á approvaçãõ *cerrado e cosido*.

Assim o direito romano, como o direito patrio, e a maior parte dos codigos civis exigem, como solemnidade do testamento *mystico*, que elle seja entregue cerrado e cosido para ser approvado.

E' a disposiçãõ expressa da L. 21, Cod. de testamentis, cujo fundamento é o segredo de disposições feitas em testamento desta natureza—*si nullum scire volunt ea que in eo scripta sunt*.

No mesmo sentido sãõ formulados : a ordenançã franceza, de 1735, art. 9.º; o art. 976 do Codigo Civil Francez—*le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire*; o art. 783 do Codigo Civil Italiano, o art. 1023 do Codigo Civil Chileno, o art. 724 do Codigo Civil da Venezuela, etc.

O Codigo Civil Argentino é mais expresso ainda, e denomina prego o testamento cerrado.—El testamento cerrado debe ser firmado por el testador. *El pliego que lo contenga* debe entregar-se á un escribano público, expresando que *lo contenido en aquel pliego* és su testamento—art. 3666.

A Ord., liv. 4.º, tit. 80, é explicita sobre a exigencia desta formalidade.

« *Será cerrado e cosido*, e elle testador o entregará ao tabellião perante cinco testemunhas—§ 1.º

« No instrumento, que se fizer, de approvaçãõ em outra folha, *em que esteja involto ou cosido* o testamento—§ 2.º

« Sem instrumento publico *nas costas*—§ 3.º

Consulte-se Pinh. de testamentis, Disp. 11, sec. 3.ª, n. 34—*deinde claudi et consui debet; sic consutum tradendum est a testatore tabellioni*».

Nunca se duvidou, na doutrina e na jurisprudencia,

de que fosse formalidade essencial do testamento mystico, a entrega do testamento cerrado e cosido; e o Assento de 17 de Agosto de 1811 declarou que o decreto irritante da Ord., liv. 4.º, tit. 80, § 1.º, nas palavras—*de outra maneira não será valioso o testamento*—compreheende todas as fórmulas substanciaes do dito parographo na pena de nullidade.

E longe de deduzir-se argumento em contrario do Assento de 10 de Junho de 1817, a disposição deste confirma a do precedente, e a da Ordenação.

Assim, diz o Assento de 1817: «que o tabellião, não podendo começar o instrumento de approvação dentro do *testamento cerrado e cosido*, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como póde começar, quando acaba nas costas e verso da mesma folha, deve principiar o instrumento logo e immediatamente no fim do testamento, cerrando-o e cosendo-o depois de concluido o mesmo instrumento, na fórma da pratica geral e sempre observada, que é a melhor interprete da lei, e neste caso necessaria para conciliar a disposição do § 2.º com a do § 1.º, á vista da impossibilidade de se escrever *dentro de um testamento que se acha cerrado cosido.*»

Deste Assento é manifesto, que os Dezembargadores da Casa de Supplicação não decidiram que o testamento mystico podia deixar de ser cerrado e cosido; mas providenciaram sobre o modo de se escrever a approvação *dentro do testamento cerrado e cosido*. E' pois precisamente da especie do testamento assim entregue ao tabellião, que falla o dito Assento.

Mas de que maneira se procederá para se principiar o auto de approvação logo e immediatamente no fim do testamento, que se acha cerrado e cosido? Da maneira mais obvia——descerrando o tabellião, e descosendo o testamento cerrado e cosido, para cerral-o e cosel-o de novo depois de approvado.

Foi o que não advertiu Almeida e Souza, Diss. 4.ª

em supplemento ás notas a Mello, § 13, quando entenderem que dous Dezembargadores de Aggravos da Supplicação haviam respondido sobre consulta do tabellião de Guimarães—que observasse o uso e costume. O uso e costume devia ser e era, o de abrirem-se os testamentos cerrados para serem approvados, não o de entregarem-se abertos os testamentos feitos na fórma da Ord., liv. 4.º, tit. 80, § 1.º, visto como isso importaria na revogação da lei pela dispensa de uma formalidade legal; Gouveia Pinto, Tr. de Test., nota 303; Dir. XVIII, pag. 202 e seg.)

E não só é indispensavel que esta solemnidade se observe, como que o tabellião a especifique, e porte por fé no auto de approvação, que ella foi observada, como exige o Assento de 10 de Junho de 1817:

« Uma vez que o tabellião, porte por fé no instrumento de approvação, que perante as testemunhas alli presentes e declaradas, foram satisfeitos todos os requisitos da lei, especificados na mesma lei, e *especificando-os elle no mesmo instrumento*, está observado o que a lei requer, e manda-se observar a bem da liberdade de testar.»

Neste sentido são os julgados dos nossos tribunaes.

A Relação do Rio de Janeiro, por Accordão de 16 de Dezembro de 1873, julgou nullo um testamento, entre outras razões, porque *no instrumento de approvação* não se declarou que o testamento *estava cerrado e cosido* no acto de ser entregue pela testadora ao tabellião. Deste Accordão negou revista o Supremo Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos. (Direito VI, pag. 453, e X, pag. 562.)

A' vista do direito exposto, é impossivel ter-se como valido o testamento de fl. 13, pois que não foi entregue ao tabellião cerrado e cosido.

O testamento foi entregue *enrolado*, como depõem as testemunhas instrumentarias Evaristo Valle de Barros e Luiz Francisco Martins, e está exuberantemente provado dos autos, como o reconhece a sentença de fl. 1050; e no instrumento de approvação, longe de alludir

o tabellião á fórma legal do testamento, attesta que o testador passára das suas ás mãos d'elle ESTE PAPEL, dizendo ser o seu testamento!

Não é, pois, o testamento de fl. 13 um testamento cerrado. E' o caso de repetir-se com Demolombe, *Traité de Don. et Test.* IV, n. 352, bis:

« La solemnité essentiellement constitutive du testament mystique, c'est d'être clos et scellé; c'est en un mot, d'être mystique. Donc lorsque l'acte n'est, si clos ni scellé, il ne saurait y avoir de testament mystique, et ce serait là encore une forme de testament de fantaisie.»

