

*Senado*

TRACTADO REGUL AR E PRACTICO

DE

TESTAMENTOS E SUCCESSÕES



3  
2  
4

PROGRAMM VON DR. F. BRUNNEN  
IN  
TESTAMINTE VON P. BRUNNEN

TRACTADO cc  
REGULAR E PRACTICO  
DE  
TESTAMENTOS E SUCCESSÕES

OU  
Compendio methodico das principaes regras e principios  
que se podem deduzir das Leis testamentarias,  
tanto patrias como subsidiarias, illustrado e acclarado  
com as competentes notas

POR  
**Antonio Joaquim de Gouvêa Pinto**

EX-CORREGEDOR DA COMARCA DE  
PORTO ALEGRE

—  
**NOVA EDIÇÃO**  
ANNOTADA

POR  
**ANTONIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES**  
JUIZ DE DIREITO

CAVALLEIRO DA IMPERIAL ORDEM DA ROSA, MEMBRO DA SOCIEDADE  
AUXILIADORA DA INDUSTRIA NACIONAL E DE VARIAS  
ASSOCIAÇÕES LITTERARIAS DO PAIZ.

—  
RIO DE JANEIRO

PUBLICADO E Á VENDA EM CASA DOS EDITORES-PROPRIETARIOS  
**EDUARDO & HENRIQUE LAEMMERT**

66, Rua do Ouvidor, 66

1877

342.1672  
leg 719  
xlc



TESTAMENTO DE EUGENIO DE ALBUQUERQUE

Eu, o abaixo assinado, EUGENIO DE ALBUQUERQUE, brasileiro, solteiro, residente e domiciliado na cidade de Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, por este meu testamento declaro e estabeleço que, em virtude de minha doença, que julgo incurável, quero deixar em testamento os bens que possuo e que me pertencem, para serem distribuídos entre meus herdeiros e legatários, conforme segue:

Primeiro: Deixo em testamento a minha casa situada na cidade de Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para ser herdada por meus filhos, EUGENIO DE ALBUQUERQUE e EUGENIA DE ALBUQUERQUE, em partes iguais.

Segundo: Deixo em testamento a minha casa situada na cidade de Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para ser herdada por meus filhos, EUGENIO DE ALBUQUERQUE e EUGENIA DE ALBUQUERQUE, em partes iguais.

Terceiro: Deixo em testamento a minha casa situada na cidade de Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para ser herdada por meus filhos, EUGENIO DE ALBUQUERQUE e EUGENIA DE ALBUQUERQUE, em partes iguais.

NOVA REDAÇÃO

ANOTADA

ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CIDADE DE RIO DE JANEIRO

Eu, o abaixo assinado, EUGENIO DE ALBUQUERQUE, brasileiro, solteiro, residente e domiciliado na cidade de Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, por este meu testamento declaro e estabeleço que, em virtude de minha doença, que julgo incurável, quero deixar em testamento os bens que possuo e que me pertencem, para serem distribuídos entre meus herdeiros e legatários, conforme segue:

RIO DE JANEIRO

EUGENIO DE ALBUQUERQUE

**BIBLIOTEC DO SENADO FEDERAL**

Este volume foi registrado  
 sob o número 3.401  
 do ano de 1946

## ADVERTENCIA A ESTA NOVA EDIÇÃO

---

Esta monographia de Gouvêa Pinto é hoje classificada entre as obras classicas do direito patrio. Della se têm tirado copiosas edições, algumas das quaes merecêrão annotações de doutos escriptores.

Com a numeração de *sexta*, conhecemos a dos Srs. E. & H. Laemmert, 1851, annotada pelo Sr. Conselheiro Furtado, lente da faculdade de S. Paulo; e a dos Srs. Antonio Gonçalves Guimarães & C., 1867, annotada pelo Sr. Conselheiro Serqueira, mui distincto ornamento do fôro da côrte.

Vencia aquella a esta na abundancia das notas, que, bem ou mal, punhão o leitor corrente com a legislação testamentaria brasileira. Possuia esta a vantagem do menor tamanho do volume, que o fazia mais accessivel a todas as algibeiras; mas a escassez e pobreza das suas notas não o recommendavão tanto.

Uma e outra nos pareceu susceptível de melhoramento. Bastava não abusar da repetição das notas, algumas bem escusadas, do Sr. Conselheiro Furtado, para fazer uma edição boa e de preço conveniente como a do Sr. Conselheiro Serqueira, tendo sobre ella a vantagem de trazer a obra a par da legislação e da jurisprudencia do paiz.

Com effeito, não teve aquelle illustre professor tempo ou o cuidado de examinar a legislação que cita de enfiada, misturando leis, decretos, alvarás, regulamentos, avisos e portarias, vigentes com revogados; de proxima, remota ou nenhuma applicação ao caso; sem criterio, ousamos dizer, repetindo a cada passo notas de pouca ou nenhuma valia; tornando-se cada nota uma *rudis, indigestaque moles*.

Não é nossa tenção desfazer na obra alheia; comtudo, para que sobresaia o que avançamos, daremos exemplos:

A nota á pag. 28 da mencionada edição de 1851, tendo o seu lugar proprio quando o A. trata das solemnidades do testamento cerrado, vem alli sem razão de ser, e sempre que se cita a Ord. liv. 4º, tit. 80, § 1º. É assim que, com o mesmo desproposito, se reproduz á pag. 31, 46, 98, 182, 198, etc;

A de pag. 49 vem á pag. 92;

A de pag. 47 se repete á pag. 58;

A que se lê á pag. 109 já veiu á pag. 29.

A de pag. 108 é a mesma das pag. 117, 130, 131, 144, 179, 276, etc.;

A nota (\*\*) pag. 158 é reproduzida á pag. 173 e 273 ;

Duas vezes seguidas vem á pag. 219 uma parte da nota da pag. 208 ;

A de pag. 204 se repete até á saciedade á pag. 230, 235, 236, 239, 241 e *passim*.

Outra ordem de exemplos :

Falla o A. no incesto como causa de desherdação dos filhos, e á nota 110 levanta a questão se, tratando-se da concubina do pai, se deve entender a *simples concubina*, ou a *teúda e manteúda*: a proposito, o annotador cita e transcreve os arts. 250 a 253 do Cod. Crim., que punem o adulterio.

Fallando da instituição dos herdeiros, e a proposito da palavra *filhos*, nota o A., á pag. 134, que nella se comprehendem os filhos, netos e netas, nascidos e por nascer, etc., que sendo preteridos ou desherdados sem causa, é nullo o testamento, valendo entretanto os legados que couberem na terça. Sobre este assumpto, cita o annotador o Ass. n. 291 de 20 de Julho de 1780, segundo o qual, instituido o marido em testamento feito antes, porém aberto por morte da testadora depois da lei de 9 de Setembro de 1769, fica valendo a instituição

emquanto couber na terça. Não ha duvida que em ambas as especies se applica o mesmo principio; mas ou a nota é desarrazoada, ou é de todo incompleta, porque ha muitas outras hypotheses analogas e de applicação mais frequente.

Finalmente, as notas á pags. 204, 220, 222, 230, 233, 235, 239, 241, 319, etc., são um chuvaireiro de leis, regulamentos e avisos, cada qual revogando ou repetindo os anteriores, já mil vezes anterior e posteriormente citados.

É um systema de annotação como qualquer outro. Vai-se a um repertorio; e a cada palavra do A. sacão-se delle as citações precisas, sem o trabalho de lér e cotejar os documentos citados para vêr se a citação quadra ao caso. Nos pareceu, comtudo, que, seguindo outra vereda, melhoravamos a obra do conceituado jurisconsulto portuguez, neste sentido: de auxiliarmos o leitor na procura das reformas havidas em certos pontos da legislação, e na solução das questões suscitadas e resolvidas pelos doutores e tribunaes.

Assim, a cada capitulo ajuntámos uma pequena, mas escolhida *bibliographia*, ou relação das leis que são fontes das respectivas materias, e dos DD. que dellas tratarão, e só dos mais frequentes nas estantes dos juizes e advogados noveis;

Levantámos muitas questões importantes, de

pratica quotidiana; e procurámos resolve-las já pelo proprio raciocinio, já pelas opiniões dos DD. ou pelos arestos dos tribunaes, e não poucas pelos textos da legislação;

Demos, finalmente, a jurisprudencia dos tribunaes, a qual, muito defectiva e incoherente como é, sempre serve para illustrar o estudo de algumas materias.

Citamos poucos avisos do governo: em geral, somos adverso á indebita intervenção do governo na esphera do poder judicial, dando regras onde o magistrado, pela dignidade do seu cargo, devia repelli-lo com indignação. Infelizmente, ha magistrados (fallamos da nossa classe), que á muita ignorancia reúnem muita frouxidão de animo; e são os primeiros a pedirem ao governo que lhes ensine o que hão de fazer naquillo em que elles devião de ser os mestres.

Não sabemos se esta edição merecerá o applauso ou a censura dos doutos. Certo é, porém, que, aproveitado o que de bom annotarão os Srs. Conselheiros Furtado e Serqueira, e accrescentado muitissimo de casa, ainda assim fica a obra por preço relativamente modico; vantagem que não é das menores nesta terra, onde só os ricos podem estudar, tal é o excessivo custo dos livros!

As notas marcadas com algarismos são do A. As nossas vão com asterisco quando são ao texto, e com letras italicas quando ás notas delle: e entre

aquellas incluo algumas do Sr. Conselheiro Furtado, com expressa declaração da autoria.

Aos que sabem a difficuldade de escrever nesta terra pedimos a indulgencia de entendidos que são; aos outros... recommendamos que experimentem, e depois se mettão a julgar os mais.

Macedo Soares.

# TRATADO

REGULAR E PRÁTICO

## DE TESTAMENTOS E SUCCESSÕES



### CAPITULO I.

*A que parte da Jurisprudencia pertence a Successão.*

Sendo principio demonstrado pela maior parte dos publicistas modernos que os direitos e obrigações são as duas classes a que se podem reduzir todos os objectos que é chamado o legislador para distribuir entre os membros da sociedade, aquelles como vantagens e beneficios para o que os goza, e estas como deveres e onerosas cargas para o que as deve satisfazer e cumprir, posto que na sua origem sejam simultaneas e inseparaveis na sua existencia; devendo-se procurar nesta distribuição de direitos e obrigações, ou para o dizer mais claro, podendo-se reduzir todas as funções da lei a estes quatro subordinados fins—provêr á subsistencia,—entreter a abundancia,—favorecer a igualdade,—e manter

a segurança,—em que sem duvida entra como um dos primeiros objectos a mantença da *propriedade*, por isso que esta e a lei nascêrão juntamente, e tirada a lei, cessa a propriedade, pois que antes do estabelecimento das sociedades civis a propriedade era antes um factio que direito. (\*) Entre os titulos que constituem a propriedade ou meios de a adquirir e transmittir, encontramos a *Successão* (1), de que pretendemos fallar neste tratado, ou ella se verifique precedendo uma disposição testamentaria, ou, não existindo esta, tendo lugar a successão legitima ou *ab-intestado*; pois que pela morte de um individuo começa outro a possuir e gozar a propriedade que aquelle deixa. (\*\*)

---

(\*) É a theoria de Montesquieu e de Bentham, que fazem derivar da lei a propriedade: doutrina incompleta, baseada no falso presuppoto de um *estado natural* em que os homens terião vivido antes do estabelecimento das sociedades civis; e vantajosamente combatida por Ahrens, Ræder e outros discipulos da escola philosophica de Krause.

(1) Expositores ao tit. da *Instit. de rer. divis.*, e do *Dig. de acquirend. rer. domin.*

(\*\*) A posse civil que os defuntos em sua vida houverem tido passa logo aos herdeiros escriptos ou legitimos, com todos os effeitos de posse natural; sem que seja necessario que esta se tome; e de tal sorte que, havendo quem pretenda ter acção aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade sómente, e pelos meios competentes.—Alv. de 9 de Novembro de 1754.

Este alvará teve por fim evitar os inconvenientes que resultavão de

Nós temos bens a reger e administrar, direitos a exercer, obrigações a cumprir, e cargas a supportar, e o herdeiro é um outro que nos vai representar na sociedade, quando perece a nossa existencia, e por isso goza de nossos bens e direitos, e satisfaz nossas obrigações, que não são personalissimas, por isso que estas acabão com a pessoa. Seria até imperfeita a sociedade ou governo se nelle não houvesse um meio de transmittir a propriedade da geração presente para a geração futura ; (\*) e como não existão entre nós, e mesmo entre as nações mais civilizadas, senão duas maneiras ou especies de transmissões della por via de successão, ou pela força da lei que nos dá um successor, ou pela vontade do homem, legitima e sufficientemente declarada, que designa

---

se tomarem posses dos bens das pessoas que falleião, por outras ordinariamente estranhas e a que não pertencia a propriedade delles.

No direito romano, a *adição da herança* era formalidade substancial para o herdeiro adquirir o dominio. Entre nós, a adição se presume emquanto o herdeiro não renuncia á herança, ou por declaração expressa, ou por prescripção.

(\*) É o verdadeiro e o mais bello fundamento do *direito de successão* : a perpetuidade do homem na familia, e pela familia na especie. É o principio profundo dos juriconsultos romanos, que a herança indivisa representava a pessoa do defunto. O homem assignala-se na propriedade : nella estampa o sello da sua personalidade ; e transmittindo a, transmite-se á especie, ligando o passado ao futuro na successão dos tempos.

aquelle que nos deve substituir, por isso tomaremos a nosso cargo expôr neste Tratado a materia e a legislação que diz respeito ás duas especies de successão, principiando pela testamentaria, como a que apresenta á nação o mais vivo cuidado, pela obscuridade em que se acha; e porque esta proceda tambem da sua vastidão, a reduziremos aos principios e regras mais simples que nos seja possível, tratando-a pelo methodo que se conhece mais claro.

Tomando sobre nós este peso, é de razão que antes de tudo procuremos a origem dos testamentos, ou a época em que principiárão a conhecer-se, e o uso que delles tem feito as nações até nós; o que passamos a expôr nos termos mais breves.

---

## CAPITULO II.

*Da Origem e Uso dos Testamentos, desde que se conhecêrão, até o principio da nossa Monarchia. (\*)*

A origem dos testamentos se perde na escuridão dos tempos. *Origenes* e outros autores de grande nota não duvidárão fazer remontar o uso dos testamentos ao tempo dos primeiros patriarchas: *Euzebio*, e depois d'elle *Cedreno*, contão que Noé, por determinação de Deos, fizera seu testamento, no qual dividia a terra por seus tres filhos, assignando o Oriente a *Sem*, a Africa inteira a *Cham*, e a Europa com as ilhas e partes Septentrionaes da Asia a *Japhet*; e que, depois de ter regulado esta divisão, formára um escripto, que recitára a seus filhos e sellára: quando, porém, se sentio proximo da morte, chamou

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 5.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>; Lobão, *notas a Mello*, suppl., diss. 1.<sup>a</sup>, rabulejou acerca da materia, com diffusa erudição e carencia de critica philosophica. Entretanto, como fonte de bons subsidios historicos e polemicos, deve-se consultar não só aquella, mas tambem a diss. 2.<sup>a</sup>, onde dispunge se o testamento e a successão *ab intestato* são odiosas ou favoraveis, e as consequencias praticas da opinião adoptada. — Coelho da Rocha, not. FF ao 2.<sup>o</sup> vol.

aos seus tres filhos, e entregou a *Sem* (o mais piedoso dentre elles) o escripto que continha suas ultimas vontades (2).

Alguns criticos têm olhado este acto como apocrypho, pelo fundamento de que nas *Sagradas Paginas* se não falla de semelhante divisão.

(2) Eis-aqui a passagem de *Cedreno*, traduzida da versão latina de *Xilander*: « Em o anno da creação do mundo 2572, Noé, tendo de idade 930 annos, cedendo a uma inspiração divina, resolve a divisão do universo por entre seus tres filhos da maneira seguinte: assigna a *Sem*, seu filho mais velho, e de 431 annos de idade, toda a parte da terra que se estende em longitude da Persia e Bactriana até á India, e em latitude da India até á cidade Rhinocorura no Egypto, isto é, todas as provincias desde o Oriente até á região meridional, a saber a Syria, etc.—Elle assigna a *Cham*, seu segundo filho, de 427 annos de idade, as terras situadas ao Meio-dia na Africa, e a parte do Occidente desde a cidade Rhinocorura do Egypto, a Ethiopia, Africa, etc.—A *Japhet*, seu terceiro filho, de 425 annos de idade, designa o paiz da Media até o Septentrião, e tudo o que se acha ao Occidente até Cadiz, as Ilhas Britannicas, a Armenia, Italia, França, Hespanha, Lusitania, etc.—Depois de ter feito esta divisão, para a fazer executar como um acto da sua vontade, elle a consagra em seu Testemunho, para que forme uma lei domestica; e depois de a ter sellado, a guarda em seu poder até o anno de 2592, em que falleceu.—Antes disto elle prohibe invadir reciprocamente as regiões que tinha designado a seus filhos, ou prejudicarem uns aos outros; e para este effeito confia e entrega a *Sem*, o mais recommendavel de seus filhos pela sua idade e piedade, o Testamento, que havia de occasionar tantas discordias e guerras entre elles. Veja-se Calmet, *Diction. Histor. et Crit. de la Bible*, verb. *Testament.*; Selden., *de Success. in bon. defunctor.*, cap. 24. »

Porém que o uso dos testamentos tivera lugar entre os Hebreos antes da lei Moysaica, se prova mesmo das Sagradas Paginas, sem recorrer ao testemunho dos historiadores (ainda que Heineccio diga que não apparece vestigio algum no antigo Testamento de successões testamentarias, para apoiar melhor a sua opinião sobre a sua origem), pois nellas vemos (3) que Abrahão, antes que tivesse um filho, quizera fazer seu testamento, propondo-se fazer seu herdeiro o filho de Eliezer, seu servo, pelo exacto conhecimento que delle tinha.

Este mesmo patriarcha em sua vida dá todos os seus bens a Isaac seu filho, e sómente legados particulares aos filhos de suas concubinas (4).

Jacob regula igualmente a ordem de succeder entre seus filhos, e dá a José uma parte dobrada á dos outros irmãos, em contemplação dos seus netos (5).

Da expressão de Isaias (6) se conclue bem qual foi o uso dos testamentos antes da lei Moysaica, pois

---

(3) Genes., cap. 15, vers. 3.

(4) Genes., cap. 25, vers. 6.

(5) Genes., cap. 48, vers. 22.

(6) Isa., cap. 33, vers. 1. Reg. 4, cap. 20, vers. 1. Tudo isto comprova melhor, e com muitos exemplos, *Pastoret*, na sua Hist. da Legisl., impressa em Paris em 1817, em o tom. 3, pag. 52 e 113; e no tom. 1, pag. 111, 339 e 398; e tom. 2. pag. 136 e 140.

diz: *Hæc dixit Dominus: Dispone Domui tue, quia morieris tu, et non vives.*

Não se podendo portanto duvidar do uso dos testamentos entre os Hebreos, á vista da prova dada, ha autores que até referem que aquelles os tinham sujeitado a certas regras: assim estabelecerão que os que tivessem filhos podessem dispôr livremente entre elles, excluindo comtudo os estranhos em quanto tivessem parentes proximos; que não podessem testar de cousas offerecidas por voto a Deos; que não podessem testar de noite; que podessem deixar legados a pessoas estranhas, porém com a condição de que passando o anno do Jubileo os bens immoveis legados devessem voltar para os filhos do testador, ou para seus herdeiros, &c (7).

Os Egypcios receberão o uso dos testamentos dos seus antepassados descendentes de Cham, ou dos mesmos Hebreos, que habitárão cento e quinze annos o Egypto, onde Jacob fez seu testamento; o que se prova tambem de alguns monumentos, que fazem menção de suas ultimas instituições.

Os legisladores gregos, que tinham viajado pelo Egypto, povo civilizado e sabio, de lá trouxérão as

---

(7) O mais se pôde vêr no Tratado sobre a origem e natureza dos Test., cap. 18, e em o *Nouveau Furgole*, ou *Desquiron, Traité des Testam.*, tom, 1, cap. 1.

melhores leis e costumes; assim se vê o uso dos testamentos recebido em Lacedemonia, Athenas e outras cidades da Grecia, para o que basta citar a autoridade de Plutarco (8), que diz: *Initio non erat jus, sed familiae defuncti pecunia, et hereditas relinquenda erat*; expressão que nada mais quer dizer senão, que entre os Athenienses havia uma lei, que restringia a ampla liberdade de testar nos pais de familias, a qual lhes restituiu Solon, como melhor se vê de Demosthenes (9), que refere a sua lei, e acrescenta: *Legem audivistis, quæ testamento condere not cinit, si liberi sint germani*, sendo bastante para provar que em todos os povos da Grecia se usarão os testamentos a autoridade de Isocrates (10), que falla assim: *Lex Græcis omnibus probata Testamentis suffragatur, cujus rei, maximum illud argumentum est, quod cum aliis de rebus dissentiant, de hoc statuunt idem omnes*.

Os Romanos tendo usado desde o seu principio dos testamentos, como se colhe de Tito Livio (11), e de outros autores mui celebres, autorisarão o seu uso pela lei das Doze Taboas, ou porque formárão

---

(8) In Solone, p. 90.

(9) Demost. Orat. 2., in Steph.

(10) In Eginet., p. 778.

(11) Epitome de Tit., liv. 41.

este corpo de legislação de leis estrangeiras, quaes as da Grecia, onde já se usavão, como se tem dito, ou porque já antes da expulsão dos Reis, e no seu principio, usavão deste costume reduzindo-o a escripto, concedendo na Taboa V aos pais de familias um pleno e absoluto poder de dispôr cada um de seus bens, nas palavras: *Pater familias uti legasset super familia, pecunia, tutelare suæ rei, ita jus esto* (12).

Pelas leis do Digesto e Codice de Justiniano se vê bem que este direito continuou depois a existir mais ou menos modificado entre os mesmos Romanos de quem todas as nações civilisadas tem recebido o uso dos testamentos.

E assim em Roma no principio não havia senão duas especies de testamentos, a que chamavão *Calatis Comitibus*, e *in Procinctu*; aquelles os que erão feitos em tempo de paz, *jure ordinario et civili*, nos Comicios Calatos ou Assembléa do Povo, á maneira de leis, sendo por isso cada um cidadão, que queria fazer testamento, obrigado a propô-lo ao povo junto em comicios, sendo assim valida ou nulla a ultima vontade do homem, segundo o que os comicios approvavão ou reprovavão; e *in Procinctu* aquelles

---

(12) Ulpian., Fragm., 11, 14; L. 53, ff. de Verb. Signif.

que são feitos em tempo de guerra, *jure extraordinario et militari*; e por isso só tinham lugar quando os soldados já armados e promptos a partir para alguma expedição, nomeavam o seu herdeiro, diante de tres ou quatro testemunhas (13).

Esta fórma de testamentos se usou por muito tempo em Roma, e até ao dos jurisconsultos, em que, cahindo em desuso, introduzirão estes uma terceira especie, chamada *per aes et libram*, que era uma venda ficticia da successão feita ao futuro herdeiro, á qual devião assistir cinco testemunhas (14).

Os inconvenientes que se forão descobrindo nestas vendas imaginarias e ficticias fizeram tambem mudar a fórma dos testamentos; e o Pretor Romano, fundado na equidade natural, que pedia se houvessem de chamar para a herança muitas pessoas de que se esquecia o Direito Civil, inventou um testamento simples, e em que só se requeria a solemnidade de sete testemunhas assignadas; mas por este testamento se não dava a herança, sim a posse dos bens, o que vinha a sér o mesmo.

Isto porém durou até o tempo do imperador Theodosio o Moço, o qual inventou outra fórma de

---

(13) Inst., tit. 40 do Liv. 2. *De Testam. ordin.*

(14) Veja-se Vinn á Inst. cit., Heinec., e principalmente Ferrière.

testamento, que era um mixto de todas as tres fórmãs que d'antes se tinham usado, isto é, dos feitos nos Comícios do Povo, do *per aes et libram*, e do *Pretorio*; e assim se veio a requerer nos testamentos por esta nova fórmula a unidade do contexto e rogação das testemunhas, o que foi deduzido do que era feito nos comícios: requerião-se sete testemunhas, porque outras tantas se exigião no que se fazia *per aes et libram*: o testamento devia ser assignado pelas testemunhas, e as assignaturas impressas pelo proprio ou alheio anel, o que se requeria no testamento do Pretor.

Com o andar do tempo se lhes entrou a dar o nome de testamentos *Escriptos* ou *Solemnes*, para os distinguir dos *Nuncupativos*, e que se podião fazer sem escripto, em artigo de morte, com menos solemnidades.

Introduziu-se tambem o testamento *Militar* em favor dos soldados que estavam occupados em alguma expedição militar, em que se não requerião as solemnidades exigidas no *Pagão*.

Os testamentos feitos pelos pais a favor dos filhos podião, por direito novo e de Justiniano, ser feitos sem solemnidades, bastando sómente que fossem escriptos ou subscriptos pelos pais, e tivessem a declaração do dia, mez e anno em que fossem feitos,

e as partes ou porções em que fossem instituídos o filhos.

E, finalmente, introduzirão-se os testamentos *Rusticos*, isto é, os que erão feitos por pessoas do campo; os feitos no tempo da *peste*, e os a favor da *Causa Pia*, os quaes todos forão dispensados de certas solemnidades, e de que tratarei em seu lugar competente, onde se dirá se têm ou não uso entre nós, e as solemnidades de que precisão em o nosso fôro para serem validos (15).

---

(15) Todas estas diferentes especies de testamentos conhecidas por Direito Romano se podem vê nos Expositores do mesmo Direito ao tit. do Dig. *Qui testam. facer. poss.*, e no Tratado sobre a origem e natureza dos Test., cap. 21 e seguintes; e melhor em o Novo Furgole, cap. 2, e Vin. á Inst. Liv. 2, tit. 19; e veja-se o Cap. 5 adiante.

## CAPITULO III.

*Uso e Antiquidade dos Testamentos entre nós. (\*)*

Os nossos antepassados parece que recebêrão o uso dos testamentos dos Romanos, e já desde aquelle tempo em que estiverão sujeitos ao seu imperio; o que se prova dos codigos Theodosiano e Alariciano, feitos no quinto seculo, e publicados a favor das provincias de Hespanha, pois nelles se vêm muitas cousas dispostas a respeito de testamentos e ultimas vontades (16).

Nos tempos seguintes e posteriores conservárão o seu uso principalmente os Wisigodos, os Germanos e outros de que fallão Heineccio (17) e Thomasio (18).

Introduzido, porém, no fôro o Direito das Decretaes, e o Civil Romano, o uso dos testamentos principiou a ser muito mais frequente, e assim elle se

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 5º § 3º.—Lobão, *a Mello*, suppl., diss. 1ª.—Coelho da Rocha, not. FF ao 2º vol.

(16) Gothofred. in Prologom., cap. 3.

(17) Heinec. Elem. Jur. Germ., liv. 2, tit. 7.

(18) Thomas. Disput. *De Origine Successionis Testamentariæ*.

deve procurar principalmente no seculo doze, posto que já antecedentemente se usárão, por isso que os povos, que antigamente habitárão a Hespanha, sempre se regêrão pelo Direito Romano; mas é certo que elle esteve em desuso muitas vezes (e por isso digo principalmente), e só no principio do seculo doze se principiou a ensinar o Direito Romano, e os principes o protegêrão, como foi Frederico I, nas côrtes de Roncalia, a cuja imitação o Senhor D. Affonso Henriques, acclamado rei no campo da batalha de Ourique em 25 de Julho de 1139, querendo dar leis aos seus vassallos, e supprir a falta que dellas tinha, sem que admittisse as de Castella, adoptou o Direito Romano, por isso mesmo que elle cooperava muito para se firmar a monarchia, o que não succederia adoptando aquellas; foi portanto com a introdução do Direito Romano que teve lugar a do uso dos testamentos principalmente entre os principes e illustres, depois entre os outros nobres, e finalmente entre os plebeos, e de qualquer ordem.

Desde o principio da monarchia até o Senhor D. Affonso V. quasi se não usou de leis algumas testamentarias, e sómente de costumes accommodados ao Direito Canonico e Romano; sendo o mesmo Senhor D. Affonso V. o primeiro que fez reduzir a

escripto estes costumes, accrescentando-lhes muitas cousas deduzidas do Direito Romano, que poz no seu codigo, e se achão no liv. 4, tit. 97 e seguintes e que depois forão passando para os codigos Manoe-lino e Filippino, como se vê dos seus titulos correspondentes, cuja materia se vai expôr. (19)

---

(19) Veja-se sobre esta materia a erudita Memoria do Senhor Thomaz Antonio de Villa-Nova Portugal, que vem a pag. 337 do Tom. 5 das *Memorias de Litterat. Portug.*, premiada na Sessão Publica de Maio de 1791, na qual a pag. 416 podem os curiosos achar melhores idéas, e com mais profusão e critica a este respeito.

## CAPITULO IV.

*Que qualidade de Direito regulou as Successões tanto Testamentarias, como Legitimas, e a qual devão a sua origem. (\*)*

Antes de entrar na exposição do Direito dos Testamentos em cada uma das suas especies, não será fóra de proposito tocar de passagem a questão em que se batem autores mui celebres, como Grocio, Puffendorfio, Thomasio, Fabro, Heineccio e outros, affirmando uns que os testamentos são de direito natural, e outros de direito civil. (\*\*)

Sem entrar em uma profunda discussão desta materia (pois que por mão mais habil se acha já tratada *ex professo* (20),) provarei a minha opinião, que proponho para defender, deste modo: *a facção de testamento, isto é, a liberdade de testar, e que cada um tem de dispôr de seus bens para depois de sua*

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Lobão, *a Mello*, suppl., diss. 1.<sup>o</sup> ex professo.

(\*\*) A esta questão escolastica, sem o menor interesse pratico, só ha um modo de responder: é • asseverar, como faz Coelho da Rocha, not. FF ao 2.<sup>o</sup> vol., que não será facil indicar legislação de nação civilisada, antiga ou moderna, onde não sejam admittidas taes disposições » (sobre testamentos).

(20) Tratado sobre a origem e natureza dos Testamentos publicado em 1783.

*morte, não é conforme á simplicidade natural, mas muito ao direito das gentes, ou natural secundario, e regulada pelo civil positivo; e as successões legitimas são muito conformes aos principios da razão e direito natural.*

*Não é conforme a simplicidade natural a facção de testamento; porque a natureza deu a terra em commum a todos os homens, e não assignou a cada um tal e tal porção; e, antes do estabelecimento das sociedades, a propriedade particular, que era reputada como um facto, não podia ter outra origem senão o direito do primeiro occupante, ou do mais forte, e não durava senão pela posse, porque podia tambem ser destruida e perdida por outra força; e sómente a sociedade civil, a cujo estabelecimento deve a sua verdadeira origem a propriedade, é que pôde garantir e segurar a cada individuo aquillo que possui por justo titulo, sendo esta mesma segurança o fim principal da sociedade, e um dos primeiros elementos da sua existencia.*

Se, pois, o homem no estado da natureza não tem direito de propriedade, o não pôde transmittir quando morre, porque não pôde dar ou transmittir o que não tem; logo a transmissão de bens por successão, ou testamento, não é conforme á simplicidade

natural, ou primeiro estado da natureza, por isso que esta não admite propriedade duravel e capaz de se poder transmittir por vontade declarada, a ponto de se poder respeitar e guardar.

Ao estabelecimento, pois, das sociedades civis, ou ás leis que as regularão, é que se deve a origem dos testamentos ou successões, por isso que com ellas sómente appareceu a propriedade garantida, e capaz de se poder transmittir ao nosso proximo. A sociedade só é que póde segurar ao homem o terreno que cada um tem agricultado, e que elle até alli não podia guardar: a propriedade não seria senão um sonho, e uma pretensão chimerica, se a sociedade lh'a não consolidasse ou segurasse; e para cada um ser livre de sua pessoa, e senhor de sua casa, é que o homem foi posto em sociedade.

A detenção de facto pertence á ordem natural, e a ordem social não póde reconhecer senão a legal; logo, a sociedade é que deve regular o meio de adquirir, possuir e transmittir a propriedade, afim de evitar as desordens que do contrario podião nascer, e assim vemos desde os primeiros tempos reguladas as successões, a occupação, as doações, os contratos, etc. permittindo-se, comtudo, a caça, a pesca, a occupação dos thesouros, e dos effeitos lançados na praia

pelo mar, que, ficando no estado da natureza, cedem ao primeiro occupante. (\*)

*A facção de testamento é muito conforme ao direito das gentes, ou natural secundario, e regulada pelo civil positivo; porque a successão é uma especie de continuação do dominio, que tinha o defunto, em favor dos seus parentes ou proximo, e opéra uma menor mudança que as doações entre vivos, ou quaesquer outras obrigações, e o testamento não é outra cousa mais que um acto, pelo qual se indica alguém como successor em os bens que se deixão por*

---

(\*) A doutrina do A. funda-se na opinião, em voga ao tempo que elle escreveu, do *estado natural* do homem anteriormente ao estabelecimento da sociedade civil, e do *contrato social* que a constituiu em bases positivas. Mas essa opinião, justamente condemnada pelo moderno direito natural, inaugurado na Allemanha, não repousa na historia nem na philosophia; e é insufficiente para explicar, em sua origem e fundamentos, as instituições da vida civil. Veja se em Ahrens *Principios de philosophia do Direito*, introd. cap. 1º, a critica, resumida, mas judiciosa, das theorias do *estado de natureza* e do *contrato social*.

De accôrdo com o A. quando considera a facção testamentaria conforme a todos os principios da razão natural, e necessaria para o cumprimento de deveres geraes, que são ao homem impostos pelas leis naturaes as mais manifestadas e claras, vemos na liberdade de cada um dispôr dos seus bens para depois da morte um direito natural, não creado, mas sómente regulado pela lei civil.

No mais, a materia deste capitulo, muito interessante sob o ponto de vista da doutrina, não tem interesse pratico para a jurisprudencia. Quem quizer estuda-la a fundo consulte o Repertorio de Merlin, vb. *Succéssion*, e a instructiva e conscienciosa obra de Boissonade sobre a *Reserva testamentaria*.

morte: acto que é por sua natureza um signal da nossa vontade, ou dos nossos desejos; porque desde que indicamos alguém como successor dos bens que deixamos, designamos que os nossos desejos são de que succeda aquelle em nossos bens.

Portanto a questão proposta reduz-se a saber se o homem tem direito de indicar ou designar algum successor em seus bens, com tal effeito que por este acto aquelle tenha direito a succeder-lhe com exclusão de outro; e como succeder nos bens de um defunto não é outra cousa mais do que adquirir todos os direitos que o defunto tinha sobre seus bens, é facil de ver que a resposta desta questão depende unicamente da maneira por que os homens podem ter seus bens.

É conforme a todos os principios da razão natural que o homem seja obrigado a empregar todos os seus talentos e faculdades para se conservar e aperfeiçoar, e contribuir quanto lhe seja possivel não só para a sua conservação e perfeição, mas dos outros homens, e mais particularmente daquelles que tenham relações com elle, segundo forem mais ou menos intimas. Os sentidos do homem não devem, como os animaes, limitar-se unicamente ao presente; mas antes principalmente ter por fim as situações futuras.

O homem não deve ser indifferente sobre a sua posteridade, nem sobre o estado de seus amigos : em as acquisições que fizer, tudo deve tender a satisfazer e cumprir os seus deveres, seja para consigo mesmo, seja para com sua familia, seja para com seus amigos, ou para com os outros.

As acquisições devem, pois, fazer-se para nos pôrem em estado de as empregar a este fim : ora tendo-se gozado dellas, durante a vida se póde fazer este emprego, mas não póde, ou não deve fazer-se senão para depois da morte ; consequentemente temo-nos obrigado a indicar durante nossa vida quaes são aquelles que têm tido mais parte em nossos cuidados, em nossas vistas, e em nossa beneficencia, afim de que nossas operações feitas durante a vida possam produzir o fructo natural, mesmo depois da nossa morte.

Este dever geral, imposto ao homem pelas Leis naturaes as mais manifestas e claras, não se poderá preencher, nem satisfazer, se o homem não tiver o direito de testar, quero dizer, de designar aquelle ou aquelles que elle quer que o substituão e a quem deseja que os seus bens passem depois de sua morte com tal effeito que o designado, ou designados, os adquirão com um titulo legitimo de se apropriarem com exclusão de outro qualquer.

Além disto a Lei não conhecendo os individuos, não póde accomodar-se bem á diversidade de suas necessidades, e o que mais se póde exigir della é offerecer a melhor situação possível de corresponder a estas necessidades: a cada proprietario toca conhecer as circumstancias em que aquelles que dependerem d'elle se acharão depois da sua morte, para corrigir as imperfeições da Lei nos casos que ella não póde prever: e assim o poder de testar póde-se considerar como um instrumento de autoridade confiado aos individuos, não só para prevenir as calamidades particulares, mas para animar a virtude, e prevenir o vicio nas familias: é verdade que se póde abusar desta autoridade, mas felizmente algum caso, que possa acontecer, não póde senão fazer excepção á regra geral. As paixões podem occasionar extravagancias e desordens accidentaes; mas a Lei deve-se regular sobre o curso ordinario das cousas.

A virtude é o fundo dominante da sociedade; e vêm-se mesmo pais viciosos, mas amantes da honestidade e reputação de seus filhos, sendo commummente reputado o pai de familias como um apostolo entre os seus discipulos. É a este

respeito que cada proprietario póde obter a confiança da lei, e assim revestido do poder de testar (que é um ramo de legislação penal e remunerativa,) póde ser tambem considerado como um magistrado proposto para conservar a boa ordem neste pequeno estado a que se chama familia. Elle póde na verdade prevaricar, por isso que não é contido pela publicidade, nem pela responsabilidade, e por isso tanto mais sujeito a poder abusar do seu poder ; mas este perigo é mais que contrabalançado pelos laços do direito, e da affeição, que põem seus pensamentos de accôrdo com seus deveres. Sua união natural para com os filhos e parentes é um penhor da sua boa conducta, que offerece sem duvida tanta segurança como a que se póde procurar sobre um magistrado publico.

Portanto, á vista destas reflexões, parece que o homem não só tem direito de testar, mas que mesmo é a isto obrigado por um dever geral, fundado sobre as leis naturaes as mais manifestas : e que este direito, sendo conforme ás leis naturaes, comtudo o direito civil positivo é o que o tem regulado, estabelecendo as solemnidades com que cada um deve dispôr de seus bens, afim de

evitar as fraudes e litígios que por occasião disto poderião existir. (\*)

Resta examinar si o direito de testar, que as leis naturaes dão ao homem, é illimitado, de maneira que cada um possa dispôr de seus bens com tal effeito, que qualquer que seja a sua vontade deva ser respeitada.

Para decidir esta questão é preciso tomar por principio o que serve de fundamento ao direito de testar. Nós temos visto que o dever de trabalhar para si, para sua familia, para seus amigos, e em geral para o seu proximo, segundo as relações em que cada um se acha, é a origem donde corre o direito de testar; logo não se póde ter este direito senão quando elle serve, ou quando se usa d'elle para satisfazer a este fim.

E posto que se diga que o homem naturalmente tem liberdade de fazer ou não fazer o que quer, e que ninguém tem o direito perfeito de o embarçar se obra mal, comtudo esta regra não se

---

(\*) Aqui sustenta o A. a verdadeira, doutrina, contrariando a primeira these que se propóz demonstrar neste capitulo. Tanto é insufficiente a doutrina do *estado natural*, corrigido pelo *contracto social*, para explicar a propriedade em suas origens, principios e fins!

deve abraçar universalmente, pois se limita ás acções que não offendem manifestamente as Leis naturaes; pois, se virmos um homem disposto a perpetrar um suicidio, não teremos nós direito de o embaraçar, visto que vai fazer uma acção para a qual não é autorizado? Logo, se ha direito de embaraçar as acções que são manifestamente contrarias ás leis naturaes, segue-se que o ha tambem para embaraçar as disposições testamentarias que repugnão manifestamente aos principios sobre os quaes se funda este direito; por exemplo: um homem que possuia grandes cabedaes que lhe tinham sido deixados por seu pai, tinha um irmão unico, que teve a infelicidade de perder tudo por um acaso, reduzindo-se por isso á mendicidade: o outro, bem longe de dispôr em seu favor, deixa tudo a uma concubina: deverá aquelle miseravel irmão respeitar uma tal disposição? Eu creio que se deve fazer violencia para dizer que sim.

Portanto, reflectindo-se bem no que fica exposto póde ser que se ache que as leis civis, que permitem os testamentos, que regulão e prescrevem as fórmulas necessarias para a sua validade, que limitão a faculdade de testar até um certo ponto, não são tão arbitrarias como se imagina, e que

são mais conformes aos principios de direito natural do que parece á primeira vista.

Para provar, finalmente, a ultima parte da minha asserção. « *Que as successões legitimas são muito conformes aos principios da razão e direito natural,* » seria bastante o que acabo de dizer a respeito do direito de testar, por isso que as successões legitimas são um testamento tacito, provindo ellas de uma vontade, que se presume, de que todas as vezes que o fallecido não fez testamento, quiz que herdassem os seus bens os seus parentes mais chegados ; mas notarei sómente mais que as familias são como umas sociedades particulares (e parece forão as sociedades primitivas), com seus interesses communs relativos a todos os individuos que constituem cada uma dellas, e entre os quaes se communicão os bens pela successão : a natureza as produz, ella as constitue, sustenta, e conserva, e parece-lhes impôz certos deveres e leis proprias. A obediencia dos filhos aos pais, o amor destes aos filhos, as relações entre os membros da familia com o chefe ou ancião della, tem origem no direito natural, que lhes permite certos privilegios e prerogativas ; donde resulta que emquanto existe algum dos da familia, esta se não julga totalmente extincta, e o que

della resta succede em todos os direitos proprios da mesma familia ; e destes direitos é que procedem as successões *ab intestado*, de modo que aos pais succedem os filhos, e na falta destes os outros descendentes, collateraes, e agnados, que, pelo direito da agnação, são membros da mesma familia, como descendentes do mesmo tronco, cuja successão tem por fundamento o amor natural, que se presume haver entre estes, pois que é bem sabido que os pais, por isso que forão a causa efficiente de seus filhos, nada têm mais amavel que estes, e esse mesmo amor se presume haver dos filhos para com os pais, irmãos para com irmãos, sobrinhos para com tios, e mais parentes, em razão da proximidade do sangue. Por isso as leis presumem bem, que quando o defunto não deixou testamento, isto é, quando não declarou o contrario da vontade presumida, foi porque quiz que seus bens fossem áquelles a quem o sangue faz amados, e que por isso a lei chama á successão dos bens que vai deixar ; o que me parece bastante para provar que as successões legitimas a favor dos propinquos são muito conformes aos principios da razão, direito natural, e caridade christã, e que conduzem

muito para estabelecer a boa ordem e harmonia entre as famílias (21).

Com estas prévias noções sobre a origem, uso e natureza dos testamentos, seja-nos licito passar á exposição do seu direito.

---

(21) Veja-se a Lei de 9 de Setembro de 1769 no seu pr., que comprova o sobredito.

## CAPITULO V.

*O que seja Testamento, e differentes especies que delle temos em uso, comparadas com as estabelecidas por Direito Romano, e de outras nações civilisadas e vizinhas (\*).*

Para procedermos com methodo e clareza na exposição dos principios que se deduzem das leis testamentarias, tanto patrias como subsidiarias, devemos começar por dizer o que é *Testamento*, e quantas especies delle temos em uso, comparando-as, para melhor intelligencia e illustração, com as que forão estabelecidas, e nos são conhecidas pelo direito romano, e tambem com as que se achão hoje em uso pelos codigos das nações mais vizinhas e cultas, como direito subsidiario sobre semelhante materia; pois que é innegavel que uma grande parte das leis testamentarias, estabelecidas pelo direito romano, e adoptadas pelos codigos das nações civilisadas, nos estão servindo de subsidio para

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Ord. l. 4.<sup>a</sup> t. 80 e seg.;—Mello Freire liv. 3 1. 5 §§ 1, 2 e 3; Lobão, *a Mello*, suppl., diss. 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> §§ 1 a 3, e 4 *per tot.*; Coelho da Rocha, §§ 673 e seg.

a decisão de innumeráveis questões que occupão o fôro sobre a vasta e complicada materia de testamentos e successões; e por isso principiarei por dar a definição de testamento.

*Testamento* (22), segundo o definio Modestino (23),

(22) O Imperador Justiniano, nas suas Instit., tit. 20, pr., nos deixou dito que esta palavra *Testamentum* se derivava de outras, que alli accrescentou: *Testamentum* (dizia elle) *ex eo appellatur, quod testatio mentis sit*: querendo dizer, que fôra assim chamado o *Testamento*, por ser um acto destinado a testemunhar a vontade de cada um; sobre o que se pôde ver *Scipião Gent.* T. 2 pag. 469, e os mais acreditados interpretes de Direito Romano: entretanto *Blackstone, Comment. das Leis Inglezas, Tom. 3, pag. 441.* nota de pueril esta etymologia, por ver um substantivo derivado do verbo *Testare*, quando devia ser pelo contrario.

(23) Na L. 1, ff. *qui Testam. facere poss.* Porém para que esta definição fosse perfeita para com os romanos, deveria conter mais as palavras—*heredis institutionem continens*—(como notão alguns interpretes) para differenciar o Codicillo do Testamento; mas pôde-se responder que, como a palavra *justa* significa feita segundo as formalidades de direito, como se vê da L. 1, ff. *De Injust. rupto Testam.*, suppõe que ha instituição de herdeiro; porque era uma das fórmulas e condições prescriptas pela Lei para a validade de Testamento: entretanto que a palavra *Voluntatis* é que exprime ser a base da disposição, isto é, a vontade do Testador, a qual deve ser concebida em termos claros e positivos, e não enunciativos, como se collhe da L. 72 § ult., ff. *de Condit. et Demonstr.*, e L 7, Cod. *de Testam. milit.*; querendo dizer a palavra *nostræ* que a vontade deve ter o seu principio em o espirito do Testador, que é o unico que deve ordenar semelhante acto, e que ella não pôde depender de facto alheio, como se deduz da L. 32, ff. *de Her. Inst.*, nem ser extorquida por medo ou violencia, na fórmula do L. 1. Cod. *Si quis aliq. test. prohib.*; e menos pôr

*est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* : quer dizer que é uma disposição, ou declaração justa ou solemne, da nossa vontade, sobre aquillo que queremos se faça depois da nossa morte.

Podendo-nos servir desta definição, porque exprime bem o que é *testamento*, entre nós, já que se não acha definido em o nosso código, vejamos quantas especies de *testamentos* se achão autorisadas pelo nosso direito; para que depois de vermos as que erão conformes com o direito romano, e se estabelecêrão pelos códigos de diferentes nações civilisadas, possamos tratar separadamente de cada uma das que se achão em uso entre nós.

---

dolo, fraude, ou suggestões artificiosas, como se vê do tit, do Dig. *de inoff. Test.*, e teremos occasião de expôr em lugar competente; e finalmente *de eo quod quis etc.*, nos fazem conhecer que a vontade do homem, sendo ambulatoria até o fallecimento, o Testamento não deve ter effeito senão depois da morte do Testador, como nos diz a L. 4. ff. *de Adimend. vel trans. Legat.*: e desde este momento é que este acto era considerado, pela Nov. 22 cap. 2. como uma lei domestica; pois que tendo o Testamento força de lei, na conformidade da L. 14, ff. *qui Testam. facer. poss.*; e sendo a faculdade de testar de Direito publico, e não de Direito particular, L. 3, ff., *codem*, ninguem por convenção se podia privar desta faculdade. L. 52. §. ff., *Pro Socio*.

Pelo direito da Ord. actual (24) temos em uso : 1.º o *Testamento aberto*, que póde ser feito por tabellião, ou pelo mesmo testador, ou por um particular a rogo do Testador ;—2.º o *Testamento cerrado, ou mystico*, que tambem póde ser feito pelo Testador, ou por um particular a seu rogo, comtanto que tenha instrumento de approvação no fim ;—3.º o *Testamento nuncupativo, ou verbal*, feito á hora da morte ; 4.º o *Testamento privilegiado*, ou do soldado.

Agora, quanto ao *Direito Romano*, diremos que os seus interpretes nos referem que os *testamentos*, segundo elle, se dividião primeiramente em *publicos*, e *particulares* : aquelles os que se fazião, e subsistião por fé e autoridade publica ; estes os que subsistião por fé e autoridade particular.

Que dos *publicos* havia duas especies : —1.º o que era feito *coram principe*, enviando o Testador ao principe ou imperador o seu testamento para este o confirmar, de maneira que uma vez que por

---

(24) Ord. Liv. 4, tit. 80. pr. e §. 3. quanto ac 1.º—: Ord. cit. § 1 e 2, quanto ao 2.º—: Ord. cit. § 4, quanto ao 3.º— e Ord. Liv. 4, tit. 83, quanto ao 4.º ; e no Cap. 7 se mostrará que ha outros, que os Interpretes têm julgado privilegiados em razão da necessidade, que os não tem Lei.

elle fosse confirmado, valia por fé e autoridade publica (25); — 2.<sup>a</sup> o que era feito *apud acta*, isto é, o que era feito perante o juiz, ou magistrado, como um acto judicial; este era valido sem ter mais alguma outra solemnidade, e *publico*, por ser muni-do com a fé e autoridade publica (26).

---

(25) As nossas Leis não fazem menção desta especie de *Testamento Publico*; entretanto como ao Soberano compete fazer executar as ultimas vontades, sendo-lhe offerecido um Testamento (como já tem acontecido) ainda despido de todas as solemnidades, uma vez que o autorise, é sem duvida valido; mas no entanto, sendo um caso extraordinario, não devemos suppôr que elle approve um Testamento em que faltem as solemnidades principaes (a)

(26) Sobre esta primeira divisão de Testamentos veja-se a L. 19. *Cod. de Testament.*: e note-se que deste Testamento offerecido ao Juiz não temos exemplo que dar autorizado por Lei Patria; mas se alguém offerecer ao Juiz um Testamento, e este o julgar por sentença, ou mandar lançar nas Notas, será valido, tendo as formalidades

(a) Esta especie é inadmissivel no nosso direito. *O Soberano a quem compete fazer executar as ultimas vontades* é o poder judicial, que não tem a faculdade de dispensar na lei. Nem o poderia fazer o poder legislativo: 1.<sup>o</sup> porque a lei teria effeito retroactivo, contra o disposto na Const., art. 179 § 3.<sup>o</sup>; 2.<sup>o</sup> porque seria fundada na só utilidade particular, com offensa do disposto no mesmo artigo, § 2.<sup>o</sup>; 3.<sup>o</sup> porque atacava o direito dos herdeiros legitimos para quem se devolvia logo a herança, por ser nulla a instituição testamentaria em face das leis que a regulam (Alv. de 9 de Novembro de 1754).

Duvidamos mesmo que o poder legislativo tenha a attribuição de dispensar nas leis. Esse direito magestático que os Soberanos portuguezes exerciam com tanta frequencia, não o conferiu a Constituição ao poder legislativo; antes parece ter-lh'o recusado, de accordo com o espirito das disposições do art. 179 §§ 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup> citados, quando enumera as suas faculdades no tocante á facção da lei: *fazer leis, interpreta-las, suspende-las, e revoga-las*, (art. 15 § 8.<sup>o</sup>).

Como, porém, nos particulares se devião observar as formalidades prescriptas pelas leis (27), daqui formárão outra divisão de testamentos *solemnes*, e *menos solemnes*, ou *privilegiados*; aquelles os em que erão necessarias todas as solemnidades que o direito requeria; estes os em que por privilegio erão remettidas algumas dellas, como os dos soldados: deduzindo daqui os mesmos interpretes outra, ou 3.<sup>a</sup> divisão de testamento *militar* e *pagão*: aquelle o que era feito pelo soldado; e este pelo paisano (28).

E, finalmente, como os testamentos podião ser feitos por escripto ou de viva voz, daqui formárão uma 4.<sup>a</sup> divisão, chamando aos primeiros *escriptos*, e aos segundos *nuncupativos*; podendo aquelles ser

que requer a Ord. (b), e se poderá tambem chamar *Publico*; mas o certo é que não está em uso, nem a Lei declara semelhante formalidade; e por isso só poderemos, dar o nome de *Publico* ao que é feito por Tabellião, por ser uma pessoa que tem fé e autoridade publica, e por ser feito com notoriedade e aberto.

(27) L. 4. ff. *qui Test. facer. poss.*

(28) Veja-se o §. 1, *Inst. de Testam. Ordin.*

(b) Tendo as solemnidades que requer a Ord., vale o testamento *ex vi legis*, e não por força do decreto judicial. E assim tambem não é esta especie admissivel no direito patrio.

*abertos*, ou *cerrados*, a que derão tambem o nome de *mysticos* (29).

Pelo direito de Hespanha (30) tambem o *testamento* é *solemne*, e *menos solemne*, ou *privilegiado*, sendo aquelle *escripto*, ou *nuncupativo*; e o *escripto aberto*, ou *cerrado*; mas uns e outros sujeitos a diferentes solemnidades, de que iremos tratando correspondentemente.

E quanto aos *privilegiados*, tem o do *soldado*; o que se offerece ao *principe*, ou em que este só é

---

(29) Mas note-se que todas estas diferentes especies de Testamentos, ou divisões delles, são relativas ao Direito novo Romano; pois que já mostrámos no Cap. 2, que pelo Direito antigo, de que usárão os primeiros romanos, se fazião os testamentos por diferentes modos e maneiras; o que pouco a pouco se foi alterando, como alli se notou; podendo nós agora dizer que pelo Direito novo só erão conhecidas duas especies de Testamentos, o *Escripto Cerrado*, a que se assemelha o de que falla a nossa Ord., Liv. 4, tit. 80, §. 1 e 2, se bem que lhe prescreveu diferentes solemnidades, como veremos: e o *Nuncupativo*, ou *verbal*, semelhante ao de que trata a Orden. cit. § ult., de que tratou o §. fin. da Inst. *Testament. Ordin.* L. 21, ff. *Qui Testam. fácer poss.*, e L. 21, § 2º, Cod. *de Testam. Ordin.*, de cujas solemnidades trataremos em particular, bem como diremos quaes erão os Testamentos Privilegiados, de que tambem usárão os romanos.

(30) Lei 1. tit. 1, Part. 6, e veja-se o Compendio do Viscaino Perez, tom. 1. tit. 24, pag. 143.

testemunha; e o dos *aldeões*; e o do *pai para com os filhos* (31).

Pelo que pertence ao *direito francez*, deixando as diferentes especies de testamentos, que forão introduzidas pelas antigas ordenanças, e suas formalidades (32), vejamos sómente o que a este respeito ordenou o novo Codigo Civil dos Francezes. Segundo este, não achamos senão tres especies de *testamentos solemnes*, ou em *regra geral*; a saber: 1º — o testamento feito em *fôrma olographa*, que é aberto, e escripto pela mão do Testador (33): — 2º o testamento feito por *acto publico*, perante um ou dous notarios (34): — 3º e o testamento feito em *fôrma mystica*, que nós chamamos Cerrado (35).

Dos *menos solemnes*, ou em *regra particular*, tem outras tres especies, a saber: — 1º o testamento *militar*, ou do soldado (36); — 2º o feito em tempo de peste (37); — 3º o maritimo (38), de cujas formalidades fallaremos.

---

(31) Veja-se o cit. tit. 1, Part. 6, e o autor cit.

(32) Veja-se *Desquiron* ou *Nouv. Furgole*, Cap. 22. Sec. 2.

(33) Cod. Civ., art. 969 e 970.

(34) Art. 971 e 972.

(35) Art. 976 e seg.

(36) Art. 981 e seg.

(37) Art. 985 e seg.

(38) Art. 988 e seg.

Pelas leis inglezas, como diz *Blackstone* (39), tamhem os testamentos são *escriptos*, ou *nuncupativos*; sendo os primeiros os que se reduzem a escripto; e os segundos os que se fundão em uma declaração oral, feita pelo Testador, na ultima extremidade da sua vida, perante um numero sufficiente de testemunhas, e reduzindo-a depois a escripto, como se dirá no § 3 deste mesmo capitulo; porém em Inglaterra hoje têm pouco uso os testamentos *nuncupativos*.

Para dar, porém, uma idéa da faculdade de testar concedida pelas leis inglezas aos *inglezes*, será justo referir o que escreveu o seu melhor commentador *Blackstone* (40), sobre a origem do uso de testar, sua antiguidade, e differentes estatutos dados naquelle paiz a este respeito; elle diz:

«Antes da conquista se podia dispôr de bens de raiz, ou de terras, por testamento; mas depois do estabelecimento dos districtos militares, se pozerão em esquecimento as disposições testamentarias sobre bens de raiz, o que era conforme á disposição da lei feudal, a qual não consentia que alguma

---

(39) *Comment. sur les Loix Anglaises*, Tom. 3, cap. 32, pag. 442 e seg.

(40) Cap. 23 do tom. 3, pag. 236 e seg.

alienação se fizesse sem consentimento do senhor o que era igualmente praticado entre os Allemães, donde recebêrão semelhante uso.

« Este estabelecimento, continúa elle, teve por fim embaraçar que os pais, pelo seu capricho, ou por outro qualquer motivo, fizessem passar seus bens a pessoas estranhas, em prejuizo de seus verdadeiros filhos, de que elles acreditavão ter escandalos, ou para os punir de sua má conducta.

« Uma outra razão concorreu tambem para conter a disposição de bens por testamento, e foi manter a balança da igualdade dos possuidores de terras, e obstar que uns viessem a possuir grandes cabedaes, e se tornassem muito poderosos, e outros muito pobres (\*).

« Tal foi o motivo, continúa elle, da Lei *Atheniense*, quando ordenou que os bens fossem sempre ao

---

(\*) Ou fosse com esse fim politico. ou pelo caracter publico e inalienavel que os barbaros assignavão á *mãe-terra*. Ainda na meia idade, o costume de muitas partes da Allemanha prohibia a penhora da propriedade territorial: e entre os Germanos, nem a terra podia entrar no patrimonio privado. Segundo o testemunho de Cesar e Tacito, a terra, na Germania, era propriedade publica; e dividida em prazos, com a possivel igualdade, quanto á extensão e á qualidade, distribuião os magistrados a sua posse pelas familias, que não podião della gozar por mais de um anno.

filho do defunto, e que na falta de linha directa passassem a collateral; o que servio de grande effeito para manter a igualdade entre os possuidores de bens.

« *Solon* foi que depois tirou o effeito a esta lei, quando permittio aos pais, que não tivessem filhos—dispôr de seus bens por testamento; mas mui breve se conheceu o mal que produzio esta lei, juntan—do-se em um só uma grande massa de bens; della se seguirão murmurações, odios e dissensões, depois a tyrannia, e por ultimo a subversão das familias.

« Póde, porém, diz o mesmo autor, olhar-se como bastante duro que, para prevenir alguns abusos se prive um homem de dispôr livremente de seus bens quando morre, e mesmo de regular seus negocios domesticos, e algumas vezes de pagar dividas.

« Mas nossas leis, continúa elle, têm obviado os inconvenientes da lei de *Solon*, estabelecendo a successão por primogenitura, que os Athenienses não tinham conhecido. Desde o tempo da lei feudal se tem sentido o mal que podia resultar da accumulção de um grande numero de terras em poder do mesmo possuidor: mas o remedio que se lhe póde applicar parece pouco conveniente a um paiz tão commerciante como o nosso, e ao qual importa

muito que as fortunas sejam moderadas, para que se esforcem a estender tanto mais o commercio.

« Depois da conquista dos Normandos, diz elle, o direito consuetudinario não permittio dispôr de bens de raiz por testamento, senão por alguns annos, isto é, do usufructo (\*): exceptuando o condado de Kent, e alguns outros antigos lugares, onde a indulgencia Saxonia existe ainda, e onde, posto que os embaraços da lei feudal, quanto ás disposições testamentarias, sejam ligeiros, se fazem comtudo perpetuos só pelo temor de que os testadores disponhão fraudulentamente.

« De outra maneira pôde acontecer muitas vezes que, contra a intenção do direito consuetudinario, que é que a traslação dos bens se faça a herdeiro apparente, por testamento se faça ella a favor de um

---

(\*) Pôde-se vêr nessa disposição a tradição do costume germanico de que fallámos na nota antecedente. « Nenhum Suevo, diz Cesar, possue terra á parte, demarcada como propriedade sua permanente. Annualmente, as familias tomão posse dos prazos que os magistrados lhes têm assignado. Ao cabo do anno, transferem-se para outros prazos.» Tacito explica o costume por uma observação que parece natural; mas, não dá a razão sufficiente do caracter de instituição publica que tinha essa divisão dos prazos, feita pelo magistrado: « é que, diz elle, os Germanos não se applicão aos augmentos da fertilidade da terra; em tendo colhido o necessario, dão-se por satisfeitos.»

homem que não seja publicamente revestido desta qualidade, e onde por consequencia o direito da propriedade não seja evidente.

« Porém a subtileza do clero, continúa elle, tendo estabelecido a doutrina do gôzo, ou usufructo, como uma cousa distincta absolutamente da propriedade, admittio que o legatario do usufructo possa pedir a execução do seu legado perante o tribunal da chancellaria. Mas, quando o estatuto dos *Usos* reunio o usufructo á propriedade, fazendo-os inseparaveis, não foi mais possível dispôr por testamento de bens de raiz; o que occasionaria uma grande revolução em as disposições testamentarias, se cinco annos depois não viesse o estatuto das *Disposições*. Foi o 32.º, de Henrique VIII, a que se seguiu o 34.º, do mesmo rei, que estabeleceu que os particulares, excepto os filhos, as mulheres em poder do marido, os idiotas, e os que são destituídos de razão, podião dar por disposição testamentaria, excepto ás corporações, os dous terços de seus bens de raiz; o que o mesmo se entrou a praticar nos feudos, á excepção dos bens que respeitavão de um a outro feudo.

« Tendo a experiencia mostrado quanto era perigoso para o bem publico desviarem-se das regras prescriptas pelo direito consuetudinario, por isso

que o estabelecido pelo parlamento tinha engendrado uma grande multidão de fraudes, e feito dar infinitos juramentos falsos, pois no tribunal de justiça não era necessario senão apresentar por escripto a ultima vontade de um testador, para que fosse olhada como um acto sufficiente para se julgar valida, o estatuto 29.º das *fraudes* e dos *falsos juramentos*, de Carlos II, ordenou que para o futuro todos os legados feitos de bens de raiz fossem não só escriptos, mas assignados pelo testador, ou por outras quaesquer pessoas, que tivessem assignado por elle em sua presença, como testemunhas, cujo numero seria de quatro, ou pelo menos de tres.

« Segundo o mesmo estatuto, o testamento, ou acto que o revogasse, devia começar assim : *Eu F... declaro que esta é a minha ultima vontade, e meu Testamento.* — Este escripto, sendo da mão do testador, não era necessario que o assignasse; todavia era melhor que o fizesse. Era igualmente ordenado que, posto que as testemunhas devessem todas ver assignar o testador, ou ao menos reconhecer sua assignatura, pudesse comtudo fazer seu testamento em diferentes tempos, os juizes, entretanto, são muito severos a respeito da credibilidade, ou antes da competencia legal das testemunhas, porque elles não permitem que o legatario, ou credor, seja

testemunha onde é considerado como interessado. O estatuto 24.<sup>o</sup>, cap. 6.<sup>o</sup>, de Jorge II, para tirar a duvida que havia a respeito dos domesticos, a quem se devessem soldadas, boticario, procurador, a quem se devessem serviços, ou ministro da parochia a quem se devessem dizimos, ordenou que todos estes podessem servir de testemunhas nos testamentos, mas não receber legados alguns pelo testamento a que assistissem, a menos que antecipadamente não tivessem renunciado suas dividas; mas a attestação de tres testemunhas, que se achassem credoras, era olhada como legal e sufficiente em o caso em que os bens fossem encarregados do pagamento das dividas.

« Deve comtudo fazer-se a differença que, quando se lega sómente o uso da cousa, ou bens moveis, não ha necessidade de assistencia de testemunhas e mesmo da assignatura do testador, se se provar que o testamento é feito por elle; posto que o partido mais seguro é que seja assignado pelo testador, e publicado perante as testemunhas, « como diz o mesmo autor, cap. 32.<sup>o</sup>, pag. 445 do tom. 3, em que expõe não só a origem e antiguidade dos testamentos, mas quaes sejam as pessoas, que em Inglaterra podem fazer testamento, a natureza deste, o que seja executor e administrador

de um testamento, como se deva nomear, e quaes os seus deveres ; podendo-se ver no cap. 33.<sup>o</sup> varias regras uteis para a interpretação das ultimas vontades. »

Examinando, porém, o *Codigo de Sardenha*, achamos no liv. 5, tit. 1, que aquelles que não quizerem fazer testamento segundo as regras de direito commum (romano), o podem fazer da maneira seguinte :

Feito o testamento pela mão do testador, apresenta-o pessoalmente ao senado, e pede que se lhe faça acto de declaração de ser aquella a sua ultima vontade. O senado reconhece primeiramente se a pessoa, que se lhe apresenta, é a mesma ; e logo que esteja verificada a identidade, manda lavrar o requerido acto que é assignado pelo presidente do senado e pelo secretario, e se lhe põe o sello real ; ficando assim tão validamente feito, como se o fosse segundo o direito commum.

Se, porém, o testador não póde vir pessoalmente ao senado, neste caso vai um senador, com o secretario, á casa do testador receber-lhe o testamento, remettendo-o logo ao senado, depois de examinar se elle está capaz de testar ; porque não estando, se lhe não toma o testamento.

Estes testamentos assim feitos ficão no archivo do senado, fechados com duas chaves, das quaes uma está em poder do presidente, e outra do secretario; mas não póde ser aberto senão em presença dos senadores, quando morrer o testador, ou este o reclamar em sua vida.

E, finalmente, examinando a fórma de testar pelo direito do *Codigo da Prussia*, achamos que os testamentos e codicillos são *Judiciaes*, ou *Extrajudiciaes*. Os primeiros, aquelles que são entregues ao juiz, ou tribunal do districto, para serem por elle approvados; os segundos, os que são feitos pelo testador sem intervir nelles a autoridade judicial.

O *Testamento judicial* póde ser feito publicamente, isto é, *aberto*, ou *fechado*. O *testamento aberto* é feito pelo testador, ou por outro de seu mandado, e entregue ás mãos da Justiça, ou declarado ao secretario ou escrivão; se não póde apresentar-se pessoalmente, requer que o juiz, lh'o vá tomar ao seu domicilio; o que faz por meio de um requerimento por elle assignado, ou por duas pessoas deputadas pelo testador para esse fim. (41)

---

(41) *Cod. general pour les États Prussiens*, tom. 1, tit. 12, art. 66 e seg. Sobre o Extrajudicial veja-se o art. 161 e seg.

O tribunal para receber os testamentos deve ser composto ao menos de um juiz, e escrivão, e na falta deste de dous homens juramentados; mas se o testador se não póde apresentar na audiencia, ou perante o tribunal, então o presidente nomeia os deputados que devem ir ao domicilio do testador receber-lhe a sua disposição; sem commissão especial cada um dos membros do senado por si só não póde praticar semelhante acto validamente.

Nas pequenas villas, onde as justiças são compostas de um juiz ordinario, e dous accessores juramentados, podem, com assistencia do escrivão juramentado, validamente receber os testamentos, quando não ha lugar de se poder ir testar perante o juiz do cantão, sendo comtudo aquelles transmittidos sem perda de tempo ao juiz do cantão respectivo. (42)

Se porém o testador quer fazer o seu testamento, *fechado*, póde-o assim entregar ao tribunal, ou ao juiz para isso deputado; mas é necessario que seja assignado pelo testador, ou feito por elle; o que o juiz deve examinar. Neste caso o

---

(42) Art. 82 e seg.

juiz deve pretender saber qual é a sua disposição, pondo sómente o sello do tribunal nas costas do testamento; e formando o processo verbal de tudo, assigna-lo com o testador. (43)

Se o testador quizer declarar a sua vontade oral ou nuncupativamente, o pôde fazer tambem, declarando verbalmente a sua vontade ao escrivão, formando este com o juiz um processo verbal, em que se declare a disposição, assignando-o o testador e o juiz, que tambem lhe põe o sello do tribunal ou o d'elle testador, se este quizer. (44)

Estes testamentos assim feitos são guardados em o archivo do tribunal, e ao testador se dá um conhecimento deste deposito. (45).

Além destes testamentos *Solemnes* tambem ha os *Privilegiados*, nos quaes se não exigem as formalidades que se requerem naquelles; taes são o do soldado, cujo privilegio compete ainda aos que em razão de guerra, e molestia contagiosa, não podem recorrer aos tribunaes, ainda que sejam pessoas do estado civil; (46) bastando para sua validade que

---

(43) Art. 100 e seg.

(44) Art. 103 e seg.; e deste modo é que testão os cegos, e os que não sabem escrever.

(45) Art. 112.

(46) Art. 177 e seg., e art. 198.

seja assignado pelo testador, ou feito por elle, e achado na sua mochilla ou despojo; (47) e se o não tiver assignado por não saber, ou não poder, basta que assigne uma testemunha, comtanto que tenha as qualidades necessarias para merecer fé. (48)

Para poderem testar os *surdos* e *mudos*, que sabem escrever, é necessario apresentar-lhes por escripto o que devem fazer. (49)

Quando o testador não é entendido pelo juiz, ou tribunal, por fallar differente lingua, se chamão dous interpretes, para cujo fim se lhes defere juramento. (50)

Quando o juiz tem de ser o herdeiro do testador, deve envia-lo perante outro tribunal, onde declare sua vontade. (51)

Com estas noções passamos a tratar de cada uma das especies de testamentos, que temos reconhecidos pelas nossas leis, indicando as solemnidades que particularmente requerem, e notando ao mesmo tempo a diversidade das que estabelecêrão as leis dos indicados codigos estrangeiros.

---

(47) Art. 183.

(48) Veja-se o art. 185 e seg.

(49) Art. 123.

(50) Veja-se o art. 124 e seg.

(51) Póde vêr-se o art. 133 e seg.

## § I.

*Do Testamento Aberto.*

O testamento *aberto*, como fica dito, pôde ser feito pelo tabellião publico em o livro das notas, na fórmula da Ord., liv. 4, tit. 80, pr. (52), ou pelo mesmo testador, ou por um particular a seu rogo, conforme o § 3, da Ord. cit.

Se é feito pelo tabellião, além da fé e autoridade que recebe, por ser feito por uma pessoa publica, requer nelle a cit. Ord. as seguintes solemnidades: 1º, que seja escripto pelo tabellião em as notas, como

---

(52) Naquelles lugares, ou aldêas, onde houver Escrivão de Testamentos nomeados pela Camara, na fórmula da Ord., Liv. 4, tit. 78, § 2º (c), o Livro deste equivale ao Livro de Notas, e o Escrivão ao Tabellião Publico neste particular, e objecto: note-se, que este testamento, que se pôde chamar tambem *Publico Aberto*, ainda que não é tão usado como o Cerrado, é autorisado por Lei e se pratica fazendo-se como outro qualquer Instrumento Publico, exigindo sómente maior numero de Testemunhas: suas formalidades se vêem no fim deste Tratado.

---

(c) Não os ha no Brasil. Os regimentos das Camaras Municipaes não lhes conservou essa faculdade: e como, por um lado, seu art. 9º (da L. de 1º de Outubro de 1828) revogou todas as leis, alvarás, etc., que dêssem ás Camaras attribuições ou lhes impozessém obrigações diversas das declaradas nella; e por outro, nenhuma lei passou para outra autoridade a attribuição de nomear esses escrivães de testamentos, segue-se que a Ord., liv. 4, tit. 78, § 2º, está revogada.

292 9 881 J76 0 92-197 9b04 (16)

outro qualquer instrumento publico; (\*) — 2<sup>a</sup>, que assistão a elle cinco testemunhas, além do tabellião, todos varões, maiores de 14 annos, e livres, on

(\*) Os Escrivães dos Juizes de Paz das freguezias ou capellas fóra das cidades ou villas, são ao mesmo tempo Tabelliães de Notas nos seus respectivos districtos, cumulativamente com os Tabelliães do termo. — L. de 30 de Outubro de 1830.

Logo, os das freguezias dentro das cidades ou villas, não são Tabelliães, nem podem exercer attribuição alguma desta serventia. Entretanto, o Av. n. 210 de 19 de Maio de 1865, dando a lei interpretação cerebrina, declara (apezar da constitucional incompetencia do poder que o expediu) que aos Escrivães de Paz dos districtos de uma mesma freguezia mais ou menos remotas das villas ou cidades situadas nellas, pertence exercer as attribuições de Tabelliães de Notas! Para decisão tão arbitraria foi preciso: 1<sup>o</sup>, suppr a cidade comprehendida na freguezia, quando a lei procedia por modo inverso; 2<sup>o</sup>, dar á palavra fóra a mesma significação da sua contraria, dentro

da L. de 15 de Outubro de 1827, art. 6. fez dos Escrivães de Paz Tabelliães de Notas no seu districto somente, para poder fazer e approvar testamentos. O Av. de 1<sup>o</sup> de Agosto de 1831 declarou que a L. de 30 de Outubro de 1830 não revoga aquella de 27, antes ampliou-a em bem dos moradores fóra das cidades ou villas.

Este mesmo Aviso declarou que os Escrivães de Paz devem usar do signal publico; e que ás partes é livre escolhe-los de preferencia aos Tabelliães para a leitura e approvação dos testamentos.

E bem visto que, fóra do seu districto, o Escrivão não tem jurisdicção, e é nullo quanto praticou como tal. — Accordão da Relação da Corte, no n. 2 da Chronica do Foro.

Para fazer o testamento de nullo officio, e, quando no estrangeiro é competente o consul geral, ou se consul na fóra de 1831 e modelo n. 22 do Decr. n. 520 de 11 de Junho de 1847 (Regulamento Consular do Imperio). — L. de 17 de Maio de 1831.

reputados taes (53);—3<sup>a</sup>, que as testemunhas assignem todas com o testador, e que não sabendo este escrever, ou não podendo por causa de molestia, assigne uma das testemunhas a rogo do testador, declarando logo — *que assigna a rogo do testador, por não saber (ou não poder) escrever.* (54) (\*)

---

(53) Depois do Alv. de 19 de Setembro de 1761, que aboliu a escravatura neste reino, torna-se escusada esta ultima circumstancia da liberdade, que a lei requer. (d)

(d) Não assim no Brasil, onde infelizmente ainda existem escravos.

(54) Pelo Direito Novo Romano se requerião sete testemunhas que tivessem facção de testamento, §§ 3 e 6. *Inst. Testam. ordin.*; cujo numero foi adoptado pelo Direito de Hespanha, L. 1, tit. 1, Part. 6; mas pelos arts. 971 e 972 do Cod. Civ. dos Francezes, o testamento por *Acto Publico* deve ser feito perante dous notarios, e na presença de duas testemunhas, ou por um notario, e perante quatro testemunhas, sendo dictado pelo testador, e escripto por um. Nos Codigos das nações estranhas é esta especie de testamento, que achamos mais semelhante ao nosso *Aberto*, feito nas Notas do Tabellião, posto que com differente numero de testemunhas; pois que o *Testamento Judicial*, usado na *Prussia*, já notado, é mais semelhante ao que por Direito Romano se veio a chamar *apud acta*, feito perante o Juiz ou Magistrado, como um acto judicial, cujas particularidades e circumstancias se podem vêr no tom. 1 do Cod. dos Estados da Pruss., a pag. 405, tit. 12, sec. 1, art. 66 e seguintes; e note-se que pelo *Direito Novo de Hespanha*, L. 1 e 2, tit. 4, Liv. 5 da Recopil. se reduziu o numero das testemunhas a tres, sendo o testamento feito perante o tabellião, ou escrivão, e a cinco sendo feito aberto pelo testador, conservando-se as sete para o *Cerrado*.

(\*) Ord., liv. 4, § 80 pr. *in fine*. É, pois, nullo o testamento

Portanto devemos ter por valido o *Testamento* em que intervierem estas solemnidades *externas*, se tambem tiver as *internas* de que havemos de tratar; e por nullo, se lhe faltar alguma das que as nossas leis declarão: devendo ter esta conclusão como uma regra geral para decidir os casos occurrentes; pois que temos, que a Ord. cit., no § 1, vers. *E não sabendo...* annulla o testamento pela simples falta da testemunha, que assigna a rogo do testador, não declarar que assigna a seu rogo, e a razão por que.

Se, porém, o *Testamento aberto* fôr feito pelo testador, ou por um particular a rogo do mesmo, então, além de deverem assistir á sua factura as mesmas cinco testemunhas, ou seis com o testador, ou particular, que o fez, devem estas assignar depois de lhes ser lido, na fórma da Ord. cit., § 3, vers. *As quaes...* (55)

Este testamento, como não está munido com a autoridade ou fé publica, deve, depois da morte do

---

assignado de cruz, como bem decidiu o Accórdão da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 1856.

(55) Ainda que a Lei não requer esta clausula de ser lido perante as testemunhas quando o testamento é feito por tabellião, será ella uti se se praticar, para evitarem-se as fraudes que se podem seguir desta falta: é a esta especie de Testamento Aberto, escripto pelo testador, que os juristas chamão *Olographo*.

testador, ser publicado por autoridade da justiça, citando-se por isto as partes interessadas para se examinarem os signaes das testemunhas, a subscrição do testador, o estado em que estava quando fez aquella disposição, se aquella era com effeito a sua ultima vontade, e mais cousas que são necessarias para a validade de taes testamentos; e isto porque este testamento não é feito por tabellião, que tem fé publica, nem tem instrumento de approvação nas costas, como declara a Ord. liv. 4 tit. 80, § 3 (56).

---

(56) Ainda que esta redução de Testamento em muitas partes não tenha uso, pelo apresentarem sómente ao parochos, que sem autoridade (e) lhe principia a dar execução pelo que respeita ao bem da alma, e os herdeiros, á imitação deste, pelo que pertence aos bens; comtudo, só tem lugar quando não ha quem contradiga; porque havendo, se deve seguir o que declara e ordena a Ord. cit.; e portanto bem á maneira dos Testamentos Nuncupativos é necessaria Sentença do Juiz, que o julgue por bom, para se poder dar á execução tal testamento, como se dirá.

(e) Autoridade têm os parochos para darem execução quanto ao bem d'alma; e se o A. lh'a nega, é quanto ao effeito de obrigarem o espolio ao pagamento das despezas funerarias e suffragarias. A questão tem importancia, porque entre nós, e especialmente nesta provincia do Rio de Janeiro, as despezas do bem d'alma são, por costumado espirito de simonia nos parochos, exageradamente elevadas. Ovelha pellada, parochos pelludo; freguezia pobre, vigario rico: tal é a regra cá da provincia.

Fique, pois, bem consignada a these: — O Juiz não é obrigado a mandar pagar aos parochos despezas sumptuarias de enterramento, officios custosos, aluguel de ornamentos sagrados, venda de ceremonias, etc., autorizadas em testamentos que por seu despacho não mandou cumprir. Nem pôde mandar paga-las nos inventarios, se houver herdeiro que se opponha; mas deve remetter para o Juizo Contencioso o conhecimento da materia.

## § II.

*Do Testamento Cerrado.*

O Testamento *Cerrado*, a que também chamão *Mystico*, de que falla a Ord., liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2, pôde ser feito pelo testador, ou por um particular a seu rogo. (57)

---

(57) Pelo Cod. Civ. da França, art. 976 e seguintes, foi também admittida esta especie de Testamento *Cerrado* ou *Mystico*, com o fim de prevenir o abuso que resulta do conhecimento prematuro, que chega aos herdeiros, dos direitos que lhes podem vir a pertencer sobre os bens do Testador depois da sua morte, e para evitar o espectáculo afflictivo dos odios e dissensões que causa entre as familias a sciencia da vontade do Testador antes da sua morte: segundo o dito código, pôde ser feito ou pelo Testador, ou por outra pessoa a seu rogo; e se apresenta também fechado e sellado a um Notario em presença de seis testemunhas, devendo ser assignado pela mão propria do Testador, se sabe ou pôde escrever; porque áquelles que não sabem ou não podem ler ou escrever, não permite a Lei testar em fórma *Mystica*, art. 978; vindo por consequencia a requerer este Testamento para sua validade sete formalidades:— 1ª, assignatura do Testador; 2ª, que o papel seja sellado; 3ª, apresentação do papel ao Notario e ás testemunhas; 4ª, declaração do Testador ao Notario de que aquelle é o seu Testamento, escripto por sua mão, ou alheia, ou que está por elle assignado, se o não tem podido fazer por sua mão, sendo esta declaração feita em alta e intelligivel voz pelo Testador; 5ª, o acto da subscripção pelo Notario (a que chamamos approvação); 6ª, assignatura das testemunhas, e do Notario; 7ª, que a 3ª, 4ª, 5ª e 6ª formalidades se executem *uno contextu*. — Porém pelo *Direito de Hespanha* são necessarias sete testemunhas para o Testamento *Cerrado*, devendo ficar parte do papel em

As solemnidades que requer a lei cit. no § 1, para a validade deste testamento, são : 1<sup>a</sup>, que feito o testamento pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo, o deva assignar com a declaração que faz a cit. Ord., que, se elle fôr feito pelo proprio testador, não tem necessidade de o assignar, por isso que a sua lettra tem a mesma fé que lhe pôde dar a assignatura: se, porém, fôr feito por particular a seu rogo, então deve-o assignar o testador, sabendo escrever; e não sabendo, ou não podendo, será assignado pela pessoa que lh'o fez, declarando que assigna a seu rogo: (\*) 2<sup>a</sup>, depois de assim feito, o entrega o testador fechado e cosido ao tabellião,

---

branco para se pôr a subscrição do Testador e das testemunhas; dizendo elle a estas que aquelle é o seu testamento, e rogando-lhes sejam suas testemunhas; ellas assignaráo com o testador, se souber escrever; e não sabendo, ou não podendo, o fará outro a seu rogo: o que terá lugar perante um Escrivão. — L. 1 e 2, tit. 4, part. 6, e Liv. 2, tit. 4, lib. 5 da Recop.

(\*) Aqui não é essencial que o que assigna a rogo declare a *razão* do testador não saber ou não poder. Esta solemnidade é essencial sómente no auto da approvação. — Ord., L. 4, tit. 80, § 1.

Note-se, porém, que a falta da assignatura a rogo quando o testamento é escripto por outro, pelo testador não saber ou não poder, é irritante, como se vê da expressão imperativa da cit. Ord., e tem sido julgado frequentemente nos nossos tribunaes. — Revista do Sup. Trib. de Just., de 14 de Outubro de 1853, na *Gazeta dos Tribunaes*, n. 258. Ver a *Jurisprud. dos Tribun.* do Dr. Mafra, tom. 2, CXXIII.

diante de cinco testemunhas (58) varões, e maiores de 14 annos, na presença das quaes deve o tabelião perguntar ao testador se aquelle é o seu testamento, e se o ha por bom, firme e valioso (pois não é necessario que se lêa ás testemunhas); e dizendo

---

(58) Por Direito Romano requerião-se neste testamento sete testemunhas: o nosso Direito actual, porém, exige sómente cinco, vindo a ser seis com o Tabellião: antes, porém, da Compilação Affonsina, pelos costumes, era valido um testamento tendo nelle intervindo a assignatura de cinco testemunhas, ainda que fossem mulheres, como se vê da dita Ord., liv. 4, tit. 103 pr.; porém, este costume foi declarado no § 1 desta Ord., para que em todo o testamento assim aberto feito por tabellião, como cerrado com instrumento de approvação, interviessem seis testemunhas com o tabellião, e todas varões: o mesmo se declarou na Ord., Manoel, Liv. 4, tit. 76, pr. e § 1, donde foi copiada a Filippina, Liv. 4, tit. 80, costume que foi expressamente abrogado pela Ord. Filip., L. 4, tit. 80, § 1, nas palavras: *E isto sem embargo de qualquer costume que em contrario haja, em algum lugar, ou lugares*; o que já tambem tinha declarado a Manoelinha, no tit. 76, § 1: e serve para firmar a regra estabelecida de que qualquer testamento será válido nelle intervindo as solemnidades que requerem as nossas leis actuaes, e nullo faltando-lhes.

E posto que na Ord. Aff., § 4, e na Manoel. § 7, dos tit. cit., se faça a declaração de que nos lugares ermos e de pequena povoação, poderá valer o testamento, ou Codicillo, com tres testemunhas, quer seja aberto, quer cerrado, quer escripto, ou ao tempo da morte por palavra, comtudo a nossa Ord. actual não quiz adoptar esta declaração emquanto aos testamentos, e sómente emquanto aos Codicillos feitos em lugares de pequena povoação, como se vê da Ord., Liv. 4, tit. 86, § 2.

o testador que sim, (\*) principia o tabellião o instrumento de approvação na presença das mesmas testemunhas; — 3.º, este instrumento de approvação, como declara a Ord. cit. nos §§ 1 e 2, deve o tabellião começar na mesma folha, ou parte em que

(\*) Também é essencial essa pergunta, se o testador o não diz logo ao tabellião no acto de lhe entregar o testamento para que lh'o approve; e, ou o dito espontaneo do testador ao fazer a entrega, ou a pergunta do tabellião ao recebe-lo é a resposta daquelle, deve de se passar em presença das testemunhas da approvação, sob pena de nullidade. — Ord., liv. 4, tit. 80, § 1; Revista do Sup. Trib. de Just. de 14 de Outubro de 1853 (Maíra, tom. 2, cxxiii); Accórdão da Relação da Corte, e da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 1856 (Maíra, tom. 1, v. b. Testamento. — *E' nullo quando o testador*; Revista do Sup. Trib. de Just. n. 6424 de 4 de Junho de 1864 (Maíra, tom. 3, cclix), *ibi*: «... não bastando afirmar o mesmo tabellião que lhe (ao testador) fizera as perguntas da lei: pois que aquellas palavras *bom, firme e valioso* devem ser explicitas e não subentendidas», sob pena de nullidade, que foi decretada.