Nóta 38.—No Districto Federal as causas de redução de testamento á publica-fórma são processadas pelos pretores e julgadas pelo Conselho do Tribunal Civil. (Arts. 5.º, VII, lettra *b*, e 17, § 1.º, II, do Decreto n. 2579, de 16 de Agosto de 1897).

No Estado do Rio, consideradas taes causas como de valor inestimavel e excedentes da alçada, são julgadas pelos juizes de direito. (Art. 212, lettra *d*, da Lei de 1.º de Março de 1893.)

Nóta 77.—Accrescentamos os seguintes actos sobre espolios de estrangeiros:

Decreto n. 2.546, de 9 de Julho de 1897

Applica ás successões dos subditos belgas as disposições do Decreto n. 855, de 8 de Novembro de 1851, a que se refere o seu art. 24

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil, accetando a proposta do Governo de sua Magestade o Rei dos Belgas, com a clausula de reciprocidade,
Decreta:

Art. 1.º As successões dos subditos belgas fallecidos

no Brazil, que se abrirem de 1.º de Setembro em diante, serão regidas pelas disposições a que se refere o art. 24 do Decreto n. 855, de 8 de Novembro de 1851.

Art. 2.º Loge que cessar o accôrdo que motiva o presente decreto, as successões que estiverem em liquidação passarão a ser regidas pelo Decreto n. 2.433, de 15 de Junho de 1859, ou pelo que então estiver em vigor.

Capital Federal, 9 de Julho de 1897. 9.º da Republica.—PRUDENTE J. DE MORAES BARROS.—*Dionysio E. de Castro Cerqueira.*

Vide Direito, vol. LXXIII, n. 4, pag. 608, e Circular do Governo do Estado, de 19 de Julho de 1897, no «Diario Official» de 23 do mesmo anno e mez.

Foi denunciado pelo Governo do Paraguay em 15 de Setembro de 1897 o Tratado de 7 de Junho de 1883 e promulgado no Brazil pelo Decreto n.º 9234 de 28 de Junho de 1884.

Circular

Secretaria dos Negocios da Justiça. S. Paulo, 24 de Agosto de 1804.—1.ª secção.—Ao sr. dr. juiz de direito da comarca de...—Havendo o Ministerio das Relações Exteriores, em Aviso-circular de 22 do corrente mez, participado que o Governo da Republica do Uruguay denunciou o accôrdo de 21 de Dezembro de 1857, relativo á reciproca applicação das disposições do regulamento de 8 de Novembro de 1851, e tendo o sr. Vice-presidente da Republica acceto a denuncia alludida, cessando os effeitos do accôrdo em questão, a 30 de Setembro proximo futuro, assim vos communico, para que as heranças sejam regidas de 1.º de Outubro em diante pela lei geral em cada um dos paizes.—Saúde e fraternidade.—*João Alvares Rubião Junior.*

Depende de homologação a sentença julgando partilhas quanto aos bens situados no Brazil. A homologação póde ser requerida directamente ou requisitada por via diplomatica. Sentença do Supremo Tribunal Federal de 4 de Maio de 1895.

Nôta 83. Julgamos dever transcrever, extrahindo da Pratica Forense, programma de ensino do emerito professor Doutor João Mendes Junior o seguinte trabalho sobre o instrumento de approvação do testamento cerrado e suas cautelas.

Instrumento de approvação de testamento cerrado

Cautelas da Ord., liv. IV, tit. 80, §§ 1.º e 2.º, e dos Assentos de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Junho de 1817:

1.º O tabellião, rogado para a *approvação*, começa a lavrar o *instrumento* immediatamente no fim do *testamento*; mas, não havendo logar *na ultima folha escripta do testamento* para nelle começar o *instrumento*, o tabellião ponha *nessa fôlha* o seu *signal publico* e assim o declare no *instrumento*.

2.º O *instrumento* deve conter tres partes *introducção, confirmação e encerramento*.

A *introducção* deve conter:

- a) Formula preambular;
- b) Anno, mez e dia;
- c) Estado, cidade ou villa, cartorio ou casa;
- d) Declaração de que o tabellião foi *rogado pelo testador* para a *approvação*;
- e) Presença, reconhecimento da identidade e da sanidade mental do testador;
- f) Presença, nomes e reconhecimento da identidade das cinco testemunhas varões e puberes.

A *confirmação* deve conter:

- a) Entrega da cedula testamentaria pelo *proprio* testador ao tabellião, em presença das ditas cinco testemunhas, *dizendo o proprio testador ser esse o seu testamento*;
- b) Recebimento da cedula testamentaria pelo *proprio* tabellião; verificação sem leitura da cedula, de não haver borrão, riscadura, entrelinha ou cousa que duvida faça;

c) Pergunta do tabellião ao testador «*si esse é seu testamento e si o ha por bom, firme e valioso*» ;

d) Resposta do testador ao tabellião—*que «esse é o seu testamento e que o ha por seu, bom e firme e que quer que o approve»* ;

e) Declaração da aprovação ;

f) Presença, nomes e assistencia, em um acto e contexto, desde o principio até o fim, das referidas testemunhas.

O encerramento deve conter :

a) Leitura do *instrumento* perante o testador e as cinco testemunhas e declaração de conformidade ;

b) Subscrição do tabellião e assignatura do mesmo em publico e razo ;

c) Assignatura do testador, si souber e puder escrever ; si, porém, não souber ou não puder escrever, assignatura de uma das cinco testemunhas por seu mandado ou rogo, declarando essa testemunha numeraria ao pé de sua assignatura—«*A rogo (ou por mandado) do testador por «elle não saber (ou não poder) escrever»*».

d) Assignaturas das cinco testemunhas.