Neste sentido se têm pronunciado, póde-se dizer que invariavelmente, os nossos tribunaes; comtudo, em sentido diverso tomou accórdão o da Relação de Lisboa, como do seu extracto se póde ver em Maíra, tom., 1, v. b. Testamento. — *Não é fundamento para nullidade*; e nos parece que mais de accórdo com a sã razão é o Ass. de 10 de Junho de 1817, que explicou o de 17 de Agosto de 1811. Decidiu o douto tribunal que não é fundamento para nullidade a unica circumstancia de não ter o testador declarado ao tabellião, quando lho entregou para approvação, que o havia por bom firme e valioso; por quanto, estando provado do auto que ao tabellião entregára o testador o seu testamento para o approvar, o pedido de approvação importa indubitavelmente a manifestação expressa do testador de sua vontade de que o seu testamento seja havido por bom, firme e valioso, ficando assim cumprido aquelle primeiro Assento.

acabou o testamento, afim de evitar as falsidades, que poderão introduzir-se nos testamentos, podendo acontecer que se tirasse aquelle testamento, e se juntasse outro ao instrumento de approvação; e por isso requer mais a lei que, não restando papel algum, quando se fizer o testamento, para nelle se lavar a approvação, o tabellião ponha o seu signal publico em qualquer parte do testamento, fazendo disso menção na confirmação (59): o tabellião,

---

(59) O modo pratico de fazer este testamento e a sua approvação se póde ver no fim deste Tratado; pois deve declarar o tabellião, se naquelle achou algumas entrelinhas ou horrões; que o testador lhe entregára aquelle testamento e o houve por seu, bom e firme; as laudas ou folhas, em que o mesmo estava escripto, quando o testador lh'o entregou; e se este estava, segundo o seu parecer, em perfeito juizo, etc. Note-se que os praxistas questionão se esta clausula, que a Lei requer na Ord. cit., § 2, é necessaria *pro fórma*, ou se, faltando ella, o testamento fica nullo. Alguns, como *Mendes a Castro*, mostram que a nossa legislação, ou modo de julgar, é muito vacillante, e apontão casos identicos decididos nas Relações, cujas sentenças derão umas vezes o testamento por nullo, por isso mesmo que lhe faltou ser confirmado no mesmo papel, em que tinha acabado, e outras vezes declararão não ficar nullo, por isso que no fim do § 2 da Ord. cit. só se impõe ao tabellião pena de perdimento de officio quando lhe esquecer esta clausula, e não a de nullidade de testamento. O autor das *Inst. de Direito Civil Lusit.* não aponta esta questão, esquecendo-se até de notar a clausula, que requer o mesmo § 2, de, quando não restar papel algum no testamento para continuar-se o instrumento de approvação, dever o tabellião pôr o signal publico em qualquer partedo testamento, fazendo disso menção na approvação. No entanto como temos a regra, que faltando algumas das solemnidades prescriptas pela nossa

que o contrario fizer, perderá o officio, e o instrumento será nullo na fórma dos §§ 1 e 2 já cit. (\*), Ord., liv. 1, tit. 78, §§ 4 e 15 (60); 4<sup>a</sup>, no fim do instrumento de approvação deve o tabellião fazer

---

Lei o testamento fica nullo, devemos dizer o mesmo a respeito da sobredita clausula, que, faltando ella, se invalida o testamento; e não vale o argumento tirado das palavras finaes do §, por isso que ha muitos lugares da Ord. em que impondo-se ao tabellião a pena de perdimento do officio por algum erro, os actos por elle feitos ficão nullos; quando a respeito deste caso já se deixa declarado no § 4 da Ord. cit., no fim, e muito mais tendo agora o Assento de 10 de Junho de 1817, que tira toda a duvida a semelhaante respeito, como será melhor explicado no fim deste Tratado, onde se porá por extenso o mesmo Assento.

(\*) Em Araruama julguei nullo o testamento cerrado com que falleceu José Francisco Vieira, porque o escrivão (de paz) que o approvou, tendo declarado no auto que, por não restar papel no testamento, nelle deixára o seu signal, entretanto no testamento não apparecia esse signal. E mandei responsabilisar o escrivão, que foi condemnado, em primeira e segunda instancia, por falta de exacção no cumprimento dos seus deveres.

(60) Note-se que a questão ventilada sobre ser, ou não, valido o testamento, que foi feito pelo tabellião como particular, e approvedo por elle mesmo como tabellião publico, se acha decidida pelo Ass. 4, de 22 de Julho de 1811, em que se assentou a proposito que não havia nullidade alguma proveniente desta causa, e que quaesquer testamentos escriptos na fórma da lei por qualquer tabellião e depois approvedos pelo mesmo, fossem validos; porque não havendo lei que o prohibisse, se não devião irrogar nullidades em actos que não as têm.

assignar as testemunhas, e o testador, se souber ou poder assignar; e não sabendo, ou não podendo, assignará por elle uma das testemunhas, declarando junto do signal, que assigna por mandado ou a rogo do testador, por não saber, ou não poder assignar; (\*) e de outra fórma não será válido o testamento, como declara a Ord. cit., § 1, e Ass. de 10 de Junho de 1817. (61)

---

(\*) Aqui é essencial a *razão* da assignatura a rogo, se é pelo testador não saber, ou se por não poder assignar. — Ord. cit. no texto; Acc. da Rel. de Lisboa de 11 de Maio de 1856 (Mafra, tom. 4, v. b. *Testamento.—E' nullo o que é assignado de cruz.*) Esta tem sido a jurisprudencia constante dos nossos tribunaes, não obstante a Revista do Sup. Trib. de Justiça de 29 de Outubro de 1864 (Mafra, tom. 3, CCLXX), onde se lê: . . . « o facto em que se fundou (o accórdão revisto) de não estar o instrumento de approvação assignado pela testadora ou por alguém a seu rogo, não era de sorte alguma sufficiente para autorisar a nullidade, tendo-se, como devia 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 rogo da testadora, em razão de que ella não sabia escrever. » Ha de ser difficil sustentar semelhante doutrina em face da Ord., que terminantemente fulmina de nullidade o testamento na especie. O cõlendissimo tribunal applicou á assignatura do auto de approvação o que se poderia dizer da assignatura do testamento. Veja-se a not. á pag. 49 *supra*.

(61) Note-se que posto que o Ass. de 17 de Agosto de 1814, tomado sobre a intelligencia da Ord., Liv. 4, tit. 80, § 1, vers. *E de outra maneira não será válido o testamento*, por se duvidar se este decreto

§ III. Poder assignar; e não podendo em não podendo, obstar, declarando, assignar por elle uma das testemunhas, declarando

o que assignar por mandado ou por assignar por mandado ou por assignar por mandado

Do Testamento Nuncupativo. (\*)

O testamento *Nuncupativo*, ou de viva voz, de que falla a Ord., liv. 4, tit. 30, § 4, é feito tão sómente pelo testador declarando por palavra ao tempo da sua morte, o que quer que se faça depois della.

A Ord. cit. diz somente a respeito desta especie

de testamento, *que qualquer poderá testar de seus bens por palavra ao tempo da sua morte, sem disso fazer escriptura, comtanto que á esta disposição as-*

*sistão seis testemunhas, ainda que sejam mulheres; mas que convalescendo o testador desta doença que*

*estiver a tempo da testador, em tanto de que não sabbia escrever*

*irritante; se devia limitar á disposição mais proxima, que é, ainda sabendo, ou não, podendo, declarasse; que o dito decreto comprehendia*

*todas as fórmulas substanciaes do mencionado §, na pena de nullidade, porque assim forão decretadas para evitar as falsidades perigosissimas em taes casos, não devendo, nem podendo antepôr-se, nem pospôr-se,*

*ou substituir-se por equipollencia as fórmulas prescriptas pela Ord. cit., comtudo, isto foi declarado posteriormente pelo Ass. de 10 de Junho de 1817, como se mostrará*

*o pôz em estado de não poder fazer testamento por escripto, e só de viva voz, o tal testamento será nullo e de nenhum effeito.* (62)

(62) Das palavras da Ord. cit., § 4, se vê bem, que não só o legislador quiz adoptar esta especie de testamento conhecido entre os Romanos, mas tambem declarar positivamente que sómente concedia este beneficio áquelles que, em razão da molestia, não podião dispôr de outra maneira, determinando que a convalescença fazia invalidar semelhante testamento: á vista do que, não parece digna de se adoptar a opinião daquelles que querem que o testamento se possa fazer nuncupativamente, ou de viva voz, em outro qualquer tempo, sem ser em artigo de morte, contanto que as testemunhas sejam todas varões, como é o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lus.*, liv. 3, tit. 5, § 9, em a nota: e isto não só porque o nossa Ord. falla unica e expressamente do caso em que o testador esteja em artigo de morte, declarando que a sua convalescença o torna invalido; mas ainda porque as nossas Leis em parte nenhuma permittem fazer Testamento solemne de viva voz; antes pelo contrario descrevem miudamente como deve ser feito por escripto (f); e se nestes mesmos ha tantos litigios, quantos mais não haveria se te-tassem de viva voz, ficando por isso sujeitos os Testamentos a mais enganos e falsidades? Nem pôde servir de argumento o não se achar na Ord. Manoel, Liv. 4, tit. 76, § 4, e na Aff., Liv. 4, tit. 103, § 3, o v. *Porém*, e dizer-se que fóra acrescentado contra as Leis e costumes patrios, de que dantes se usava, porque o legislador podia muito bem fazer esta nova declaração, muito principalmente encaminhando-se ella ao fim de evitar a multiplicidade de pleitos; nem as leis extravagantes citadas pelo referido autor podem servir de apoio á opinião contraria, por isso que estas legislação geralmente, e não derogarão esta Ord. em especial, fallando ella tão claro,

(f) E tambem porque, na instabilidade das determinações humanas, não podia ser esse testamento um acto de ultima vontade, característico da insfutilação.

nem o deverião fazer ; porque se prohibissem fazer Testamento áquelles que se achão atacados com uma doença perigosa, ou por lhes succeder um desastre, tempo em que não podem chamar Tabellião para lh'o fazer ou approvar, casos unicos em que sómente se pôde dispôr deste modo, viria a pôr os homens na necessidade de muitas vezes morrerem sem Testamento, por não terem quem lh'o fizesse, e irem recahir os bens em pessoas, que bem pouco lh'o tivessem merecido, vindo a morrer com este dissabor (g) ; e até parece haver contradicção no sobre-dito Autor em dizer primeiro, que não vale o Testamento *Nuncupativo* depois da molestia, ainda que nelle intervenhão Testemunhas qualificadas ; pois se elle admite tal Testamento fóra da molestia, qual ha de ser a razão por que deva valer este, e não aquelle, sendo assistido de Testemunhas qualificadas ? E de mais, sendo os Testamentos *Nuncupativos* sujeitos a muitas fraudes, e podendo occasionar muitos juramentos falsos, como bem mostra *Blakstone* commentando as Leis Inglezas, deve haver todo o cuidado e escrupulo na sua admissão ; e eis-aqui porque elles não forão adoptados pelos novos Codigos da *França* e da *Prussia* ; e porque na mesma *Inglãtterra* estão quasi em desuso, apesar do Estatuto 29 de Carlos II, cap. 3, que ordenou, para evitar aquellas fraudes e inconvenientes, que nenhum Testamento escripto podesse ser alterado ou revogado por Testamento *Nuncupativo* subsequente, uma vez que não fosse reduzido a escripto pelo Testador, approvando-o, e se não fosse certificado pelo juramento de tres pessoas ao menos ; e de mais, que nenhum Testamento *Nuncupativo* valeria, quando o objecto legado excedesse o valor de 30 libras ; quando as Testemunhas não tivessem a capacidade requerida pelo Estatuto 4 e 5 da Rainha Anna, cap. 16, e quando não fossem especialmente chamadas pelo Testador para semelhante fim ; que não valeria, senão para o caso de artigo de morte ; que seria reduzido a escripto dentro em seis dias, e approvedo durante 15 dias depois da morte do Testador, notificando-se primeiro á viuva, ou parente delle, para o contestar, se

(g) A lei teve muito em vista essa razão dada pelo autor, a qual explica a instituição dos escrivães de que falla a Ord. liv. 1º, tit. 78 § 20, especialmente destinados para fazerem os testamentos aos *moradores que estiverem doentes em cama*.

É, portanto, necessario, para se poder fazer validamente este testamento: 1º, que o testador esteja em perigo de vida, e que a molestia lhe não dê tempo para fazer seu testamento solemne por escripto; — 2º, que o testador morra daquella molestia, não tendo tempo intermedio para poder dispor solememente; porque convalescendo, esta mesma convalescença, e tempo que tem para dispor de outro modo, é causa da sua invalidade; — 3º, que sempre intervenhão seis testemunhas; mas permite a lei para maior facilidade e beneficio do testador, que possam entrar mulheres naquelle numero, pois que muitas vezes acontece, principalmente no campo, casaes e terras pequenas, não apparecerem senão mulheres, e por isso muito bem providencia a lei este caso com a sobredita disposiçãõ; — 4º, que para inteira validade e

---

o julgasse a proposito. É assim, que aquella Legislação obviou as fraudes, que se podem praticar em taes Testamentos, exigindo tantas circumstancias, que por isso tem cahido em esquecimento, não se fazendo alli delles uso, senão quando o Testador se acha violentamente atacado de molestia: e portanto devemos concluir que só no caso e do modo que o admite a nossa Ord., se deverá praticar semelhante testamento, que o Direito Romano introduzio para os que não podessem testar de outro modo em artigo de morte, e do modo que declara a L. 21. ff. *quì testam. facer. poss.* L. 21, § 2, Cod. *de Testam.* e § ult. *Inst. de Testam. Ord.*

cumprimento deste testamento, se reduza elle a publica fórma, citando-se para isso os que poderem ter interesse, e do modo que se vê no capitulo seguinte. (\*)

---

(\*) Quando o testador no testamento faz menção de certa disposição committida em segredo a seu testamenteiro em carta chamada de consciencia, incluída e appensa no 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 séria e sisuda, em que o testador consulta os deveres sociaes com os da religião e consciencia. No mesmo Direito Commum, onde as ultimas vontades erão sujeitas a tantas soemnidades em favor dellas, forão admittidas semelhantes declarações compatíveis com a amplissima liberdade de testar que tinhão os cidadãos; ellas têm o seu assento nas Leis 38 ff., de *Condition. et Demonstr.*, 89 ff. de *Legat. 2º*, et 25 de *Reb. dub.* — Ficou por isso sendo no fóro jurisprudencia admissivel, e recebida a declaração do testador, feita nas chamadas cartas de consciencia, julgando-se ellas por cumpridas e executadas com o juramento dos testamenteiros no Juizo das contas, como se manifesta das opiniões dos escriptores práticos do paiz. Quando as cartas forem avulsas, ou dellas se não fizer menção no testamento, nenhuma validade têm, nem merecem consideração, visto que a sua disposição não foi comprehendida no testamento, e não fez parte delle. O meio de evitar a fraude, que poderá nascer a respeito da satisfação de legados, deve ser o mesmo, pelo qual se julga cumprida no Juizo das contas a vontade do testador; e vem a ser o juramento do testamenteiro para declarar se as disposições, que lhe forão committidas em segredo pelos testadores nas cartas chamadas de consciencia, são meramente deixas e legados, ou restituções e pagas de dividas de

## CAPITULO VI.

*Abertura, publicação e reducção dos testamentos. (\*)*

Em que tempo se deva abrir e publicar, ou reduzir o testamento, se não acha declarado em as nossas leis, e por isso será util expôr aqui o modo pratico de proceder nesta materia, usado nas cidades e villas mais notaveis, afim de desterrar a pratica abusiva de ser aberto pelo parochio da terra ou por outro qualquer, sem distincção de qualidade do testamento, expondo-o a varias falsidades, embaraçando o seu devido cumprimento, e tirando os emolumentos, que competem ás justicas ordinarias, e seus officiaes por semelhante abertura e publicação.

---

consciencia; no primeiro caso deve pagar a taxa; no segundo ser isento, conforme o seu juramento. Veja-se a Resolução de Consulta do Conselho da Fazenda de 26 de Julho de 1813, na Collecção do Sr. conselheiro Nabuco. (*Nota do Sr. conselheiro Furtado, á 6ª edição de E. & H. Laem. ert, 1851*).

(\*) BIBLIOGRAPHIA. — Ord., liv. 4, tit. 80, § 3; Mello, liv. 3, tit. 5, § 40; Lobão, *a Mello, Suppl. Diss.*, 3, §§ 50 e seg.; *Acc. Summ.* § 406; Supp. ás Seg. Linh., §§ 2, 17, 20; Pereira de Carvalho, *Linh. Orphan.*, not. 154; Corrêa Telles, *Doutr.*, 181, not. 3; *Dig. Port.*, t. 3, art. 1777; Coelho da Rocha, §§ 681 e 683; Teixeira de Freitas, *Cons. arts.* 4086 e seg.

Portanto, devemos dizer que todo o Testamento cerrado deve ser aberto perante o juiz de fóra, ordinario, ou de vintena (\*) daquelle districto, como bem se infere na Ord., liv. 3, tit. 18, § 9, emquanto diz: *Que o juiz no tempo de ferias poderá ouvir*

(\*) O Cod. Proc. Crim., art. 8º, aboliu todos esses juizes. Pertence hoje aos Juizes da Provedoria, Municipaes ou de direito, conhecer e julgar, contenciosa e administrativamente, todas as causas da competencia da Provedoria dos Residuos, segundo a alçada (L. de 3 de Dezembro de 1841, art. 114, § 2º; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 2º, § 2º, Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, arts. 64, 66 e 83); e, portanto, a abertura dos testamentos cerrados, a redução dos nuncupativos, a publica-fôrma, a acção de nullidade dos testamentos, as contas dos testamenteiros e sua execução, etc. (Instr. de 13 de Dezembro de 1832, art. 43; Av. n. 172 de 4 de Outubro de 1839; Av. n. 87 de 1º de Outubro de 1844), e a pratica diuturna dos juizes e tribunaes.

Não obsta que sejam nessas causas meros interessados orphãos menores, para que os feitos fiquem pertencendo ao Juizo dos Orphãos, cujas attribuições são só as taxativamente especificadas nos arts. 20 da Dispos. Prov., e 4º e 5º do Regul. cit. de 15 de Março; é preciso que sejam herdeiros (Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 83).

Ainda mesmo que a herança já se ache arrecadada pelo Juizo dos Ausentes, movendo-se questão ácerca do testamento, ou tendo-se de reduzi-lo á fôrma publica, é sempre competente o da Provedoria dos Residuos. (Av. de 24 de Fevereiro de 1848. Não vem nas Coll., mas n. s. jornaes do tempo.)

Nos lugares, onde não residem os Provedores, continuão os parochos na antiquissima pratica de abrirem os testamentos. (Av. cit. n. 172 de 1839.)

A praxe, de accôrdo com a razão deste Aviso, tem ampliado a attribuição ao parochos do lugar onde reside o Juiz Municipal (Provedor), se na occasião este se acha fóra. Justifica-se pela necessidade de cumprir o que houver disposto ácerca do enterramento, suffragios de corpo presente, etc. (Lobão, *Suppl. ás Seg. Lih.*, diss. 6ª, § 29.)

qualquer feito, movido sobre a publicação e abertura de algum testamento; e melhor da correspondente Affons., liv. 3, tit. 36, § 7, que diz: *Item. Se fosse sobre preito de testamento que pedisse algum, que houvesse direito de lh'o fazer, que o abrissem e mostrassem*; donde se colhe, não só que a abertura e publicação dos testamentos é um dos actos que pôde ser praticado no tempo das férias, de que falla a sobredita Ord., por não admittir demora; mas que ao juiz da terra ou districto, compete este mesmo acto. O modo de proceder a esta abertura, que tenho observado em algumas villas, onde a pratica é menos abusiva, é summarissimo, e da maneira seguinte:

Apresentado o testamento cerrado ao juiz, este o abre na presença do escrivão a que vai distribuido (\*), e pondo-lhe o *cumpra-se* (salvo o prejuizo

---

Em um e outro caso, o parcho passa certidão, logo em seguida do testamento, de que foi elle quem o abriu, por tal ou tal motivo, depois de o ter examinado exteriormente e achado intacto; por quem foi apresentado; o lugar, dia, mez e anno: e em acto continuo, remette-o ao Juiz Municipal, por pessoa segura, afim de lhe pôr o *cumpra-se*. Tal é o estylo nos fóros que conheço.

Os Consules Geraes do Imperio são os competentes para a abertura dos testamentos dos subditos fallecidos no estrangeiro. (Decr. n. 520 de 11 de Junho de 1847.)

(\*) Apresentado o testamento, o Juiz despacha, em seguida ao ro-tulo, que, distribuido, volte (D. Volte. — *Data. Rubrica.*): o porteiro leva-o ao distribuidor, que indica o escrivão, em presença de quem e do apresentante o Juiz abre publicamente o testamento, depois de

de terceiro) manda se registre: faz depois o escrivão o auto de abertura, que assigna com o nome inteiro, e o juiz com o seu appellido; registra-se no livro do registro dos testamentos, e tira-se um instrumento

---

examinar se está intacto, e se os pontos de linha e os pingos de lacre conferem com o declarado no rotulo. Não havendo motivo de suspeita, o escrivão lavra o termo de apresentação e abertura, o qual é assignado pelo Juiz e o apresentante; e em seguida, o ãe conclusão, com o qual o Juiz despacha de rubrica:— *Cumpra-se, e registre-se*; e o entrega ao escrivão.

Este despacho é mero interlocutorio: observação que fazemos, porque já um Juiz de Direito perguntou se era *sentença definitiva!* O ministro respondeu que o Juiz fosse estudar, que o governo não era instructor dos magistrados. (Av. de 10 de Fevereiro de 1837.)

Se o testamento offerece algum motivo de suspeição, se contém emenda, borrão, raspadura ou entrelinha, é boa pratica fazer menção no termo de abertura. Lavrado o de data, o escrivão registra o testamento no livro proprio; cota o registro (assim: — *Registrado à fl. do livro n...*) no original, e remette-o ao collecter das rendas geraes e provinciaes. Registrado na collectoria, é devolvido ao cartorio da provedoria, onde o original fica archivado, afim de se extrahirem as cópias authenticas necessarias para a juntada aos autos do inventario, para as contas do testamentario, etc.

Tal é a praxe observada nesta provincia.

Por cautela, aberto o testamento pelo Juiz, não deve mais ir o original ás mãos da parte; pois tem-se visto darem-lhes sumiço, quando as disposições contrarião certas esperanças.

Da abertura e *cumpra-se* dos testamentos e codicillos têm hoje os Provedores o emolumento de 2§ (art. 38 do Regim. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874) que lhes não dava o Regimento das custas de 1855.

para se dar á parte interessada (\*). Esta pratica, além de ser conforme ao espirito da nossa legislação, se torna necessaria, ao menos mui util, para o melhor cumprimento das ultimas vontades, porque se vai immediatamente fazer publica aquella disposição testamentaria pela solemne abertura, e pelo seu registro no livro proprio, por onde os fiscaes dos testamentos podem vir no conhecimento de quaes se achão cumpridos, e quaes não; o que não pôde acontecer com tanta facilidade, onde são abertos particularmente; e por isso seria para desejar que em todas as povoações houvesse a mesma pratica, que reputo por boa e mais proficua.

Se, porém, o testamento fôr feito por mão particular, ou seja pelo mesmo testador, ou por outro a seu rogo, sem instrumento de approvação, como se estriba em autoridade particular, deve ser aberto, e publicado judicialmente perante o juiz ordinario ou de fóra daquelle districto (63), pelo qual devém

---

(\*) Tira-se quando a parte pede. O estylo que tenho visto praticar é dar logo o escrivão ao apresentante uma cópia das verbas relativas ao enterramento e ao bem d'alma, para ser presente ao vigario, ou a qualquer outro que se incumba dos funeraes.

(63) O Autor das Inst. de Dir. Civ. Lusit., liv. 3, tit. 5, § 10, diz que a abertura deste Testamento é um acto de Jurisdicção voluntaria, e que por isso pôde ser praticado pelo Juiz Ordinario do lugar, ou por outro qualquer; porém parece que não mostrou toda a exactidão nesta parte, porque, segundo elle mesmo diz sobre a maneira por que o Juiz

ser inquiridas as testemunhas a respeito dos seus signaes, subscripções, e mais cousas que pertencem para a validade dos testamentos, tanto pelo que respeita ás solemnidades internas, como externas, citando-se os interessados, e reduzindo-se tudo a publica fórma e escripto judicial, como declara a Ord., liv. 4, tit. 80, § 3, vers. *E neste caso . . .*

O modo pratico de proceder nesta redução é o seguinte: tanto que o testador morre (64), requer

---

deve proceder nesta abertura, devendo mandar citar as partes, examinar ou perguntar Testemunhas, o estado em que estava o Testador, etc., não são taes actos de jurisdicção voluntaria, mas contenciosa, e propria do Juiz Ordinario do districto, por isso que as partes interessadas, e que podem herdar *ab intestado*, sendo ouvidas, podem embargar a execução do Testamento, e aqui temos um processo ordinario depois de recebidos os embargos, com réplica a tréplica; donde parece que, podendo-se reduzir estas Acções a Causas Ordinarias (h), são de jurisdicção contenciosa e não voluntaria, e todas as Acções Ordinarias devem ser tratadas perante o Juiz Ordinario ou do Districto, e não por qualquer outro, como quer o referido autor. Posto que em algumas partes não haja este costume de reduzir e publicar o Testamento, comtudo, como já se notou, é só emquanto não ha quem se opponha e contradiga, por ser opposto á Lei.

(h) Segundo Pereira e Souza, not. 1029, a causa segue a ordem dos processos summarios.

(64) Posto que em as nossas Leis se não declare o tempo, dentro do qual se deva requerer a redução ou publicação do Testamento, comtudo da Nov. 115, cap. 5, § 1, e da Ord., liv. 3, tit. 9, § 9, se infere que não deve ser antes dos nove dias do nôjo, dentro dos quaes não podem

o herdeiro instituído (\*) ao juiz do districto, dizendo que F. dispuzera desta e daquella fórma na

ser demandados ou chamados a Juízo, nem perguntados por Testemunhas os parentes do morto, que a cit. Ord. declarou serem o marido ou mulher, quando fallecer um, o pai, mãe, irmão ou irmã, e filho ou filha, declarando por nulla a citação feita dentro dos ditos nove dias, que parece forão limitados a oito pelo Alv. de 17 de Agosto de 1761. Note-se mais, que a publicação do Testamento se faz só para prova; e por isso se as Testemunhas estiverem ausentes, ou não existirem, podendo-se provar de algum modo que ellas assignárão, se pôde dar á execução, como testificação autores de boa nota, como Strykio, ao liv. 29, tit. 3, § 4 das Pand. (i)

(i) Com Strykio e o A. estão Mello Freire, L. 3, tit. 5, § 10; Corrêa Telles, *Doutrina das Acções*, not. 378, onde refere um julgado, e *Dig. Port.*, tom. 3º, n. 1777; Coelho da Rocha, § 681, not. Em contrario, Lobão, *a Mello*, Suppl., diss. 3ª, § 52; e por argumento, Pereira e Souza, not. 1029, fundando-se ambos em que o testamento escripto da Ord. liv. 4, tit. 80, § 3, é tão nuncupativo como o verbal do § 4º. Mas, neste, o dito das testemunhas é o proprio testamento, reconstrue a mente do testador: *est ratio condendi*, como bem diz Mello Freire; ao passo que, no escripto, a disposição existe, e só se trata de provar o necessario para a sua validade: *ratio probandi testamenti*. Querendo, pois, considerar como nuncupativos tanto o testamento escripto do § 3º, como o verbal do § 4º da Ord. cit., concluímos:

Na publicação do testamento nuncupativo verbal, uma só testemunha numeraria que falte, ou por morte, ou por ausencia, ou por divergencia das outras ácerca da substancia da disposição, annulla a re-dueção; Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, n. 1800.

Na do escripto, não. Mas, note-se que aqui a divergencia não pôde versar sobre a disposição, que existe escripta; mas sobre o estado de espirito (*mens sana*) do testador, identidade da assignatura e outras circumstancias necessarias para a validade do testamento.

(\*) Não só o herdeiro instituído, como o legatario, o fideicommissario, o credor, o testamentario, quem, emfim, tenha interesse na publicação:— *omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere*. L. 1ª D. *Testam. quemadm. aper.*

Sendo de interesse publico a execução dos Testamentos (*publice enim*

presença de taes testemunhas; e porque quer reduzir o testamento a publica fôrma, na conformidade da lei, pede seja servido mandar citar os interessados, que são F. e F.; para a sua publicação: o juiz assim o manda e seguem-se os mais termos, citando-se as partes, perguntando-se as testemunhas quanto ás suas assignaturas, e ao estado em que se achava o testador quando fez o testamento, e fazendo-se o mais que se requer na redução do testamento nuncupativo, como se vai expôr: e, havendo embargos, devem-se receber, se contiverem materia relevante, seguindo o curso ordinario dos mais embargos. (65)

---

*expedit*, diz a L. 5ª, D. h. t., *suprema hominum judicia exitum habere*), não incumbe ao juiz *ex officio* mandar proceder á redução, com citação do Promotor dos Resíduos para promover o processo? Ulpiano e Paulo as im o decidirão nas ll. 4ª e 5ª. D. cit.

Se forem interessados orphãos, é dobrada razão para que assim proceda. (Pereira e Souza, ex arg. da not. 980.)

(65) Almeida e Souza na Dissert. 6ª da Collecç. dellas em Supplemento ás Seg. Linh. a pag. 177, segue, que a Lei Patria não exige a solemnidade da *Abertura e Publicação dos Testamentos*, quando são cerrados, e sómente quando são feitos por pessoas particulares sem Instrumento de Approvação; e que pela falta de abertura se não torna nullo o Testamento (j) — porém, concordando com elle, em

(j) A opinião de Almeida e Souza, quanto á publicação, é geralmente seguida na pratica: não se exige a dos testamentos cerrados; quanto, porém, á abertura, é geralmente seguida a do A. Comquanto

que a nossa Lei não exige expressamente e em lugar competente a abertura do *Testamento Cerrado*, e que, semelhante falta não torna sem duvida nullo o Testamento, porque a mesma Lei o não declarou, o que já seguimos no que fica estabelecido neste Capitulo, comtudo diremos que esta materia carece de ser tratada com mais clareza; e para isso deveremos primeiramente fazer distincção de *Abertura*, a *publicação de Testamento*; por quanto *Abertura* chamamos aquelle acto, que é praticado pelo Juiz, ou pelo Parocho (conforme o costume das Terras) sobre o Testamento, que o Testador deixa fechado, cosido, e lacrado; cortando-se as linhas, para se saber qual é a disposição do Testador, principalmente a que respeita *ao bem da Alma*: — esta *Abertura* é que costuma ser feita pelo Juiz do lugar ou pelo Parocho, por isso que a Lei se não tem expressado com clareza, ainda que da Ord., Liv. 3, tit. 18, § 9, se infra que deva semelhante acto da *Abertura*, bem como o da *Publicação* do Testamento ser praticado perante as Justiças Ordinarias, como fica mostrado; o que se deveria observar em todos os lugares, visto que não o devendo fazer os herdeiros e interessados, para não dar lugar a fraudes, e devendo ser este negocio verificado perante uma pessoa que possa dar fé publica do que nelle se praticar, sendo o testamento aberto perante o Juiz e Escrivão do lugar, temos removida qualquer suspeita que haja a este respeito, uma vez que se observe o que fica ponderado neste mesmo Capitulo. (k). A *Publicação*, porém, que exige a Ord., L. 4, tit. 80, § 3, a respeito do Testamento feito pelos particulares sem Instrumento de Approvação,

em muitos casos seja mais juridico decidir com aquelle pratico a favor da validade de um testamento cerrado que foi encontrado aberto, segundo as razões que militão nas variadas hypotheses por elle discutidas, é certo que o testamento, cerrado e approved, achado aberto, tem contra si a presumpção de haver sido revogado pelo testador, Corrêa Telles, Doutr., nota 277; e quando não fosse senão um meio de evitar intrincados pleitos, a solemnidade da abertura, aliás firmada por pr xe longa, diuturna e constante, deve ser mantida como regra invariavel.

(k) Entre nós, assim se pratica geralmente. Entretanto, é certo que a lei não exige a abertura, e a sua falta só induz nullidade nos termos e nos casos expostos por Lobão, *Suppl. ás Seg. Lính.*, diss. 6ª, onde com erudição e perspicacia os distingue e discute. Veja a nota antecedente.

e do *Nuncupativo* no § 4, é muito differente da *Abertura*, a qual exige a Lei precisamente que seja feita perante as Justiças Ordinarias, pratica que está estabelecida neste Capitulo, e cuja falta faz, sem duvida, com que não valha o Testamento; porque tanto um como outro tirão a sua força de semelhante publicação, sem a qual serão nollas, e é este acto o que nós chamamos *reduzir a publica fórma*: e assim se pela morte de um Testador apparecer um Testamento cerrado feito por elle, ou por outro a seu rogo, na fórma da Ord., Liv. 4, tit. 89, § 3, ainda que seja aberto solemnemente pelo Juiz do lugar, tal abertura não tem outro fim mais do que saber-se por um modo so'emne o que elle quiz dispôr; mas, no emtanto, o Testamento não recebe a necessaria validade, se não fôr reduzido a publica fórma, com citação dos interessados, e por meio de Sentença do Juiz, proferida sobre os ditos das Testemunhas que assistirão á disposição, e ouvirão lêr o Testamento, depondo por isso sobre a sua identidade. Note-se que ainda que algumas Testemunhas não possam ser perguntadas por terem morrido, nem por isso se invalida semelhante Testamento, uma vez que prove que assistirão: Mello, Liv. 3, tit. 5, § 10. — O Direito Romano, que ha a este respeito pôde-se ver no tit. do Digesto: *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, et describantur*, Liv. 29, tit. 3, e no Codigo, no tit. 32, do Liv. 6, que se inscreve *Quemadmodum Testam. aperiant., insp. et describ.*; sobre o que é digna de attenção a cit. Dissert. de Almeida e Souza, querendo passar além do Direito, e pratica, que se acha estabelecida neste Cap., e a *Nov. 82 de Leão*; sendo comtudo de notar as decisões especiaes daquelle Direito, que se achão na L. 2, § 7 e 8, ff. *Testam. quemadmodum aperiant.,* e L. 3, sobre o possuidor do Testamento, que pôde ser obrigado a exhibi-lo, e sendo o Testamento reivindicavel, como as outras cousas pertencentes á herança; sobre o que se deve notar a L. 3, *Cod. eod.* — O modo da apresentação de um Testamento ao Juiz de Paz em *França* para a sua publicação se pôde ver no art. 916 e 920 do *Code de Procédure Civile*; e sobre o modo da publicação dos Testamentos em *Inglaterra*, veja-se *Blackstone* no Tomo 3, pag. 442 e seguintes; reque-rendo-se esta tanto no Testamento *Nuncupativo* (segundo já se disse) como no *Escripto*, por isso que pôde ser feito sem intervir nelle

Finalmente, o modo pratico de proceder na redução, ou publicação, do testamento nuncupativo, é o mesmo que na do antecedente; e assim, morto o testador, aquelle que foi instituido herdeiro (\*) de viva voz requer ao juiz ordinario, ou dos orphãos (\*\*) (pertencendo a este por haver menores), dizendo que F., estando para morrer, fizera neste acto testamento de viva voz, em que o instituiu por herdeiro, ou deixou tal legado diante de seis testemunhas, que são F., F. e F., que aquella era a sua ultima vontade, e sem convalescer morrêra daquella doença; e porque quer reduzi-lo á publica fórma, e tratar da sua disposição, pede seja servido admittir o supplicante a justificar o deduzido, citando-se os interessados. O juiz assim o manda, e determina o dia em que se hão de perguntar as testemunhas.

---

Official de fé publica; havendo comtudo de particular entre elles, que existindo muitos Testamentos sobre a mesma herança, uma nova publicação de nm dos primeiros revoga o da data posterior, por isso que desta publicação recebe a sua validade.

(\*) Ou qualquer outro interessado.—Veja a not. (\*), pag. 73.

(\*\*) Compete ao Juiz Municipal, como Provedor dos Residuos; e não ao dos orphãos, ainda que estes sejam interessados, como observámos na not. (\*), pag. 68.

Feita a citação, accusa-se em audiencia; e apregoados os citados, não apparecendo, ficão esperados até á segunda audiencia; e não apparecendo ainda, se assigna o dia para o inquerito das testemunhas, as quaes serão perguntadas com o escrivão a quem fôr distribuida a acção; feito o que, sobem os autos conclusos, e o juiz julga a disposição por sentença, achando-a conforme a direito (\*).

A parte contraria póde, uma vez que seja citada, na primeira ou segunda audiencia, pedindo vista, embargar a materia da petição que lhe foi noticiada; mas estes embargos só se admittem depois de dadas as testemunhas, que podem tambem ser contradictadas de palavras (66) (\*\*).

(\*) Uma testemunha que divirja sobre a substancia da disposição annulla o testamento nuncupativo. — Pereira e Souza, not. 1029; Lobão, *Notas a Mello*, suppl., diss. 3ª, § 41; Coelho da Rocha, § 681. — Veja a not. (i), pag. 73. Sobre a questão de saber o effeito da divergencia do depoimento no que é ou não substancial, veja Lobão, *supra* e § 42, que cumpre ler com critica.

(66) Veja-se Vanguerve, P. 4, Cap. 5, n. 18 e seg.

(\*\*) Os ditos das testemunhas reproduzem a mente do testador e ficão sendo o testamento: não são ainda prova dada em dilação. Assim, os embargos se recebem por contestação; são admittidos á prova, em dilação summaria; arrazoados a final, e sentenciados. — Pereira e Souza, not. 1029.

A pratica ensinada pelo A. de se contrariarem os embargos quando não são recebidos e admittir-se réplica e tréplica, dando curso ordinario á causa, não é aceita. — Lobão, (*Acc. Summ.*), § 405.

Admittidos os embargos, corre a causa summariamente, e assignão-se dez dias, dentro dos quaes se hão de propôr; e neste prazo se pôde a parte oppôr contra a sentença, que reduzio o testamento a publica fórma; depois de propostos, e feitos conclusos, ou o juiz os recebe, ou não; se os recebe, manda que a parte prove o deduzido dentro de dez dias, e manda metter o herdeiro na posse da herança; e se os não julga provaveis, assim o determina; e contrariando a parte os embargos, já ha réplica e tréplica, e passa a causa finalmente a ser ordinaria (\*).

---

(\*) Veja a nota antecedente. Sobre o testamento nuncupativo verbal levantão-se questões de quotidiano exame, que podem ser estudadas em Lobão e nos doutores por elle a cada passo citados. Além das que apontámos nas notas antecedentes, indicamos as seguintes de applicação mais ou menos frequente no fóro, e os autores que dellas tratão e costumão achar-se nas estantes de quantos versão a jurisprudencia:

Se alguém, estando de saude, pôde testar nuncupativamente:—*Suppl. ás Not. a Mello*, diss. 3ª, § 23; Coelho da Rocha, § 682: ambos pela negativa.

Se, convalescendo o testador, sustenta-se o nuncupativo feito durante a molestia, e ainda perante varões:—*Suppl. ás Notas a Mello*, diss. 3ª § 28; Coelho da Rocha, § 682; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, n. 1799 todos pela negativa.

Se basta que as testemunhas ouçam a testação nuncupativa, ou de essencia se requer que tambem vejam o Testador:—*Suppl. ás No*

## CAPITULO VII.

## DOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.

1.º *O Testamento do Soldado.* (\*)

Entre os testamentos *privilegiados* (\*\*) se deve contar, em primeiro lugar, o do *Soldado* que estiver

*a Mello*, diss. 3ª. § 39; Coelho da Bocha, § 682 : ambos decidem que não basta a audição; requer-se a vista.

Se o testamento escripto, nullo por falta de alguma solemnidade, pôde valer reduzindo-se a nuncupativo : — *Suppl. às Notas a Mello*, diss. 3ª, *per tot.* ; Coelho da Rocha, § 683 not. ; Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, not. 1803.

Note-se que a Fazenda tanto Provincial como Nacional é interessada na execução dos testamentos pela decima dos legados e pelo residuo ; e por isso, na redução dos nuncupativos é parte o collecter das rendas, que deve ser citado. (Perdigão Malheiro, *Man. do Procur. dos Feitos*, §§ 645 e 647, e not. 1342.)

Os demais interessados que devem ser citados são os herdeiros legítimos, a quem caberia a herança, se o testador não tivesse nuncupado. *Id.*, *ibid.*, not. 1339.

(\*) BIBLIOGRAPHIA : — Ord., liv. 4, tit. 83 ; Mello, liv. 3, tit. 5, §§ 15 e 25 ; Lobão, *a Mello*, tom. 3ª, pag. 259, Coelho da Rocha, § 684 ; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, 3ª, n. 1810 e seg. ; Teixeira de Freitas, *Cons.*, arts. 1065 e seg.

(\*\*) Privilegio, diz Mello Freire, fallando do testamento do soldado; ineptamente ampliado aos cavalleiros das ordens militares, e ainda mais

em expedição, isto é, quando fôr em suas companhias para a guerra, ou estiver no arraial, como se expressa a Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 83, § 5<sup>o</sup>; porque então poderá fazer seu testamento com duas testemunhas sómente, homens ou mulheres, porque se prove como lhe ouvirão o que dispôz, ou lh'o virão escrever, contanto que as ditas testemunhas sejam chamadas para o tal acto; e estando no conflicto, poderá fazer testamento de palavra, ou por escripto, ainda que seja no chão com a espada, ou no escudo, ou na espada com o sangue das feridas, ou em qualquer outra coisa, contanto que se prove com as ditas duas testemunhas, como o fizera, ainda que não sejam chamadas, mas se achassem por acaso ao fazer do testamento. (Ord. cit., § 5<sup>o</sup>.)

Das palavras desta Ord. fica claro, que são bastantes duas testemunhas para prova do testamento

---

aos padres e aos doutores, em que justamente se não dá a razão delle, § 15 cit., not.

Lobão, a este §, censura a observação de Mello por inexacta, e acrescenta que a ampliação é só aos auditores militares, capellães do exercito, pré-gadores que acompanhão as tropas, medicos e cirurgiões, boticarios, quartéis-mestres, empregados nas munições, commissarios, etc.; não, porém, aos soldados e officiaes que estão em guarnição nas praças sem actual guerra viva ou cerco; nem aos advogados ou aos clérigos.

dos Soldados, podendo ser estas tambem mulheres, e que devem ser chamadas não estando no conflicto da batalha; e que podem elles dispôr de viva voz ou por escripto de qualquer modo, não se requerendo mais solemidade alguma (67).