3.º Assignado o *instrumento*, o tabellião deve dobral-o, cozel-o, pôr pingos de lacres aos lados ; e, depois, na face exterior que serve de involucro, escreverá o seguinte rotulo: «*Testamento de F. de tal, aprovado por mim tabellião, F. de tal, no dia tal do mez tal do anno tal, cosido com tantos pontos de linha de tal côr e fechado com tantos pingos de lacre de tal côr. Era ut supra. O tabellião F. de tal*».

O codicilio cerrado deve ser aprovado com as mesmas formalidades, salvo quanto ao numero e qualidade das testemunhas.

Paragrapho 145.—As contas de testamenteiros e causas contenciosas e administrativas sobre testamentos e residuos competem, no Estado do Rio, aos juizes municipi-

paes processar e julgar até um conto de réis, e excedendo dessa quantia são julgados pelos juizes de direito (Art. 212, lettra *c*, do Decreto n. 43 A., de 1893.

Paragraphos 226 e 227.—No Estado do Rio os inventarios e partilhas são julgados até um conto de réis pelos juizes municipaes e excedendo desse valor pelos juizes de direito. (Art. 212, lettra *c*, do Decreto n. 43 A., de 1893.)

Paragrapho 233.—O Tribunal reformou a sentença do juiz de direito de Batataes, julgando não bastar o inventario e ser necessario ter havido effectiva partilha dos bens.

Transcrevemos o Accordão do Tribunal de Justiça do Estado (Vide «Gazeta Juridica» do Estado, pags. 117 a 125, vol. XIII, n. 2, de Fevereiro de 1897):

Casamento civil—Inventario dos bens do extincto casal antes do
segundo casamento

1.º E' indispensavel o inventario dos bens do casal quando ha filhos, para que o conjuge sobrevivente possa contrahir segundas nupcias sem incorrer na pena do art. 99 da Lei do Casamento Civil.

2.º O inventario de que falla o artigo 7.º, § 9.º, da Lei n. 181, de 1890, comprehende tambem a partilha.

3.º A pena do citado art. 99 é applicavel por simples negligencia, não sendo necessario o dóló ou prejuizo.

4.º Não ha analogia entre essa pena e a do crime de sonegação.

ACCORDÃO

Accordão em Tribunal: Vistos e relatados estes autos de appellação civil e bem discutidos, entre partes José Gabriel Garcia de Figueiredo e Joaquim Garcia de Fi-

gueiredo, assistidos de seu tutor, Major Joaquim Alberto da Costa, e auctorizados por alvará judicial, auctores, e ré D. Marianna Carolina Alves, que fôra casada em primeiras nupcias com Gabriel Garcia de Figueiredo ora representada por seu segundo marido, Antonio Luiz Gonçalves, dão provimento á appellação interposta pelos auctores appellantes para reformar, como reformão, a sentença appellada que julgou improcedente a acção com fundamento no art. 99 com referencia ao art. 7.º, § 9.º, da Lei n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, pedindo a condemnação da ré appellada na perda, em proveito dos filhos do primeiro patrimonio, das duas terças partes dos bens que na partilha, em meação, recebeu no valor de 16:524,8325.

Reformão a sentença appellada, porquanto, mesmo que se tome o vocabulo inventario—de que usa o art. 7.º, § 9.º, da citada Lei n. 181, de 1890, na sua accepção de descripção dos bens deixados pelo defunto ao tempo de sua morte, mostra-se dos autos que a ré appellada contrahiou segundas nupcias sem ter completado o inventario dos bens do casal; pois *inventario* que, em geral, é descripção de bens, particularmente—como define Pereira e Souza, Dicc. Juridico, *verb. inventario*,—é a «numeração e descripção dos bens moveis, de raiz, titulos e papeis, dividas activas e passivas», definição esta que se conforma com a Ord., liv. 1.º, tit. 88; e dos autos se prova que a ré appellada, tendo iniciado o inventario dos bens de seu primeiro casal e descripto os moveis, semoventes e de raiz antes de seu segundo consorcio, veio a completar o inventario tempo depois de contrahido o segundo casamento, tendo feito a descripção das dividas activas em 10 de Maio de 1894, em data posterior ao segundo casamento a 21 de Abril do referido anno. Accresce que a intenção do legislador disponde que o viuvo ou viuva, que tem filho do conjugue fallecido, não possa casar-se emquanto não fizer inventario dos bens do casal, sob pena de perda de duas terças

partes dos bens que lhe devião caber no inventario, si o tivesse feito antes do segundo casamento, é que se faça inventario tomando-se elle como processo comprehensivo não só da descripção geral dos bens como tambem da partilha, sendo por ella feita a separação real dos bens dos filhos do primeiro matrimonio e dos bens do viuvo ou viuva meeiro e por ella sabendo-se quaes os bens levados ao segundo casal. A lei exige *inventario feito*—ou concluido pela effectiva partilha—e seu fim foi salvaguardar os direitos dos filhos do primeiro matrimonio para que não pudessem ser sacrificados no inventario em todos os seus termos.

A lei, diz Clovis (Direito da Familia, pag. 477 e 478), fere indistinctamente a qualquer dos conjuges desidiosos em partilhar a fortuna do casal, posto que soffrega por contrahir novo casamento; e á pag. 87 diz elle: —pelo direito allemão e em alguns outros regimens juridicos ha tambem a exigencia da *partilha prévia*.

Não tem applicação á especie as razões relativas aos casos da Ord., liv. 1.º, tit. 88, §§ 8 e 9, e liv. 4.º, tit. 98, § 6; e nem para effectividade da pena do art. 99 da lei n. 181, de 1890, pelo facto da violação do art. 7.º, § 9.º, da mesma lei, é necessaria a prova de fraude ou dolo, pois a lei é prohibitiva e manda impór a pena pela prova da omissão do inventario dos bens do casal antes do segundo casamento, sem cogitar da culpa, dolo ou fraude, como se o exige para a acção de sonogados quanto á imposição de penas. Assim, á vista dos expostos motivos, julgam procedente a acção e condemnam a ré a perder em proveito de seus filhos do primeiro matrimonio, os autores, as duas terças partes dos bens que lhe couberam em partilha, na somma de 16:524\$325, as partes cabentes aos autores no valor de 7:344\$144, pertencentes a ambos e a pagar as custas. S. Paulo, 2 de Setembro de 1896.—*Brotéro*, presidente interino.—*Ferreira Alves*.—*Oliveira Ribeiro*.—*Canuto Saraiva*.