---

(67) Póde-se dizer que tudo, ou quasi tudo o que se acha na Ord., Liv. 4, tit. 83, foi deduzido do Direito Romano; mas note-se que não é a impericia dos Soldados a causa deste privilegio, porém o perigo imminente em que se achão na occasião em que lhes é concedido; porque estando em arraiaes de inverno, e fóra do perigo, devem testar segundo as formalidades que se requerem nos Testamentos dos Paisanos, como declara o § 9 da Ord. cit. Nem esta clausula se deve entender tão geralmente como se expressa o Autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., Liv. 3, tit. 5. § 15, *quomodo velint, et quomodo possint, testari licet*, pois que tem algumas restricções, como se vê no dito tit., e se expõe acima. Tamb m não parece dizer bem, em a nota, que este privilegio parece foi concedido mais em odio, do que em favor dos Soldados, por isso que em todas as pessoas foi sempre olhada a faculdade de testar como um beneficio por poder livremente dispôr de sens bens em vida, e muito principalmente para depois da morte. É verdade que cercados dos perigos da guerra em que se lhes concede esta liberdade, não podem ter a razão apurada para dispôr perfeitamente; mas no emtanto não são inibidos, uma vez que escapem, de revogar as suas ultimas vontades, e as mesmas Leis as dão por inválidas, depois de um anno, não morrendo os testadores na batalha; entretanto sempre é um beneficio que se lhes concede, e como tal se deve contemplar. Além disto todas as Nações civilisadas têm concedido aos seus Soldados este privilegio, em consideração dos perigos a que ficão expostos na guerra, adoptando-o primeiramente dos Gregos, onde fóra introduzido, e adoptado depois pelos Romanos, sendo *Julio Cesar* o primeiro que entre estes o admittio, e a quem seguirão *Tito, Domiciano*, e os seguintes Imperadores, como se colhe das Leis

dos Titulos do Digest. e Codig., e mesmo da Inst. *de Testam., Milit.*, declarando que o Soldado podesse testar como quizesse ou podesse.— O *Direito de Hespanha*, que se acha no Liv. 4, tit 1, Part. 6, e L. 1, tit. 4, Liv. 5, da Recopil. adoptou o mesmo privilegio a favor dos Soldados, conforme ao que se acha disposto em a nossa Ord. — *Pelo Direito Francez* do novo Codigo, que adoptou nesta parte a Ordenança de 1735, requerendo mais formalidades que o Direito Romano, se concedeu não só aos Soldados este privilegio de testar menos solemnemente; mas tambem aos mais individuos, que se achassem no Exercito, Art. 981; porém é necessario que quatro circumstancias se observem, para que elles possuão testar militarmente: — 1.<sup>a</sup> que estajão em expedição, que quer dizer no momento da batalha: — 2.<sup>a</sup> que se achem fóra do territorio francez, em quartel ou guarnição: — 3.<sup>a</sup> que estejão prisioneiros entre os inimigos: — 4.<sup>a</sup> que se achem em uma praça cercada, ou cidadela, no territorio francez, sem communicacão por causa da guerra, Art. 982.— O Testamento deve comtudo ser escripto pelo Testador, se sabe escrever, ou ao menos assignado por elle; e não sabendo, ou não podendo, como elle deve ser entregue ao chefe do Batalhão em presença de duas Testemunhas, ha de se declarar a causa por que não assigna; podendo comtudo testar verbalmente, quando estiver nos hospitaes doente ou ferido, declarando sua disposiçãõ ao Official de Saude em chefe, assistido do Commandante Militar encarregado da policia do hospital, Art. 982 e 998; mas tal disposiçãõ é nulla seis mezes depois de se achar o Soldado em lugar onde possa fazer o seu Testamento solemne. O Novo Codigo dos *Estados da Prussia* tambem adoptou o mesmo privilegio, declarando no Art. 177 e seguintes do tit. 12, que em tempo de guerra as disposições de ultima vontade dos Soldados são isentas das formalidades prescriptas pelo mesmo Codigo; que este privilegio tem lugar para Tropas de terra, desde o momento em que ellas deixão a guarnição para entrar em campanha, ou quando são accommettidos na guarnição pelos inimigos: e para as tropas de mar, desde que ellas entrão a bordo do Navio; que semelhante privilegio dura até o fim da guerra, e não é interrompido, nem pela retirada das tropas para as Fortalezas ou Quarteis de Inverno, nem pela assignatura de uma Suspensão de Armas ou Armisticio; e que é concedido a todas as pessoas que estão em o Exercito, posto que não estejão

Estes testamentos por isso que podem ser feitos sómente pelos soldados nas circumstancias ditas, valem tão sómente morrendo os testadores na guerra, ou dentro de um anno depois de serem despedidos della, sendo a demissão necessaria e honesta, e não ignominiosa, § 6 da Ord. cit.

E posto que este privilegio seja tambem concedido ás pessoas que se acharem empregadas no exercito, ainda que não sejam Soldados, comtanto que estejam nas circumstancias destes, comtudo os testamentos, que assim fizerem, serão válidos sómente morrendo elles na batalha, como declara a Ord. cit., § 8.

Em consequencia do mesmo privilegio póde o filho-familias, que fôr Soldado, testar de seus bens castrenses, ou quasi, uma vez que tenha a idade de quatorze annos, na fôrma da Ord. cit., § 1.

Tambem em razão do mesmo privilegio poderá o

---

em serviço militar effectivo ; e ainda aos prisioneiros de guerra, e que estão em poder do inimigo ; que para validade do Testamento militar, basta que elle seja escripto ou assignado pelo Testador, e se ache assim em seu despojo militar ; e se não sabe escrever, é necessario então que assigne uma Testemunha, e que intervenhão as mais miudas e acertadas circumstancias, que se expressão nos Arts. 185, 186, e seguintes.

O Codigo de *Sardenha* adoptou nesta parte o Direito Romano referindo-se a elle.

Soldado condemnado á morte natural fazer testamento livremente de todos os seus bens castrenses, como se condemnado não fôra, segundo se declara no § 2 da Ord. cit. (\*)

---

(\*) O Soldado condemnado á morte pôde, pela fôrma privilegiada, que lhe é concedida pela Ord., Liv. 4, tit. 83, § 2, livremente testar de todos os seus bens castrenses; mas a facção testamentaria activa, que em taes circumstancias e a respeito de taes bens indefinidamente lhe é dada, parece a respeitaveis autoridades em contrario não dever ser hoje entre nós considerada como procedendo do privilegio de Soldado, mas dos rigorosos principios do nosso direito publico organico e penal actualmente vigentes (com os quaes se devem necessariamente harmonisar emquanto seja possivel as disposições civis), e derogatorios dos que antigamente regulavão a testamentificação. Os fundamentos desta opinião são os seguintes. A Ord., Liv. 4, tit. 81, § 6, da qual foi uma excepção a do tit. 83, § 2, aos condemnados á morte natural por sentença, só concedia que fizessem testamento para dispôr da terça em obras pias, negando absolutamente a facção de testamento aos que em identica pena incorressem pelos crimes exceptuados na dita Ord., *in fin.*; e a do Liv. 2, tit. 26, § 21, considerava direitos reaes os bens dos que commettessem crime de herezia ou lesa-magestade, e o § 28 os dos condemnados no caso onde perdessem a vida, ou estado ou liberdade das pessoas, e por sua morte ou condemnação não deixassem ascendentes ou descendentes até o terceiro gráo. Ora, sendo abolida a pena de confiscção ou adjudicação feita ao fisco dos bens dos condemnados por certos crimes, uma pena que acompanhava, absolutamente ou com restricção, a morte natural ou civil — Cart. Reg. de 15 de Dezembro de 1774, e sempre inherente ao crime de lesa-magestade — Cart. Reg. de 21 de Outubro de 1757, vê-se que ella era uma consequencia da perda de todos ou alguns dos direitos constitutivos de pessoa, derivada do stigma da infamia que feria os condemnados á morte e seus descendentes e ascendentes, e operava ou a immediata devolução de todos

os seus bens ao fisco — O cit. Liv. 4, tit. 81, § 6, *fin.* — L. 2, tit. 26, § 21, ou depois de extinctos os ascendentes ou descendentes até o 3º grão como da Ord., Liv. 2, tit. 26, § 28. Parece que tal doutrina foi deduzida do Direito Romano (L. 29, ff. de pœn., L. 8, ff. *qui testam. fac. poss.*, Inst. § 3, *quib. mod. jus. patr. potest. solvit.*) pelo qual aquelle que era condemnado ao ultimo supplicio se tornava servo da pena, e como tal era privado de actos civis; sem reflectir-se que Valentiniano (L. 8, Cod. Theod. de pœn.) e Justiniano (na Nov. 22, Cap. 8, de que foi deduzida a Authent. *Sed hodie*, Cod. de Donat. *inter vir et uxorem.*) havião abolido a servidão da pena dos condemnados á morte. Se, pois, entre os Romanos, já desde o tempo de Valentiniano, nenhuns erão os effeitos da servidão da pena, quaes deverão ser sob o imperio da Ord., Liv. 4, tit. 81, § 6, ladeada dos principios hoje dominantes? Ou semelhante Ord., que parece dispôr o contrario, se deve referir ao mesmo Direito Romano contido no Digesto, ou entender-se no caso em que especialmente os condemnados sejam por sentença privados da liberdade.—É, pois, necessario que aos mesmos factos, ou a outros em igual categoria classificados, esteja imposta pelas leis pœnaes vigentes, ou pelas disposições parallelas do nosso Direito constitutivo e organico, a privação de tal gozo, para que semelhantes effeitos civis se possam deduzir hoje da sentença proferida em o foro criminal, ou do facto praticado que opere semelhante mudança na entidade pessoal do individuo. Se recorremos á Constituição e Cod. Crim. vemos (na 1ª, art. 7—no 2º, art. 50) que a perda dos fóros de cidadão Brasileiro, isto é, dos direitos politicos, não daquelles que a qualquer competem como individuo em geral, ou como pessoa, só comprehende o que se naturalisar em paiz estrangeiro; que sem licença do Imperador accitar emprego, pensão, ou condecoração de governo estrangeiro; o que fôr banido por sentença:—(Const., art. 8, § 42, Cod. Crim., art. 53) se dá a suspensão do exercicio dos direitos politicos, não dos civis, que continuão intactos ou exercidos por curador nos casos legaes, por incapacidade physica ou moral, por sentença condemnatoria a prisão ou degredo, emquanto durarem os seus effeitos:—(Const., art. 5, 179, § 5—Cod. Crim., arts. 276 e 277) que a tolerancia dos cultos foi estabelecida; e a não perseguição por motivo de

religião, e apenas muito mais fracamente punidas as offensas a ella dirigidas, e por consequencia revogadas as Ords., Liv. 5, tit. 5—Liv. 4, tit. 81, § 4, tit. 88, § 17, tit. 89, § 7, e todas as mais extravagantes cit. nas *Classes dos Crimes*, pag. 230, vindo a não ter vigor nesta parte a Ord., Liv. 4, tit. 81, § 6, *in fine*, emquanto pune de morte a herezia, e priva o condemnado da facção testamentaria.—No art. 179 firmando a inviolabilidade dos direitos civis e politicos, que tem por base a liberdade, segurança e propriedade, no § 3 garantio a mesma Constituição, bem como o Cod. Crim., arts. 1 e 33, a não retroactividade das leis, e no § 20 que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, e que portanto não haveria em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do réo se transmittiria aos parentes em qualquer gráo, revogando assim as Ords., Liv. 2, tit. 26, § 21, 28—Liv. 4, tit. 81, § 6, quanto á confiscação decretada aos bens dos condemnados á morte:— e no § 22 reconheceu o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Correndo os olhos pelo Cod. Crim. encontrão-se os arts. 15 e 23 determinando que nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquellas que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio ou minimo:— o art. 61 que á pena de morte só permite annexar a de multa; o art. 309 dispondo que todos os crimes commettidos antes da promulgação do Cod. Crim., que houvessem de ser sentenciados em 1ª ou 2ª instancia, ou em virtude de revista concedida, fossem punidos com as penas estabelecidas nas leis anteriores, quando fossem menores, e que no caso de serem mais graves, poderião os delinquentes reclamar a imposição das estabelecidas no Cod. Crim.:— e o art. 310, que todas as acções ou omissões, que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não fossem como taes consideradas no Cod. Crim., não sujeitarião a pena alguma, que já não estivesse imposta por sentença irrevogavel; em consequencia do que as Ords., Liv. 4, tit. 74, pr., Liv. 5, tit. 6, §§ 1, 2, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 21 e 23, que punião a traição, se achão subrogadas pelo Cod. Crim., part. 2ª, tit. 1 (Vid. art. 68 a 90), vindo a não ter applicação o consecario que, em razão da pena, era imposto pela Ord., Liv. 4, tit. 81, § 6, *in fin.*— e o mesmo quanto ao crime da sodomia pela subrogação das Ords., Liv. 5, tit. 13, pr., e

Em razão do mesmo privilegio podem tambem

---

§§ 1, 2, 3, 5, pelo Cod. Crim., art. 280: — resta os réos estabelecidos na regra geral da Ord., Liv. 4, tit. 81, § 6, mas esses não considerou a lei como de todo exautorados dos foros civis, e tanto que lhes permittio fazer testamento, limitando unicamente as disposições á terça para obras pias; e se o motivo da tal distincção houver cessado, não existirá tambem tal limitação á maneira de testar. Ora, para que tenha lugar o disposto na Ord., seria preciso que o confisco se podesse verificar, como suppõe a Ord., Liv. 2, tit. 26, § 28, e principalmente que mui explicitamente por sentença podessem os condemnados em fóro criminal ser privados da liberdade, o que se não pôde dar á vista do Cod. Crim., arts. 33, 309, 310, e portanto se aos condemnados á morte é permittido testar da terça, deve-o tambem ser das outras partes; por quanto ao poder judiciario heje não compete arbitrio na di tribuição das penas, que são reconhecidas na nossa legislação penal, e muito menos na applicação daquellas que a legislação vigente proscreeu como não em harmonia com os nossos costumes. Á vista, pois, do expellido, diz-se se os condemnados á morte não perdem por virtude da condemnação os direitos civis, isto é, a liberdade ou estado de pessoas, e a infamia ainda que resultasse da sentença, o que se não pôde conceder, porque o nosso Codigo Criminal não reconheceu tal pena, não prejudicaria seus herdeiros e parentes; — e se a confiscação em qualquer ponto e circumstancia não pôde ter lugar; se a livre disposição dos bens não fica tolhida pela perda dos direitos de cidadão brasileiro, ou sua suspensão; se o poder judiciario não pôde condemnar em penas não estabelecidas nas leis; se os crimes em que era tolhida absolutamente a facção activa de testamento ou não, ou são de outra maneira punidos, é consequente que os condemnados á morte podem ter a facção testamentaria, e que por isso o Soldado condemnado á morte pôde testar de todos os seus bens castrenses, sem necessitar do privilegio de Soldado, senão quanto á fórma de o fazer, por estar em acto de guerra, privilegio este que cabe no espirito do art. 179, § 16, da Constituição do Imperio. — (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.*)

os Soldados morrer em parte com testamento, e em parte *ab intestado*, como é expresso na Ord. cit., § 3 (\*); bem como se entenderá haver duas heranças, quando o Soldado deixar a um seus bens castrenses, e a outro os que o não são, como se lê na Ord. cit., § 4, onde se póde ver o modo de fazer o pagamento das dividas do testador neste caso.

Finalmente, como os Soldados não gozão do sobredito privilegio, quando estão fóra do exercito ou expedição e conflicto de guerra, em suas casas, ou em outra parte, os que estiverem em presidios ou fortalezas, e os moradores e fronteiros dos lugares de Africa não gozão tambem do dito privilegio, salvo se os ditos soldados de presidios e fortalezas estiverem de cêreo, porque então poderãõ fazer testamento como os Soldados em campanha. Ord. cit., § 9.

### *Advertencia*

É bem sabido que pelas nossas leis não temos mais algum testamento privilegiado; porém, tendo

---

(\*) No direito actual, esta faculdade não procede do privilegio militar. O romanismo de ser indecoroso morrer em parte testado e parte

o direito de algumas nações deduzido das leis romanas adoptado alguns mais, como o testamento *rural*, o feito de pai para filhos, ou em tempo de *peste*, o marítimo, e *ad pias causas*, direi pela sua ordem o que ha a respeito destes, e se tem uso entre nós.

## 2.º O Testamento Rural. (\*)

O testamento *rural*, é feito no campo ou em lugar despovoado, em que por direito romano se requerião, ou bastavão para sua validade cinco testemunhas, se não se podessem achar outras, como se vê da L. ult. *Cod. de Testam.*, o que tambem se acha na Ord. Aff, liv. 4, tit, 103, § 4, e na Manoel. liv. 4, tit. 76, § ult., com a declaração de serem necessarias sómente tres testemunhas, dizem os interpretes que tem uso entre nós, deduzindo-o das palavras da Ord., liv. 4, tit. 86, § 2, que falando dos codicillos faz a differença dos feitos nas cidades ou povoações pequenas, sendo estes válidos sómente com tres testemunhas, quando nas cidades

---

intestado acha-se comprehendido entre os principios do Direito Romano reprovados pela Lei de 9 de Setembro de 1769, que nesta parte não foi suspensa pela de 17 de Julho de 1778.

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3, t. 5, § 16; Lobão, *a Mello*, 3.º pag. 253 e 255; Coelho da Rocha, not. ao § 685.

e povoações grandes, é necessario que sejam assignadas por quatro; julgando por isso os interpretes que, como as nossas Ord. fizerão esta differença a respeito dos codicillos, tambem se póde julgar ser a sua mente faze-la a respeito dos testamentos, quando forem feitos em povoações pequenas.

Porém nós não temos lugar algum da Ord., actual, que o declare a respeito dos testamentos, antes parece que os compiladores muito de proposito os não quizerão mencionar, por isso que se achava já estabelecido e adoptado o direito romano nesta parte pelos codigos anteriores; e portanto devemos dizer que não sendo exceptuados pelas nossas leis actuaes, os não devemos nós tambem exceptuar, ficando sujeitos taes testamentos ás mesmas solemnidades que se requerem nos feitos em povoações grandes, por isso que a Ord. não o declarou no seu lugar competente; (\*) nem vale o argumento deduzido dos codicillos, por isso que além de serem estes uma disposição menos solemne, se reputão como parte do mesmo testamento, a que se referem, recebendo d'elle toda a sua força e validade (68).

---

(\*) Cf. Coelho da Rocha, § 685, nota.

(68) Entre os Codigos das Nações mais civilizadas não achamos o Testamento *rural*, ou dos Aldeões, em o numero dos privilegiados, e sómente na *Hespanha* pela L. 6 tit. 4, Part. 6, e L. 4 e 2 tit. 4 Liv. 5 da

3.º *O Testamento de Pai para Filho.* (\*)

O testamento feito pelo pai para com o filho, que os praxistas têm feito introduzir na pratica como privilegiado, deduzindo do direito romano o que este dispunha a seu respeito, sendo bastante constar da vontade do Testador, feita por escriptura ou subscripta pela sua mão, com a declaração do dia, mez, anno e partes, em que são instituidos, não se acha autorizado, nem admittido por lei alguma patria; quèrem os praxistas deduzir a sua introdução, ou autorisa-lo com a Ord., liv. 3, tit. 59, § 11., onde nos contratos que devem ser lavrados por escriptura publica, se exceptuão os contratos e convenções feitas entre os pais e filhos, e entre parentes, que podem valer sem escriptura publica, e bastando para sua prova o dito das testemunhas; argumentando, que se a nossa Ord. admittio que os contratos *inter vivos* feitos, entre pais e filhos, vallessem sem ser necessaria escriptura publica, muito mais o deve de admittir a respeito das ultimas

---

Recop. se lhes concede o faze-lo com cinco Testemunhas, seguindo ao Direito Romano.

(\*) BIBLIOGRAPHIA : — Lobão, *a Mello*, suppl., diss. 5.º *ex pro fesso*; Coelho da Rocha, nota ao § 685.

vontades. O Autor das Inst. de Dir. Civ. Lus. liv. 3, tit. 5, § 16, adopta tambem a opinião dos praxistas; mas reconhece que taes testamentos não são admittidos pelas nossas leis; á vista do que, como, segundo a regra estabelecida, todos os testamentos, que não tiverem as solemnidades que as leis requerem são nullos, excepto os que forem privilegiados pelas nossas leis, não se achando exceptuados os testamentos, que os pais fizerem a favor de seus filhos, segue-se que não tendo as solemnidades que se requerem nos outros testamentos, serão nullos, e então herdão os filhos *ab-intestato*, como se não houvesse testamento (69). (\*)

---

(69) Esta especie de Testamento privilegiado tambem foi con' ecida entre os Romanos, onde pela L. 21 §. 1 *Cod. de Testam., e Nov.* 407 Cap. 1, foi concedido aos Pais testar a favor de seus Filhos, ainda sem assistencia de Testemunhas, sendo o Testamento por escripto, e sendo verbal, com a assistencia sómente de duas, como se deduz da L. 12, ff. *de Test.*; disposição esta que, diz *Heineccio*, differia da *divisão Paterna*, a qual valia de qualquer modo que fosse feita, e ainda *ab-intestato*, se o Pai distribuia igualmente os seus bens, sem comtudo deteriorar a porção legítima, assignando o Pai e os Filhos esta divisão, na fórma da *L. ult. Cod. fam. ercisc. e Novell.* 18, Cap. 7. — O *Codigo de Frederico*, part. 2, liv. 7, art. 2, adoptando o Direito Romano nesta parte, faz uma excellente explicação sobre as particularidades do Testamento de um Pai para com seus Filhos, entretanto o *Novo Codigo dos Estados da Prussia* não adoptou o mesmo; por isso que

(\*) Cf. Coelho da Rocha, not. ao § 685.

4.º *O Testamento feito em tempo de peste.* (\*)

Este testamento, que tem lugar quando em tempo de peste alguém quer dispôr de seus bens, e pela despovoação, que aquella causa, não pôde achar numero sufficiente de testemunhas, parece que o uso o tem feito privilegiado, como asseverão alguns praxistas: admittindo-o, ou dando-lhe validade sómente com o numero de tres testemunhas, que requeria o direito romano, quando não podessem apparecer mais, como depõem os mesmos praxistas. Felizmente não posso dizer se a pratica o tem autorisado, e permitta o Céu que nos não vejamos na necessidade de fazermos ou julgarmos semelhantes testamentos; entretanto devemos dizer

---

não declarou semelhante Testamento como privilegiado ou isento das formalidades geraes; o mesmo fez o novo *Codigo Civil de França*. Só pelo *Direito de Hespanha*, que se acha na L. 7, tit. 1, Part. 6, e L. 2, tit. 4 Liv. 5 da Recap., ou L. 3 do Touro, se admittio que o Pai podesse testar a favor dos Filhos com assistencia sómente de duas Testemunhas; porém com a declaração, que aquillo que se deixasse em tal Testamento aos estranhos não valeria.

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, l. 5.º, § 16; Lobão, *a Mello*, 3.º, pag. 256; Coelho da Rocha, not. ao § 685.

delles o mesmo que do antecedente, isto é, que se não achão adoptados ou exceptuados pelas nossas leis. (70) (\*)

(70) O Direito Romano na *L. 8, Cod. de Testam.* só disp'nou a respeito deste Testamento a unidade do contexto; mas requeria o completo numero de Testemunhas, que erão sete. Os interpretes, sem autoridade, entrãrão a dispensar mais algumas solemnidades a seu respeito, o que não podião fazer, por não terem poder legislativo. Entretanto varias nações civilisadas têm privilegiado semelhante especie de Testamento, e com razão; e assim vemos que, pelo *Cod. Civ. da França* nos arts. 985 e 998, dispensando a respeito de semelhante Testamento algumas formalidades, sujeitou-o sómente a quatro, depois de declarar que elle só tem lugar, quando o Testador estiver contagiado, e em um lugar cuja comunicação esteja interceptada, quer por causa de peste, quer por motivo de outra doença contagiosa: — 1ª, que seja dictado pelo Testador ao Juiz de Paz ou Official Municipal, em pres'nça de duas Testemunhas; 2ª, que seja assignado por duas Testemunhas, ou por uma dellas, declarando-se a causa por que a outra não assigna; 3ª, que seja assignado pelo Testador, se souber, e não sabendo, ou não podendo, assim se declare; 4ª, que seja assignado pelo Official que recebeu ou escreveu o Testamento. Tambem o *Novo Codigo dos Estados da Prussia*, no tom. 1, p. 1, tit. 42, art. 108 e seguintes, concedeu o privilegio de testar militarmente aos que se achassem em risco de uma doença contagiosa; e deu validade a taes Testamentos durante um anno depois de levantado o cordão, que embaraçasse a comunicação do lugar, e restabelecimento da Justiça, ou seu curso no mesmo.

É certo, como fica dito, que as nossas Leis não dispensárão solemnidades algumas a respeito deste Testamento; porém eu, fundado naquella Lei, ou regra de Direito, 183, ff. de Reg. Jur. — *Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen, ubi æquitas evidens poscit*

(\*) Cf., Coelho da Rocha, § 685, not.

5.º *O Testamento Maritimo.* (\*) (71)

Posto que as nossas leis não fação menção dos testamentos da gente do mar, nem tão pouco os tenham como privilegiados, sendo das bastante dureza negar aos navegantes e gentes de embarcações

*subveniendum est* — não duvido dizer que se no tempo de peste, de que Deus nos livre, se fizerem Testamentos menos solemnemente, uma vez que conste da vontade do Testador por elles, e dito de algumas das Testemunhas devem valer.

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Coelho da Rocha, § 685; Silva Lisboa, *Dir.* t. 6, cap. pag. 83.

(71) Vendo em a *Nota 191 das Primeiras Linh. sobre o Processo Orphan.* combatida a minha opinião declarada a pag. 171 da 1ª edição desta obra, sobre os Testamentos Maritimos, devo declarar, ou adiantar mais os meus sentimentos a semelhante respeito, sem que contudo a minha opinião faça regra, para por ella se julgar em o fôro civilisado. Eu já tinha dito a pag. 42 da mesma edição, que não tinhamos, pelas nossas Leis, Testamento privilegiado, que não fosse o do Soldado; e que privilegiar, ou não privilegiar, se não devi reputar caso omisso. É verdade que as pessoas que embarcão, deverião fazer seu Testamento antes de entrarem na embarcação; mas se um ou outro tem a lembrança de que naquella viagem póde morrer, outros muitos a não têm; e quantos são obrigados a embarcar, sem lhes darem para isso tempo? Em os nossos mesmos dias o vimos, quando em 1807 precipitadamente embarcou no porto de Lisboa, não só a Familia Real, mas milhares de pessoas que a seguirão, sem que a invasão dos inimigos lhes desse tempo para dispôr a respeito de suas cousas; e por ventura deverião morrer intestados por falta de meios e necessarias pessoas para poder

testar solemnemente, todas aquellas, que então embarcárão coactamente ou que embarcárão sem ter disposto em terra por algum motivo attendivel? É, pois, destes que fallo, e a respeito dos quaes apresento as minhas idéas á consideração dos julgadores, que muitas vezes têm de decidir sobre circumstancias, por isso que a Lei nem sempre falla; nem pela falta de expressão della o julgador deve deixar de julgar. É aqui que eu applico a sentença de Marcello na L. 183, ff. *de Reg. Jur.* quando diz:— *Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen, ubi equitas evidens poscit subveniendum est.* — Posto que não seja permitido mudar ou alterar as formalidades que a Lei requer, algumas vezes se pôde supprir o defeito, quando a equidade o exige. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium.* L. 1, ff. *de Test.* — Supponhamos, pois, que um homem sobre o mar, por um caso imprevisito, se vio em necessidade de fazer o seu Testamento, e que fazendo-o conforme ao Direito estabelecido em uma nação vizinha e civilisada, morre sem que o podesse fazer conforme o que o Direito Portuguez estabelece; que deveria julgar o Juiz, a quem tal Testamento fosse apresentado? Eu julgaria válida a disposição com semelhantes solemnidades externas, se comtudo se provassem as internas, e pelos fundamentos seguintes:— 1º, por não reputar isto privilegio, mas sim necessidade, que carece de Lei; 2º, pela regra deduzida da *L. cit. 183, ff. de Reg. Jur.*, e mais que lhe correspondem; 3º, pelo disposto no § 9 da Lei de 18 de Agosto de 1769, como materia maritima; pois que tendo nós esta regra expressa em nossa legislação, e provando-se que não fôra em razão do privilegio concedido aos marítimos, mas da necessidade, em que se achára o Testador de fazer o seu Testamento, para socegar a sua consciencia e espirito inquieto, apparecendo o Testamento com as solemnidades, que a Lei vizinha requer, não teria duvida em o julgar válido; entretanto, sendo o juizo dos homens vario, pôde-o ser tambem o modo de julgar a tal respeito. Mas para aquelles, que pensarem como eu, apresento as solemnidades que o Novo Codigo dos Francezes requer a respeito de tal Testamento; e são oito:— 1º, que o Testamento seja recebido pelo Official Commandante da embarcação, e na sua falta pelo que fizer as suas vezes; 2º, que seja assignado pelo Testador, se souber, ou puder, e não sabendo ou não

a faculdade de testar no mar, com o pretexto de que poderião fazer o seu testamento em terra, quando aliás se vejão muitas vezes em evidente perigo de vida, devendo-se reputar este caso como omisso, por isso que a Ord. no liv. 4, tit. 80, § 4, se esqueceu de acrescentar esta circumstancia ao artigo de morte por causa de molestia, para poderem então testar de viva voz; lembrando-nos da providencia da L. de 18 de Agosto de 1769, no § 9, que em materias maritimas manda recorrer ás leis das nações christãs e civilisadas mais vizinhas, na falta das patrias, estando-se por isso julgando no fôro em semelhantes materias pelas Ordenanças da Marinha de França feitas no reinado de Luiz XIV, em 1681; diremos o que estas dispõem ácerca dos testamentos dos maritimos, e que formalidades nelles exigem para a sua validade, bem persuadidos de que as gentes do mar devem gozar de

---

podendo, que se dê esta causal; 3º, que seja assignado tambem pelo que o receber; 4º, que estejam presentes duas Testemunhas, assignando ao menos uma; 5º, que se fação dous originaes; 6º, indo abordar a paiz estrangeiro, que se entregue um dos originaes ao Consul respectivo, se ahí o houver, indo fechado, para o remetter ao Ministro da Marinha do seu paiz; 7º, que o outro original seja entregue na volta ao paiz, á Justiça competente; 8º, que se faça menção de semelhante Testamento no Rol ou Registro do Navio.

algun privilegio na factura dos seus testamentos, quando se virem em perigo de vida, bem como pela jurisprudencia romana se lhes concedia o privilegio militar, como se vê da L. un. § 1, ff. *de bon. poss. ex testam. milit.*, para o effeito de poderem testar no curso da navegação, sem fazerem o seu testamento com as formalidades requeridas para as demais classes de cidadãos. (\*)

Pelo art. 1 do tit. 11 do liv. 3 das citadas Ordenanças se diz expressamente « que os testamentos feitos no mar, por aquelles que morrerem nas viagens, serão reputados válidos, se forem escriptos e assignados pelo mão do testador, ou recebidos pelo escrivão do navio em presença de

---

(\*) Coelho da Rocha, § 685, fundando-se em Silva Lisboa, *Dir. Merc.*, t. 6, cap. 25, e no Cod. Civ. Fr., arts. 988 e 99; e Corrêa Telles, *Dig. Port.*, 3º. nn. 1815 e 1816, fundando-se no mesmo nosso illustre commercialista, na *Orden. da Mar. Fr.*, l. 3, tit. 11, art. 1, e no Cod. Pruss., 1º p., tit. 12, art. 207, não escrupulisão em classificar o testamento marítimo no numero dos privilegiados. As razões expendidas pelo Autor são procedentes para assim se concluir.

O nosso Regulamento Consular (Decr. n. 520 de 11 de Junho de 1847), estatuinto ácerca dos *accidentes, perigos e mais circumstancias occorridas na viagem*, prevenio, no art. 123, o caso do fallecimento de algum passageiro ou individuo da tripolação durante a viagem; mas nada dispóz ácerca do testamento marítimo.

tres testemunhas (72), que se assignarem com o testador; e, se este não poder, ou não souber assignar, far-se-ha menção da causa. »

Este privilegio, como depõe o autor dos *Princípios do Dir. Mercant.*, T. 6, cap. 25, tem lugar não só nas viagens de longo curso, declaradas no liv. 3, tit. 6, art. 59 das cit. Ord., e nas de grande cabotagem, mas até nas de pequena cabotagem, que se fazem de porto a porto, a consideravel distancia de terra; e pertence não só aos officiaes e marinheiros, senão tambem aos passageiros do navio ou embarcação; mas a validade de taes testamentos só procede, se o testador fallecer no mar, e o navio não arribar a algum porto de nação onde houvesse tabellião, ou official publico de notas, que tivesse a faculdade de fazer ou approvar taes actos, como se deduz do citado art. 1.

Portanto, se o testador chega a desembarcar em terra, o seu testamento feito no mar se constitue logo nullo; considera-se, porém, ser morto o testador em viagem, posto que falleça a bordo, tendo já o navio entrado no porto, se elle não chegou a pôr o pé em terra.

---

(72) O Codigo Civil da mesma França limitou este numero a duas Testemuhas sómente, como se vê do art. 988.

Nos navios em que não houver escrivães, pertence ao capitão fazer os testamentos dos mareantes; e, se este fallecer, o primeiro official do navio, isto é, o piloto, fará as vezes do escrivão, como determinão as cit. Ords., liv. 2, tit. 4, art. 6.

As tres testemunhas requeridas para a assignatura do testamento devem ser maiores de 14 annos, não legatarios, e com os demais requisitos exigidos pela nossa Ord., no liv. 4, tit. 80; e não apparecendo as tres que saibão assignar, bastará que o escrivão assigne por ellas, fazendo menção desta circumstancia. (73)

6.º *O Testamento ad pias causas.* (\*)

Este testamento, que segundo a Constituição de Alexandre III, *in Cap. Relatum 11 de Testam.*, podia ser feito ainda sem as solemnidades de Direito Civil, bastando sómente a assistencia do parochio com duas testemunhas, sendo em favor de obras pias, como mosteiros, confrarias, hospitaes, etc., nunca foi approvado pelas nossas leis, nem tão pouco.

---

(73) Veja-se a Nota retro sobre as formalidades que requer o Novo Codigo dós Francezes, em os arts. 988 e seguintes. Veja-se o Codigo da Prussia, L. 1, tit. 12, art. 205 e seguintes.

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3, t. 5, § 17; Lobão, *a Mello*, suppl. diss. 6.ª; Coelho da Rocha, not. ao § 685.

pelas romanas, em cujo direito não foi conhecido; e por isso diremos que também não tem uso entre nós; e que sendo feito algum testamento a favor das sobreditas causas pias, deve ter as mesmas solemnidades que se requerem nos testamentos ordinarios, ainda que alguns Praxistas, pela muita autoridade que tem tido entre nós o Direito Canonico, o tenham contado em o numero dos testamentos privilegiados, havendo-se por isso usado e praticado, não vendo que as nossas leis não exceptuáram tal testamento, e que o Direito Canonico não pôde ser adoptado, sendo opposta a sua disposição ás nossas leis (74) (\*).

---

(74) Note-se, que o Testamento feito entre conjuges, a que chamão de mão commum, e em que os conjuges se insituem mutuamente não é privilegiado, nem fallão delle as nossas Leis, e sómente os Praxistas, como Valasco Const. 7; mas a pratica o tem introduzido, e se está usando frequentemente, por isso que é feito com todas as solemnidades, que as Leis requerem, tendo sómente de especial o poderem-se fazer em um só papel, ou Escriptura, posto que sejam dous Testamentos, e ser por isso sómente necessario o numero de Testemunhas que se requer em um: no emtanto é necessario que seja assignado por ambos os conjuges; e, de mais, quando fôr feito perante Tabellião, deve este perguntar na presença das Testemunhas a ambos, se aquelles são os seus Testamentos, o que deverá declarar no Instrumento de approvação; e no caso que um, ou ambos não possão assignar, assignará uma Testemunha a rogo, declarando por quem assigna, podendo qualquer delles revogar este Testamento quando lhe parecer.

(\*) Coelho da Rocha, § 685, menciona mais uma especie de testamento privilegiado, qual é o instituido por el-rei D. Manoel em favor

1.<sup>a</sup> CONCLUSÃO.

Não sendo, portanto, entre nós recebido e approvado pelas nossas leis como testamento privilegiado senão o do Soldado, e devendo-se reputar o uso e costume em contrario como abusivo, por isso que nelle não concorrem os tres requisitos que exige a Lei de 18 de Agosto de 1769, e por isso que é contra direito escripto; nem se podendo dizer que é caso omisso, porque privilegiar, ou não privilegiar, não se deve reputar como cousa omitta; comtudo no caso de peste, ou sobre o mar, em attenção ao que fica ponderado competentemente, parece que os nossos julgadores deverão ter em consideração a necessidade e circumstancias para não deixarem

---

dos doentes do Hospital de S. José de Lisboa; mas esse privilegio nunca foi ampliado a todos os doentes, nem mesmo a outros estabelecimentos analogos. Não é, pois, privilegio concedido a uma classe como a dos Soldados e da gente de mar; porém a um estabelecimento pio.

Não são privilegiados os testamentos feitos e approvados por agentes consulares, em virtude do art. 183 do Decr. n. 520 de 11 de Junho de 1847, como se vê dos modelos ns. 22, 23 e 24 do testamento, da approvação e da abertura.

intestado, a quem pelas circumstancias imprevistas se achou em estado de não poder testar solemnemente.

## 2.<sup>a</sup> CONCLUSÃO.

Devemos tambem concluir que dos testamentos solemnnes não temos mais adoptado pelas nossas leis que o *Aberto*, o *Cerrado* e o *Nuncupativo*, sendo comtudo o que mais se acha em uso o *Cerrado* com instrumento de approvação, por isso que é o mais conforme ás idéas ordinarias dos testadores, que são fazer testamento, mas deixar a disposição em segredo, requerendo comtudo a approvação para lhe estabelecer a sua força e validade, a fim de que se guarde inviolavelmente quando morrerem; não deixando tambem de ter uso frequente os testamentos *Nuncupativos*, pela razão de que de ordinario não nos desenganamos que podemos morrer de toda a idade, e só quando nos achamos atacados com alguma molestia que parece mortal, nos lembramos de dispôr de nossos bens, não podendo por isso muitas vezes testar até de viva voz; vindo a servir os bens de objecto de mil questões e litigios perniciosos a todo o respeito que podiamos evitar, se delles dispozessemos em tempo opportuno com as

solemnidades que as leis requerem, indicando quem nelles deveria succeder; o que acontece principalmente quando não ha herdeiros, que sejam conhecidamente reputados legitimos, caso em que não podemos deixar de dizer que não só são uteis os testamentos, mas até necessarios.

Vamos, portanto, a vêr quaes são as solemnidades internas, que devem acompanhar os testamentos para serem válidos, e depois notaremos quaes são as externas, que requerem as nossas leis, além das ponderadas e necessarias para a fórmula do testamento.

---

## CAPITULO VIII.

*Solemnidades internas dos Testamentos* (\*).

As solemnidades internas dos testamentos devem-se ir buscar principalmente á pessoa do testador, e modo de testar (\*\*), e são em summa: — 1º, que o testador quando fizer o testamento esteja em seu perfeito juizo, não sendo preciso que esteja com saude, pois que póde testar até o ultimo momento da vida, uma vez que saiba dar a razão por que dispõe, e conserve o seu juizo em perfeição (\*\*\*), como

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, Liv. 3, tit. 5, §§ 19, 28 e seg.; Lobão, *a Mello*, tom. 3, aos cit. §§; tom. 4, diss. 2ª, §§ 34 e seg.; *Obr. recipr.*, § 455; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, tom. 3, n. 1482; *Man. do Tabell.*, ed. brasil. de 1834, § 204; *Coelho da Rocha*, §§ 675 e 676; *Teixeira de Freitas*, *Consolid. das LL. Civis*, arts. 993 e seg., 1027 e seg.; *Pires Ferrão*, *Guia Practica e Formulario do Tabellião de notas no Brasil*, (em casa de E. & H. Laemmert.)

(\*\*) Ao *modus testandi* pertence a instituição do herdeiro; e no testamento do pai, a instituição ou a desherdação dos filhos: — Mello, cit. § 19.

(\*\*\*) *Quid* do testamento do agonisante? — Veja Lobão, *Notas a Mello*, tom. 4, diss. 2ª, §§ 34 a 39.

*Quid* quando o testador tresvaria? — *Id.*, *ibid.*, §§ 40 e seg. Se o

se deduz da Ord., liv. 4, tit. 80, § 4, e tit. 81, pr., §§ 1 e 2 (75); 2º, que tenha liberdade de vontade, como bem se deduz da Ord. cit., tit. 84;

---

testador tresvaria na occasião em que, tendo entregue ao tabellião o seu testamento, responde, ainda afirmativamente, ás perguntas que aquelle lhe dirige ex vi da Ord., liv. 4, tit. 80, § 1, é claro que essa resposta inconsciente obsta ao acto da approvação; se, porém, o tresvario sobrevem depois, o tabellião deve de ir por diante com o instrumento, no qual declarará essa circumstancia; e este será assignado por uma das testemunhas pelo testador não o poder fazer: ficando reservada para o juiz competente a questão da validade do testamento: pois, como bem observa o Sr. Dr. Serqueira, (nota (a) a este capit. do A., ed. brasil. de 1857, *apud* A. G. Guimarães & C.), o contrario seria dar lugar a muito graves inconvenientes, deixando o official publico juiz absoluto do acto que é chamado a legalisar.

(75) Entre as solemnidades, que as leis das nações civilizadas requerem para a validade dos testamentos, as principaes são, da parte do Testador a inteireza do seu entendimento, e do herdeiro a sua capacidade, assim natural, como civil, para poder ser intituido, solemnidades que, por serem tiradas da natureza do acto, se chamão *intrinsecas*, ou *internas*, e que em Direito Civil Romano se comprehendem debaixo dos termos facultativos de *facção activa e passiva* de Testamento. Um dos actos mais serios do homem é o seu testamento, porque nelle dispõe de uma vez e para sempre de seus bens, casa e familia, na certeza de que esta disposição só terá effeito depois da sua morte, tempo em que não póde arrepende-se. Por esta razão o Testamento pede no Testador uma inteireza de juizo, e certeza de vontade tão evidente e manifesta, que não possa contestar-se. Multas nações antigas e modernas, famosas pela soberania de suas leis, não presumião esta inteireza ou integridade nos doentes, nem naquelles que preferião os estranhos aos seus; eis-aqui porque a L. de 25 de Junho de 1766, nos §§ 1 e 6, invalidou as disposições feitas á hora da morte, e porque

porque como os testamentos são unicas doações (\*), estas não são validas senão emquanto são espontaneas, por isso que nada ha mais contrario ao

---

a L. de 9 de Setembro de 1769 legislou sobre os bens deixados a estranhos; mas como esta legislação se acha suspensa (l) pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, seguiremos a regra que fica estabelecida. Quando tratarmos das pessoas que não podem fazer testamento, dilucidaremos esta materia, sobre a qual se pôde ver *Fodéré, Médecine Légale*, tom. 1, §§ 183 e seguintes, onde distingue as molestias que fazem suppôr que um testador estava, ou não, são de espirito, quando fez seu testamento, em occasião de doença, ou menos em velhice adiantada. O Direito Romano, sem embargo de favorecer, por systema, as ultimas vontades, na Lei 2, § ff. *qui testam. facer. poss.*, e em outros lugares põe a regra: — *in eo, qui, testatur, ejus temporis, quo testamentum facit integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*; determinando pelas palavras — *integritas mentis* — que no testador não se requer juizo, mas inteireza, ou integridade de juizo, ou sinceridade, isto é, pureza de entendimento, como se explica a L. 3, *Cod. qui testam. facer. poss.* Toda a inteireza do seu espirito, diz o Cod. Civ. da França, no art. 901. Sendo esta a primeira condição, que tambem requer para á validade de um testamento o mesmo Codigo, bem como todos os das mais nações civilizadas.

(\*) Esta razão só por si não procede. Ha testamentos em que só se dispõe do bem d'alma ou se reconhecem filhos, ou se lhes nomêa tutor, ou se declara qualquer outra cousa, sem fazer doação. A razão é que, o testamento sendo um acto juridico, o consentimento, a expressão da vontade livremente manifestada, é um seu elemento essencial e geral: — Coelho da Rocha, § 96.

(l) O Decr. de 17 de Julho de 1778 suspendeu a L. de 23 de Julho de 1766, ampliada pela de 9 de Setembro de 1769 e declarada pelo Ass. n. 254 de 3 de Abril de 1770, que annullava o testamento assignado ou approvado na presença do testador gravemente enfermo, ainda que tivesse sido por elle ordenado no estado de saude. Era,

consentimento que a força ou medo: é preciso que o testador teste livremente, por ser o testamento um acto de vontade livre (76); 3º, que tenha capacidade civil; por isso que a facção de testamento só compete áquelles a quem as leis civis a facultão, como observaremos, e se vê da Ord., liv. 4, tit. 81, §§ 3. 4, 5 e 6 (77).

Tambem pertence para o modo de testar a instituição, ou desherdação expressa no testamento do pai para com o filho, como melhor adiante se verá. (\*)

com effeito, um rigor injustificavel, quando a Ord. liv. 4, tit. 81, § 2, dispõe que, na duvida do estado do juizo de um testador demente que tem lucidos intervallos, se decida pela validade do testamento se estiver bem ordenado como o de pessoa de são juizo.— Veja Lobão citado na nota (\*\*), pag. 106.

(76) Esta segunda condição é deduzida da mesma definição de Testamento — *voluntatis nostre justa sententia*:—requerendo-se, por isso, que a vontade tenha seu principio em o espirito do testador, e que seja um effeito de seu proprio movimento e deliberação, donde se segue que todas as disposições captadas por dolo, artificio, inducções fraudulentas, e muito mais as extorquidas por medo ou violencia, tornão nulla a disposição, como é de Direito Romano, e se pôde vêr em a L. 1, *Cod. Si quis aliq. testar. prohib. vel coeger.*, e a L. 2 e 3 ff. eod.