Accordão confirmado pelo Tribunal pleno, em sessão de 10 de Julho de 1897.

Em contrario foi julgado pela Relação do Recife, por Accordão de 14 de Agosto de 1896.—Direito, vol. 71, n. 3, pags. 331 a 336.

Paragrapho 238.—Appellação é denominação impropria, pois é caso de recurso extraordinario (Lucio de Mendonça, Recurso extraordinario, Direito, vol. LXXI n.º 2, pag. 164 in fine).

Paragrapho 247.—A livre faculdade de dispor em terça (Ord., liv. 4.º, tit. 82), não soffre limitação pela Ord., liv. 4.º, tit. 66; assim julgou o Tribunal de Justiça de S. Paulo, por Accordão de 29 de Setembro de 1897, na appellação civil da capital n.º 1277, entre partes Maria Fugoni e Graciana Maria dos Passos, reformando o Accordão de 17 de Abril do mesmo anno, sustentando que a prohibição de doar e alienar á concubina não se estende aos actos de ultima vontade, seguindo a opinião de Lafayette, Direitos de Familia, nota 2.ª ao § 40, pag. 70, em contrario a Coelho da Rocha, § 690; Ramalho, Instit. Orph., pag. 56, nota 163, e Lobão, Acc. Summ., vol. 1.º, § 183, e Dissert. 2.ª; Clovis, Dir. da Familia, pag. 168.

Paragrapho 263, nota 90. O Tribunal de Justiça de S. Paulo sustentou ser o comprador da herança responsável pelas dividas da herança, na proporção da quota hereditaria comprada; pois percebendo todas as vantagens provenientes do direito hereditario, é justo que suporte os encargos. Qui sentit commodum et onus sentire debet. Sicut lucrum omnem ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere. (Dig., liv. 18, tit: IV, l. 2.ª, § 9; Cod. de Hered.

Vendit, liv. IV, tit, 39; Pothier, vol. I, ns. 109 e 111, pag. 523, e Successões, pag. 264, § 2.º; Accordãos do Tribunal de Justiça, de 6 de Março e 9 de Outubro de 1897, na appellação n. 1235, de Dous Corregos, appellante Benedicto Paiva e appellado Antonio Pedroso de Almeida; Revista Mensal, vol. V, de Março de 1897, pag. 271.)

Paragrapho 275, nota 96.—O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em contrario a essa opinião, julgou que a mulher casada que renuncia a meiação no inventario dos bens do marido não é responsavel pelo pagamento das dividas do casal ao tempo da constancia do casamento por bens posteriormente adquiridos, depois da renuncia. (Accordão de 17 de Julho de 1897, na appellação da capital, n. 1079. entre partes Manoel Ferreira Leal e outros e Jeronymo Sampaio e outros, reformando a sentença de 1.ª instancia que em contrario julgou.

Paragrapho 284, nota 96.—No Direito, vol. 71, n. 4, pag. 509, se vê julgado pelo Tribunal Superior do Estado de Alagoas, que as dividas dos herdeiros são imputadas em seus quinhões; que a collação é extensiva não só aos bens que o pae ou mãe separa do acervo de seus haveres e entrega ao filho, como ás dividas, quer provenham de *emprestimos*, quer de *outro titulo*, pois tanto no 1.º como no 2.º caso, procedem do pae ou da mãe. (Ord., liv. 4.º, tit. 97, princ.)

Paragrapho 297.—As acções de nullidade de testamento e desherdação são processadas e julgadas pela Camara Civil, no Districto Federal. (Art. 20. § 1.º, II, d. Decreto n. 2579, de 16 de Agosto de 1897.) No Estado do Rio julgam taes causas os juizes de direito.

Paragrapho 309.—Testamento reciproco.—Transcrevemos a interessante sentença do Supremo Tribunal Federal a respeito dos estrangeiros que no paiz fazem testamento reciproco e conjunctivo como esposos, mutuamente se instituindo, e quando pelas leis do paiz delles não são permittidos taes testamentos communs.

«Vistos, expostos e discutidos os presentes autos de homologação de sentença estrangeira. Tendo Giuseppe Martinelli requerido homologação de sentença proferida pela Côrte de Appellação da cidade de Lucca, no reino da Italia, que declarou nullo o testamento de mão commum ou conjunctivo, feito na cidade de S. Paulo, desta Republica dos Estados Unidos do Brazil, entre os conjuges Raffaello Martinelli e Ambrosina Molteni, offereceu esta os seguintes embargos, em que articula :

—Que seu marido residiu por muito tempo na capital do Estado de S. Paulo, onde com o auxilio da embargante adquiriu alguma fortuna ;

—Que pretendendo seu marido e ella embargante reverem a terra de seu nascimento, fizeram em 23 de Março de 1892, na cidade de S. Paulo, perante o respectivo tabellião, testamento de mão commum, em que se instituiram reciprocamente herdeiros de todos os bens que possuíam, dado que na occasião da morte de um delles já não existissem seus ascendentes, que eram os unicos herdeiros forçados ;

—Que, fallecendo seu marido na cidade de Lucca, reino da Italia, regressou ella embargante á terra de seu domicilio, e que na cidade de S. Paulo fez inventario judicial dos bens de seu casal ;

Que, reconhecido valido por sentença de 25 de Maio de 1894, o testamento de mão commum, lhe foi adjudicada a meação de seu marido ;

—Que quando já estava na posse de todo o acervo do seu casal intentaram os irmãos e sobrinhos do seu marido, no reino da Italia, acção de nullidade do testamento e petição de herança ;

—Que esta acção, julgada improcedente no juizo de primeira instancia, foi considerada regular pelo Tribunal da Côrte de Appellação de Lucca, que decidiu em 10 de Fevereiro de 1896 serem contrarios á lei italiana os testamentos de mão commum ou conjunctivos;

—Que essa decisão, porém, que negou a validade do testamento não podia ter execução no Brazil, pois que sem mais fórma de juizo, revogava uma sentença brasileira; e que, portanto, devia ser negada a pedida homologação.

Contestando os embargos, disse o herdeiro collateral Giuseppe Martinelli que Raffaello Martinelli era italiano e havia fallecido no reino da Italia; que o Tribunal italiano annullando o testamento de mão commum, feito pelo mesmo Raffaello Martinelli e sua mulher, por não ser reconhecido pela lei italiana, declarou *ab-intestata* a herança de Martinelli; e que, sendo as successões legitimas e testamentarias regidas pela lei nacional do *de cujus* não se poderia deixar de homologar a sentença italiana.

Isto posto: e,

Considerando que uma das principaes causas que no 16.º seculo, segundo ensina a tradição juridica, deram origem á grande regra — *locus regit actum* — foi a difficuldade em que muitas vezes se achava o estrangeiro para fazer o seu testamento de accordo com as leis de sua patria;

Considerando que, posteriormente, a jurisprudencia internacional adoptando este salutar principio, expressamente consigna que as fórmas dos actos são reguladas pelas do logar onde tem sido elles celebrados;

Considerando que o escriptor Eschloson restringe essa regra com referencia á materia dos testamentos, pois que elle diz: —que um testamento é sempre valido quanto á fórma si o testador morre em paiz estrangeiro; mas si elle voltar á sua Nação de origem, tal acto será

radicalmente nullo, desde que não fôr um modo de testar reconhecido pelo seu direito nacional;

Considerando que a esse respeito observa Fiore que a solução desse escriptor não é scientificamente admissivel, porque não ha razão para invalidar uma disposição valida, só pelo unico motivo de ser possivel o testador fazer outros testamentos;

Considerando que o mesmo Savigny, que aconselha a todo chefe de familia prudente que faça o seu testamento em sua patria, para prevenir quaesquer duvidas que por ventura se possam suscitar, affirma, sem embargo, que não acredita que a limitação de Eschlosen seja conforme com os principios de direito, não havendo tão pouco encontrado muitos partidarios dessa doutrina;

Considerando que esta divergencia de opiniões ainda mais se accentua em face do testamento de mão commum, ou conjunctivo; e a legislação de diversos paizes tem dado differentes soluções attinentes ao modo de apreciar esse acto de ultima vontade;

Considerando que Demangeat, Marcadé, Duquit e Despanget são de opinião que si o testamento de mão commum ou conjunctivo é prohibido em razão de ordem publica ou social deve-se applicar a lei que rege a validade de taes actos. Si ao contrario não se toma a prohibição nesse sentido, como pensam Merlin, Aubry, Rau e Demolombe, deve se ter em observancia a regra—*locus regit actum*;

Considerando que nessa conformidade têm decidido os tribunaes francezes que o art. 968 do Codigo Civil Francez, que prohibe os testamentos de mão commum ou conjunctivos contem uma regra de fórma, e que por conseguinte os conjuges francezes podem, nos paizes em que é permittido semelhante modo de testar, si instituirem reciprocamente herdeiros um do outro em um só e mesmo acto. (Côrte de Appellação de Cassação, 23 de Junho de 1833; Côrte de Toulon, 11 de Maio de 1850);

Considerando que os juizes da Côrte de Appellação de Lucca procuram justificar o seu julgamento em con-

trario a essas decisões com a circumstancia de achar-se o art. 968 do Codigo Civil Francez não sob a rubricada - «fôrmas de testamentos»—mas das successões testamentarias; o que claramente demonstra que aquella prohibição affecta, não á fôrma, porém á substancia do acto;

Considerando que este argumento não parece decisivo, porque, além de ser regra de direito que—«*rubrica legis non est lex*»—, accresce que a collocação desse dispositivo prohibitivo na parte relativa ás successões, não póde alterar a questão, desde que de sua simples leitura para logo se evidencia que elle cogita unicamente da fôrma de escripto que serve para authenticar a disposição da ultima vontade;

Considerando mais que Rolin, em sua modernissima obra sobre o —«Direito Internacional Privado»—, publicada este anno, accitando como juridicas as sentenças daquelles tribunaes francezes, pondera que hodiernamente todas as legislações dos povos cultos, consagrando que a regra—*locus regit actum* applica-se mesmo ás fôrmas substanciaes de qualquer acto, nenhuma razão existe para que della seja excluido o testamento de mão commum ou conjunctivo;

Considerando, por outro lado, que, si por ventura não fosse controvertida a materia de ser ou não applicavel ao testamento de mão commum ou conjunctivo a regra—*locus regit actum*—, ainda não se poderia dar execução á presente carta de sentença italiana, pois que tem ella por fim cassar uma sentença brasileira, que, de accôrdo com o nosso direito, julgou valido o testamento em que Raffaello Martinelli e sua mulher Ambrosina Molteni si instituiram reciprocamente, em um só acto, herdeiros um do outro;

Considerando que, si em attenção ás relações de amizade ou de mutua conveniencia, é permittido que as sentenças estrangeiras produzam effeitos além de suas fronteiras territoriaes, todavia não seria licito dilatar

essa concessão até o desconhecimento do direito da soberania nacional;

Considerando que as regras de competencia e de processo são do dominio da lei territorial, e por isso não podem, como muito bem entendem Weers e Rolin, ser alteradas por actos emanados de auctoridades estrangeiras;

Considerando que na corrente opinião dos praxistas e com inteiro assento em nossa jurisprudencia, as sentenças, quando evidentemente contrarias a direito e portanto nullas nos termos da Ord., liv. 3, tit. 75, não podem ser declaradas taes, emquanto não se annullam pelos meios competentes, pois que têm em seu favor a presumpção—*juris et jure* de serem verdadeiras e justas;

Considerando que, assim sendo, dado que a sentença que julgou valido o testamento de mão commum ou conjuntivo seja manifestamente nulla, não seria possível decretar essa nullidade, sem que ella fosse demandada perante os tribunaes brasileiros :

Accordão, por estes motivos que consultam a elevados interesses de ordem publica, negar a pedida homologação da sentença proferida pela Côrte de Appellação de Lucca, no Reino da Italia, nos termos do art. 14, letra B, n. 5, da Lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894.