(77) Não basta que qualquer testador esteja em perfeito juizo e disponha com livre vontade; é tambem necessario que tenha capacidade civil, isto é, que a Lei lhe conceda a faculdade de testar: pois que, pelo Direito de todas as nações civilisadas, a faculdade de testar é restricta a certas pessoas, como se verá no cap. X.

(\*) Veja os Caps. 13, 14 e 15.

## CAPITULO IX.

*Solemnidades externas dos Testamentos* (\*).

Fallando geralmente das solemnidades externas, que são precisas para a validade dos testamentos, será justo recopia-las aqui, e vermos ao mesmo tempo a razão por que se não achão em uso muitas, que requeria o Direito Romano, por isso que os Praxistas não têm sido exactos nesta parte, em que se requeria toda a clareza; e esta a razão por que repetimos aqui como em recapitulação as solemnidades que em geral se fazem necessarias, além das internas, para a validade dos testamentos.

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3, tit. 5, § 43; Lobão, *Suppl. às Seg. Linh.*, diss. 6, § 7; *Not. a Mello*, tomo 3, ao log. cit.; tom. 4, diss. 3 *passim*; diss. 4 *ex professo*; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, tom. 3, n. 1771 e seg.; *Man. do Tabell.*, § 198 e seg.; Coelho da Rocha § 677 e seg.; Teixeira de Freitas, *Consolid. das LL. Civis*, arts. 1053 e seg.; Pires Ferrão, *Guia Pratica* cit.

Revista do Sup. Trib. de Just. de 10 de Agosto de 1852, entre partes recorrentes João Gonçalves Gomes e outros, recorridos José Coelho de Moura e outros: — decidiu que havia injustiça notoria em se ter julgado nullo um testamento de cujo auto de approvação constavão os requisitos legaes (solemnidades externas), mas contra a existencia dos quaes depunhão vagamente testemunhas aliás instrumentarias; porquanto « para se offender e destruir a fé que merece o instrumento publico, e a presumpção legal que lhe assiste de solemne e verdadeiro, é necessario uma plena e concludente prova. » — *Mafrá*, CVIII.

1.º *Rogação das Testemunhas.*

Pelo nosso Direito, e Ord., liv. 4, tit. 80, se não requer a rogação das testemunhas, como era necessario por Direito Romano, porque, ainda que se achem por acaso, fazem prova, comtanto que entendão o que diz o testador, e estejam presentes; isto é, com a razão e espirito, e saibão a razão por que assistem, e fim para que; só achamos um caso especial em que se requer a rogação das testemunhas, e é o da Ord., liv. 4, tit. 83, § 5, no vers. *Comtanto que as ditas testemunhas sejam chamadas para o tal acto*, o que requer a Ord. no testamento dos soldados, quando vão em suas companhias para a guerra, ou estão no arraial; não, porém, assim no que é feito pelos mesmos soldados no acto ou conflicto da batalha, como declara a mesma Ord.: donde tiramos o argumento de que não é necessario nos testamentos solemnes, muito principalmente não o declarando as nossas leis; e portanto segundo a regra estabelecida de não ser nullo o testamento que tiver as solemnidades que as nossas leis requerem, se as testemunhas não forem rogadas ou convocadas positivamente para a facção do testamento, ou approvação delle, não fica por isso nullo (78).

---

(78) Esta formalidade da rogação das testemunhas, que requeria o

## 2.º *Assignatura ou subscrição do Testador.*

Para a validade dos testamentos, tambem se requer a subscrição ou assignatura do testador, si souber escrever ; não sabendo, assignará (79) por

---

Direito Romano, e se vê na L. 21, § 2, ff. *qui testam. facer. poss.*, era deduzida da antiga fórma de testar feita nos Comícios Calatos, ou ajuntamentos do povo, porque como para estes havia rogação dos Magistrados, daqui deduzirão a das Testemunhas, que quer dizer o seu chamamento de proposito para aquelle acto, etc., não bastando que apparecessem casualmente, mas que expressa e positivamente fossem chamadas, aliás não valia o testamento ; donde deduzirão ser necessario que as mesmas testemunhas estivessem presentes com o corpo e espirito, isto é, que soubessem do que se tratava, e vissem o Testador, como se lê na L. 8 e 9, Cod. *de Testam.* e L. 20, § ult. ff. *qui Testam. facer. poss.* Porém esta formalidade da rogação das testemunhas não tem sido adoptada pelos Codigos modernos das nações civilizadas, e só nas Leis das Partidas de Hespanha, L. 1, tit. 1, p. 6, a encontramos deduzida do Direito Romano, sem critica, porque o motivo dos Romanos é mui differente e particular delles, e não póde ter applicação ás outras nações ; eis-aqui porque não encontramos em as nossas leis semelhante solemnidade ; nem é necessaria, muito principalmente depois do Assento de 10 de Junho de 1817, onde se enumerão exactamente quaes as solemnidades necessarias para a validade dos testamentos, em cujo numero se não acha a de que tratamos.

(79) A assignatura com o sinete, que fazião os Romanos, em que trazião as suas firmas, não têm lugar entre nós ; mas pela L. 1, tit. 1, Partida 6, de Hespanha, tambem se requer a assignatura com o seu proprio sello, e se o não tiver, com o alheio.

elle uma das testemunhas, declarando que o faz a rogo d'elle, como se vê da Ord. cit., tit. 80, pr., fallando do testamento publico aberto. E sendo o testamento cerrado, e feito por mão do testador, não é necessaria a sua subscrição, e, não sabendo escrever, será assignado pela pessoa que lh'o escrever; bem assim deverá assignar o instrumento de approvação com as testemunhas; e não sabendo, ou não podendo, uma das testemunhas a rogo do testador, como declara a Ord. cit., § 1, e Ass. de 10 de Junho de 1817 (\*). E sendo o testamento feito por mão particular sem instrumento de approvação, deve além disto ser lido diante das testemunhas. Ord. cit., § 3 (80).

---

(\*) Que declarou o de n.º 328 de 17 de Agosto de 1811. Ord. Liv. 1, tit. 78, § 15.

(80) Por Direito Romano, quando o testamento era feito mystica e solememente, devia o testador assignar o seu testamento, como se vê da L. 21, Cod. de Testam., e § 3, Inst. de Testam. Ordin.; porém, se não sabia escrever, chamava-se uma outra testemunha, que por elle assignava, L. 23, § 1, Cod. de Testam.; excepto se o testamento era escripto pelo testador, porque então não era necessaria a sua subscrição, o que foi adoptado pela Ord. L. 4, tit. 80, §. 1, e se acha declarado e confirmado pelo Assento de 10 de Junho de 1817, não sendo, comtudo, pelo nosso Direito, necessario chamar outra testemunha para assignar pelo testador que não souber escrever, pois uma das testemunhas presentes poderá assignar a rogo do testador, declarando comtudo que assigna por mandado do testador *por elle não saber* (ou não poder) *escrever*. Já nos cap. 5 e 7 fica notado o Direito de outras nações a este respeito, sobre o que se póde vêr *Desquiron, Traité des Testam.* a pag. 80 do tom. 1. O que, porém, resta examinar

3.º *Em um acto e contexto.*

Ainda que alguns praxistas digão que o testamento deve ser feito em um só acto e contexto, como era necessario entre os Romanos, comtudo,

é, se quando o testador não sabe escrever, e costuma assignar de cruz, bastará que assim assigne, ou é indispensavel que por elle assigne uma testemunha a seu rogo; e se a omissão da testemunha, que assim assigna pelo testador, de dizer ao pé do seu signal que assigna por este não saber, ou não poder escrever, annulla o testamento, uma vez que o tabellião haja declarado no instrumento de approvação, que tal testemunha assignou a rogo do testador, por este não saber, ou não poder: (m) estas questões são propostas pelo acreditado autor do *Manual do Tabellião*, a pag. 217, dizendo que ainda o citado Assento as deixára por decidir; porém veja-se a sua resolução amplamente feita no fim deste Tratado nas reflexões ao mesmo Assento, que ali se transcreve para maior clareza, e sobre a assignatura de cruz a eruditissima Dissertação 9ª a pag. 15, P. 2, tom. 3 das *Dissertaç. Chronolog. e Crit.* do doutissimo desembargador João Pedro Ribeiro. (n)

(m) A Revista do Supr. Trib. de Justiça de 14 de Outubro de 1853, entre partes recorrentes Manoel Joaquim de Bittencourt e outros, e recorridos Rafael Pinto de Moraes e outro, decidio que havia injustiça notoria em se ter julgado válido um testamento que se não achava assignado pelo testador, mas por outro, que não declarava por que assignára por elle, *constando aliás do auto da approvação*, pela fé do tabellião que o approvou, que o testador não sabia escrever. (Mafra, CXXIII.)

A Revista do mesmo Trib. de 17 de Novembro de 1866, entre partes recorrentes João Lopes Martins Junior, e recorridos Joaquim Gonçalves de Moraes e sua mulher, deci io haver nullidade manifesta em um testamento, em cujo auto de approvação a testemunha que assignou pelo testador não declarou por que o fazia; e *embora no auto o tabellião houvesse declarado que a dita testemunha assignava pelo testador, « deixou todavia de mencionar o motivo por que o testador o não fez »* Donde se conclue que, se o tabellião tivesse mencionado, ficava sanada a falta. (Mafra, CCCL.)

Veja Corrêa Telles, *Man. do Tabell.*, ed. bras. de 1834, § 252.

(n) E tambem Lobão, *a Mello*, tom. 4, diss. 4ª, § 4 e segs., e *sig-nanter*, §§ 10 e 11; *Segundas Linhas*, not. 458 n. 5ª. A Relação de Lisboa, por Accórdão de 11 de Maio de 1856, julgou nullo o testamento assignado de cruz.

não é isto applicavel ao acto da escriptura, porque qualquer testador póde gastar muitos dias com a factura do seu testamento, mas sómente á assignatura das testemunhas, e approvação do tabellião; isto é, quando quizer ajuntar todas as solemnidades apresentando o testamento ao tabellião, e lhe disser que aquelle é o seu testamento, deve logo seguir-se a approvação d'elle e a assignatura das testemunhas. (81)

---

(81) O autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., liv. 2, tit. 5, § 13, diz que emquanto se está testando se podem fazer doações, contratos e mais actos, que chamão estranhos, e prova isto com a Ord., liv. 4, tit. 62, § 7; porém, devo dizer que ainda que a doutrina seja verdadeira, é insufficiente a prova, porque a citada Ord. não prova semelhante cousa.

É certo que por Direito Romano, e conforme a L. 21, § ult., ff. *qui testam. facer. poss.*, o testamento devia ser feito *uno contextu, et uno tempore*, como declara a L. 21, Cod. de Testam., e § 3, Inst. de Testam.; o que se deve entender, que o testamento se não devia interromper por algum acto estranho; solemnidade esta que tambem era deduzida do testamento feito nos Comícios Calatos. Esta mesma disposição foi adoptada em França pelo Direito antigo, como se vê da Ordenança de 1735, a quem seguio o *Novo Codigo* no art. 976; mas relativamente ao acto da subscrição do testamento *Mystico*, como já se notou, era applicavel sómente a respeito da 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> e 6.<sup>a</sup> formalidade: o mesmo vemos adoptado pelo *Direito de Hespanha*, na L. 3, tit. 1, part. 6, e L. 4, tit. 4, liv. 5, da Recop. Porém o nosso Direito não exigio semelhante solemnidade, nem ha razão sufficiente para que se aceite; por isso que nada concorre para maior segurança de semelhante acto. Tambem não é requerida pelo sabio e novo Codigo da Prussia, nem pelas leis inglezas.

4.º *Assistencia de Testemunhas habeis.* (\*)

Ficando já notado o numero de testemunhas que devem assistir á factura de cada uma das especies de testamento, que temos em uso, devemos aqui expôr quaes são as pessoas que não podem ser testemunhas nos testamentos, estabelecendo como regra que podem servir de testemunhas todas as pessoas que não fôrem expressamente prohibidas. (82)

---

(\*) Esta regra era derivada do respeito quasi supersticioso que os Romanos prestavão aos actos de ultima vontade. O grande doutor da Igreja, Santo Agostinho, na sublimidade do seu estylo inimitavel, assim descreve a abertura e publicação dos testamentos nos comicios: — *Tandiu contradicatur de hæreditate mortuorum, quandiu testamentum proferatur in publicum, et cum testamentum fuerit prelatum in publicum, tacent omnes, ut tabule aperiantur, et recitentur. Juxta intus audit, advocati silent, præcones silentium faciunt, universus populus suspensus est, ut legantur verba mortui.* — *Lob., Supp. às Seg. Linh.,* diss. 6, § 2.

(82) Já vimos que por Direito Romano em o testamento solemne erão necessarias sete testemunhas na fórma da L. 23, ff. *qui testam. facer. poss.*; e posto que pela *Nov. de Leão 41*, se não exigissem mais que cinco, comtudo, como nota *Vinnio*, este Direito não foi adoptado senão no Imperio do Oriente: foi á esta ultima disposição que seguirão os nossos legisladores, requerendo tambem cinco testemunhas, todas varões e maiores de 14 annos, livres ou reputados taes; e isto tanto no *Aberto*, como no *Cerrado solemne*. O *Direito Francez*, como tambem vimos, fez differença; porque, se o testamento é feito por acto publico, bastão só duas testemunhas, assistindo deus notarios; ou quatro, se assiste só um notário; se é *Mystico*, então são necessarias seis testemunhas, além

São prohibidas: — 1º, as mulheres, excepto no testamento nuncupativo, ou feito em artigo de

---

do notario; e se o testador não sabe ou não pôde assignar, é necessaria mais uma setima, que assigne e expresse a causa por que o testador não assigna, e que fôra chamada, na fôrma dos arts. 971, 976 e 977 do *Cod. Civ.* O *Direito de Hespanha* adoptou o *Romano*, fazendo necessario o numero de sete testemunhas para o testamento *Cerrado*, reque-rendo, comtudo, sómente cinco para o *Aberto*, além do escrivão, L. 4 e 2, tit. 4, Liv. 5 da *Recopil.* No testamento *Cerrado* não é necessario que as testemunhas entendão a lingua do testador, como diz a L. 20, § 9, ff. *qui testam. facer. poss.*, pois basta que concebão o que se trata: não é assim, porém, em o *Nuncupativo* ou *Aberto*. As testemunhas devem assignar o seu nome, se sabem; e, não sabendo, fazer o signal de cruz. Entre os Romanos não só devião assignar o seu nome, L. 22, § 4, ff. *cod.*, mas pôr os seus sellos, em que tinham uma figura esculpida, e não o tendo seu, devião servir-se de um emprestado. O mesmo foi adoptado pela L. 4, tit. 4, part. 6, de *Hespanha*; mas não foi recebido em França, onde, como em Portugal, basta a assignatura das testemu-nhas. Entre os Romanos as mulheres, os furiosos, os mudos, os surdos, os prodigos, e es que não podião fazer testamento, nem o pai ou o filho-familias do testador, ou do herdeiro, nem o irmão deste podião ser testemunhas (como se pôde vêr em Heinec. *ad Pand.*, tom. 2, § 44), *Direito* que seguio a nossa Ord. e têm adoptado as nações civilisadas, pois que em Hespanha tambem se achão, pela L. 9, tit. 4, part. 6, e L. 4 e 2, Liv. 5 da *Recop.*, prohibidas as mesmas pessoas, e além disso os réos de furto, homicidio, libello famoso e outros semelhantes, bem como o Apostata; declarando na L. 6, que o hermaphrodita, tendo mais assignalado o sexo varonil, pôde ser testemunha em o testamento. O art. 980 do *Cod. Civ. dos Francezes* declarou que as testemunhas cha-madas para assistir á factura de um testamento devem ser varões: maiores, nacionaes, e que gozem dos *Direitos civis*; quaes sejão estes se declara no art. 7 e seguintes do mesmo *Cod.*, e quem quizer vêr esta materia circunstanciadamente, leia *Desquiron* ou o *Novo Furgole*, t. 4, pag. 98, bem como a pag. 105, sobre as pessoas que não podem ser testemunhas em *França*. O defeito da capacidade de uma só teste-munha torna nullo o testamento, L. 42, *Cod. de Testam.*

morte, em que devem assistir seis testemunhas, ainda que sejam mulheres, segundo a Ord. Liv. 4, tit. 80, § ult., ou no do Soldado, na fórma da Ord. Liv. 4, tit. 83, § 5º; — 2º, os menores de quatorze annos, Ord. cit. pr., e § 1 (\*), ainda que sejam Soldados, Ord. cit., tit. 83, § 1; sendo mulher não póde tambem ser testemunha sem ter doze annos, Ord. cit., tit. 85 pr.: — 3º, o furioso, o surdo, o mudo, o cego, o prodigo a quem fôr tolhida a administração de seus bens, o escravo, excepto se era reputado livre, Ord. cit., tit. 85 pr. (83); — 4º, o herdeiro escripto ou nomeado de viva voz, os filhos que tiver debaixo de seu poder; o pai, sob cujo poder o tal herdeiro estiver; os irmãos do herdeiro instituido, se todos estiverem debaixo do poder de seu pai. Porém os irmãos emancipados, a mãe e avó podem servir de testemunhas, e os

---

(\*) É a Ord. liv. 4, tit. 80.

(83) *N. B.* que no caso de ser a testemunha servo, mas reputado livre, não deixa de valer por isso o testamento, não porque o erro commum, como diz a Ord. citada, faça Direito, mas pela provavel ignorancia de facto, e porque a equidade de Direito parece pedir que subsista um acto que foi tratado em boa fé. Do mesmo modo se deve dizer, que o testamento se não infirma, se o menor ou a mulher que fôr chamada para testemunha fingir a idade ou o sexo, ou se o que não fôr tabellião fôr tido por tal ao tempo da facção do testamento, como diz Gouvêa, Liv. 4, var. lect., cap. 6; e Cujac. liv. 10 das observ., cap. 13, *in fine*; mas é necessario que o testador não concorresse para tal engano, porque então fica nullo o testamento.

legatarios tambem, e os que estiverem debaixo do seu poder, como declara a Ord. Liv. 4, tit. 85, § 1. (84)

---

(84) Note-se que os filhos-familias, os clérigos e os frades não são prohibidos por lei alguma de ser testemunhas em testamento, ou escrever os testamentos dos outros; não vale, contudo, o legado ou herança que o testador deixar ao Mosteiro ou Corporação, sendo escripto pelo religioso que a esta pertença; entendendo-se, contudo, só nesta parte a nullidade do testamento, subsistindo o mais, segundo o Alv. de 26 de Março de 1634, ampliado ou declarado pelo de 2 de Março de 1647, e cap. 8 das Córtes de 1641, e Lei de 25 de Junho de 1766, § 4, que se não acha revogada nesta parte, porque confirma o Direito antigo; note-se mais que por esta lei a herança ou legado deixado aos parentes, dentro do quarto gráo, do clérigo ou leigo que escreveu o testamento por outro, era nullo; porém, como esta lei foi abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, hoje vale tanto a herança como o legado, se contudo não houver dolo.

## CAPITULO X.

*A quem não é permittido fazer Testamento (\*) (85).*

Tendo-se estabelecido como direito certo que no testador se requer juizo, entendimento e inteira capacidade, se segue deste axioma que não podem

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, t. 5, § 20; Lobão, *a Mello*, Suppl. e diss. 2ª, §§ 34 e seg.; Coelho da Rocha, §§ 675 e 676; Teixeira de Freitas, *Consol.*, arts. 993 e seg.

(85) Sabendo-se quaes são as pessoas que não podem fazer testamento, fica sabido quaes são as que o podem fazer. Deve, porém, conhecer-se que a *capacidade* a respeito dos testamentos se divide em *activa* e *passiva*: a 1ª consiste em a faculdade de testar; e a 2ª em a faculdade de receber por testamento; da 1ª é que se trata neste cap., e da 2ª trataremos no cap. XII. Pelo Direito Romano e das *Leis das Doze Taboas* só se concedia a faculdade de testar aos pais de familias, ou *sui juris*. Não é o mesmo em França, onde o menor não emancipado pôde dispôr por testamento de uma porção dos seus bens segundo o art. 904 do Cod. Civ. Pela L. 13, tit. 1, part. 6, de Hespanha, e L. 4, tit 4, Liv. 5, *da Recop.*, se acha disposto o mesmo que entre nós a este respeito. Nem a velhice extrema, nem as doenças do corpo prohibem a faculdade de testar, se o testador tem as mais qualidades que se requerem, e sobretudo a perfeição do juizo. L. 9, ff. *qui testam. facer. poss.*, e L. 3, *Cod. eod.* As mulheres não são exceptuadas pelo nosso Direito de testar, bem como o podem fazer em França, pelo art. 226 do Cod. Civ.; mas em Inglaterra não pôde a mulher sendo casada testar, nem mesmo dos moveis, sem consentimento de marido, segundo os Estatutos 34 e 35 de Henrique VIII, cap. 5; de resto todas as pessoas que entre nós podem fazer testamento o podem alli fazer tambem, podendo o varão maior de 14 annos e a mulher de 12, testar,

como entre nós ; o que se póde ver em *Blackstone*, t. 3, pag. 437 e seg. Pelo Direito Francez, art. 904 do Cod. Civ. a respeito do menor, faz-se differença de dar *inter vivos*, ou dispôr por testamento; no 1º caso requer-se que elle tenha 21 annos, e no 2º 16, podendo só nesta idade dispôr da ametade dos bens de que a Lei permite aos maiores. Os condemnados a uma pena infamante podem tambem testar, posto que não possão servir de testemunhas. L. 4, Cod. de *secund. Nupt.* Os ausentes por causa da Republica, como os embaixadores, tambem não são prohibidos de testar, L. 43, § 1. ff. *qui testam. facer. poss.* Grotio, de *Jur. Bell. et Pac.*, Liv. 2, cap. 18, § 8, e veja-se o art. 13 do Cod. Civ. dos Francezes. Os ecclesiasticos, como cidadãos, tambem podem fazer testamento sobre os bens temporaes. Os filhos naturaes, de qualquer especie, os incestuosos e adúlterinos podem igualmente dispôr de seus bens ; por isso que a sorte de seu nascimento lhes não induz incapacidade para isso, *Baquet, Droit de Bâtardise*, cap. 6. O mesmo o que commetteu um crime capital; porque se elle morre antes da sua condemnação, morre *integri status*, L. 9, ff. *qui testam. facer. poss.* ; art. 26 e seg. do Cod Civ. dos Francezes, e se elle mesmo morrer depois da sua condemnação, tendo interposto appellação della. L. 43, § ult. ff. *qui testam. facer. poss.*, e L. 6, §. 8, ff. *de injust. rupt.* A faculdade de testar deve ser considerada em dous tempos, isto é, ao tempo da facção do testamento, e da sua morte natural ; e como a faculdade de testar é de direito publico, ninguem póde usar della, sem que a lei o autorise ; e é por isso que nós vemos no Cod. Civ. dos Francezes, ter-se declarado em o art. 902 « que todas as pessoas podem dispôr e receber por via de testamento, excepto aquellas que a lei tem reputado incapazes. » Estas são de tres classes — a 1ª comprehende os menores, com as excepções que se achão nos arts. 903, 904 e 905 do Cod. Civ. : — a 2ª comprehende os estrangeiros, cujo estabelecimento do domicilio não é autorizado ; os que têm concorrido para a morte civil ; e os que deixarão a França sem animo de voltar : — a 3ª comprehende aquelles que não gozão das qualidades do espirito e corpo para poderem regular sua vontade ; sobre o que veja-se *Desquiron*, tom. 1, pag. 412 e seguintes. Mas note-se que por Decreto de 14 de Julho de 1819 (que vem na *Gazeta Portugueza*) se revogárão os arts. 736 e 912 do Cod. Civ. dos Francezes, facultando aos estrangeiros o direito de herdar, testar e receber heranças, nos mesmos termos que os Francezes em toda a extensão do Reino, e que no caso de uma

testar: 1º o *varão* menor de quatorze annos, e a *femea* menor de doze, como é expresso na Ord. Liv. 4, tit. 81 pr., por se julgar muito a proposito que não têm razão perfeita para poder dispôr de suas cousas, e por esta razão não podem tambem testar: 2º, o *mentecapto e furioso*, que tiver furor continuo, porque, tendo intervallos ou luas, valerá o testamento que se provar fôra feito no tempo em que estava quieto, bem como o que tivesse feito antes de se ter tornado furioso ou mentecapto, Ord., cit., pr., e § 1. Se, porém, se duvidar se o testamento foi feito pelo furioso no tempo em que estava em furor, ou em que tinha dilúcidos intervallos, e apparecer o testamento bem ordenado e com as solemnidades da Lei, valerá; pelo contrario, não apparecendo conforme áquellas, será nullo, Ord. cit., § 2; e quando se prove que foi feito no tempo do furor contínuo sem intervallo, não é válido, ainda que o testamento esteja bem feito, como declara a Ord. cit., § 1; 3º o *filho-familias*, que

---

herança haver de repartir-se entre coherdeiros estrangeiros e Francezes, adjudicar-se-hão a estes, dos bens situados em França, uma parte de igual valor que os bens situados em paizes estrangeiros, de que sejam excluidos por qualquer titulo que fôr, em virtude das Leis e costumes de Paris. Se os *melancolicos* por doença podem ou não fazer testamento, veja-se a *Allegação Juridica de Mello Freire*, publicada por seu sobrinho em 1816, onde segue a negativa, depois de fazer varias distincções mui judiciosas sobre semelhantes doenças.

é aquelle que está debaixo do poder do pai, de qualquer idade que seja (\*), não pôde fazer testamento, ainda que o pai lho permitta e consinta, excepto dos bens castrenses; porque destes poderá livremente dispôr, ainda que o pai lho não consinta, tendo a idade legitima, Ord. cit., § 3, e tit. 83, § 1, e 91, § 1 (86); 4º, o *pródigo*, mas a seu respeito deve-se fazer differença se está já declarado por sentença do magistrado, ou não, pois no primeiro caso não pôde fazer testamento, por isso que está privado da administração de seus bens, e reputa-se furioso; e no segundo caso, ainda que seja reputado por todos como *pródigo*, pôde fazer seu testamento validamente, por isso que a sentença do magistrado ainda o não declarou como tal, e conserva por isso a administração de seus bens, pois a Ord. cit. no § 4 diz assim: *Nem o pródigo a que é defesa e tolhida a administração de seus bens, nem outros semelhantes a estes*; 5º, o *herege* ou *apostata*,

---

(\*) Depois da Resol. de 31 de Outubro de 1831, que declarou habilitado para todos os actos da vida civil o maior de 21 annos, não tem cabimento esta ampliação, sc. *d' qualquer idade que seja*; antes se deve dizer: sendo *menor de 21 annos*.

(86) *N. B.* que tambem não pôde testar o filho familias dos bens adventicios extraordinarios, por isso que a Ord. se não explica a respeito delles, e o era prohibido por Direito Romano. Vin. á Inst. pr. *quib. non est permis. facere Testam.*

Ord. cit., § 4 (\*); 6º, o *mudo e surdo* de nascença, mas a respeito delles deve-se fazer differença, e vêr se estes dous defeitos concorrem juntos, ou sobrevierão depois juntos ou separados: no primeiro caso, como não podem ter idéa clara das cousas, e falta-lhes em consequencia o raciocinio, não podem por isso dispôr ou testar: no segundo caso, porém, quando taes defeitos são supervenientes, estão habeis para fazer testamento, o que farão por escripto se souberem, e não sabendo não têm outro meio senão por acenos; porém, como estes podem estar sujeitos a muitos enganos, e ser falliveis,

---

(\*) Depois da Constituição do Imperio, que no art. 5 admittio a tolerancia religiosa, e no 179, § 5, garantio que ninguem poderia ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeitasse a do Estado, e não offendesse a moral publica; e do Cod. Crim., que no art. 33 estabeleceu que nenhum crime seria punido com penas que não estivessem determinadas nas leis, nem com mais ou menos das decretadas para puni-lo nos grãos maximo, médio e minimo; — e nos arts. 9, § 2, e 277, não julga criminosos os que fizerem analyses razoaveis dos principios e usos religiosos, punindo aliás os que abusarem ou zombarem de qualquer culto estabelecido no Imperio, por meio de papeis ou discursos; — e no 310, que todas as acções ou omissões, que sendo criminosas pelas leis anteriores, não forem como taes consideradas no Cod. Crim. não sujeitarião a pena alguma que já não estivesse imposta por sentença irrevogavel; a apostasia e herezia deixarão de ser consideradas como crimes sujeitos a punição; e não havendo por isso lugar as penas da Ord. Liv. 5, tit. 1, Liv. 4, tit. 31, § 4, tit. 88, § 17, e tit. 89, que tornava os seus réos indignos e incapazes de testar, podem hoje exercer tal direito. — (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.*)

por isso a nossa Ord. no § 5 tit. cit. não admitte taes testamentos senão intervindo a autoridade do Principe, impetrando para isso licença, bem como era necessaria por direito romano, ainda que as razões que para isso havia entre os Romanos fossem diversas das que ha entre nós (\*): os que fallão ou ouvem com difficuldade podem comtudo fazer seu testamento, como declara o mesmo § 5 da Ord. cit. (87); 7º, o *escravo* tambem não póde fazer

---

(\*) Vide a nota (a) á nota 25, pag. 34.

(87) Se o *cégo* póde, ou não, fazer testamento é importante saber-se. É certo que as nossas leis não declararão que o *cégo* pudesse fazer testamento, mas tambem lho não prohibirão, como fizerão a respeito dos outros; e deste silencio devemos tirar a necessaria conclusão de que lhe permitirão fazer testamento; nem ha razão alguma para se dizer que o *cégo* não póde testar, muito mais permitindo a nossa lei que um terceiro assigne a rogo do testador, quando elle não saiba, ou não possa escrever, e vendo nós não só que por Direito Romano podia o *cégo* fazer testamento vocalmente, comtanto que em lugar d'elle se chamasse uma oitava testemunha, ou tabellião, como se lê na *L. 8 Cod. de Testam. e § 4, Inst. cod.*, mas que todas as nações civilizadas têm adoptado este mesmo Direito. Temos em primeiro lugar o *Direito de Hespanha*, que no Liv. 14, tit. 1, part. 6, e Liv. 2, tit. 1; Liv. 5 da Recop. adoptou o mesmo que dispôz o Direito Romano: em segundo lugar a Ordenança de 1735, art. 47, que em *França* adoptou o mesmo: e finalmente o *Novo Cod. dos Estados da Prussia*, que nos arts. 113 e 114 de 1º P. tit. 12, concede tambem aos *cégos* a facultade de dispôr de seus bens, por meio de testamento oral, ou vocalmente. Porém, a questão que póde haver entre nós é, se para o testamento do *cégo* valer é necessaria mais uma testemunha além das cinco, como se requeria por Direito Romano, e requer pelo Direito de Hespanha e França? Jalgo que não; porque além de o não

testamento (\*); porém, hoje, como já se notou, apenas pôde apparecer algum que esteja nas circumstancias de que falla a Ord. no § 4 do tit. cit., por não serem já olhados como cousas, nem terem os senhores dominio sobre elles, como entre os Romanos; pois pela Lei de 19 de Setembro de 1761 lhes foi dada a liberdade, uma vez que aportassem a estes reinos; mas no entanto ainda ha alguns entre nós, e destes é que falla, ou se deve

---

declararem as nossas leis, e deixarem por isso semelhantes testamentos sujeitos ás regras geraes, não vejo razão plausivel de differença entre o cego e o que não sabe escrever: antes pelo Codigo da Prussia os encontro equiparados; e em iguaes circumstancias, ou lugares parallelos as nossas leis o têm assim supposto e admittido; excepto quando dispozem nuncupativamente, porque então devem assistir seis testemunhas, na fórma da Ord., Liv. 4, tit. 80, § 4.

(\*) A Ord. nesta parte está derogada pela L. n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, art. 4, § 1, *ibi*: « Por morte do escravo, metade do seu peculio pertencerá ao conjuge sobrevivente, se o houver, e a outra metade se transmittirá aos seus herdeiros, na fórma da lei civil. » Na fórma da lei civil, sob cujo imperio foi collocado o peculio do escravo, herdão não só os herdeiros necessarios, como os que, em falta delles, são instituidos em testamento.

« Na falta de herdeiros (continúa o cit. art.), o peculio será adjudicado ao fundo de emancipação de que trata o art. 3º. » Por esta disposição generica, só se realiza a adjudicação quando o escravo morre sem herdeiros forçados ou testamentarios.

Logo, hoje o escravo tem facção testamentaria.

entender aquella Ord. (88); 8º, os *condemados á*

(88) Os captivos na guerra (*n*) não são reputados escravos, nem entre nós são tratados com deshumanidade, como entre os Romanos, e o mais que se tem feito é pedir o preço da redempção. Também não ha entre nós differença de degredados a desterrados, pois qualquer que seja o degredo, jámais incorrem na perda do direito de Cidade: o mesmo já se não pôde dizer dos desnaturalizados (*o*), os quaes perdem o direito de Cidade, porém isto é quando na mesma Carta Regia se lhes tolhem os direitos de cidadão, como aconteceu aos Srs. de Mello, pelo Decreto de 25 de Agosto de 1770, os quaes forão ao depois restituídos pelo de 7 de Agosto de 1777, tendo sido desnaturalizados da familia, sendo-lhes tirados os Morgados, e direitos competentes á mesma familia, e não os Direitos de Cidade, e em consequencia podião fazer testamento. Para esta materia se pôde tambem trazer como exemplo o Alvará de 2 de Junho de 1803, pelo qual foi degradada da familia em que nasceu D. Eugenia José de Menezes, dama do paço, e excluída de succeder, não só nos bens da Corôa e Ordens, mas em heranças ab intestado, vinculos e prazos familiares, como se houvesse nascido na infima plebe, extinctos todos os direitos do sangue.

(*n*) Não existe no Brasil a *pena* de desnaturalisação: nem os direitos do cidadão se tolhem ou suspendem senão nos casos taxativamente expressos nos arts. 7 e 8 da Const. Politica. Mas a perda ou a suspensão dos direitos politicos não é *pena* propriamente dita, ou pena criminal: 1º, porque esta se applica a todo e qualquer delinquente, seja ou não seja cidadão brasileiro; e uma e outra daquellas só podem ter applicação ao cidadão brasileiro; 2º, porque nos dous primeiros casos constitucionaes da desnaturalisação, assim como no primeiro da suspensão dos direitos politicos (arts. 7 e 8 cits.), não só não ha crime, como, ao contrario, nos primeiros ha actos licitos, e no segundo ha um facto independente da vontade do individuo; casos em que deixa de haver criminalidade (Cod. Crim., arts. 1, 2 e 3). No terceiro caso da perda e no segundo da suspensão, aquella e esta são conseqüencias das *penas* applicadas por sentença que passa em julgado perante o juizo criminal, a saber: de banimento, e de prisão ou degredo (emquanto durarem os effeitos destas duas).

(*o*) Não são escravos os prisioneiros de guerra, como erão por Direito Romano; nem mais se chamão captivos, como se chamavão pelas Ordenações do reino. Podem fazer testamento e ser instituidos herdeiros.

*morte natural* (\*), podendo elles sómente dispôr da terça parte de seus bens para causas pias, uma vez que na sentença não haja uma plena confiscação de bens, e então não tem lugar o disposto na Ord. cit., § 6, o que é permittido aos juizes declarar-lhes por sua sentença de condemnação. Se, porém, forem condemnados á dita pena pelo crime de herezia, traição ou sodomia, então pela dita Ord. lhes é tolhida a mesma faculdade de testar até da terça, e o testamento que tiver feito o que fôr condemnado á morte natural, se torna nullo pela força da mesma sentença que o condemna á morte, por isso que o faz servo da pena, e por consequencia é privado de todos os actos civis, como é o testamento, passando por consequencia os seus bens aos herdeiros legitimos, ou para o fisco, conforme o direito disposto nas Ordenações, e Direito Subsidiario, como declara a Ord. cit. § 6: 9.º os *Religiosos professos* tambem não podem fazer testamento, Ord. cit., § 4(89), nem ainda os que se achão

---

(\*) A Ord. Liv. 4, tit. 81, § 6 está revogada pelo art. 33 do Cod. Crim. A pena não produz servidão; nem que produzisse, teria hoje cabimento essa restricção da facção testamentaria. — Vide a nota (\*), pag. 85.

(89) Note-se, que Religioso professo se entende todo aquelle que pela profissão fez os tres votos de obediencia, castidade e pobreza; e que os noviços podem fazer testamento, por isso que antes da profissão são

*secularisados* (\*) Res. de 26 de Dezembro de 1809 (90) : 10.º os *Clerigos* (\*\*) podem comtudo fazer

tidos por leigos, e não tem feito votos, Covarruv. ao cap. 2, de *Testam.*; porém se tiverem feito testamento e professarem, já o não podem revogar, por isso que neste estado lhes é prohibido faze-lo, e revogar um testamento é dispôr de seus bens indirectamente, Barbos, de *Offic. et potest. Episcop.* P. 3, alleg. 99, n. 14. Valasc. *Prax. Partit. et Collat.* cap. 16, n. 18. Note-se mais que, posto que o religioso professo não possa revogar o testamento que tenha feito antes, nem por isso a herança, ou legado deixado nelle, se pôde pedir logo que professa o religioso, profissão que se chama morte civil, mas se ha de esperar pela morte natural, e o mosteiro é que no emtanto administra estes bens, e faz seus os fructos em razão do religioso, que faz parte da corporação do mesmo mosteiro. *Ægid.* liv. 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* P. 4, § 2, an. 5; Boehmer. ao tit. de *pecul. Clericor.* § 19.

(\*) Os secularisados ou egressos não só têm a facção testamentaria tanto activa como passiva, mas, ainda podem excluir a seus pais e ascendentes, dispondo em vida delles. Comtudo, não podem succeder ab-intestato emquanto houver parente chamado pela lei, ou conjuge, vindo assim a excluir sómente o fisco; mas se morrerem ab intestato, succedem-lhe seus herdeiros legitimos, na fórma do direito commum. — L. de 19 de Novembro de 1821, obrigatoria no Brazil pela de 27 de Setembro (20 de Outubro) de 1823.

(90) Achando-se por extenso no fim deste Tratado a Resolução de Consulta de 26 de Dezembro de 1809, que suppoz como Direito certo que os *Religiosos Egressos* não podião herdar nem testar; e havendo alguns autores que duvidem ainda de semelhante direito, dizendo que semelhante Regia Resolução não deve considerar-se como lei geral, sendo um delles o mui digno autor das *Primeir. Linh. sobre o Processo Orphanolog.*, em a nota 77, pag. 33 da 2ª edição, deverei defender a minha primeira opinião declarada a pag. 166 da 1ª edição deste Tratado do modo seguinte. Uma Resolução de Consulta é um artigo de

(\*\*) Os clerigos têm a facção testamentaria activa e passiva, como qualquer outra pessoa, na fórma da lei civil. — Cit. L. de 19 de Novembro de 1821.

legislação entre nós, onde a lei é a vontade do Príncipe; eu o mostro melhor, e com exemplos, em nota á cit. Res., e já, com a sua costumada energia, o mostrou o autor da Introducção ao Novo Código em principio da Collecção Systematica; mas a respeito desta ha mais uma razão, qual a de se fundar em Direito já estabelecido, e portanto não fez mais que declarar o antigo. Já pelo § 10 da L. de 9 de Setembro de 1769, que se acha em vigor, se tinha declarado que o religioso ou religiosa, pelo acto de sua respectiva profissão, ficasse morto para com o mundo, não podendo por isso testar, nem herdar mesmo as legítimas paternas, e não ha lei que declarasse que o religioso secularisado, ou egresso da Religião, pudesse herdar ou testar, ou fosse dispensado da sancção daquella lei, pelo Breve e Indulto da Secularisação, que não faz mais do que relaxar ou moderar alguns effeitos do voto da profissão religiosa. Portanto, não podendo o religioso herdar ou testar pelas leis do reino estabelecidas, e não se achando estas revogadas, ou declaradas a respeito do Egresso, não tendo este expressa faculdade do Soberano para o poder fazer, fica claro que o que adquirir pertence para a Corôa, como declara a mesma Resolução (e não para captivos, como diz o autor do *Manual do Tabellião*, a pag. 172), fundando-se nos §§ 17 e 19 do tit. 26, liv. 2 da Ord., reputando semelhantes heranças como bens vagos, ou possuidos por pessoas que o Direito não tem autorizado para semelhante fim; pois que não podendo pertencer ao seu convento, porque pela secularisação acabou a obediencia religiosa, e se dissolvêrão os vinculos de fraternidade que havia entre um e outro; nem aos seus parentes, porque pela morte civil da profissão acabou tambem a parentella civil do religioso para com elles, não lhe podendo por isso succeder; nem podendo dispôr dos adquiridos a favor de estranhos, ou mesmo da sua parentella natural, porque a lei coherentemente sempre o reputou morto, nem lhe deu a faculdade de testar, fica claro que tudo quanto elle adquirir no seculo em razão do seu emprego, e mesmo por lhe ter sido deixado ou doado, pertence á Real Corôa, como possuido por pessoa incapaz aos olhos da lei, sem que obstem as razões produzidas em contrario, que se não fundão em lei escripta, e muito mais á vista do Decreto de 16 de Setembro de 1817, que apezar de dispensar sómente as ordens religiosas sobre a possessão dos bens, contra a prohibição das leis da amortizaçãõ, de nenhuma sorte falla a respeito dos egressos; e antes pelo contrario manda que para o futuro fiquem em seu vigor, bem como as que

testamento não só dos bens patrimoniaes, mas ainda dos clericaes e profecticios; isto é, dos que adquirirem *intuitu Ecclesiae*, comtanto que os deixem a pessoas leigas e da jurisdicção real; porque, deixando-os á igreja ou mosteiro, ou a alguma pessoa ecclesiastica ou religiosa, se perdem para a Corôa, segundo a Ord., Liv. 2, tit. 18, §§ 5 e 7 (91): 11º,

---

prohibem herdar ou succeder; tanto para as ordens em commum, como para os seus individuos. Nem obste o ter dispensado o Breve da Secularisação a prohibição de adquirir e dispôr; porque esta dispensa no fôro civil só terá validade, se o Principe, quando lhe concede o seu beneplacito, lhe declarar especialmente que fica habil para succeder e testar; e não de outra maneira, porque se oppõe á lei geral, que o prohibe; e até porque, além dessa concessão se oppôr aos direitos e interesses da Corôa, oppôr-se-hia aos interesses dos parentes do egresso, se se lhe concedesse o direito de successão, porque pela sua profissão e renuncia da sua legitima, tinham adquirido direito a ella, e por isso devião ser ouvidos para tal concessão.