Pagas as custas pelos embargados.

Supremo Tribunal Federal, 21 de Agosto de 1897.—*Aquino e Castro*, presidente.—*Bernardino Ferreira*.—*João Barbalho*.—*Manoel Murtinho*, vencido. Votei pela homologação, por não fundar a opposição contra a sentença estrangeira em qualquer dos casos previstos no artigo 12, § 4.º, letra B, da Lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894. — *André Cavalcanti* — *João Pedro*. — *Pindahyba de Mattos*.—*Ribeiro de Almeida*. *Americo Lobo*. Não exerci a attribuição conferida ao Tribunal inconstitucionalmente.—*Herminio do Espirito Santo*. Vencido de accôrdo com o voto supra.—*Pereira Franco*.—Foi presente o sr. Ministro Procurador Geral da Republica, Sobre testamento

de mão commum vide direito, vols. 1.º pag. 179, X, pag. 433; XIII, pag. 237; XXXVIII, pag. 535 e XLVIII, pag. 205.

Paragrapho 352, nota 131.—O Tribunal de Justiça de S. Paulo mudou de opinião na interpretação da lei fiscal a respeito, julgando que os bens de um herdeiro ausente no estrangeiro não devem pagar imposto quando taes bens ficam no Estado e não sahem delle. Eis o Accordão:

EMBARGOS

N. 745 — CAPITAL

Embargante : — *A herança de Angelo Andreotti.*

Embargada : — *A Fazenda do Estado.*

(1) Accordão em Tribunal: que vistos, relatados e discutidos estes autos entre partes—embargante a herança de Angelo Andreotti e embargada a Fazenda do Estado, recebem os Embargos para, reformando o accordão embargado, mandar que prevaleça a sentença que homologou o calculo de fls. 16, deduzindo $\frac{1}{2}$ % e 10 % addicional sobre o liquido do quinhão hereditario em vez de 20 % e addicional, como pretende a Fazenda do Estado; porquanto, si a herdeira Dona Carmela Andreotti tem o seu domicilio na Europa, mostra-se entretanto destes autos que quasi a totalidade do capital hereditario acha-se ligado ao gyro commercial da firma social A. Andreotti e Companhia, da qual fazia parte o finado Andreotti, e a escriptura de fl. 13, demonstrando que a referida herdeira se incorporava áquella firma, de que são socios seus filhos aqui residentes, com o patrimonio que constitue a propria herança, torna evidente ser inapplicavel á especie dos autos o disposto no art. 17 da lei n. 239, de 4 de Setembro de 1893, que se refere a heranças ou capitaes que tiverem de sahir do Estado, sem cogitar de

(1) Vide Revista Mensal VI, pag. 239, Accordão n. 238.

domicilio do herdeiro, até mesmo porque o pensamento da lei é todo de ordem economica, aggravando o imposto para o capital que se retirar do movimento commercial do paiz, e attenuando para o que aqui permanecer: —o seu objectivo é o capital, mas nunca a pessoa do herdeiro.

E nem a disposição da lei provincial n. 86, de 25 de Junho de 1881, que já se referia a taes heranças, pode modificar esta intelligencia da citada lei de 1893, pois é a propria lei de 1881 que no art. 23 comprehende exclusivamente heranças e legados *que se retirarem para o estrangeiro*, por não morar no Brazil o herdeiro ou legatario, o que não se dá nesta hypothese, em que a herança fica no paiz.

E assim julgando, condemnam nas custas a embargada.

S. Paulo, 24 de Abril de 1897.—*Brotéro*, presidente. —*Oliveira Ribeiro*.—*Cunha Canto*, vencido. Regeitava os embargos para confirmar o Accordão por seus fundamentos.—*Delgado*, vencido.—*Virgílio Cardoso*.—*M. Cesar*, vencido.—*M. de Godoy*.—*Pinheiro Lima*, vencido de accordo com os fundamentos do Accordão embargado e mais da disposição do art. 68 do Decreto n. 655, de 14 de Abril de 1896... heranças e legados que sahirem do paiz, por *nelle não residir* o herdeiro ou legatario. *Canuto Saraiva*.—*Ferreira Alves*. (Revista Mensal, vol. de Abril de 1897, pags. 442 e 443).

O Accordão foi embargado pelo Procurador Geral do Estado e confirmado por Accordão de 2 de Outubro do citado anno.

Paragrapho 373.—O Decreto n. 2219, de 18. de Janeiro de 1896, estabeleceu o formato, valores e signaes caracteristicos do sello da taxa judiciaria, creado pelo Decreto legislativo n. 225, de 30 de Novembro de 1894.

Paragrapho 400.—Filhos naturaes—Em França foi promulgada a Lei de 25 de Março de 1896, sobre o direito successorio dos filhos naturaes, a qual se vê publicada em Dalloz, 6.º cahier de 1896, pags. 26 a 32, havendo o advogado Allard feito um estudo em um volume in 8.º A lei foi proposta ao Senado em 27 de Junho de 1895 e sancionada no anno seguinte.

Ella não concede direitos aos filhos naturaes sobre os bens de seus paes fallecidos sinão quando hajam sido legalmente reconhecidos, e neste caso são tidos como herdeiros e concorrem á successão de seus pae e mãe fallecidos. O direito hereditario delles na successão de seus pae e mãe é assim declarado:—Si o pae ou mãe deixarão descendentes legitimos, o direito é da metade da quóta hereditaria que coubesse si fossem legitimos. E' de tres quartos quando o pae ou mãe não deixam descendentes, mas ascendentes, irmãos ou irmans, ou descendentes legitimos de irmãos e irmans. Têm direito á totalidade dos bens quando o pae e mãe não deixam descendentes, ascendentes, irmãos e irmans e filhos destes legitimos. Em caso de fallecimento dos filhos naturaes, seus filhos e descendentes podem reclamar eguaes direitos retro declarados.