(91) *N. B.* que valem os testamentos feitos pelos clericos ainda dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*, se comtudo concorrem nelles as solemnidades prescriptas pelas leis civis, no que pertence ao fôro externo, como diz Riegger § 598, e não como quer Valasc. na Cons. 74, n. 13, que julga serem bastantes duas ou tres testemunhas, pela razão inepta de que os clericos estão sómente sujeitos ás Leis Divinas ou Canonicas, e não ás Constituições Civis; pois que ainda que o Senhor D. João III, pela Extravagante de 6 de Setembro de 1553, parece approvar o Direito Canonico, pelo qual foi prohibido aos clericos testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*; comtudo, isto não passou para a Ord. Filip. já cit., e os nossos legisladores olhárão só para o fôro externo, não porque quizessem alterar a ordem das disposições ecclesiasticas, pois a respeito de taes bens se deverião regular pela determinação dos Canones, que prohibião aos clericos testar dos bens adquiridos *intuitu Ecclesiae*.

os cavalleiros das tres ordens militares, ou *Freires, commendadores, vigarios e coadjutores* (\*) podem testar (o que d'antes não podião fazer) tanto dos seus bens, como dos que lhes provêm dos fructos e rendas dos mesmos bens das ordens, pelas Bullas de Julio II, que principia: *Ad pia et meritoria opera*, dada em 1505, e *Honestis* de Clemente VIII, de 14 de Outubro de 1600, além dos estatutos e leis particulares das mesmas ordens (92); 12º, os cavalleiros de *Malta* (\*\*), porém, não podem testar sem licença do grão-mestre, Stat. 1, tit. 18. *Delle proibizioni, e delle pene*, Stat. 20, tit. 8. *Del Maestro*, o qual só lh'a costuma conceder a respeito dos bens patrimoniaes ou hereditarios e assim dos

---

mas porque tiverão sempre em vista o socego publico e a paz, e por isso permitirão aos clerigos dispôr de taes bens, segundo as solemnidades prescriptas pelas nossas leis.

(\*) Sem applicação entre nós, que não temos ordens militares.

(92) Veão-se os Estat. da Ord. de Christo, tit. 7, § 3, e tit. 19 pr., os Estat. da Ord. d'Aviz, tit. 3, cap. 17 e 20, tit. 4, cap. 12, e tit. 5, Defin. 13, e os Estat. da Ord. de S. Thiago, cap. 15, que em consequência das ditas Bullas lhes dão esta faculdade, uma vez que paguem as meias annatas, que são tres quartos, sendo da Ordem de Christo, e metade, sendo da Ordem d'Aviz e S. Thiago, da renda de um anno da vigararia, beneficio, coadjutoria, commenda ou tença, que com o habito lhes seja dada.

(\*\*) Nunca existirão no Brasil; e, pois, nenhuma applicação tem a doutrina do Autor.

adventicios ou adquiridos por outro modo não podem elles testar. Gallemart. *ad Trid.*, Sess. 25, *de regularib.*, Cap. 1, 2. Discurs. 34 n. 15. Luc. de *Testam.* Supplem. Liv. 16. P. 3. Discurs. 91 n. 2 (93); 13º, *os bispos* não podem testar dos bens adquiridos em razão da igreja, Cap. 7 *de Testam.*, e L. 42, § 2, *Cod. de Episc. et Cleric.* (94); porém por dispensa do Summo Pontifice podem dispôr não só os bispos, mas outros prelados maiores, dos bens ecclesiasticos para usos não pios em favor dos

(93) Note-se, porém, ue o Rescripto do Grão-Mestre se não pôde dar á execução sem placito regio, como é expresso na Ord. Aff. liv. 2, tit. 9, ibi: *Que as letras que vêm da côrte de Roma ou do Padre Santo, ou do Grão-Mestre de Rhodes, e dos Desembargadores do Santo Padre, não sejam publicadas sem carta d'El-Rei;* e posto que pela Bulla de Paulo IV se concedesse aos ecclesiasticos dispôr sem solemnidades, como os nossos Soberanos a não approvárão, não tem validade alguma, pela regra que todos os testamentos, que não fôrem conformes ás solemnidades prescriptas pela lei, serão nullos.

(94) Note-se tambem que as nossas leis não se expressão a respeito dos testamentos dos Bispos, mas que o costume que houve em Castella e Portugal, de poderem dispôr dos bens e rendas ecclesiasticas, tanto *inter vivos* como *causa mortis*, só se deve entender dos clérigos inferiores, e não dos Bispos; podem comtudo fazer testamento dos bens adquiridos antes de terem o bispado, ou depois por titulo méramente leigo, segundo a Nov. 131, cap. 13, e caps. 1, 2, 7 e 9 *de Testam.*; e a razão de differença parece ser porque os Bispos são mais raros, e por consequencia mais facil de distinguir os seus bens patrimoniaes daquelles que adquirem *intuitu Ecclesie*; porém, todos os bens que têm os Bispos ao tempo da morte se presumem ser da igreja, excepto se se provar o contrario pelos herdeiros, principalmente não tendo procedido o inventario antes de ter entrado no bispado. Gama, decis. 313.

parentes, como mostram Riegger § 402 e outros, com tanto que o rescripto pontificio seja confirmado pelo príncipe, sem o que não tem autoridade alguma no fôro: Ord. Liv. 2, tit. 13 e 15 (95) (\*).

---

(95) Quaes sejam as pessoas que por Direito Romano não podião fazer testamento, se vê com clareza em Heinec. *ad Pand.*, tom. 2, § 8, e seguintes.

(\*) Ao Poder Executivo compete conceder ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, letras apostolicas, e quaesquer outras constituições ecclesiasticas, que se não oppuzerem á Constituição; e precedendo approvação da assembléa legislativa, se contiverem disposição geral: Constít., art. 102, § 14. É um crime recorrer a autoridades estrangeiras residentes dentro ou fóra do Imperio, sem legitima licença, para impetração de graças espirituaes, etc., etc., ou autorisação de qualquer acto religioso: Cod. Crim., art. 81. A licença para impetrar Breve apostolico paga de cada individuo e objecto na Secretaria da Justiça o emolumento de 4\$000 e o Beneplacito a Breve para herdar e testar 20\$000: Decr. n. 317 de 19 de Abril de 1844, tab., e o sello de 10\$000.: Reg. n. 355 de 26 de Abril de 1844, art. 31. (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça*).

## CAPITULO XI.

*Instituição de herdeiro e regra a seu respeito. (\*)*

A instituição de herdeiro, que por Direito Romano era indispensavel no testamento para sua validade, como cabeça e fundamento do mesmo, e sem a qual era nullo, entre nós se não faz necessaria, podendo ser válido sem ella, por isso que as nossas leis não prohibem que cada um distribua a sua herança em legados, sem que por isso se possa deixar de chamar testamento uma tal disposição. É verdade que na Ord., Liv. 4, tit. 86, em que se falla da fórma de solemnizar os Codicillos, se diz que os Codicillos são disposições de ultima vontade sem instituição de herdeiro, donde se deduz á primeira vista que no testamento é necessaria para sua validade, como por Direito Romano, e que esta é uma das differenças que ha de testamento a codicillo; mas como entre as solemnidades prescriptas no

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3º, tit. 5, §§ 29 e 30; Lobão, *o Mello*, 3º ao § 30; suppl., diss. 8ª ex-professo; Coelho da Rocha, § 693 not., N. FF. do 2º vol. ao § 573.

tit. 80 não a achamos, não será necessaria, pela regra estabelécida muitas vezes; além de que a praxe quasi universal das nações tem admittido poder qualquer dispôr pelo testamento, seja de baixo do titulo de instituição de herdeiro, seja do de legado, ou de outra denominação propria a manifestar a sua vontade; praxe esta que vemos recebida entre nós desde os primeiros tempos da monarchia, como diz Brandão P. 4 no App., onde refere o testamento do conde Martinho Gil de Souza feito em 23 de Novembro de 1300, que sómente constava de legados; notando-se ainda hoje muitos destes exemplos, que são conformes aos principios da razão. (96)

---

(96) Posto que por *Direito Romano* não fosse válido o Testamento sem instituição de herdeiro, como se vê das *LL. 3, ff. de iis que testam. delent. L. 1, 3 §, ff. de vulg. et pupil. subst. L. 10, ff. de Jur. Codicillar.*, e outras; comtudo as nossas Leis não têm declarado que para validade de um testamento seja ella necessaria; o que está confirmado pelo uso e prática, e é adoptado pelo direito das nações mais civilisadas, como acontece em *França*, pelos arts. 895, 967 e 1002 do *Cod. Civ.* O mesmo se vê adoptado pelo *Novo Cod. dos Estados da Prussia*, nos arts. 261, 262 e seguintes da 1ª part., tit. 12, pag. 429, podendo tanto em uma como em outra nação os testadores repartir toda a sua herança em legados, instituir um ou muitos herdeiros e dispôr de parte ou de toda a heranca. Não acho razão no autor do *Manual do Tabellião*, em dizer a pag. 169, que a Instituição de herdeiro é essencial no testamento, muito mais citando a Mello, Liv. 3, tit. 5, § 29, o qual fundado em a opinião de varios autores no *Direito de Hespanha*, na L. 1, tit. 4, Liv. 5, da *Recop.*, e exemplos tirados dos nossos historiadores

No caso porém de haver em um testamento instituição de herdeiro, como succede ordinariamente, vamos a vêr a regra que devemos ter em vista sobre as pessoas que se podem instituir por herdeiros. São em regra instituíveis todos aquelles que podem succeder no direito do defunto, e receber a herança por testamento, gozando de facção de testamento passiva, não se achando prohibidos especialmente pelas nossas leis e costumes, á excepção dos quaes é totalmente livre ao testador, na falta de descendentes ou ascendentes, a quem se deve a porção legitima, preteridos os agnados, instituir quaesquer herdeiros estranhos, e dispôr de quaesquer bens livres por Testamento, ou Codicillo (97).

---

segue o contrario, e que se pôde bem dividir toda a herança em legados; e se Pegas e outros Reinicolas disserão o contrario, foi porque sem critica seguirão nesta parte o Direito Romano, que teve diferentes motivos para assim o determinar, os quaes não existem entre nós.

(97) *N. B.* que esta liberdade de testar deduzida do Direito Romano, e approvada pelas nossas leis e costumes, foi reprovada e cohibida pela lei de 9 de Setembro de 1769, principalmente nos §§ 1, 2, 3 e 4, que totalmente prohibio testar dos bens hereditarios e adventicios, ou adquiridos, salvo em favor dos agnados e parentes dentro do quarto gráo; porém este direito foi reduzido ao antigo estado pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, que suspendeu a disposição da dita Lei até á publicação do novo Codigo nos §§ 1 até o 9 inclusive, e os §§ 18, 19 e 21; e tambem os §§ 27, 28 e 29; ainda que pelo Alvará de 20 de Maio de 1796 se instaurou a Legislação dos sobreditos §§ 18, 19 e 21.

---

## CAPITULO XII.

*Que pessoas não podem ser instituidas herdeiros. (\*).*

Estabelecida a regra que podem ser instituidos herdeiros todos aquelles, que se não acharem expressamente prohibidos (98), é necessario especificar

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mello, liv. 3, tit. 5º § 34; Lobão, *a Mello*, 3º a este paragrapho; Coelho da Rocha, §§ 689 e 690; Teixeira de Freitas, *Consol.*, arts. 982 e seg.

(98) Sobre quaes fossem as pessoas que por Direito Romano podião ou não ser instituidas herdeiros, se pôde consultar *Heinec. ad Pand.*, ao tit. *de Hered. Inst.*, onde com clareza e precisão trata esta materia: bem como o *Novo Furgole, Traité des Testam.*, tom. 1, pag. 449 e seguintes; e o art. 902 do Cod. Civ. dos *Francezes*, onde se mostra igualmente quaes são as pessoas incapazes de receber liberalidades por este direito: podendo vêr-se no art. 36 e seguintes da 1ª Part., tit. 12 do *Cod. Prussiano*, o disposto a semelhante respeito; e na Lei 1ª e seguintes do tit. 3, Part. 6, e tit. 4, Lib. 5 da *Recop. de Hespanha*, o que alli se estabeleceu sobre o mesmo objecto, a que os curiosos podem recorrer, já que não servindo nesta parte de leis subsidiarias as disposições dos sobreditos Codigos, se não expõem com miudeza. E pois que para se julgar qualquer excluido ou prohibido de herdar, ou receber legados por testamento, é necessario que a lei o declare; por isso só destes trato no presente capitulo, reputando as demais pessoas capazes, de poder ser instituidas como herdeiros; devendo comtudo fazer-se differença da *incapacidade* á *indignidade*, visto que a uns tem a lei declarado incapazes de succeder, e a outros indignos; porque em regra o que é deixado ao incapaz se reputa como não

cripto e vai aos herdeiros legítimos; e o que aos indignos, pertence ao Fisco se as leis não permitem o contrario expressamente. Ord., Liv. 2, tit. 26, § 19, que concorda com o Regimento da Fazenda, cap. 137, confirmado e declarado um e outro lugar pelo Ass. de 17 de Novembro de 1791. — Em consequencia destes principios, não reputarei como incapaz de ser instituido herdeiro o filho de *coito damnado e punivel*, como considera o dignissimo autor do *Manual do Tabelião* a pag 175, fundada na opinião de Almeida e Souza, que no Trat. das Acç. Sum. § 184, seguiu a mesma opinião que já tinha seguido *Guerreiro, Pegas e* outros, adoptando cegamente o rigor do Direito Romano a semelhante respeito e pelo qual muitas vezes se tem julgado; mas com bastante difficuldade eu me vejo obrigado a expôr o meu parecer e a confessar que ha muito estou convencido que aquella não é a intenção do Legislador, e que semelhante opinião é contraria ao espirito geral das nossas leis. Eu vejo na Ord. Liv. 4º, tit. 92, § 1, a regra, — que qualquer pai, não tendo descendentes ou ascendentes, poderá dispôr de seus bens como quizer: — podendo ainda neste caso dispôr da terça de seus bens a favor de quem quizer, como é expresso no principio do mesmo titulo e tit. 82 principio: vejo mais em o tit. 90 do mesmo livro especificarem-se os casos em que o irmão pôde querellar do Testamento do irmão, e não se apontar o de elle instituir filhos de *damnado coito*: e vejo mais a Ord., Liv. 4, tit. 93, que tratando da successão desta especie de filhos, quando morrem ab-intestados, não manda recorrer ao Direito commum, como faz na falta de Lei Patria a respeito dos filhos nascidos de illegitimo, mas não damnado coito. Logo, tendo nós aquellas regras sobre a liberdade de instituir herdeiros ou deixar legados pelo Direito Portuguez, com differença do Romano, e não declarando as nossas leis os filhos adulterinos ou incestuosos como incapazes de receber liberalidades *inter vivos*, ou *causa mortis*, para que havemos de julgar a semelhante respeito pelo Direito Romano? Só pelo motivo de serem excluidos da successão ab-intestado? Não; porque tambem o filho natural não pôde succeder ao pai nobre, fallecendo este ab-intestado; e entretanto não tendo filios legítimos, da terça lhe pôde deixar legados. O Direito Romano era tão rigoroso a este respeito, que pela *Authent. Ex Complex.*, Cod. de *Incest. et injust. Nupt.*, lhes negou os alimentos do pai, dureza que foi modificada pelo Direito Canonico no capitulo *Extr. de eo qui duxit in matrimonium*, &c., pois conformando-se com o Direito da natureza que obriga a todo o pai a alimentar seus

aqui quaes são aquelles, que pelas nossas leis

filhos, a estes concedeu acção para pedir alimentos tanto ao pai como á mãe; o que tem sido adoptado entre nós, e o foi igualmente pelo art. 762 do *Cod. Civ. dos Francezes*. As *Partidas de Hespanha* em a Lei 4.<sup>a</sup>, tit. 3, Part. 6, tendo adoptado o rigor do Direito Romano, foi corrigido e modificado pela Lei 6 e 7, tit. 8, Liv. 5, e Lei 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup>, tit. 4, Liv. 5 da *Nov. Recop.* No código moderno da *Prussia*, Part. 1.<sup>a</sup>, tit. 12, arts. 1 e 36, se estabelece a regra—que o homem em caso de morte pôde dispôr á sua vontade de tudo aquillo que elle pôde alienar, e tambem deixar heranças e legados a toda a pessoa que tenha capacidade e autorisação necessaria para adquirir bens em o Estado. — Estas mesmas regras podemos nós estabelecer em conformidade das enunciações deduzidas das nossas leis, com as restricções declaradas pelo mesmo nosso Direito; porque para se declarar um Portuguez incapaz de receber liberalidades, não havemos de ir procurar as regras ao Direito das Nações estranhas, nem reputar o caso omisso; e como as nossas leis não têm declarado positivamente que os filhos de damnado coito não possam ser instituidos herdeiros por seus pais ou receber destes liberalidades, sou de opinião que o podem ser, quando os pais não tiverem herdeiros necessarios, ou tendo-os, da sua terça, deixando-lhes legados. Pelas mesmas razões expostas me não posso conformar com a opinião de *Almeida e Souza*, declarada no § 181 do seu *Trat. de Acc. summar.*, emquanto diz—que o filho espurio é incapaz de ser instituido herdeiro,—porque funda-se para isto na opinião de *Pegas e Furgole*, que adoptarão em seus escriptos o Direito Romano sem critica; sendo o ultimo autor *Francez*, nada dizendo sobre o nosso Direito, que não faz tal declaração; e o contrario estamos vendo na pratica (*p*). O mesmo direi a respeito das liberalidades deixadas pelos amasios ás suas concubinas, quando não ha herdeiros necessarios ou irmãos, que querellem do testamento do irmão por tal principio, contra a opinião do mesmo *Almeida e Souza* declarada no § 182 do citado lugar, e em uma longa dissertação que fez sobre este objecto.

(*p*) Entre nós, é ociosa essa questão; porquanto, a Lei de 11 de Agosto de 1821 declara que os filhos illegitimos, de qualquer especie, não são prohibidos pela Ord. 1. 4.<sup>o</sup> tit. 93, nem por alguma outra legislação em vigor, de serem instituidos herdeiros por seus pais em testamento, não tendo estes herdeiros necessarios.

proibirão de poder ser instituídos ; e são : — 1.º o *Religioso professo*, Ord., liv. 4, tit. 81, § 4, e Lei de 12 de Maio de 1778 (99) ; 2.º o *desnaturalizado* (\*), por isso que esta successão é de direito civil, de cujo gozo fica aquelle privado, como já se notou ; pelo contrario os degradados, ou desterrados, ou o desterro seja perpetuo, ou temporaneo, uma vez que

---

(99) Note-se, que posto pelo § 10 da Lei de 25 de Junho de 1766, se podessem deixar aos religiosos professos legados de alimentos, comtanto que fossem vitalícios e que não excedessem o valor de 50\$000 annuaes nas provincias da Extremadura e Alemtejo, e 20\$000 nas outras, reino do Algarve e Ilhas adjacentes, e 60\$000 nos domínios d'África, America e Asia ; comtudo tal disposição foi suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, que confiou ao arbitrio dos pais, testadores ou doadores, deixar-lhes os alimentos ou tenças vitalicias que em sua vida lhes quizessem determinar ; mas veja-se o Ass. de 21 de Junho de 1777, sendo, como se disse, religioso professo aquelle em quem concorrem os tres votos. O autor das *Inst. de Dir. Civ. Lus.* prova o que fica dito com a Ord. liv. 4, tit. 84, § 4 ; mas neste § não se falla em tal ; talvez seja erro de imprensa e quizesse citar o § 4 do tit. 84, que diz que o religioso não pôde fazer testamento ; porém este principio por si só não pôde provar tal opinião, porque por não ter a facção de testamento activo não se segue que não tenha a passiva tambem. É verdade que consultando a lei de 9 de Setembro de 1769, no § 10, se vê que os religiosos não podem succeder aos pais, nem pedir legados, o que mostra que até aquelle tempo era permittido aos religiosos a facção passiva de testamento, porque se não estivesse em uso não haveria esta determinação ; sendo certo que na *Collecção Philippina*

(\*) Veja a nota (n) a pag. 127 : o que nella se disse da facção testamentaria activa applica-se á passiva. A perda da qualidade de cidadão brasileiro (desnaturalisação) acarreta a dos direitos politicos ; não, porém, a dos civis, entre os quaes é o de ser instituído herdeiro.

por elle não perca o *Jus civitatis*, e os bens, *Authent. Omnes peregrini, Cod. Commun. de Success.*, Stryk. *Diss. de Jur. Peregr.*; os que são simplesmente condemnados á morte, e banidos, de que falla a Ord., liv. 5, tit. 127, § 7, podem ser instituidos herdeiros, por isso que morrem livres, e cidadãos. Thomas. *Not. ao tit. da Inst. de Capt. dimin.*, Stryk. *us. modern. ao tit. de hered.*, § 2;—3º o herege (\*), Ord., liv. 5, tit. 1 pr., e liv. 4 e 5. *Cod. de Heret.*:—4º o Apostata (\*\*), Ord. § cit. pr., e L. 3,

---

se não acha um só lugar em que se prohiba aos religiosos a facção passiva de testamento: da *Extravagante* de 12 de Maio de 1778 é que se pôde colligir que o religioso não podia succeder, pois que confirmando, declarando e ampliando os privilegios da ordem de S. João de Jerusalem, dispensa a lei de 9 de Setembro de 1769 a favor dos cavalleiros da mesma ordem para succederem *ab-intestato*, e por testamento no uso fructo de quaesquer bens que não sejam da corôa ou de vinculo, privilegio que parece firmar a regra contraria; em consequencia todos aquelles que se não acharem munidos de tal privilegio, não podem ser herdeiros.

(\*) Veja a nota (\*), pag. 124. — Pela Constituição do Imperio, não ha mais hereges: catholicos e acatholicos, eis a divisão das pessoas emquanto á religião. Os cidadãos acatholicos, soffrem algumas restricções na sua capacidade politica (das quaes tratei no meu opusculo *da Liberdade religiosa no Brasil*, 1865, em casa de E. & H. Laemmert); na capacidade civil, não, e muito principalmente no que respeita á materia testamentaria, que em nada entende com o dogma ou o culto religioso.

(\*\*) O mesmo dizemos do apostata. Quem deserta da sua religião, ou se faz catholico, ou continua a ser acatholico; em um e outro caso, conserva a capacidade civil.

Cod. de Apost. (100): — 5º os filhos, ou netos dos Réos de lesa Magestade (\*), Ord. Liv. 5, tit. 6, § 13; pelo contrario as filhas podem herdar por testamento, ou succeder *ab-intestado*, comtanto que as pessoas, a quem houverem de succeder, não sejam culpadas pelo dito crime, porque então são todos os seus bens confiscados, Ord. cit., § 14; 6º o Clerigo (\*\*), não pôde ser instituido por outro Clerigo para ter herança mais de um anno, Ord. liv. 2, tit. 18, § 7 (101); — 7º os Collegios, ou Corporações ainda licitas, ou sejam Ecclesiasticas, ou Seculares, como Igrejas, Mosteiros, Ordens Militares, Confrarias, etc., são prohibidas de receber alguma cousa por

---

(100) Ainda que a Ord. cit. do liv. 5, tit. 1, principio, não falle expressamente, comtudo como aos condemnados pelos crimes de heresia e apostasia, e igualmente aos sigillistas se manda confiscar os bens pela lei de 12 de Junho de 1769, infere-se desta disposição ou legislação, que não podem ser instituidos herdeiros quando a lei 5, e 4 Cod. de Heret. o declarão a respeito dos hereges.

(\*) Sem applicação no Brazil, onde nem ha crime de *lesa magestade* (Cod. Crim., arts. 33 e 310), nem a pena passa da pessoa do delinquente (Const., art. 179 § 20).

(\*\*) Veja a nota (\*\*), pag 129.

(101) N. B. que o clerigo rigorosamente não se pôde dizer prohibido de facção passiva de testamento, como quer o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lus.*, tit. 5 do liv. 3, § 31, por isso que pôde conservar os bens herdados um anno, e no fim, ou dentro d'elle vendê-los para não cahirem em amortização; logo não é inhibido de herdar.

testamento ; não porque não possam adir a herança, mas porque pelas Leis de amortização, promulgadas desde o principio da nossa monarchia, são privados dellas. Lei de 9 de Setembro de 1769, § 10 (102) (\*).

(102) Que houverão leis de amortização desde o principio da monarchia, se prova não só da historia, mas da legislação antiga, e por isso vemos que o Senhor D. Affonso Henriques, por um especial privilegio, dispensou ao abbade de Lorvão para poder adquirir bens por testamento. O Senhor D. Sancho I concedeu ao mosteiro de Alcobaça poder succeder nas heranças dos seus monges. O Senhor D. Affonso II prohibio a compra dos bens de raiz ás pessoas e corporações ecclesiasticas, para se não enriquecerem em prejuizo dos seus vassallos ; havendo abuso, quiz remedia-lo o Senhor D. Diniz nas côrtes de Coimbra de 24 de Março de 1291, e estendeu a disposição da lei do Senhor D. Affonso II a todo o genero de aquisições, como doações, testamentos, legados, etc., renovando estas disposições o Senhor D. Fernando nas côrtes de Lisboa de 1371, e o Senhor D. Affonso V em 1447, determinando que os bens que d'alli em diante adquirissem as comunidades fossem para a corôa: o Senhor D. Manoel estabeleceu o mesmo na Ord., liv. 2, tit. 8, o que passou para a Ord. *Filip.*, liv. 2, tit. 18. Felippe III depois disto promulgou tres leis a respeito, entre as quaes é a mais notavel a de 30 de Julho de 1611, em que se mandou que todos os bens adquiridos pelas comunidades desde o Senhor Rei D. Affonso V, os quaes de direito devião perder-se para a corôa, fossem albeados dentro de um anno, qualquer que fosse o titulo por que os tivessem. Esta lei foi sempre illudida, bem como tinham sido as outras, não obstante conceder-lhe El-rei em 1612 mais seis mezes, e em 1643 mais um anno. A lei de 25 de Junho de 1766, no § 10, que ficou em seu vigor pelo decreto de 17 de Julho de 1778, concedeu, como fica dito, legados da

(\*) O escravo, sendo instituido herdeiro, faz sua a herança, não adquire para o senhor, como acontecia pelo direito romano. — L. n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, art. 4º.

alimentos vitalícios aos filhos, irmãos, primos co-irmãos ou sobrinhos filhos de irmãos, que estiverem em comunidades seculares ou regulares, não excedendo a somma já declarada. A lei de 4 de Julho de 1763, fallando principalmente de prazos de comunidades e consolidações dos domínios uteis com os directos dos prédios, declara-as nullas por serem realmente acquisições, concedendo-lhes comtudo um anno para aforarem os que tivessem adquirido assim; o que foi confirmado pela lei de 12 de Maio de 1769. Finalmente, pela lei de 9 de Setembro de 1769, no § 10, que tambem se acha em vigor, como declara o sobredito decreto suscitando a observancia de todas as leis antigas de amortização, se determina que todos os religiosos ou religiosas, que professarem ainda naquellas comunidades, que podem possuir bens em commun, fiquem inteiramente excluidos e excluidas, não só de serem herdeiros *ab-intestado*, mas tambem das heranças e legitimas paternas ou maternas, por isso que os direitos do sangue se julgão totalmente extinctos com os votos da profissão religiosa, que os faz morrer para o mundo; revogando assim a Ord. liv. 2, tit. 18, ou outras leis e disposições que autorisão aos sobreditos as referidas successões: no § 11, declara a mesma prohibição de succederem em morgados, não só os religiosos ou religiosas, mas os sacerdotes seculares. Á vista pois desta série de legislação, é manifesto que as corporações e collegios não podem, sem licença regia, adquirir bens immoveis, seja por titulo oneroso ou lucrativo, e, por consequencia, pela legislação actual não podem ser instituidos por herdeiros. Veja-se esta materia adiante onde se expõe com mais vastidão este direito (q).

(q) Cap. 42, § 10, e nota 146.

## CAPITULO XIII.

*Que pessoas se devem instituir, ou desherdar, expressamente (\*).*

Quando tratámos das solemnidades internas do testamento, vimos que a ellas pertencia a instituição, ou desherdação, expressa nos testamentos dos pais para com os filhos; e por isso diremos que devem ser instituidos, ou desherdados, expressamente: —1º os filhos (103) existentes, ou por nascer; isto

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Ord. L. 4, tit. 82; Ass. n. 279 de 20 de Julho de 1780; Mello Freire, *Hist.*, § 126; *Inst.*, l. 2 tit. 6, § 3; l. 3º, tit. 5º, §§ 29 a 32, e 33 a 45; Lobão, *Emph.*, 4, 157; *Fasc.*, 3º § 13; *Diss. Summ.*, pag. 184; Coelho da Rocha, §§ 354 a 356.

(103) Debaixo da palavra—filhos—neste lugar se comprehendem os filhos, netos e netas, nascidas ou por nascer, seus ou emancipados, os quaes todos de qualquer idade, ordem, gráo, ou sexo que sejão, devem ser instituidos ou desherdados nomeadamente, tanto pelo pai, como pela mãe, de maneira que, sendo preteridos ou desherdados sem se declarar a causa, ou com injuria, se torna nullo o testamento, valendo comtudo os legados que couberem na terça parte dos bens do pai testador (r). Or. l., liv. 4, tit. 82, §§ 1 e 4, que dispõe quasi o mesmo que ordenou Justiniano na lei ultima, *Cod. de Liber. Preter.* § 5, da *Inst. de Exher. Liber. Auth. ex caus.* *Cod. de Liber. preter.*, Nov. 115, cap. 3.

(\*) Ass. n. 279 de 20 de Julho de 1780, confirmando o principio n'uma hy. othese da L. de 9 de Setembro de 1769.

é, se ao tempo em que o pai, ou a mãe, fizerão testamento não tinham filho legitimo, e depois lhes sobreveio ou o tinham, e não erão disso sabedores, e é vivo ao tempo da morte do pai, ou mãe; pois sendo preteridos rompem, e annullão o testamento (\*) tanto pelo que pertence á instituição d'elle, como dos legados, que nelle erão deixados, segundo declara a Ord., liv. 4, tit. 82, § 5 (104), porque se presume que o testador não imaginava que teria filhos, caso em que não disporia desta maneira, mas os instituiria *in totum*; o que não succede a respeito dos filhos, que já estão nascidos, dos quaes não fazendo menção os pais, sabendo aliás que os têm e dispondo

---

(\*) Mello Freire, l. 3, tit. 5, § 48.

(104) Tambem é nullo o testamento tanto pelo que pertence á instituição, como aos legados, quando o pai ou mãe preterio o filho já nascido, não o instituindo herdeiro por julga-lo morto, como declara a Ord. cit., § 3.—E note-se sobre os filhos posthumos, que quando os pais de familia tiverem conhecimento ou desconfiança de que ainda depois da sua morte hão de ter filhos, os devem instituir, se quizerem que o testamento valha, ou então declarar que ainda que tenham filhos depois da sua morte dispõem da sua terça, deste ou daquelle modo; pois não se annulla o testamento emquanto aos legados, por isso que a Ord., § 5, falla do caso em que o testador não era sabedor e ignorava se teria o posthumo, não fazendo por tal motivo menção d'elle; e se a Ord. não figura o caso de quando o desherdasse sem causa, é porque parece que não se poderia dar o em que o filho fosse ingrato a seu pai antes de nascer, porque aliás disporia do mesmo modo que a respeito dos já nascidos, pois a todos estes se deve a porção legitima.

sómente da terça, se não invalida semelhante testamento, como declara a Ord. cit. pr. (105).—2º, os pais, ou outros ascendentes devem igualmente ser instituídos ou desherdados nomeadamente, Ord. L.

---

(105) *N. B.* que desta Ord. cit., tit. 82 principio, se vê que ainda que os filhos devão ser instituídos ou desherdados nomeadamente, contudo não é necessario que esta instituição seja expressa a respeito da porção legitima que lhes é devida; e por isso quando os pais dispõem sómente da terça e não fallão na legitima, se julgão os filhos instituídos nella: se, porém, dispôz de todos os seus bens, sem fazer menção dos filhos, ou os desherdou sem declarar a causa de desherdação, é nullo o testamento, sómente quanto á instituição de herdeiro; e note-se finalmente que os filhos, pelo que pertence á porção legitima que lhes é devida por todo o direito, devem ser instituídos puramente, e sendo-o debaixo de alguma condição (ainda que potestativa, isto é, que esteja no seu poder e vontade cumpri-la, porque sempre traz gravame, não recebendo a legitima enquanto se não cumpre a condição), se reputa por não escripta; por isso que a legitima não pôde ser gravada de algum modo, lei 32, cod. *de inoffic. Testam.*; porém aquillo que o pai deixar ao filho, além da legitima, com a terça, ou parte della, pôde fazer a um estranho na fórma da Ord., liv. 4, tit. 82 principio, e 92 principio, lh'o pôde deixar onerado com qualquer condição das que se podem pôr aos estranhos, Stryk *us. mod.* ao tit. do Dig. *de Cond. Inst.*, § 3; por isso que neste caso não está o pai obrigado a instituir os filhos: legislação esta que se vê recebida pelos antigos costumes, sendo o Senhor D. Alfonso V, o primeiro que a reduziu a escripto e firmou com a lei que se acha na sua Ord., liv. 4, tit. 97, e que depois passou para as mais compilações; porém a lei de 9 de Setembro de 1769, no § 2º, fez distincção de ser a terça dos bens herdados ou adquiridos, determinando que sendo daquelles, devia deixa-la a um dos filhos ou descendentes que tivesse de succeder-lhe *ab-intestato*; se fossem porém destes, então podia dispôr della a favor de pessoas estranhas; porém este § ou a sua disposição acha-se suspensa pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

4, tit. 82, § 4 (106). Estas as pessoas que as nossas leis querem que se instituão herdeiros nomeadamente, ou se desherdem com expressão de causa; e por isso vamos a vêr as causas por que se podem desherdar os filhos, pais e irmãos (107).

(106) Esta doutrina, que é expressa na Ord. cit., é conforme ao Direito Romano, dispondo que o mesmo direito que têm os filhos e netos á porção legítima, compete aos ascendentes, quando não ha descendentes; devendo aqui entender-se por ascendentes não só o pai e mãe, mas avô e avó, e por isso, sendo preteridos ou desherdados injustamente, ou sem declaração de causa, rompe-se o testamento e se torna nullo, Ord. cit., § 4 verso. *E isso mesmo*; o que tem applicação a respeito dos pais e mais ascendentes, e não dos irmãos, porque ácerca destes temos a Ord., Liv. 4, tit. 91, § 1, que diz que onde houver ascendentes não herdará o irmão; e só no tit. 90, § 1, se concede ao irmão poder fazer revogar o Testamento do irmão, sendo preferido por pessoa torpe, vil e de más costumes, entretanto que no principio da Ord. cit. se estabelece que o irmão pôde desherdar seu irmão sem declarar a causa por que o desherda, e que se entende desherdado não fazendo menção d'elle no Testamento.

(107) O que dispôz o Direito Romano sobre esta materia pôde vêr-se na *L. 28, tit. 2, ff. de Liber. et Posthum. Inst. vel. Exher.*, e no *Cod., L. 6, tit. 28, de Liber. preter. vel exher.*, e *tit. 29. Posthum. hered. inst. vel exhered.*, bem como na *Inst., Liv. 2, tit. 13, e Nov. 115. Cap. 3 e 4.*—O que se acha adoptado pelo *Direito Francez*, veja-se nos arts. 913, 914, e 920 e seguintes do *Cod. Civ.*, segundo o qual não é necessario, para a validade dos testamentos, que os filhos sejam instituidos expressamente, por isso que não podem ser privados pelo testador dos direitos que a Lei lhes tem assignado; eis por que, pelo Direito moderno, a desherdação não é permittida em *França*, como pelo antigo; e ainda que o *Cod. Civ.* fosse mudo a tal respeito, como ella tinha sido abrogada pelo modo o mais positivo pelas Leis de 5 Brumaire e 17 Nivose, assim se tem julgado, como testifica Desquiron, *Traité des*

*Testam.*, tom. 2, pag. 97, onde trata largamente da materia. — O *Direito de Hespanha* quasi adoptou nesta parte o Direito Romano, podendo os pais desherdar seus filhos pelas causas que aponta *D. Vicente Viscaín. Perez*, tom. 1, tit. 30, citando as *Leis das Part.*, tit. 7, Part. 8, e tit. 4 do Liv. 5 da *Recopil.* — e o mesmo é admittido e seguido pelo Direito de *Sardenha*, como se póde vêr no Liv. 5, tit. 1, art. 22 e seg. do seu Código, e tit. 3 do mesmo Liv. — No *Código da Prussia* achamos disposições a este respeito muito differentes, e por isso quem quizer vêr a ordem de Successão allí observada e Direitos reciprocos dos Pais para com os Filhos, veja a 2.ª P., tit. 2; e o que se observa em *Inglaterra*, veja-se *Blackstone*, T. 3, Cap. 14, parte do que se notará quando tratarmos da ordem da Successão; e advirta-se que pelo *Direito novo de França* o Testador não póde dispôr senão da ametade dos seus bens, se deixar um Filho legitimo: de um 3.º se dous, e de um 4.º se tres ou mais Filhos: Art. 913 do Cod. Civ.; e o mesmo a respeito dos outros descendentes que representam os filhos; e se deixa só ascendentes, póde dispôr da ametade dos bens; e se nem ascendentes nem descendentes, póde dispôr de todos: Art. 914, 915 e 916.

## CAPITULO XIV.

*Causas por que podem os pais desherdar os filhos. (\*)*

Como os pais não podem desherdar seus filhos a seu arbitrio, mas sómente tendo alguma das causas que aponta a Ord., liv. 4, tit. 88, sendo necessario declarar a causa legitima por que os desherda, na fórma da Ord. liv. 4, tit. 82, § 1, devemos aqui enumera-las, e são as seguintes: — 1.<sup>a</sup>, a injuria real feita pelo filho contra seu pai, Ord. liv. 4, tit. 88, § 4; — 2.<sup>a</sup>, a injuria verbal feita ao mesmo, principalmente em lugar publico, ficando comtudo ao arbitrio do julgador se as palavras forão leves ou graves, Ord. cit. § 5; — 3.<sup>a</sup>, a accusação criminal feita pelo filho contra seu pai, não sendo de crime perpetrado contra o Estado, Ord. cit. § 6 (108); — 4.<sup>a</sup>, a familiaridade com os feiticeiros, ou uso que os filhos possão fazer de feiticeiria, Ord. cit.

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Ord. liv. 4, tit. 88; Ass. n. 251 de 20 de Julho de 1780; Mello Freire, l. 3, tit. 5, § 43; Lobão, *a Mello*, tom. 3<sup>o</sup>, pag. 316 e seg. (liv. 3, tit. 5, § 43, ns. 1 a 19); *Acc. Summ.*, desde o § 185; Coelho da Rocha, §§ 355 e 356.

(108) *N. B.* que esta excepção, que não é notada pelo autor das *Inst. de Dir. Civ. Lus.*, no § 43 do tit. 5, Liv. 3, faz que o filho

§ 7 (109); — 5.<sup>a</sup>, a traição armada á vida de seu pai, e isto por qualquer modo que attentarem contra a sua vida, ainda mesmo quando, fazendo-o, não houver effeito, Ord. cit. §§ 8 e 9; — 6.<sup>a</sup>, o incesto com a madrasta ou concubina do pai, ou padrasto, ou barregão da mãe, Ord. cit. § 10 (110); — 7.<sup>a</sup>, a delação ou informação famosa á justiça a respeito do pai, quando desta denuncia lhe resultar algum prejuizo, seja contra a sua vida, seja contra a sua honra ou bens, Ord. cit., § 11 (\*); — 8.<sup>a</sup>,

possa accusar seu pai impunemente, por se tratar de um bem muito maior, que é a conservação da patria; e por isso não querem as leis que o filho soffra algum prejuizo em consequencia desta accusação, antes o procurão premiar, e por isso vemos na Ord. cit. a sobredita excepção.

(109) Note-se que em nossos tempos com difficuldade se poderá isto admitir, por ser olhada como imaginaria sua existencia, e de algum modo repugnante. (s)

(110) Se olharmos para as palavras da Ord. cit. § 10, parece que não basta que seja com a simples concubina, mas que a tenha o pai em casa teida e manteuida, devendo-se dizer o mesmo do barregão da mãe, para o que faz tambem o disposto no Alv. de 26 de Setembro de 1769, que prohibio tirar-se devassa do concubinato simples, permitindo-a sómente dos concubinatos com concubinas teidas e manteuidas com publico e geral escandalo, porque do contrario se seguirião as mesmas perniciosas consequencias que o alvará quiz acautelar.

(\*) Annotando esta especie, o Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça cita o Cod. do Proc. Crim. art. 75, § 1.<sup>o</sup>, dizendo que não são admissiveis denuncias dos filhos contra os pais e vice-versa; e o

(s) Não é sómente *difficil*, é impossivel que o bom-senso admitta semelhantes tolices, que não são apenas repugnantes, são absolutamente repellidos p. la razão.

se o filho varão não deu fiança pelo pai ou mãe, estando presos por dividas, sendo para isso requerido, Ord. cit., § 12 (111); — 9.<sup>a</sup>, se o filho tolheu seu pai ou sua mãe de fazerem seu testamento á

art. 89 que exclue o filho de ser testemunha contra o pai em causa crime. Seria por méro gosto de fazer *notas remissivas*, ainda sem relação immediata com o ponto questionado; ou quiz o illustre annotador excluir dentre as legítimas de desherdação a causa sujeita?

Admittindo que o Cod. do Proc. no art. 75, § 1.<sup>o</sup> exclua a denuncia do filho contra o pai (opinião que me parece mais razoavel), a Ord. Liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 88, § 11, deve ser entendida de accôrdo com o principio cardeal da desherdação dos filhos, o qual deriva da necessidade de manter illesa a autoridade paterna, por força da lei natural e por amor da familia, por bem do Estado. Não é preciso, pois, para se verificar o caso dessa Ord., que seja admittida em juizo uma denuncia revestida das formalidades legaes; basta que o filho denuncie o pai á justiça, seja o noticiador do crime de seu pai, seja por elle voluntariamente que o promotor publico ou alguém do povo use do direito de accusação nos casos consagrados pelo direito do processo criminal.

Levanta-se, porém, mais séria a questão perante o art. 89 do Cod. do Proc. Crim., segundo o qual não pôde o filho depôr como *testemunha* contra o pai, mas pôde depôr como *informante*, e á sua informação dará o juiz o credito que entender conforme as circumstancias. Se dessa informação resultar damno á pessoa ou á fazenda do pai, verifica-se o caso da Ord. ? Creio que não: 1.<sup>o</sup>, porque a Ord. parece referir-se á informação *dada* espontaneamente, e não a que qualquer é obrigado, *ex vi legis*, a prestar em juizo; 2.<sup>o</sup>, porque seria iniquo e immoral collocar o filho na alternativa ou de faltar á verdade, ou de incorrer na pena de desherdação; 3.<sup>o</sup>, porque a Ord. se refere expressamente á *informação famosa*, aquella que tende a infamar a pessoa accusada, sentido em que, desde o direito romano, é tomado ainda hoje a expressão no uso forense.

(111) Este caso, depois da providente Lei de 20 de Junho de 1774,

sua vontade, em cujo caso, morrendo o pai nesse meio tempo sem testamento, fica o filho ou filha excluído da herança por esse facto; e, não morrendo logo, o poderá desherdar, Ord. cit. § 13 (112); — 10.<sup>a</sup>, não tendo cuidado no pai desasisado, Ord. cit. §§ 14 e 15 (113); — 11.<sup>a</sup>, se o filho ou filha

raras vezes se poderá verificar, porque, segundo o seu § 19, e declaração feita pelo Ass. de 18 de Agosto de 1774, não tem lugar a prisão por dividas civeis, salvo pelas fiscaes nos devedores d'olosos, que a sobredita lei não quiz com razão favorecer. (t)

(112) Note-se o que a este respeito diz a Ord. liv. 4, tit. 84, § 2, a qual declara que, quando os herdeiros instituídos impedirem o testador de revogar o testamento que já tiver feito, não valha elle a herança se applique á Corôa, como deixada a pessoas indignas (u).

(113) O § 14 da Ord. cit. figura o caso em que o pai ou mãe perdeu o siso, ou juizo natural, e o filho, ou outro que lhe devesse succeder *ab-intestado*, foi negligente em o curar e assistir; no qual póde ser desherdado livremente, tornando o pai assim doente ao seu juizo natural, e ficar privado da herança, se morreu no estado de imperfeição de juizo, por se presumir que, se fizesse testamento, o não instituiria, pela ingratição que com elle tinha praticado; e o § 15 fórma outra especie, e é que, quando alguma pessoa estando desasisada não fór bem tratada e assistida por aquelles que lhe devião succeder por testamento ou *ab-intestado*, havendo um estranho que lhes requeresse o bom tratamento, e os requeridos o não fizessem, praticando aquelle este acto de humanidade, lhe succederá na herança, e os herdeiros instituídos, ou que deverião succeder-lhe *ab-intestado*, serão excluídos della.

(t) O noviss. *Regim. das Custas Judic.*, art. ult., aboliu a prisão por custas Está, pois, revogado o art. 10 da Dispos. Provis.

(u) *Se applique á corôa, scilicet* tratando-se de herdeiro instituído, em falta de quem legitimamente succeda ao testador, como se deduz do pr. desta Ord. liv. 4, tit. 84, e da não existencia entre nós da pena de confisco, por força da qual passavão para a Corôa os bens dos indignos.

forem negligentes em remir seu pai ou mãe, estando captivos, e podendo-o fazer, porque então são excluidos da herança, morrendo os pais no captiveiro por culpa dos filhos negligentes e desherdados, chegando ao estado de poderem testar, Ord. cit. § 16 (\*); — 12.<sup>a</sup>, também poderá o pai ou mãe, que forem catholicos christãos, desherdar seus filhos hereges, ou que se desviarem do que ensina e crê

Assim, pois, sendo muitos os herdeiros instituidos, e dando-se o caso com um só delles, a sua quota hereditaria, em sendo infligida a pena, se reparte pelos outros como se aquelle herdeiro não existira. — Outro exemplo: Sendo um só o instituido, mas havendo quem *ab-intestato* succeda, a este toca a herança como se a instituição não fôra feita. — Vide Coelho da Rocha, § 344, not.

A hypothese do pr. daquela Ord. tit. 84, é a do herdeiro ab-intestado que impede a factura do testamento. E também havido por indigno (incapaz), e perde a herança. — Vide o tit. 88, § 13 da Ord. deste livro, e Lobão a Mello, tom. 3, pag. 329 (tit. 5., § 43, n. 16); *Acc. Summ.* §§ 200 e segg.

(\*) Os prisioneiros de guerra, sem excepção, e hem assim as pessoas que se dão ou tomão em refens, não cahem hoje na escravidão; são porém detidos no captiveiro até serem entregues, trocados ou remidos. Hein. 1, § 139. — Mello 2.<sup>o</sup> tit. 1, § 6, 7 — Vat. 3.<sup>o</sup> Cap. 8, §§ 152, 217 e seguintes. — Os refens não são escravos, mas ficão como penhor em poder do soberano a quem se derão, até se cumprir o que se prometteu. Vat. 2.<sup>o</sup> § 245 e seguintes. — Deve pois qualquer pessoa resgatar ao seu ascendente captivo, e sendo nisso negligente, se este fallecer no captiveiro, fica excluido da sua herança, e se o captivo chegar a obter a liberdade o pôde desherdar, conforme a Ord. cit., Liv. 4, tit. 88, §§ 16 e 18, e tit. 89, §§ 6, 8. — Repert. 1.<sup>o</sup>, verb. *Captivo*, pag. 392. O filho maior de 18 annos pôde contratar e mesmo alienar os bens do pai captivo, para o resgate, segundo a opinião no Repert. 2.<sup>o</sup>, pag. 512. — Guerr. Pinh., ib. etc. 3.<sup>o</sup> 687, verb. *Negligente*. (Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.)

a Santa Madre Igreja, Ord. cit. § 17 (\*); — 13.<sup>a</sup>, se a filha ainda menor se fizer meretriz publica ou concubina (\*\*), tambem póde ser desherdada, Ord. cit. § 1 (114); — 14.<sup>a</sup>, e do mesmo modo se a filha se casar sem consentimento dos pais, ou com

(\*) Está revogada esta Ord. pela Constit. Pol., arts. 5.<sup>o</sup> e 179 § 5.<sup>o</sup>, que estabelecêrão a tolerancia religiosa. Assim tambem pensão os illustres annotadores de Gouvêa Pinto, Srs. Conselheiros Furtado e Serqueira.

(\*\*) *Concubina*, entenda-se *vivendo em concubinato publico*, como opina Mello Freire, justificando brilhante e solidamente a sua intelligencia, na *Inst. Jur. Crim.*, tit. 10, § 10, nota. Segue-o Coelho da Rocha, § 355, nota, fundando-se na Nov. 115, cap. 3.<sup>o</sup>, fonte das Ord. liv. 4.<sup>o</sup>; tit. 88 e 89, no especialista Pinheiro e nos Codigos d.<sup>a</sup> Sardenha, da Austria e da Prussia.

Vide no mesmo Coelho da Rocha, *ibid.*, a seguinte interessante questão:—Se, ficando a filha que se deixou corromper, ou casou sem licença, desherdada *ipso facto*, na fórma da Ord. liv. 4, tit. 88, § 1.<sup>o</sup>; não a tendo, porém, o pai desherdado expressamente, podem os irmãos ou outros parentes, depois da morte deste, fazer impôr a pena. — Decide pela negativa, e com boas razões.

(114) Note-se que a lei de 19 de Junho de 1775, § 4, veio de certo modo corroborar o disposto nesta Ord. § 1, emquanto determina que as filhas-familias que estiverem debaixo de tutela ou curadoria de seus pais e parentes, se se deixarem corromper, além de ficarem inhabéis para delles herdarem ou haver delles alimentos, ficão pelo mesmo facto desnaturalizadas das familias; sobre esta lei veja-se o Ass. 4, de 20 de Julho de 1780, que declara quando o pai póde pedir em vida a desherdação de sua filha.

ignorancia delles, Ord. cit. § 1, 2 e 3 (115). Estas as causas justas por que os pais podem desherdar

(115) A filha menor de 25 annos que casava contra a vontade dos pais, ou ignorando-o estes, era desherdada por uma lei do Senhor D. Diniz, de 1339, e por este direito nem o pai, ainda que quizesse, a podia fazer herdeira: porém esta lei foi declarada pelo Senhor D. Afonso V, na sua Ord. liv. 4, tit. 99, permitindo ao pai instituir sua filha herdeira, não havendo outras filhas; mas, existindo, por consentimento dellas. Pela Ord. do Senhor D. Manoel, liv. 2, tit. 72, § 2, se estabeleceu outra excepção á Lei do Senhor D. Diniz, não se julgando desherdada a filha que casou dignamente, admittendo-se á successão com os outros filhos, não lhe podendo tirar o pai toda a porção legitima, mas sómente a metade, o que passou depois para a Ord. actual, tit. 88, § 3, onde se faz uma declaração do estabelecido no § 1, dizendo: *Que se alguma filha antes de ter 25 annos dormir com algum homem, ou se casar sem mandado de seu pai, ou de sua mãe não tendo pai, por esse mesmo feito será desherdada... posto que não seja por elles desherdada expressamente*; disposição que se acha corroborada e declarada pelos §§ 4 e 5 da Lei de 19 de Junho de 1785, 29 de Novembro do mesmo anno e 13 de Novembro de 1651, privando da herança a todos os filhos que casarem clandestinamente e sem consentimento dos pais, na fórma declarada nas sobreditas leis; no § 3, porém, da Ord. cit. se exceptua o caso de ter casado com um homem digno, podendo então os pais, se quizerem, desherdar-la sómente da metade da legitima que lhe pertencia pela morte de cada um delles, e não a desherdando succede como se casasse por consentimento dos pais, e isto, haja ou não mais filhos ou netos; tendo-se já declarado no § 2 da Ord. cit. que, no caso de haver-se deshonestado a filha ou casado contra a vontade dos pais, se ao tempo da morte destes houver outros filhos legitimos, não poderão instituir aquella filha por herdeira contra a vontade destes filhos, excepto se os não houver, ou netos, porque então a poderão instituir os pais, por ter sido feita a injuria sómente a estes (u).

(u) Aos juizes dos orphãos pertence supprir o consentimento dos pais para casamento, segundo a Lei de 29 de Novembro de 1775, §§ 4 e 5; Lei de 6 de Outubro de 1784, §§ 4 e 6; Lei de 22 de Setembro de 1828,

seus filhos (116); segue-se vemos as causas por que o filho poderá desherdar seu pai e o irmão a seu irmão.

---

art. 2, § 4; Reg. n.º 143 de 15 de Março de 1842, art. 5, § 5. — Da licença concedida para casamento, supprido o consentimento dos pais, ha agravo de petição para a Relação: Lei de 29 de Novembro de 1775, § 4; Ass. n.º 284 de 10 de Junho de 1777; Lei n.º 261 de 3 de Dezembro de 1841, arts. 120 e 121; Reg. n.º 143 de 15 de Março de 1842, arts. 8, § 2 e 15, § 12; Regul. n.º 5467 de 12 de Novembro de 1873. O ecclesiastico que receber em matrimonio contrahentes que se não mostrem habilitados na conformidade das leis é punido, e bem assim os que contrahirem matrimonio clandestino. Cod. Crim., arts. 247 e 248. — Não é da competencia do parochio conhecer das vantagens ou desvantagens dos casamentos dos orphãos, aos quaes não podem proceder sem prévia licença do respectivo juiz. Vide os Avisos de 18 de Julho de 1846 e 13 de Novembro de 1858, e a Resolução de Cons. de 25 de Novembro de 1857. — Nos tribunaes superiores tem vindo em duvida se nas *habilitações legaes* exigidas pelo art. 247 do Cod. Crim. se comprehende a licença do juiz dos orphãos para o casamento destes; mas, ultimamente, parece ser doutrina assentada na Relação da Corte que sim: e nesta conformidade têm sido responsabilizados alguns parochos mais desabusados, que, empregados civis e vivendo do salario pago pelo poder civil, querem subtrahir-se á acção das leis civis. Vide o *Cod. Cr. annotado* pelo Sr. Dr. Baptista Pereira, not. ao art. 247, e os Avisos de 20 de Outubro de 1859 e 23 de Março de 1868. — Já vimos que o casar-se filha menor sem consentimento do pai é causa de desherdação; salvo o supprimento judicial: é a instituição do patrio poder em acção, como um dos mais firmes sustentaculos da sociedade civil.

(116) Se além destas causas por que podem os pais desherdar os filhos, e que são expressas em as nossas leis, ha outras, é questão que não decidem do mesmo modo os interpretes: o certo é que por direito romano havia outras, e que as que vemos na Ord. cit. forão deduzidas da *Nov.* 115, cap. 3; porém como a Ord. não aponta mais, é porque não quiz admitir as outras, e portanto diremos que não podem ter uso (v).

(v) Coelho da Rocha, § 353 *in fine*: — « Por nenhuma das causas tem lugar a desherdação, ainda que pareçam analogas. *Cod. da Prussia*, art. 410. »

## CAPITULO XV.

*Causas por que os filhos podem desherdar seus pais. (\*)*

Podem os pais ser desherdados pelos filhos, pelas sete causas que aponta a Ord., liv. 4, tit. 89, sendo quasi as mesmas por que os pais podem desherdar os filhos; e são as seguintes: — 1.<sup>a</sup>, se o pai ou mãe armasse traições á vida do filho, tratando por si, ou por outra pessoa, de procurar-lhe a morte, Ord. cit., § 1.<sup>o</sup>; — 2.<sup>a</sup>, se o pai tiver ajuntamento carnal com a mulher de seu filho, ou com sua barregã, que tenha ou tivesse teúda e manteúda, Ord. cit., § 2.<sup>o</sup> (117); — 3.<sup>a</sup>, se o pai ou

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Ord. liv. 4, tit. 89; Mello Freire, liv. 3, tit. 5, § 44; Lobão, *a Mello*, tom. 3, h. tit. § 43; Coelho da Rocha, § 356; Corrêa Telles, *Dig.*, 3.<sup>o</sup>, nn. 1581 e segs.

(117) A nossa Ord., no lugar cit., não se limita só ao caso em que o pai teve cópula carnal com a nora ou barregã do filho, mas autorisa o filho a desherdar a mãe, quando esta commetteu incesto com o marido ou barregã da filha; mas isso se deve entender quando o filho sabia que era madrasta sua ou concubina do pai, e o mesmo se deve dizer na sexta causa por que o pai póde desherdar o filho, como se notou já.

mãe impedio ao filho fazer testamento, Ord. cit., § 3º; — 4.ª, se o pai der veneno á mãe do filho, ou esta ao pai, Ord. cit., § 4º (118); — 5.ª, se o filho ou filha perdesse o entendimento natural, e o pai ou mãe não o quizessem curar ou tratar d'elle, Ord. cit., § 5º (119); — 6.ª, se o filho ou filha, estando captivos, não forão remidos pelos pais, podendo-o fazer, Ord. cit., § 6º; — 7.ª, se o filho ou filha fossem catholicos christãos e os pais hereges, Ord. cit., § 7º (\*).

---

(118) Note-se que este caso é differente do § 1º, e verifica-se, não quando o pai deu veneno ao filho, mas quando o deu á sua mulher mãe do filho, ou esta a seu marido, ou attentou de outro modo contra a vida do mesmo; porque nestes casos poderá o filho desherdar o pai que assim se portou.

(119) Deve-se aqui dizer o mesmo que se notou á causa 10ª por que o pai póde desherdar o filho.

(\*) Revogada esta Ord. pelos arts. 5º e 79, § 5º da Const. Polit. do Imperio, a qual, prescrevendo a tolerancia religiosa, supprimio o motivo da lei civil.

## CAPITULO XVI.

*Causas por que o irmão pôde desherdar o irmão. (\*)*

Posto que seja permittido geralmente ao irmão desherdar seu irmão, sem declarar a causa por que o faz e se entenda ser desherdado ainda quando delle não faça menção no testamento, não podendo ou não tendo direito o irmão desherdado para contradizer e fazer revogar o testamento em que assim fôr desherdado, como é expresso na Ord., liv. 4, tit. 90 pr., comtudo esta regra tem excepção quando o irmão instituir uma pessoa infame, com infamia de direito ou facto, como se fosse reputado entre os bons por vil e torpe e de máos costumes, por ser bebado, taful (\*\*), ou de outra semelhante torpeza (\*\*\*), porque então poderá o

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA :— Ord. liv. 4, tit. 90 ; Mello Freire, liv. 3, tit. 5, § 44 ; Corrêa Telles, *Doutr.*, § 128 e suas notas.

(\*\*) Jogador por officio ou habito se diz taful.—Ter casa publica de tabolagem para jogos que forem prohibidos pelas posturas das camaras municipaes é crime. Cod. Crim., art. 281 (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.*)

(\*\*\*) Vide Corrêa Telles, *Doutr.*, nota 261, sobre a torpeza.

irmão intentar a querêla *inofficiosi* (\*) contra o testamento do irmão, se aquelle que foi desherdado não fôr também vil e torpe, como o instituido, segundo declara a Ord. cit., § 1º, ou se tiver o desherdado sido ingrato para com seu irmão, porque então, ainda que seja instituida pessoa vil e torpe, não poderá contradizer tal testamento, contanto que a ingratitude seja commettida por qualquer uma destas causas:—se ordenou por alguma maneira a morte ao irmão,—ou dormio com sua mulher,—ou lhe fez alguma accusação crime(\*\*),—ou lhe procurou perda da maior parte dos bens, ou de todos, Ord. cit., § 2º. (120)

---

(\*) Mello Freire, liv. 3º, tit. 5º, § 52 dá como fundamento da querela *inofficiosi* a presumpção de que o testador *non sanæ mentis fuerit*. Liz Teixeira critica esta opinião como «causa de pura imaginação, que não tem realidade e que offende a coherencia do direito; porque o demente não testa; e se o faz, o testamento é nullo, sujeito como tal á impugnação pelo vicio ou falta de faculdade do testador, sem que nisso se intrometta o merito ou demerito tanto do preterido como do instituido, etc.». A querela *inofficiosi* é na realidade uma querela *injuriæ*; e ahí está o fundamento da nullidade da instituição, por amor da familia, cujos vinculos devem ser respeitados.

(\*\*) Denuncias criminaes se não admittem de irmão contra irmão: Cod. do Proc. Crim., art. 75, § 1º: mas se do irmão partir a delação á justiça, verifica-se o caso da desherdação, como vimos na nota pag. 152. (\*)

(120) Veja-se a nota no fim do cap. 13, e advirta-se que as mais causas da desherdação inventadas pelos DD. não podem ter lugar entre nós, visto que a interpretação extensiva não tem lugar nas leis penaes (w).

(w) Nota 116 *supra* e sua subnota (v).

## CAPITULO XVII.

*Por quem deve ser provada a desherdação. (\*)*

Tendo-se exposto as causas por que podem ser desherdados tanto os filhos como os pais e irmãos, é necessario vêr por quem deve ser provada a causa legitima da desherdação. A Ord., liv. 4, tit. 82, § 2, o declara a respeito do pai para com o filho, dizendo que o pai deve declarar no testamento a causa por que desherda seu filho, e o herdeiro escripto é quem deve provar ser verdadeira a causa e razão por que o filho foi desherdado, como no testamento foi expressa e declarada, e que é legitima, expressa e sufficiente para o filho por ella poder ser desherdado (121). Isto que se diz a respeito dos

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Ord. liv. 4, tit. 82, § 2 ; Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º, § 45; Corrêa Telles, *Doutr.*, §§ 128 a 134.

(121) Já se notou que, quando o pai não desherdou o filho expressamente, instituindo outro herdeiro em seu lugar, o testamento fica nullo na fórma da Ord. cit., tit. 82, § 1, e então neste caso, note-se agora que, ainda que o herdeiro instituido queira allegar ou provar alguma causa legitima, uma vez que não seja expressa pelo testador, não vale, nem será admittido a prova-la; declarando porém o testador a causa, pertence ao herdeiro instituido prova-la, como é expresso

pais é transcendente aos filhos; porém pelo que pertence aos irmãos, como não é necessario que um irmão declare a causa por que desherda outro, segundo é expresso na Ord. cit., tit. 90, pr., pôde-o desherdar ainda sem fazer menção d'elle, excepto se a elle preferir pessoa torpe, caso em que pôde querelar do testamento do irmão nos termos expressos na Ord. cit., §§ 1 e 2. (122).

---

na Ord. cit., § 2; mas, emquanto se entra neste exame, o filho é quem deve estar na posse dos bens, porque sempre se presume sem culpa, e dever-se-lhe por consequencia a legitima. Todavia pôde-se figurar um caso em que o filho fique privado da herança e sua posse, e é quando foi citado a requerimento do pai para provar sua ingratição, porque provando-a o pai, o herdeiro instituido, pela morte do testador, entra logo na posse da herança, sem ser necessario provar (x).

(122) A Ord. cit., § 1 e 2, dispõe a respeito da prova desta desherdação, que o *Irmão poderá contradizer o testamento do Irmão em que fór desherdado*; o que equivale a dizer que poderá o irmão desherdado offerecer um libello em Juízo para este fim, o qual não pôde ter outro objecto mais que a infamia do instituido; porém este tem tres maneiras para o contrariar: 1.ª, que não tem a infamia allegada; 2.ª, que esse irmão é igualmente infame, e por isso excluido pela Ord. cit.; 3.ª, que, posto elle seja infame, comtudo o irmão desherdado commetteu algumas das causas de ingratição que aponta a Ord. cit. no § 2, á vista do qual deve ser desherdado; donde temos que a um e outro pertence provar a final o que puder, conforme as razões que se offerecerem, fundadas no que dispõe a nossa Ord. nos §§ cit. que devem regular esta materia.

(x) O Ass. n.º 281 de 20 de Julho de 1780 declarou que o pai podiá em vida requerer a desherdação de sua filha, ainda que o julgado sómente tivesse effeito, morto o mesmo pai.

## CAPITULO XVIII.

*Em que tempo se requer a capacidade  
no herdeiro. (\*)*

Sendo certo que os herdeiros, que hoje estão habéis para adir a herança, amanhã podem não o estar por algum motivo superveniente, e pelo contrario, os que hoje não são capazes o podem ser amanhã, é preciso vermos o tempo em que se requer a facção de testamento passiva no herdeiro, isto é, quando estão habéis para adquirir o que se lhes deixa em testamento, por isso mesmo que não podem ser instituidos herdeiros senão aquelles que tiverem facção de testamento passiva; em consequencia do que, diremos que a capacidade nos herdeiros não só se requer ao tempo em que lhes é deferida a herança (123), mas tambem ao tempo

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA :— Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º, § 37; Coelho da Rocha, § 670, noi.; Corrêa Telles, *Dig.*, vol. 3.º, n.º 1538; Lobão, *a Mello*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 37, pag. 299.

(123) É certo que pelo nosso Direito se não acha definido e declarado o tempo em que se requer a capacidade no herdeiro para adquirir a herança, e por isso se costuma regular pelo que dispunha o Direito

da facção do testamento, na instituição pura; e na condicional ao em que se verificar a condição.

Romano, Inst. § 4, *de Hered. qualit. et differ.*, e L. 49 ff. *de hered. Inst.*, que requerem no herdeiro a facção de testamento passiva em tres tempos: — 1.<sup>a</sup> ao tempo da facção do testamento: — 2.<sup>a</sup> ao da morte do testador: — 3.<sup>a</sup> ao da adição da herança: — e na instituição condicional, ao da existencia da condição, L. 49, § 1, ff. *de her. Inst.*, e § 4, Inst. já citada. Ao tempo da facção do testamento, porque se não fosse capaz o herdeiro, era nullo o testamento, ainda que depois aquelle se fizesse habil, pela regra Catoniana estabelecida na L. 1, ff. *de reg. Cat.*, e L. 29, ff. *de Reg. Jur. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Ao tempo da morte do testador, porque se não fosse capaz então, reduzia-se o herdeiro ao estado em que não podia principiar, e estavamos na outra regra, *res incidbat in casu, in quo inciperi non potest*; e o mesmo era ao tempo da adição da herança, e existencia da condição, porque então succedia o herdeiro no direito do testador; não obstava, porém, deixar de ter a facção de testamento passiva nos tempos intermedios, se comtudo a tivesse nos tempos marcados. Alguns interpretes da Jurisprudencia Romana, como Vinnio, accusão Justiniano por contar mal os tres tempos, requerendo-se sómente a capacidade em dous; porém é certo que as leis cit. a requerem, ou della fallão nos tres tempos. O autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., no liv. 3, tit. 5, § 37, diz que é bastante que o herdeiro tenha facção de testamento passiva ao tempo em que lhe é deferida a herança, como determinou o Cod. da Prussia. P. 1, tit. 12, art. 43, não querendo que entre nós tenham lugar as razões, e principios que obrigavão os Romanos a requerer a mesma facção nos tres tempos ditos; e acrescenta em a nota, que, posto que obste a regra Catoniana á sua opinião, comtudo falla em muitas cousas, mesmo entre os Romanos, pois não pertence ás leis novas, e instituições condicionaes, nem ás heranças e legados, cujo dia não cede a *morte testatoris*, mas depois de adida a herança, L. 3, 4 e 5, ff. *de reg. Cat.*: nem ao testamento do soldado, § 4, Inst. *de Test. milit.*, nem aos contratos de boa fé, L. 41 ff. *de Pignor. act.*; e que tendo tantas excepções por Direito Romano, não acha razão para que seja admittida em o nosso Direito em toda sua extensão, devendo sómente

ter lugar nos actos sollemnes por direito, e naquelles negocios, em que só podemos querer uma vez, ou em que as leis mandão sómente *pro forma* olhar para a condição, qualidade e estado presente da pessoa, vendo-se porisso não convalescer o testamento que fez o impubere, o filho famílias, o mentecapto, etc., ainda que se emancipe, se faça pubere, etc., porque a Ord. Liv. 4, tit. 81, só concede fazer testamento aos pais de famílias, e aos que estiverem em perfeito juizo (y). Porém, não dizendo que a sua opinião seja má, pensamos comtudo que ella se aparta do espirito da nossa legislação, e praxe estabelecida até este tempo, porque aquella procura coarctar a liberdade ampla de testar que tinham os Romanos, e nesta vê-se estabelecido e adoptado aquelle direito por todos os Praxistas, que requerem a capacidade do herdeiro em os tres tempos; e como não ha razão alguma para nos devermos<sup>s</sup> afastar desta praxe, que é muito conforme ao direito recebido, e não é contra a razão, não estando declarado em o nosso Direito, parece estar incluido na disposição da Lei de 18 de Agosto de 1769, e não vogar a opinião daquelle autor, que parece se não deve adoptar, e muito menos o que continúa a dizer em a nota, que aquelle que ao tempo da facção do testamento e morte do testador não tiver direito de receber a herança, se já a tiver ao tempo em que lhe fôr deferida, não deve ser della privado, porisso que se o testador conheceu que não era capaz, e prevaleceu nesta vontade até á sua morte, foi porque queria que este lhe succedese; pois direi a este respeito em contrario, que se o testador sabia da incapacidade do herdeiro, mais invalido se torna por isso o testamento, porque queria uma cousa contra a lei; só se declarasse que sabia que elle era incapaz de presente, mas que queria que lhe succedesse, se ao tempo da sua morte fosse capaz, porque é como uma instituição condicional: e emquanto ao que argumenta com a regra *Catoniana*, diremos, que quando foi recebida entre nós, o foi tambem com as suas excepções; e nós podemos estabelecer mais uña

(y) Coelho da Rocha, fundando-se no Codigo da Sardenha, art. 706, e Corrêa Telles no da Prussia, p. 1, tit. 12, art. 43, opinião com Mello Freire. Parece melhor a opinião destes civilistas, que se acha consagrada nos Codigos citados; mais de accôrdo com os principios da legislação moderna, do que a opinião do A., baseada no direito romano, que nesta materia se decidia por motivos muito peculiares ao seu estado social, tradições religiosas e crenças jurídicas, hoje só do dominio das reminiscencias historicas.

---

regra sobre os negocios, em que tem lugar a *Catoniana*, e as em que o não tem, segundo o que refere Cocceio nas Not. a Grot. liv. 2, cap. 4, § 11, onde diz que se deve fazer differença daquillo que é substancial, aquillo que é accidental em negocios: quando são viciosos logo do principio, e o vicio versa a respeito da sua substancia, não valem; porém se é accidental podem valer.

---

## CAPITULO XIX.

*Das condições das instituições. (\*)*

Tendo-se tratado até aqui das solemnidades tanto internas como externas dos testamentos, e do que pertence á instituição ou desherdação dos herdeiros, resta fallar das condições que se podem juntar á instituição, e das que a vicião.

Dos principios estabelecidos até aqui, se vê manifestamente que qualquer testador (não dispondo da porção legitima, porque esta se deve deixar sem onus, ou condição) tem a vontade livre de dispôr das suas cousas a favor de quem lhe parecer, comtanto que as leis lhe não obstem; e por isso póde instituir herdeiro puramente, ou debaixo de condição, ou em certa cousa, e dar a

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º §§ 32 *usque* 35; Lobão, Diss. 9.ª em *Suppl.* ás *Notas a Mello, ex-professo* acerca das condições *si non nupserit* e semelhantes; Coelho da Rocha, §§ 699 *usque* 704; sobre a condição em geral, § 105; Corrêa Telles, *Dig.* liv. 1.º nn. 58 e segg., quanto á condição em geral; e especialmente quanto ás condições testamentarias, nn. 61, 62, 73, 81, 83, 85 a 91 (condição suspensiva), 102 a 113 (potestativa, casual ou mixta), 114, 117 a 125 (impossivel); Guerreiro, *de Mun. Jud. Orphan.*, tr. 1.º, liv. 3.º, cap. 10.

herança desde tal dia até tal (124), posto que se

(124) Note-se que no caso de ser instituído o herdeiro desde tal até tal tempo, passado elle, ou antes que chegue, a herança se defere ao herdeiro legitimo, Gundeling. *de Jur. Nov.* Liv. 2, Cap. 5, Vin. ao § 5, n. 7, e § 9, n. 5, *Inst. de her. Inst. Stryk. us. mod.* ao dito tit. §§ 7 e 8; portanto entre nós nenhuma applicação têm os seguintes principios, ou regras de Direito Romano: — 1ª, que era ignominioso morrer sem herdeiro, § 1, *Inst. qui et quid ex caus.*, ainda que não em todo o caso, mas só quando o testador morria onerado de dividas, mettendo-se os credores de posse dos bens, que erão vendidos em hasta publica em nome do mesmo, o que na verdade era ignominia entre os Rom.; e para evita-la manumittião em testamento um dos seus servos que lhe succedia na herança, para que os bens fossem vendidos em seu nome: — 2ª, que ninguem podia morrer *pro parte testatus, et pro parte intestatus*, L. 7, ff. *de Reg. Jur.*, e isto porque os herdeiros successores do defunto representavão em tudo a pessoa deste — 3ª, que a herança não se podia dar *ex die, vel ad diem*, e accrescentado, ou posto este, se tinha por não escripto, § 9, *Inst. de her. Inst.*, pela regra de direito da L. 87, ff. *de Reg. Jur.*: *utile per inutile non viciatur, in favorabilibus*: — 4ª, que toda a herança accresce ao herdeiro instituído em um predio sem companheiro, não se fazendo menção do predio, L. 1, § 4, ff. *de her. Inst.* O autor das *Inst. de Dir. Civ., Lus.* liv. 3, tit. 5, § 32, mostra em a nota a futilidade destes principios, dizendo que não tem uso entre nós, que se reputão estes principios subtís dos Romanos como supersticiosos, e indignos de se adoptarem (z), o que prova com o preambulo

(z) *Futilidade, subtileza, superstição, indignidade!* Só a exaltação do fanatismo pôde explicar estes epithetos tão oppostos á gravidade da sciencia. Entretanto, erão perfeitamente justificaveis essas regras, que os grandes Ictos romanos havião deduzido das suas crenças religiosas e juridicas; encerravão profundos pensamentos, e mais uma vez demonstravão o senso practico que sempre dominou a legislação romana, e d'ella fez um verdadeiro código da vida social, onde ainda hoje vão estudar os mais reconditos segredos do existir d'esse povo privilegiado não só o juriconsulto, como o historiador, o politico, o philosopho, o artista, e o sabio. Admittimos que não podem hoje vigorar taes regras; mas, pela razão historica que demos na not. (y), a pag. 167, e não pelos motivos que o fanatismo religioso inspirou ao A. nas qualificações da sua nota supra.

tenha por superfluo o mencionar cousa certa, ou acrescentar dia no testamento. Assim diremos que os herdeiros estranhos podem ser instituidos debaixo de qualquer condição possível; pois que a impossível, torpe ou irrisoria vicia a instituição, que se deve ter por nulla, ridicula, como se fosse posta

---

da L. de 9 de Setembro de 1769, a qual diz o autor fôra abrogada, até a publicação do novo código pelo Decreto de 17 de Julho de 1778; porém é certo que foi derogada, e não abrogada, pois ainda ficarão subsistindo alguns dos seus §§, como já se notou, e outros como os §§ 18, 19 e 21 forão restituídos pelo Alv. de 20 de Maio de 1796: portanto pôde-se dizer que o espirito das Leis Testamentarias se poderá regular por aquelle preambulo, e Lei de 18 de Agosto de 1769 e por isso que a 1.<sup>a</sup> regra de Direito Romano não tem uso por não ser ignominioso entre nós morrer sem testamento, sendo aliás este principio meramente civil, e proprio dos Romanos, não adoptado pelas nações civilizadas; que a 2.<sup>a</sup> regra também não é admissivel entre nós, como absurda, e propria dos Romanos, e o autor cit. prova a verdade desta asserção com dous exemplos:—1.<sup>o</sup>, dos bens emphyteuticos, que segundo a sua instituição se devem devolver a quem pertencerem, ficando livre ao testador dispôr de todos os outros bens a seu arbitrio, o que também podemos dizer dos morgados, o que tudo se collige da Ord. Liv. 4, tit. 36, pr., e da Lei de 9 de Setembro de 1769 no seu preambulo:—2.<sup>o</sup>, do que se deduz da Ord. Liv. 4, tit. 82, pr., pela qual se permite ter herdeiro testado e herdeiro ab-intestado, emquanto faculta ao pai dispôr da terça a favor de um estranho, na qual succede este por testamento, e os filhos na legitima *ab-intestado*. Obsta porém a Ord. Liv. 4, tit. 83, § 3, emquanto diz *que os soldados podem morrer em parte com testamento, e em parte ab-intestado*, o que parece fazer admissivel a regra dos Romanos, e conceder a excepção aos soldados por privilegio; porém diremos, que é verdade que a Ord. reputa este privilegio como valioso, mas só no testamento em que elles dispõem dos bens castrenses, e quasi

por um homem louco (125); e do mesmo modo quando o herdeiro fôr instituído debaixo da condição de juramento, apesar de ser honesta por sua natureza, e prohibida sómente por haver muitos homens faceis em da-lo falso, e outros tímidos em o prestarem (126): pelo contrario as condições—se

castrenses, e de nenhum modo nos outros; e de mais nós não temos lei alguma que declare taes testamentos nullos; antes a Ord. citada tit. 82, pr., donde se deduz o contrario, como fica dito, e por consequencia todas as sobreditas regras são tidas entre nós por inadmissíveis, e supersticiosas, e como taes sem uso, segundo o espirito da legislação moderna.

(125) Os Romanos reconhecêrão ou que fica dito em outras cousas que não erão ultimas vontades, Groeneweg. *de Leg. abrog.*, ao tit. da *Inst. de her. Inst.* § 2, e mesmo discorrendo pelos principios de Direito natural se acha que juntando-se qualquer condição á Instituição, e não se verificando, não vale a disposição do Testamento, porque se não cumpre a vontade do disponente; o mesmo se observa em todos os contractos e convenções, mas no caso de ser possível a existencia da condição junta, porque se fôr impossível, v. g. se se disser: deixo a minha herança a Pedro se tocar com um dedo no Ceo, então não vale a disposição, pois o instituído herdeiro debaixo de uma condição, que sabia não podia existir ou verificar-se; reputando-se estar sem juizo; o que não só é conforme ao Direito natural, mas a nossa Legislação, por isso que a interpretação nunca se deve fazer a favor da ultimas vontades, mas sim das successões legitimas, no caso de duvidas como mais conformes aos principios da razão; ajuntando-se á Instituição a condição impossível, annulla o Testamento, estando assim na regra dos contractos e convenções, que tambem se annullão em idênticas circumstancias, o que tambem se deve dizer da condição irrisoria e torpe, que se reputa posta por um homem que não está em seu juizo.

(126) Esta condição do juramento por Dir. Rom. se tinha por não escripta, ficando salva a instituição, L. 8, ff. *de Cond. Inst.*; porém

não casar;— se permanecer no estado de viuva;— se viver honestamente;— se abraçar o estado ecclesiastico:— como são possíveis, se não devem reputar por não escriptas, mas sim postas para o fim de se cumprirem; e, não as cumprindo, o herdeiro instituido perde o que lhe foi deixado debaixo de tal condição (127). Não são assim as condições

---

nós diremos que, segundo os principios estabelecidos e a nossa Legislação, tal condição torna nulla a instituição, porque estabelecendo-se na Ord., Liv. 4, tit. 73, que todos, e quaesquer contractos em que entrar semelhante condição sejam nullos, e sendo este o unico lugar em que se reprovão taes condições, reputando-se por não escriptas, temos que tal condição torna nulla a instituição, e com muito mais razão assim deve ser nas ultimas vontades, do que nos contratos, como temos visto. *(aa)*.

(127) O autor das Inst. de Dir. Civ. Lusit. Liv. 3, tit. 5, § 34, diz que taes condições se têm por não escriptas, e que a herança, ou legado deixado debaixo dellas é válido, e se pôde pedir ainda que não as cumpra o herdeiro, ou legatario *(bb)*; porém isto é inadmissivel, e

*(aa)* A Ord. Liv. 1, tit. 78, § 13, em concordancia com o cit. Liv. 4, tit. 73, ordenava que os tabelliães de notas não fizessem contractos, nem convenças em que as partes se obrigassem por juramento ou boa fé cumprir e manter os ditos contratos, sob pena de haverem as penas contidas na cit. Ord. Liv. 4, tit. 73:— a Ord. Liv. 4, tit. 70, § 4, admittia juramento para validade dos pactos *de non succedendo*: o Regimento do Desembargo do Paço de 27 de Julho de 1582, art. 87, annexa á Ord. Liv. 1, estabeleceu que áquelle tribunal competia conceder provisão para que os tabelliães podessem pôr juramento nas escripturas, sem incorrerem em pena, não obstante a Ord.; mas a Lei de 22 de Setembro de 1828, no art. 1.º, extinguindo a Mesa do Desembargo do Paço, e nas attribuições que dividio pelas diversas autoridades existentes, não mencionando a de que tratamos acima, pelo art. 7 a abollio, bem como todas as mais que competião ao tribunal extincto, e que não forão na mesma lei especificadas, exceptuadas, porém, as que se achavão já prevenidas na Constituição, e mais leis novissimas, em cujo numero se não comprehende tambem aquella sobre os pactos successorios. Veja-se Vicente Ferreira Cardozo — O que é Codigo Civil? — pag. 19, 25. (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.*)

*(bb)* Divergem os DD. ácerca do valor das condições *se casar, se não casar, se não casar com F., se se ordenar padre ou frade, se se não or-*

contrario ao que observamos no fôro, sobre o que se pôde vêr o que escreveu o douto Lobão no seu *Tratado de Morgados*, cap. 9, pois

*denar, se permanecer viuvo ou viuva* e outras semelhantes, das quaes se disputa se são ou não contrarias aos bons costumes.

Mello Freire, citado á nota supra, diz:— *Conditio... si non nupserit, si in viduitate permanserit, si caste vixerit, remittitur, et hereditas, legatumve sub eadem relicto validum est, et debetur, nuptiis etiam sequitis; vel quia nuptiae omni jure licite sunt, vel quia cœlibatus nulla lega jubetur. sed commendatur*, ll. 22, 64, *de codit. et demonstrat.*, etc. O eximio civilista parte de uma distincção muito importante:— « Deve-se distinguir (diz elle, § 34) a condição impossivel ou torpe daquella que a lei reprova por uma razão meramente civil, e não pela razão natural. » De onde se infere que não se devem haver como torpes (*contra bonos mores*), reprovadas e impossiveis condições que o Direito Romano, por especiaes razões de utilidade social, assim houvesse considerado, quando entre nós não são igualmente cabidas essas razões.

Coelho da Rocha, § 699, conta entre as impossiveis a condição *si non nupserit* por offensiva dos bons costumes e do interesse publico; e cita as leis 22, 72, § 5.º e 100 D. *de condit. et demonstrat.* Não assim a condição *si in viduitate permanserit* sendo imposta á viuva ou viuvo com filhos, por se presumir nella o justo fim de favorecer a estes. Mas esse fim, embora justo, tira á condição o character de offensiva dos bons costumes e do interesse publico? A viuva *in viduitate permanebit, si non nupserit*: aquella condição está implicita nest'outra, e a razão que ha para rejeitar a primeira ha para reprová-la segunda.

Corrêa Telles, Digesto Portuguez, liv. 1.º, nn. 117 e segs., tem por não escriptas, como oppostas aos bons costumes, as condições *se não casar, se permanecer no celibato, se casar com pessoa indigna*. Esta ultima está fóra de duvida; as outras, porém, sujeitão-se á critica do nosso autor na nota supra.

« A condição *se não tornar a casar* sendo posta á viuva ou viuvo que tenha filhos (continúa aquelle civilista), entende-se posta a favor destes, e a elles se devolve o direito que tinha o pai ou mãe se estes tornão a casar. »

*Se tomar ordens sacras, se fôr frade ou freira*, se hão por não escriptas declarando o herdeiro ou legatario não ter vocação para taes estados.

O mesmo autor considera validas as condições *se não fôr clérigo, ou frade, ou freira; se casar; se casar com F.; se casar com conselho ou approvação de F.; se não casar com F.; se casar até certo tempo*, sendo este razoavel; *se não casar em tal lugar*, podendo o herdeiro ou legatario commodamente fazel-o.

Quanto á condição *si caste vixerit, si honeste vixerit*, Corrêa Telles não reputa violada por se casar a pessoa a quem foi imposta: o que é racional.

Lobão, Diss. 9.ª em appendice ás *Notas a Mello*, firma as conclusões seguintes:—1.ª É nulla a condição *non nubendi* imposta á pessoa solteira; 2.ª *Item*, imposta aos viuvos, se a vontade do testador não tiver algum fim licito e honesto; 3.ª *Secus*, será valida se tiver fim honesto, sem maior incompatibilidade com a causa publica, como nos casos que enumera nos §§ 38 e 39.

Guerreiro, tr. 1.º liv. 3.º cap. 10, tambem opina pela nullidade da condição *non nubendi*, ficando salva a instituição, não só quanto ás primeiras, mas tambem quanto ás posteriores nupcias. (*Continúa na pag. seg.*)

que a razão que aquelle autor dá, de serem as nupcias licitas, e o celibato não ser recommendado por lei alguma, seguindo nisto ao Direito Romano, não convence; e assim diremos que como em nenhum lugar da Ord. se considerão por não adjectas taes condições, juntando-se aos testamentos, se devem reputar por escriptas: pois é certo que, segundo os costumes modernos, uma vez que foi deixado um legado a qualquer de baixo da condição de abraçar a vida ecclesiastica, não lhe poderá ser deferido emquanto não fôr ecclesiastico; o que sempre se tem seguido no foro, porque se ao testador é livre deixar os seus bens a este ou áquelle, pôde muito bem deixa-los com alguma das sobreditas condições, se imaginar que por meio dellas podem melhor verificar-se as suas vistas e tenções para o futuro, ou para melhor arranjo dos seus parentes e familia; e como não ha Lei que obrigue a casar, nem a conservar-se neste ou naquelle estado, se o herdeiro instituido quizer receber a herança, ou o legatario o legado com aquelle onus, faz por cumprir a condição; aliás vai a herança ou legado aos herdeiros, que lhe devião succeder *ab-intestado*. Quem quizer consultar o Direito Romano a respeito das condições juntas ás Instituições, pôde vêr no *Liv. 28 do Digest. o tit. 7, de Condit. Instit.*, e no *Cod. o tit. 25 do Liv. 6, de Instit. et subst. et caus. et restitut. sub cond. fact.*; o *tit. 44 de fals. caus. adject. Legat. vel Fideicom.*; o *tit. 45, de his quæ sub mod. legat. vel Fideicom. relinq.*; o *tit. 46, de Condit. incert. tam Legat. quam Fideicom. et libert.*; bem como no *Dig. o tit. 1 do Liv. 33, de Condit. et demonstrat. et caus. et mod. e.r. quæ in testam. scribunt.*; *Liv. 2, tit. 14, da Inst. de her. Inst., L. 22, § 1, ff. de Reg. Jur., L. 135, ff. eod., L. 161, e L. 195 ff. eod.* Muitos Autores têm dividido as condições por diferentes modos; e fundado a sua doutrina segando as suas fórmulas; e como *Desquiron*, no seu *Treat. de Testamento*, tom. 1, pag. 359, trata muito particularmente desta materia, tanto por Direito Romano, como pelo Francez, direi em summa a divisão que elle faz das mesmas condições em 13 membros:—1.º que a condição é *p. testativa, casual, ou mixta: potestativa*

Parece-nos racional a opinião do nosso autor. Nem o celibato nem a permanencia na viuvez se reputão immoraes (*contra bonos mores*). Não ha lei que obrigue a casar, ou a permanecer neste ou naquelle estado. Por outro lado, presumem-se justas e razoaveis as vistas do testador no sentido de melhor assegurar o futuro ou arranjar os negocios dos seus parentes e familia, ou favorecidos com a instituição.

ineptas futeis, e inuteis, frivolas e exóticas, porque estas sendo juntas á instituição não a vicião, mas

---

a que depende do facto, e poder daquelle a que é imposta: *casual*, aquella, cujo acontecimento depende da fortuna, ou acaso: *mixta*, a que depende de um e outro:— 2.<sup>o</sup> *voluntaria*, ou *necessaria*: *voluntaria*, aquella sem a qual o acto pôde subsistir, e que procede unicamente da vontade do que a impõe: *necessaria*, a que provém da natureza do acto:— 3.<sup>o</sup> *suspensiva*, ou *resolutiva*: *suspensiva*, a que faz suspender o effeito e a validade da disposição até o seu acontecimento; e *resolutiva*, a que não suspende o effeito da disposição, mas cujo resultado depende de um acontecimento futuro:— 4.<sup>o</sup> *affirmativa*, ou *negativa*: *affirmativa*, aquella que é concebida em termos positivos e affirmativos: *negativa*, a que é concebida em termos negativos; e nada embarça que ella seja potestativa, casual ou mixta: 5.<sup>o</sup> *divisivel*, ou *indivisivel*: *divisivel*, a que tem por objecto um facto divisivel: *indivisivel*, a que rola sobre um facto indivisivel:— 6.<sup>o</sup> *possivel*, ou *impossivel*: *possivel*, a que pôde acontecer sem offensa da natureza ou das leis; *impossivel*, pelo contrario:— 7.<sup>o</sup> *honesto*, ou *deshonesto*, e *contra os bons costumes*: *honesto*, aquella que depende de um facto que não é contrario aos bons costumes; e *deshonesto*, pelo contrario:— 8.<sup>o</sup> *de presente*, *preterito*, ou *futuro*, que é facil de conceber:— 9.<sup>o</sup> *de facto*, ou de *direito*: *de facto*, a que tem por objecto factos affirmativos, ou negativos, impostos pelo testador; *de direito*, aquella que a lei suppre, e se subentende pela vontade presumida do testador, ou pela natureza da cousa:— 10.<sup>o</sup> *expressa*, ou *tacita*: *expressa*, a que é exprimida em o testamento: e *tacita*, a que se subentende, como a de Direito:— 11.<sup>o</sup> *util*, ou *superflua*, e *inutil*: *util* a que opera seu effeito natural; *inutil* ou *superflua* a que não opera algum effeito, e que é olhada como não escripta:— 12.<sup>o</sup> *verdadeira*, ou *falsa*: *verdadeira*, a que existe; e *falsa*, pelo contrario:— 13.<sup>o</sup> *momentanea*, ou *successiva*: *momentanea*, a que depende de um simples facto, ou acontecimento momentaneo para se preencher; e *successiva*, a que tem um trato successivo, como a pensão mensal ou annual. Os exemplos, e direito analogo a cada uma destas especies, se pôdem vêr

ficão frustradas e se considerão não escriptas, como se deduz da lei de 3 de Agosto de 1770, § 10 (128), que assim o reputa a respeito dos Morgados.