Taes disposições não são applicaveis aos filhos adulteros e incestuosos, pois estes só têm direito a alimentos, regulados segundo os haveres do pae e da mãe, attendendo-se ao numero e qualidade dos herdeiros legitimos.

A successão do filho natural morto sem posteridade devolve-se ao pae ou mãe que o reconheceu, ou a ambos si o reconheceram.

No caso de já terem fallecido o pae e a mãe do filho natural morto sem posteridade, os bens que houverem herdado dos paes passam aos irmãos e irmans legitimas em ser, existindo ou em valor; quanto aos mais bens passam aos irmãos e irmans naturaes.

Os filhos naturaes reconhecidos não podem receber doações *inter vivos*, além do que lhes é concedido por

sucessão. Os filhos naturaes reconhecidos têm direito a uma reserva que é correspondente a uma quóta que poderiam ter si fossem legitimos, calculada observando-se a proporção que ha entre a quóta attribuida ao filho natural no caso de successão *ab-intestato* e a que no mesmo caso poderia ter si fossem legitimos.

Quando, em falta de filhos legitimos, o defunto deixa um ou muitos filhos naturaes e ascendentes nas duas linhas ou em uma só, as liberalidades por actos *inter vivos* e por testamento não podem exceder á metade dos bens si não ha sinão um filho; o terço si ha dous; o quarto si ha tres ou maior numero.

Os bens, assim reservados, são adquiridos pelos ascendentes até á concurrencia de um oitavo da successão e o resto pertence aos filhos naturaes. A lei regula a ordem de succeder entre os herdeiros legitimos e os naturaes. Em falta delles os bens passam ao conjuge sobrevivivo, e na falta á Nação.

M. M. Letellier, Julien, Demole e Folain, nas Camaras dos Deputados e Senado, apresentaram, em 1888 e 1890, projectos pedindo a assemelhação completa dos filhos naturaes reconhecidos e legitimos, com partes eguaes nas successões paternas e maternas, egual legitima com exclusão dos ascendentes, salvo pensões concedidas a estes quando precisassem.

Elles tomaram por base de seus projectos uma larga definição da *familia*, dizendo ser um agrupamento de pessoas que consentiram formar uma agglomeração de direitos e deveres reciprocos. Que uma vez reconhecidos os filhos naturaes, os paes, sem incorrer em desprezo publico, não podem distinguil-os dos legitimos quanto á educação, tratamento, preparo de sua carreira e dote, e nem é possivel que sejam preteridos pelos ascendentes, *o mesmo vinculo de sangue unindo a paternidade natural e legitima aos filhos.*

Emilio Acollas (Direito Civil) vae além, quer a assemelhação de todos os filhos, comprehendendo mesmo

os adulterinos. Diz elle: «Devant la justice l'enfant est l'égal de l'enfant; pour chaque enfant, la formule du droit est la même. Tout enfant a droit a être élevé, d'abord par ses père et mère, ensuite par ses ascendants, et á défaut des uns et des autres, par la société.»

Dauphin, no parlamento francez, combateu os referidos projectos e foram regeitados em sessão de 18 de Maio de 1895, dizendo: «a familia não é sómente um agrupamento que um pae ou mãe compõe á vontade; as leis, a moral, as religiões e os costumes no mundo inteiro não a comprehendem assim. No sentido real e universalmente acceito, é uma instituição social que procede do casamento; está invencivelmente ligada a elle, que lhe assegura a conservação e dignidade, que a fórma e dá-lhe perpetuação, não tendo o legislador o direito de abalar essa instituição. Concluir dos deveres do pae e mãe naturaes para a obrigação de assemelhar os filhos illegítimos aos nascidos de justas nupcias; pol-os em pé de egualdade de direitos, é sacrificar um interesse superior e geral a situações particulares e exceptionaes, é animar a desordem dos costumes, provocar discordias e odios com prejuizo dos laços de sangue que se afrouxariam, e não haveria razão para se exceptuar da egualdade os filhos adulterinos e incestuosos, para com os quaes a gravidade da falta impõe mais forte responsabilidade.»

Entre nós pende de approvação do Senado um projecto revogando a Lei n. 463, de 2 de Setembro de 1847, e restaurando a Ord., liv. 4.º, tit. 92, menos quanto á distincção entre nobres e plebens.

Foram offerecidos tres substitutivos dos srs. Gomes de Castro, Bernardo de Mendonça Sobrinho e Gonçalves Chaves que requereu, em 3.ª discussão, que fosse nomeada uma commissão especial para dar parecer sobre o projecto, tendo sido nomeada e composta de tres membros.

Parapho 412.—A lei que que prohibe a investigação da paternidade, diz Julio Favre, envergonha a civilisação.

Julio Simon (La Liberté Civile) diz que similhante lei é ferina, aggrava a posição de um filho já victima de uma desgraça immerecida, pois que não tem familia. Ella é benevolente e protectora do pae, o mais culpado, isto é, aquelle que não reconhece seu filho; prohibida a investigação da paternidade, elle, o pae desnaturado, é invencivel no seu proposito de não cumprir o dever de reconhecer o filho.

M. Marie diz: Todos devem ter a responsabilidade de seus actos. Absolver um culpado com o pretexto que haveria innocentes e perigos na investigação do crime, *c'est de la lacheté, ce n'est pas de la justice.*

Em favor dos filhos naturaes erguem-se as vozes de litteratos e juriconsultos, assim Victor Hugo, Alexandre Dumas Filho, Herold, de Fresquet, Littré, Lacantinière, Laurent, Louis Blanc, Eugene Pelletan, Courcelle Seneuil, Vacherot, Demangeat, E. Acollas e outros.

Emilio Girardin, no seu livro sobre a condição dos filhos naturaes, diz: Como explicar que seja o filho que soffra a pena da falta que elle não commetteu, da falta que foi commettida antes que elle tivesse nascido, antes que fosse gerado, antes que fosse concebido? Não é só esta a iniquidade e perversão da lei e da razão humana, vai além: Punem-se os innocentes e absolvem-se os autores da culpa, os paes!

Carvalho de Moraes o disse: Será moral que os paes adulteros, cessando o impedimento, possam casar legalmente, e que a pena recaia sobre o fructo do peccaminoso coito?!

O nosso juriconsulto nacional, dr. João Monteiro, no seu discurso inaugural do curso de legislação comparada, no seu trabalho—Da Universalisação do Direito—diz que a prohibição de pesquisa da paternidade e maternidade natural é um monstro immoral e injuridico e

appella para as eloquentes paginas de Accolas, na sua obra —*Les enfants naturels*, 1862.

Transcrevemos a bella nta 55 do trabalho do illustre professor da nossa Faculdade :

«O Codigo Hespanhol permite, é verdade, a pesquisa da paternidade (art. 135) e da maternidade natural (art. 136) nos casos alli definitivamente taxados ; mas é precisamente a prohibio em outros casos, possivelmente quotidianos, que nos revolta. Punir o filho pelo erro do pae é monstruoso.

«A livre pesquisa da paternidade natural, diz Cavagnari (*Nuovi oriz.*, pag. 21), é uma das supremas aspirações dos evolucionistas e das instituições que me parecem necessarias para purificar e melhorar o ambiente da familia».

Allegam os impugnadores (Vigliani *Relazione senatoriale sul 1.º libro dei proj. di Cod. Civ.*, pag. 61), que a prohibio da pesquisa é hoje um principio de direito commum dos povos civilizados.

Não é exacto : em maior numero são os estados que admittem-na. Assim, todos os cantões da Suissa (salvo Genebra, Neufchatel, Vallese e Ticino (Vde Rossel, *Man. de Droit. Civile de Suisse romande*, Genve, 1886, p. 50), a Austria, Prussia, Baviera, Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Estados Unidos, Portugal, em certos casos (art. 130 do Cod. Civ.) quanto á paternidade, sempre quanto á maternidade (art. 131), a Republica Argentina e, segundo tenho sempre opinado, o Brazil, pois não conheço lei que o prohiba, a despeito do art. 7.º, § 1.º, *alin.* do Decreto n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, que regulando uma relação especial—prova de impedimento matrimonial—não se deve estender a outras relações. Não admittem : a França, a Italia (salvo no caso de rapto ou de estupro violento, quando a respectiva epocha corresponda á da concepção, art. 189, Cod. Civil), Belgica, Polonia, Russia, Bolivia (Vide Cavagnari, loc. cit e Sarsfield, *Notas a los articulos del Cod. Civil Argentino*, pag. 20).

O Código do Chile, art. 271, assim dispõe: *El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce.*

Porque não hão de todos códigos imitar o da República Argentina, art. 325: *Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre ó la madre, ó para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de paternidad ó maternidad todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran á demostrar la filiación natural?*

Allegam ainda os panegyristas do Código Francez que a indagação da paternidade daria lugar a pleitos immoraes e escandalosos; «porém, como diz o citado Sarsfield, as leis que a permitem têm precisamente por objecto evitar fraudes e escandalos de ordem superior. Nas questões de filiação natural, a indagação da paternidade não visa a descoberta de um crime. As leis não punem a união das pessoas livres. Nenhum homem se julgaria deshonrado porque se descobrisse que era o pae natural de uma pessoa. Onde está, pois, a descoberta de acto escandaloso?

Y cómo evitar en los juicios la discusión de hechos inmorales ó escandalosos? Los pleitos sobre estupro, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer ó del marido son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la investigación y prueba de los hechos.»

Mas onde o código hespanhol é de todo injustificavel é na prohibição da pesquisa da maternidade, que é, como dizem os escriptores, sempre certa, e *por esta vulgaridade de antiga jurisprudencia*, ainda na expressão de Sarsfield, sempre se permittiu a indagação da maternidade.

E esta regra prova ainda a inconsistencia d'aquella segunda allegação dos impugnadores da indagação da paternidade. Si é permittida a pesquisa da maternidade

porque esta é sempre certa, e o facto pode provar-se, e prohibida a da paternidade, porque esta não é certa, conveem elles então em que a razão da prohibição não é o escandalo do pleito, porque escandalos tambem, e muito maiores, se podem dar nas acções de reconhecimento de maternidade natural.»

§ 411. Os direitos successorios dos conjuges, em França são actualmente regulados pela Lei de 9 de Março de 1891. Em falta de herdeiros em gráo successivel vem o conjuge sobrevivente, succedendo ao conjuge predefuncto, mas com a condição que não haja entre elles separação de corpos nem divorcio. No caso deste a união não existe, não pode de modo algum abrir-se direito de successão em proveito do conjuge divorciado sobrevivente. Em caso de separação de corpos este direito não é attribuido senão ao esposo em proveito de quem a separação foi pronunciada. No caso mesmo do esposo ser preferido na successão pelos parentes de seu conjuge, lhe é reservado um direito de usufructo que varia na quantidade conforme a qualidade das partes que recolhem a successão. Quando o esposo predefuncto deixa filhos legitimos, filhos de seu casamento com o conjuge sobrevivente, percebe este o usufructo do quarto da successão. A lei nos mais casos beneficia o conjuge sobrevivente com usufructo pela maneira na lei determinada e ainda com uma pensão alimenticia no anno da morte ou no fim da partilha se durar mais de um anno. A lei se vê citada por Louis Martin, Droit Civil, pag. 180.

§ 67. Sello de testamentos: no Districto Federal Pagam estes 300 reis por meia folha pelo novissimo Regulamento, Decreto n.º 2573, de 3 de Agosto de 1897, tabella B n.º 4, publicado no Direito de 15 de Novembro de 1897, pag. 456.