---

no citado autor, a pag. 360 e seguintes ; pertencendo a esta materia os arts. 900 e 1169, e seguintes do Cod. Civ. dos Francezes. No Cod. da Prussia, veção-se os Art. 61, até 477 e seguintes da 1.<sup>a</sup> p., t. 1.<sup>o</sup> tit. 12, onde se trata esta materia com vastidão; bem como o tit. 26 da part. 6, de Hespanha, exposto por Viscaín. Perez.

(128) O que se deve entender por condições exoticas, frivolas, etc. se pôde vêr no cap. 9, § 19, e seguintes, do *Trat. de Morgados* de Lobão, onde explica esta materia segundo o seu costume, sendo por isso superfluo demorar-me aqui com essa exposição, que alli é ampla e erudita.

## CAPITULO XX. (\*)

*Da instituição contumeliosa, captatoria e conferida ao arbitrio de outro.*

Sendo livre a qualquer dispôr das suas cousas como bem lhe parecer, pôde muito bem o testador reprehender a qualquer que institue por herdeiro, e ainda chamar-lhe nomes affrontosos; instituição, que não vicia o testamento, podendo o herdeiro se quizer adir a herança, que lhe fôr deixada (129).

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello Freire, liv. 3.º, tit. 5.º, § 36; Lobão, *N. tas a Mello*, quanto á disposição captatoria etc., ao mesmo § de Mello; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, 3.º, nn. 1539 e seg.

(129) O autor das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.* Liv. 3, tit. 5, § 36, diz que a instituição feita com palavras contumeliosas annulla o Testamento, por se reputar o testador estar galanteando e escarnecendo; mas faz differença de herdeiros estranhos a legítimos, fundado na L. 48 § 1, *de her. Inst. (cc)*, que diz valer a instituição, em que o filho

(cc) *Illa institutio valet, filius meus impiissimus, male de me meritis, heres esto: pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt.* — Mello, fundando-se neste texto com uma critica superior, estabelece perfeitamente a differença de estranhos a legítimos. Nem o nosso autor tem razão em considerar generica a disposição do texto á vista deste outro da lei 9, § 8 deste mesmo titulo, *ibi*: — *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliæ causa solet addi: valet institutio.* Mais se confirma a opinião de Mello com a L. 9 D. *pro socio*: — *Nec adjecit Sabinus, hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa, sive non mortis causa: fortassis hoc ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt.* Tanto Godofredo como Galisset, no *Corp. Jur. Rom.*, dão o primeiro texto em contradicção com os outros dous; mas a contradicção cessa com a racional distincção de Mello, que tanto basta para ser aceita. As razões dadas pelo A. no final da sua nota, a saber: que o herdeiro não levará a mal a injuria porque recebe herança em consequencia della, e porque a injuria foi feita por quem já

A instituição chamada *captatoria*, que é feita por aquelle que pretende haver a herança de outro, e se concebe deste, ou semelhante modo: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, em tanto quanto elle me deixar no seu testamento*, é válida (130); e

fôr instituído com palavras injuriosas; porém é certo que no Direito Romano se não faz tal distincção, e antes a disposição daquella Lei parece transcendente ás mais instituições; e por tanto não fazendo tambem distincção de herdeiros estranhos a legitimos, diremos que taes instituições não annullão o testamento, não só pelo que fica dito, mas porque, como a injuria é feita só ao herdeiro, não a levará muito a mal, porque recebe em consequencia della, muito principalmente sendo feita por pessoa que já não existe, e por não haver lei que annulle semelhantes instituições, parece que se não deve seguir a opinião daquelle autor nesta parte.

não existe, não são aceitaveis, por se fundarem na falta de sentimento da dignidade pessoal por parte desse herdeiro: falta que o direito não presume, e menos favorece.

Lobão *a Mello*, liv. 3, tit. 5 § 36 não trata da instituição contumeliosa, por que *nunca a vio*, diz elle.

(130) Por Direito Romano era nulla semelhante instituição, pela captação do testamento, e perigo de procrnar a morte alheia por esta causa; porém como entre nós cessa este perigo, que receavão os Romanos, e do qual apenas póde apparecer exemplo, valem taes testamentos, bem como os reciprocos, ou de mão commum, que fazem os conjuges, e outros no mesmo papel, o que se está vendo muitas vezes no fóro; e isto, porque não são tambem expressamente prohibidas taes instituições, pois que mesmo por Direito Romano não erão reprovadas senão as instituições captatorias, em que entrava violencia ou dolo, como se vê da L. 3, ff. *si quis aliq. test. prohib.*; não as provocadas por affeições mutuas, como se vê da L. 70, ff. *de her. Inst.*, e melhor da cit. L. 3, ff. *si quis aliq. test. prohib.* Em consequencia disto, e do que achámos no tit. 84 do Liv. 4 da Ord., tambem devemos reputar

nada impede tambem que a instituição conferida ao arbitrio de um terceiro, (\*) v. g., *se Pedro quizer, seja meu herdeiro Paulo*, seja válida entre nós (131).

---

nulla a instituição extorquida por força, violencia, ou dolo. Veja-se esta materia em *Desquiron*, t. 1, pag. 129, *ubi bene*.

(\*) • A instituição do herdeiro (diz Corrêa Telles, 3.º, n. 1548), não pôde commetter-se á vontade de terceira pessoa; mas (n. 1549) a escolha do herdeiro dentre o numero de certas pessoas bem pôde deixar-se á eleição de um terceiro.» Cita a l. 32 D. *de hered. instituendis* e a l. 7, § 1.º, D. *de rebus dub.* — Lobão, ao cit. § 36 de Mello, nn. 6 a 9, distingue tres casos: 1.º Quando a substancia da ultima vontade principal e directamente se confere á livre vontade de terceiro, a disposição é nulla; não o é, porém, quando a este se commette a eleição do herdeiro ou legatario dentre certas pessoas; 2.º Quando não principal e directamente, mas indirectamente se commette a outro a substancia da disposição, não o decide elle, contentando-se em remetter-nos para Torre, C. 6 nn. 88 a 144; mas o A. decide pela validade da disposição; 3.º Quando o testador commette a terceiro depois da sua morte a declaração de alguma sua particular disposição, vale a commissão, dados os requisitos que Lobão enumera no n. 9.

São tão pouco frequentes no fóro semelhantes casos, que quasi só por erudição vale a pena consultar os D D.

(131) Por Direito Romano era permittido instituir ao arbitrio de um terceiro, comtante que fosse indirectamente, porque se fosse directamente era nulla a instituição, L. 68, ff. *de her. Inst.*, e L. 32, ff. *eod.*; porém entre nós pôde ser conferida a arbitrio de um terceiro tanto tacita ou indirecta, como directamente, *primo* porque não ha Ord. que a prohiba, *secundo* porque nada pôde obstar a isto, uma vez que dispõem com as solemnidades prescriptas pelas Leis. O autor cit. (*dd*)

(*dd*) Mello, § 36. Lobão considera melhor fundada a opinião contraria que é a do A.

---

diz que o Testamento *ad pias causas* por commum, e recebida Sentença, se não póde conferir ao arbitrio de um terceiro, citando Bruneman. e Egid.; porém julgamos que entre nós se estende o estabelecido a todos os testamentos. Veja-se, sobre esta especie de instituição, Desquiron, tom. 2, pag. 41 e seguintes, onde trata não só desta, mas de outras semelhantes.

---

## CAPITULO XXI.

*Dos pactos successorios. (\*)*

Podemos restabelecer em regra, que tanto os pactos *de succedendo*, como de *non succedendo* (132),

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mell Freire, liv. 3, tit. 5 § 36 nota; Lobão ao mesmo, *ibid.* n. 5; Diss. 13 no Suppl. ás *Segundas Linhas, ex-professo*; Coelho da Rocha. §§ 730 e 731, e not. H H no fim do vol. 2.º; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, 2.º n. 124; Guerreiro, tr. 2.º liv. 1.º, cap. 10 e 11.

(132). Note-se que os pactos que se pódem fazer a respeito da herança, são de dous modos, ou para haver de succeder na mesma herança, ou para não succeder nella aquelle que a espera. A respeito dos primeiros diz a Ord. cit. no § 3: « Que quando o contrato fôr por direito « reprovado, de maneira que por juramento não possa ser confirmado, « assim como se algum homem promettesse a outro, sob certa pena, « de o fazer herdeiro, em parte, ou em todo. . . ou fosse feito contrato, « sobre a herança de pessoa viva, porque aquelle que não devia ser seu « herdeiro o seja sob certa pena, porque taes contratos são assim illicitos, e por direito reprovados, que não pódem por juramento ser « confirmados, e por conseguinte as penas em elles postas se não podem « pedir, nem demandar.» —E a respeito dos segundos diz a Ord. cit., no § 4: « E sendo os contratos taes que posto que seião contra o Direito, « podem ser confirmados por juramento. . . assim como se fosse feito « contrato entre dous, ou mais, que esperavão ser herdeiros por morte « de alguém, que ainda seja vivo, que por sua morte algum delles, « não herdasse em sua herança, ou se algum delles fizer convença « com aquelle de cuja herança se trata, porque não possa herdar nella, « ou em outro semelhante caso, porque ainda que tal contrato em « alguns casos por Direito não valha, póde-se confirmar por Direito « Canonico por juramento por não ser tão reprovado, como os outros

« de que acima se faz menção. E, portanto, bem se póde pedir, e levar « a pena promettida entre elles, se se não cumprir. » Desta disposição se vê que os pactos *de succedendo* são illicitos e reprovados por Direito, e por consequencia nullos, como declara a Ord. cit., no § 3; quanto, porém, aos de *non succedendo*, ha questão. O autor das *Inst. de Dir. Civ. Lus.*, Liv. 3, tit. 5, § 36, em a nota, diz que semelhantes pactos, ainda que não sejam acompanhados com juramento, são validos, para o que dá as suas razões e provas; porém parece que esta sua opinião se não deve abraçar (*ee*) pelo que vou a expôr; pois quando ha lei expressa, não se deve recorrer á razão. A Ord. cit., § 4, deixa vêr duas especies: — 1ª, quando são dous, ou mais os pactuantes á herança, e um pactua com outro de não succeder: — 2ª, quando o senhor da herança pactua com o legitimo herdeiro, ou algum delles, de não succeder; e em ambas estas hypolheses, accedendo o juramento, se póde pedir a pena. Ora da rubrica do tit. desta Ord., que se inscreve: *Das penas convencionaes e judiciciaes, e interesses, e em que se poderão levar*, se vê, que quando a Ord. diz que taes pactos podem ser confirmados com o juramento, não os approva, por lhes obstar a Ord. Liv. 4, tit. 73 (*ff*) em que se annullão todas as convenções em que ha juramento, o qual sempre tem vigor, porém dá o direito de exigir a pena; não o de exigir em juizo a execução de taes contratos: este é o parecer de Valasco, confirmado pela praxe actual, e portanto parece que em caso nenhum são valiosos taes contratos, não obstante as razões só que dá o autor cit., de que entre nós se não podem temer os perigos que temião os Romanos, só porque algumas vezes tem acontecido outras que produz para firmar a sua opinião, ou

(*ee*) Coelho da Rocha tambem não abraça a opinião de Mello Freire. Veja a sua erudita nota H H, onde traz a legislação comparada romana, canonica, patria e dos codigos modernos, as opiniões dos praxistas e os fundamentos da sua.

É igualmente para consultar a diss. 43 de Lobão no Suppl. ás *Segundas Linhas*, onde latamente analisa as Ords. liv. 4º, t. t. 70, §§ 3º e 4º, e profusamente discute a questão: — Se é válido o pacto de não succeder na legitima, feito por um filho com os outros irmãos para não levar senão o dote, estando ainda vivos os pais; questão que o A., nesta sua nota, resolve pela negativa, e Coelho da Rocha pela affirmativa, com as limitações que se lêem na sua citada nota H H.

(*ff*) Veja Lobão, § 7º da diss. cit., conciliando as Ords. liv. 4º t. 70, §§ 3º e 4º com a do mesmo livro tit. 73.

interpretação, que longe de ser conforme á disposição da Lei de 18 de Agosto de 1769, como elle quer fazer vêr, é contraria á mesma lei, que reprova todas e quaesquer interpretações que os nossos advogados e jurisconsultos quizerem dar ás leis, contra o seu espirito e letra, afim de evitar a confusão na legislação. Não é de esperar que haja quem duvide que esta é a interpretação obvia, que se tira da letra dos Sobreditos §§ da Ord., e que o que pôde fazer duvida são as palavras da mesma Ord. no § 4, *porque, ainda que tal contrato, em alguns casos, por Direito não valha*, das quaes se pôde inferir que em alguns casos são válidos; porém como não achamos lugar algum das Ord. em que elles se approvem, antes vêmos no principio do mesmo § estabelecer que taes contratos são contra Direito, dando a entender que esta mesma determinação tem vigor entre nós do mesmo modo que pôr Direito Romano, direi, á vista do exposto, e do que passo a deduzir deste Direito, que em regra os pactos successorios tanto *de succedendo*, como *de non succedendo*, são reprovados por Direito, e inadmissiveis em o nosso fôro como torpes, e contrarios não só ao direito commum, mas á razão e direito natural, como dizem as palavras da Ord. actual, e as correspondentes Aff. e Manoel, que tiverão por fonte a L. ult. Cod. *de Pactis*, e outras, das quaes se deixa bem vêr que regularmente a esperança da futura herança não pôde servir de objecto a pactos, ou convenções dos que esperão herdar, e tanto assim que chegando ella aos pactuantes, se applica para o fisco, como tirada a pessoas indignas, L. 2, § fin. ff. *de his que ut indign. aufer.*, L. 29 e 30, ff. *de Donat.*; porque não ha herança de homem vivo, L. 1, ff. *de hered. vel. act. vend.*, e L. 94, ff. *de acquir. vel. amit. hered.*; nem se pôde inverter a ordem da successão legitimamente estabelecida, ou tirar o direito que compete ao verdadeiro herdeiro por vontade e convenção dos particulares, L. fin. ff. *de suis et legit. her.* Por isso vemos que o irmão não pôde dispôr da herança do outro sem a adquirir primeiro para si, L. 7, Cod. *de Jure deliber.*; e que nem tão pouco é válido o pacto de não succeder na legitima, feito por um filho com os outros irmãos para não levar senão o dote, estando ainda vivos os Pais, L. 3, *de Collat.*; e menos para dividirem a herança entre si, tirando assim ao pai a liberdade de testar, L. 15, Cod. *de Pact.*; excepto se o pai, ou o senhor da herança que se espera, consentir, e persistir neste consentimento até á morte, L. ult. Cod. *de Pact.*; caso em que se podem

são por direito reprovados, e como taes não valiosos, segundo se deduz da Ord. Liv. 4, tit. 70. §§ 3 e 4.

---

verificar válidamente semelhantes pactos, tanto assim que nem tem lugar nelle o fisco, dita L. ult., e Gam. D. 365, n. 5 e 6, podendo contudo o pai até á morte revogar o consentimento, porque semelhante pacto só se confirma com a mesma morte, ainda que o dito consentimento fosse firmado com juramento, *Portugal, de Donat.* Liv. 3, cap. 31, n. 62 e seg. São tambem licitos semelhantes pactos, quando em uma sociedade feita geralmente se ajustou de dividir qualquer herança que tocasse á mesma de pessoas incertas, L. 3, § 2, ff. *pro socio*. Havendo além destes, outros casos, que se podem deduzir da interpretação que Alciato dá á cit. L. ult. *Cod. de Pact.*, por ella julgo que se devem entender aquellas palavras da Ord. cit., sendo certo, que pôde haver casos em que semelhantes pactos se possam admittir, uma vez que não existão contra elles as razões que os fizerão prohibir, o que ficará ao arbitrio do bom julgador. Veja-se o cap. 24, pag. 93, not. Almeida e Souza em uma Dissertação especial na Collecç. ás Seg. Linh. a pag. 532, em que concilia os §§ 3 e 4 do tit. 70, com o tit. 73, e o § 87, do Regim. do Desembargõ do Paço, que permite dispensar com causa a do cit. tit. 73, dizendo que o Legislador, naquelles §§ do tit. 70, fizera aquellas distincções, para nos contratos confirmaveis com juramento se exigir a pena, quando a dita Ord. do tit. 73, fosse dispensada pelo Tribunal Palatino, para se confirmarem com juramento taes contratos. Os curiosos discorrerão melhor sobre semelhante materia, a respeito da qual, por ser tratada com bastante profusão pelo cit. autor, nada mais direi senão que destes pactos, ou contratos sobre heranças, trata o *Cod. da Prussia* no art. 617 tit. 12.

---

## CAPITULO XXII.

*Das substituições dos herdeiros(\*).*

Tendo-se tratado até aqui das instituições dos herdeiros, e finalmente declarado que a respeito dellas se não póde pactuar, segue-se vermos se nas mesmas podem dar-se substituições de herdeiros. Principiando por dar a definição de substituição que apresenta a Ord. Liv. 4, tit. 87, no pr. (133), diremos que é *a instituição de herdeiro feita pelo*

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Ord. liv. 4, tit. 87 *per tot.*; Mello Freire, liv. 3, tit. 5, § 55; Lobão, *a Mello, eod*; Coelho da Rocha, §§ 753 e segs.; Corrêa Telles, *Dig. 3.*, nn. 1617 e segs.

(133) Esta Ord. Liv. 4, tit. 7, 8, 9, é especial, e não se acha nos outros Codigos, diz tudo quanto é necessario para esta materia, que foi copiada do Direito Romano, por onde se decidião as questões em o nosso fôro relativas ás substituições, antes de adoptado expressamente pela dita Ord. Quem quizer consultar o Direito Romano a este respeito veja além de Heinec. o Liv. 28, tit. 6. do *Dig. de vulgar. et pupil. substit.*, e o Liv. 6, tit. 25, do *Cod. de Instit. et Substitut.*, e tit. 26, *de impubr. et aliis substit.*, e na Inst. os tit. 15 e 16, *de Vulg. et pupil. subst.*; e no Cod. Civ. dos Francezes o art. 896 e seg. no da Prussia, o art. 458, da p. 1, tit. 12; e sobre o Direito de Hespanha, Viscaïn. Perez, tom. 1, tit. 27. pag. 178; pois, como temos lei escripta em que circunstanciadamente se trata desta materia, é escusado especificar a disposição daquelles Codigos. Se as instituições de morgado (*gg*) se podem fazer com substituições, ou não, veja-se o Tratado de Morgados de Almeida e Souza, cap. 9, § 16 e seguintes, pag. 127 da 2.<sup>a</sup> edição.

(*gg*) A lei de 6 de Outubro de 1833 extinguiu os morgados, capellas e quae-quer outros vinculos existentes, e prohibio o estabelecimento de novos.

*Testador em segundo gráo.* As substituições se dividem em cinco especies a saber: *Vulgar, Reciproca, Pupillar, Exemplar e Compendiosa.*

*Vulgar* é a que se faz communmente por esta fórma: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não o fôr, seja Paulo* (134), ou, *se Pedro não quizer ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo* (135). É válida esta substituição, e tem lugar se o herdeiro instituido não aceitar a herança, por não querer, ou não poder; porque se aceitar, logo expira a substituição vulgar, como é expresso na Ord. cit. § 3 (136).

---

(134) Já se vê que sendo feita deste modo, comprehende os dous casos de não ser Pedro herdeiro, ou porque não quiz, ou não pôde, como declara a Ord. Liv. 4, tit. 87, § 1; e qualquer delles que aconteça, vai a herança a Paulo como substituto de Pedro.

(135) Note-se, que ainda que o testador não exprimio senão o caso de não querer ser herdeiro Pedro, tambem se entende o outro, se não poder, julgando-o comprehendido na vontade do testador, para o effeito de Paulo substituto receber a herança, acontecendo algum delles, como declara a Ord. cit. § 2.

(136) Note-se tambem, que se o herdeiro fôr menor de 25 annos, ou filho-familias instituido por seu pai testador, tendo aceitado a herança, como por particular privilegio, lhe é concedido mudar de vontade, ácerca da aceitação, usando do dito privilegio, irá a herança ao substituto vulgar, posto que já estava della excluido; e da mesma sorte se o soldado fizer testamento, e nelle substituição militar conforme ao privilegio que lhe é concedido, nem por isso deixará o substituto de ter lugar, antes vindo o tempo, ou acontecendo o caso em que a tal herança fôr deixada, será a ella admittido. Ord. cit. §§ 3 e 4.

*Substituição reciproca*, é a que comprehende e contém muitas substituições differentes, por causa das pessoas entre as quaes se faz, e se chama assim, porque se substituem reciprocamente entre si muitos herdeiros instituidos, e se faz desta maneira: *Instituo por meus herdeiros a Pedro, Paulo e Francisco, os quaes substituo entre si*, ou quando por outras semelhantes palavras ordena o testador que succedão uns aos outros. Ord. cit. § 5 (137).

*Substituição pupillar* é aquella que o pai faz a seu pupillo, que tem debaixo de seu poder, da maneira seguinte: *Se meu filho Pedro morrer dentro da idade pupillar, seja meu herdeiro Paulo*, Ord. cit. § 7 (138); mas para valer esta substituição é

(137) Note-se que se todos os herdeiros que assim o testador instituir, e substituir reciprocamente, passarem da idade pupillar, em tal caso a substituição reciproca entre elles feita não será mais que vulgar. Se porém todos fôrem pupillos filhos do testador, tal substituição include tambem a pupillar, de tal modo que fallecendo qualquer delles depois de ser herdeiro dentro da idade pupillar, lhe succederá o outro filho seu herdeiro, posto que a esse tempo não seja já pupillo esse substituto, mas maior. Ord. cit. § 6.

(138) Como é da substancia desta substituição que se faça a pessoa que esteja em poder do testador, não a póde por isso fazer a mãe a seu filho, nem o ascendente a seu descendente, porque conforme a Lei os filhos e filhas pelo casamento ficão fóra do poder de seus pais, e por consequente os netos, que de tal filho ou filha nascerem, não ficão debaixo do poder de seus avós, ou outros ascendentes por parte de seu pai; nem tambem se poderá fazer ao filho emancipado. Ord. cit. § 7.

necessario que o pai faça primeiro seu testamento, e institua herdeiro em seus bens, porque não o fazendo não valerá a substituição feita ao filho. Ord. cit. § 8 (139).

A *Substituição exemplar*, assim chamada porque se faz a exemplo da pupillar, é a que um ascendente, por não poder fazer testamento por causa de algum impedimento natural e perpetuo (140), faz a seu descendente desta maneira: *Instituo a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro, e se fallecer durando o furor que tem, seja seu herdeiro Paulo.* Ord. cit. § 11.

---

(139) *N. B.* que não basta instituir herdeiro, mas requer-se que o dito herdeiro aceite a herança, porque não a aceitando, a substituição pupillar, como parte do testamento do pai, ficará sem effeito algum: Ord. cit. § 8. Note-se mais, que tanto que o filho varão chegar á idade de 14 annos, e a femêa a 12, expira a substituição pupillar, que seu pai lhes tinha feito, e é bastante que qualquer dos filhos pupillos entre no ultimo dia do anno em que finalizar a idade pupillar, posto que não seja de todo acabado, como é expresso na Ord. cit. § 9; e, finalmente, que assim como se pôde fazer esta substituição pupillar, em testamento, tambem em Codicillos, nos quaes ordene o testador, que fallecendo o dito filho dentro de tal idade, o herdeiro que houver de succeder *ab-intestado* ao pupillo, fallecendo elle dentro da idade pupillar, restitua os bens do pupillo a alguma certa pessoa, e o herdeiro *ab-intestado* do pupillo restituirá a herança a quem seu pai mandou. Ord. cit. § 10, e Liv. 4, tit. 86, § 3.

(140) Assim como se fosse furioso, mentecapto, surdo e mudo de nascimento, ou se tivesse outro qualquer impedimento: note-se que a mãe tambem pôde fazer esta substituição, ou qualquer outro ascendente por linha feminina. Ord. cit. § 11.

A *Substituição compendiosa*, assim chamada porque debaixo de um compendio de palavras contém em si muitas substituições de differente natureza, é a que um testador faz ao herdeiro que instituo, quando quer que elle fallecer, e da maneira seguinte : *Instituo por meu herdeiro a Pedro, e quando quer que elle fallecer, ou depois da sua morte, ou por sua morte, seja seu herdeiro Paulo*, Ord. cit. § 12.— Exposto o que pertence ás substituições, vamos a vêr agora os differentes modos por que se invalida o testamento, e se diz nullo, roto, injusto, irritado, inofficioso, e destituido por Direito Romano. Para significar os differentes modos por que o mesmo testamento se vicia, e de que nos podemos servir, mostraremos por sua ordem qual é o que se chama nullo, roto, etc. (141).

---

(141) Entre nós tambem pôde deixar de valer o testamento por todos estes principios, pelos quaes não valia por Direito Romano; pois, apezar de não termos titulo especial na Ord. que trate da materia, comtudo em alguns lugares della se faz menção de todos estes modos, pelos quaes se invalida o testamento, como se irá notando.

## CAPITULO XXIII.

*Do Testamento nullo e injusto. (\*)*

*Testamento nullo*, que é aquelle que não subsiste logo desde o seu principio, por ser feito contra as formalidades de Direito, se póde tornar tal e sem effeito por differentes modos e causas: — 1ª, inhabilidade do testador, quando não tem direito de testar, como se vê da Ord. liv. 4, tit. 81; — 2ª, falta de liberdade da vontade do mesmo testador, Ord. cit. tit. 84; — 3ª, falta de solemnidades internas do mesmo testamento, como se deduz da Ord. cit.; — 4ª, falta de algumas das solemnidades externas, que a lei requer *pro forma*.

Em consequencia da primeira causa por que se torna nullo o testamento, pela inhabilidade do testador, é nullo o do menor de quatorze annos, furioso, mentecapto, filho-familias, herege servo, religioso, prodigo, mudo e surdo de nascença, e do condemnado á morte natural como melhor se declara na Ord. liv. 4, tit. 81, e já fica exposto.

Em consequencia da segunda causa, que é a falta de liberdade do testador, é nullo o testamento que

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello Freire, l. 3, tit. 5, § 47; Lobão, *Not. a Mello*, a este log.

fôr extorquido por força, medo, d'ollo máo ou engano, por isso que nada ha mais contrario á vontade que a força ou medo, Ord. liv. 4, tit. 84 (142); pelo

(142) Tudo o que se acha disposto nesta Ord. tit. 84, foi adoptado dos Romanos, e se acha em o tit. do Dig. Liv. 28, *de inj. rup. irrit. fact. Testam.*, e Liv. 2, tit. 17, da Inst. *quib. mod. Testam infirm.*, onde se vê o que se deva entender por força e medo, e a pena que têm os que impedirem alguém de fazer Testamento, e em que casos fica o mesmo nullo: assim vemos:— 1º, que aquelle que por força ou engano impedir a outro de fazer seu Testamento, por si, ou por interposta pessoa, sendo herdeiro que deva succeder *ab-intestado*, é havido por indigno, e applicada a herança para o Fisco: o que se entende não só quando embarçou claramente ao Testador de declarar a sua vontade solemnemente, mas quando impedio com ameaças o Tabellião, ou pessoa que lhe devia escrever seu Testamento para não entrar onde o Testador estava, ou mesmo si fizer com que as Testemunhas não possam assistir a esse acto, como declara a Ord. cit. pr., e § 1, e todo o tit. do Dig. e Cod. *Si quis a'iq. test. prohib.*:— 2º, que si aquelle que tendo já feito Testamento o quizer revogar, e os herdeiros instituidos lho impedirem, ficará nullo o que estava feito, e a herança irá tambem para o Fisco, como tirada a pessoas indignas, Ord. cit. § 2; ainda que pelos princípios já dados se devia devolver aos herdeiros legitimos, menos no caso de que elles concorressem para isto, o que ficará ao arbitrio do bom julgador, por não ser bastante razoavel aquella Ord. em fallar tão genericamente, pois não é justo que os proximos agnados, ou herdeiros a quem pela natureza é devida a herança, fiquem privados della pelo facto alheio:— 3º, que querendo alguém fazer Testamento, e deixar alguém por herdeiro, ou legatario si um terceiro lh'o tolher por força, medo ou engano, provando o instituido a quantidade que lhe era deixada, e a força, medo ou engano, lhe dará o dobro aquel'ê que impedio o Testador de dispôr; não valendo o Testamento em proveito do que

contrario si o testador fôr induzido com brandos carinhos e palavras brandas, como se deduz da Ord. cit., § 4 (143).

Em consequencia da terceira causa, que é a falta de solemnidades internas, vemos ser nullo o Testamento em que o pai ou mãe não instituio, ou

---

commetteu tal medo ou engano, Ord. cit. § 3;—4º, que o que fica dito manda a Ord. cit. no § 4, applicar áquelle que constrianger a alguém com força, medo ou engano, a que faça Testamento, e o institua por herdeiro, ou quem elle quizer, ou lhe deixe algum legado. Veja-se o Cap. 20, e sua nota.

(143) Esta Ord. § 4, estabelece o caso em que havendo a mulher feito Testamento, em que não deixasse cousa alguma ao marido, ou pelo contrario o marido á mulher, por offensas, e discordias que entre elles tivesse havido, cada um del'es aplacasse o animo do outro com palavras brandas a ponto de o mover a fazer outro Testamento, em que lhe deixasse toda ou parte da herança, porque neste caso manda que valha este segundo Testamento Mas note-se, que o Testamento em que alguém induzir ao Testador com assiduas persua ões, instancias insupportaveis, suggestões importunas, ou supplicas armadas, ou ameaças de ricos e poderosos, é nullo, como testifica Phoeb. 1. P. D. 25, e Barbosa á Ord. Liv. 4, tit. 84, § 4; e pelo perigo das suggestões foi que as Leis prohibirão que valesse o Testamento escripto pelo Religioso, a respeito das cousas que fossam deixadas ao seu Mosteiro, valendo comtudo as outras cousas, que se deixassem em Testamento, por isso que o util se não vicia pelo inutil, como já se expöz, e o declarão os Alv. de 20 de Março de 1634, 2 de Maio de 1647, e Cap. 8 das Côrtes do Sr. D. João IV, 1641. Note-se, finalmente, que tudo o que se disse no Testamento escripto sobre a força e medo, se deve applicar ao Nuncupativo.

desherdou expressamente o filho ou neto, preterindo-o, e não declarando a causa da sua disposição, como se vê da Ord. liv. 4, tit 82, ou quando o filho não instituiu, ou desherdou seu pai sem declarar a causa por que o desherdava, como se vê da Ord. cit., tit, 89, e já fica exposto em seu lugar (144).

Finalmente é nullo aquelle Testamento em que se omittirão as solemnidades externas que essencialmente se requerem na Ord. cit., tit. 80 para a validade dos Testamentos, e que se expuzerão também em seu lugar, porém devemos distinguir do Testamento *nullo* o *injusto*, assim chamado porque foi feito ao principio *non rite et jure*, e que, (como diz Heineccio) é o que não valia logo desde o principio, não em rasão de lhe faltarem algumas das solemnidades internas, mas sim das externas (145).

---

(144) *N. B.* que quando o Testamento se annulla por estes motivos, é inutil a petição da posse dos bens contra *Tabullas*, ou querella *inofficiosi Testamenti*, pela qual só se rescinde o Testamento válido por Direito; é necessaria sim a querella de nullidade, e Sentença declaratoria, que pronuncie ter lugar a successão *ab-intestado*. *Schilt. Exercit. 38 ás Pand. §§ 54 e 58.*

(145) *V. gr.* si fosse feito sómente com quatro Testemunhas, sendo escripto, si não fosse aprovado por *Tabellião*, etc., chamava-se

---

injusto para differença do nullo, o que tambem pôde ter lugar entre nós. Sobre as solemnidades externas veja-se no fim o Ass. de 10 de Junho de 1817, e o que depois d'elle exponho e noto. O Art. 1001 do Cod. Civ. da França tambem annulla os Testamentos em que faltão as solemnidades que a Lei lhes requer.

## CAPITULO XXIV.

*Do Testamento rôto. (\*)*

*Testamento rôto*, que é aquelle que sendo feito com todas as solemnidades, se vicia por um impedimento superveniente, permanecendo o testador no mesmo estado, se pôde dizer tal por dous motivos, ou peia agnação do posthumo, ou por outro Testamento posterior feito com a intervenção de todas as solemnidades que a lei requer; e assim os filhos ou netos nascidos depois do Testamento, tendo sido preteridos, rompem o Testamento, e todo elle se invalida, tanto em rasão da instituição, como dos legados nelle deixados, Ord. liv. 4, tit. 82, §§ 3 (146), e 5, como já se disse. Se, porém, estes filhos ou netos morrerem, vivo o testador, torna o Testamento a revalidar-se, Ord. cit., § 5, no vers. — *E é vivo*, &c., e L. 12, ff. *de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Que o Testamento se pôde revogar por

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA. — Mello Freire l. 3.ª tit. 5.ª, §§ 48, 49 e 50; Lobão, *Not. a Mello*, a este log.

(146) Porém isto era quando o Testador ignorava que teria ainda posthumos, e os preteria, porque se elle o sabia, não valia o Testamento quanto á instituição, mas sim quanto aos legados cabendo na terça. Ord. cit. § 1.

outro feito solemnemente, se prova da Ord. liv. 4, tit. 84, § 2, ainda que o primeiro contenha a clausula revogatoria da vontade posterior, porque é ambulatoria até á morte, L. 6, § 2, ff. *de Jur. Cod.* L. 4, ff. *de adim. vel transf. leg.* (147). Ainda tambem

---

(147) Note-se que a simples revogação feita na presença de tres Testemunhas, posto que tenham passado dez dias depois della, não rompe o Testamento, por isso que não está em uso a Const. de Just. na L. 27, Cod. *de Testam.*, como testifica Groeneweg. de *Leg. abrog.* á mesma Lei. O Testamento principiado, e não acabado, ou o informe, não rompe o precedente, L. 34, § 1 e 2 ff. *de Testam. Milit.* Se porém o pacto feito com o herdeiro, de não revogar o Testamento, impede o Testador de o poder revogar, é duvidoso. O Autor das Inst. de Direit. Civ. Lus. liv. 3, tit. 5, § 49, figura duas especies: — 1<sup>a</sup>, quando o pacto foi feito simplesmente; isto é, quando não interveio alguma cousa em doação para conserval-o, caso em que diz o autor, o testador póde revogal-o fundado na L. ult. Cod. *de Pact.*, por isso que as Leis quizerão favorecer a liberdade dos homens até á sua morte: — 2<sup>a</sup>, quando no pacto interveio alguma dadiva da parte do pactuante, e então não póde o testador mudar de vontade, e em a nota explana esta materia e especie, trazendo para firmar sua opinião a autoridade de *Schill.* exercit. 39, ás Pand. § 57, e de *Stryk.* us. mod., ao tit. *de inj. rupt.* § 2 e seg., e exemplificando-a com o Testamento de mão-commun, dizendo que ainda que taes Testamentos sejam valiosos, podem ser revogados por qualquer dos conjuges na parte que lhe toca, ainda mesmo quando entre si pactuassem não revogar a vontade; se porém elles se instituisssem mutuamente, e em falta delles nomeassem um terceiro, e promettessem não revogar o pacto, então, diz o autor, valeria este pacto, ainda que *Valasco* seja de opinião differente; porém, nós diremos pelo que pertence á primeira, não ha duvida alguma; mas quanto á segunda de quando se instituirão mutuamente, declarando que depois da sua morte se

se diz rôto o Testamento em que o testador riscou, apagou, ou dilacerou em todo ou em parte, de maneira que se não possa lêr, tanto pelo que respeita ás solemnidades internas, como ás externas, tornando-se por isso sem effeito tal Testamento, comtanto que isto seja feito com sciencia, intelligencia e consentimento do testador, L. ult. ff. *de injust. rupt.*, e L. 1, ff. *de his quæ in Test. delent.*, o que se deve presumir no caso de desherdação, excepto se provar o contrario o herdeiro escripto (148).

---

devolvesse a herança a um terceiro, e que o que sobrevivesse devesse estar obrigado pelo pacto, não a podemos aceitar, porque já fica na classe de pactos successorios, e por consequencia reprovada pela Ord.; para o que basta estabelecer as duas seguintes regras, pelas quaes é facil de decidir esta opinião:—1ª, que o homem não pôde impôr Lei a si mesmo, e que a sua vontade é revogavel até á morte:—2ª, que todas as vezes que parecer intervirem pactos successorios, é tudo nullo. Veja-se a nota ao cap. 21.

(148) Em regra sempre se deve presumir, que fôra por vontade do testador, comtanto que o Testamento esteja na sua mão, e seja na parte essencial do Testamento; porque se fôr na menos essencial, se não julga roto: é o que se entende a respeito do Testamento cerrado; porque se fôr do feito *apud acta* nas notas, para se riscar é necessario que intervenhão as mesmas solemnidades que se requerem para fazer-se, apparecendo na presença do magistrado com as testemunhas necessarias, e escrevão competente, o qual lavrará um termo de que se apresentou o testador com as mesmas testemunhas para o riscar e apagar; e posto que sobre esta materia as nossas ordenações não

fallem, comtudo é o que se está observando em todas as nações civilizadas, e só do rôtto pela agnação do posthumo se faz menção na Ord. Liv. 4, tit. 82, § 5; e no § 2, do que se rompe pela facção de Testamento posterior; sobre o que basta notar, que existindo dous Testamentos ao tempo da morte do Testador, é sómente valioso o que ultimamente foi feito, por isso que Testamento é a última vontade. Si o Testamento, que se acha aberto, rôtas as linhas, tirado o lacre, ou rasgado, riscado, rasurado, e mudado em todo, ou em parte, se presume ter sido revogado pelo testador, e não valha no todo ou na parte riscada, etc., é materia de uma dissertação de Almeida e Souza, que vem a pag. 177 das *Dissert. sobre as Seg. Linh.* onde se pôde vêr a sua opinião, e principios a este respeito; pois que semelhante materia, ou questão, deve decidir-se conforme ás circumstancias que acompanharem os factos, e segundo as diferentes especies de Testamento; e os judic'osos, na falta de Lei Patria, discurrerão conforme aos principios estabelecidos por *Direito Romano*, e moderno das Nações; vendo entre outras Leis daquelle Direito a L. 1, §§ 10 e 11, ff. de *Bon. posses. secund. Tab.*, a L. 1, § 8, ff. *Si Tabul. Testam. null. ex Tab.*, a L. 30, *Cod. de Testam.* a L. 22, § 3, ff. *qui Testam. fac. poss.*, a L. 1, ff. *de his quæ in Testam. delent. et ins.*, etc., donde podemos tirar a geral conclusão, que o Testamento cerrado se entende revogado, logo que o Testador corta as linhas com que foi cosido, provando-se que fôra aberto assim pelo testador; mas não se sabendo por quem fôra feita esta abertura, e sendo achado em poder de quem tinha interesse na revogação, deve presumir-se que é obra deste, e não do testador; porque se este o quizesse revogar, o rasgaria, ou riscaria, de fôrma que se não lesse. Pelo Direito do *Cod. Civ. dos Francezes*, nos artigos 1035 e seguintes, os Testamentos não se podem revogar em parte, ou em todo, senão por outro posterior legalmente feito, e da maneira a mais expressa, ou por um acto feito perante Notarios, em que se dectare a mudança da sua vontade. Veja-se porém *Desquiron*, Nov. Furgole, tom. 2, cap. 9, pag. 492 e seguintes, onde se trata mui bem esta materia. Pelo Direito do *Cod. da Prussia*, tambem os Testamentos se revogão em parte, ou em todo, por outro posterior, que pôde fazer-se até á hora da morte, art. 563 da

---

Parte 1, tit. 12 e seguintes. O *Direito de Hespanha* a este respeito pôde vêr-se no Compend. das Leis do Viscaín *Perez*, tom. 1, tit. 31, pag. 196, e no tit. 8, da parte 6 e tit. 8, do Liv. 5, da Recopil. Também pelas Leis *Inglezas*, a revogação expressa de um Testamento por outro posterior, ou pela superveniência de Filhos, faz annullar e romper o primeiro Testamento, *Blackstone*, tom. 3, cap. 32, pag. 446.

## CAPITULO XXV.

*Do Testamento irrito. (\*)*

Testamento *irrito*, que é aquelle se invalida por sobrevir algum impedimento ao testador, depois de ter feito Testamento (\*\*), verifica-se quando o testador, por exemplo, havendo-o feito com liberdade, se fez servo, ou foi condemnado á morte, ou se tornou filho-familias; porque nenhum destes pôde fazer Testamento, e vem a recahir no estado em que não podia principiar (149).

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA.— Mello Freire, l. 3º, tit. 5º, § 51; Lobão, *Not. a Mello*, a este log.

(\*\*) Pecca esta definição por não excluir o Testamento do demente. Liz Teixeira funda a nullidade do testamento irrito na incapacidade do testador ter herdeiros testamentarios, distinguindo-a da incapacidade de dispôr (falta de capacidade activa).

Mais exacta é a definição de Mello Freire: — *Irritum fit testamentum, si status t statoris mutatur.*

Entre nós, não ha testamento irrito. Ninguém pôde recahir na escravidão; a condemnação á morte não produz os effeitos da antiga servidão da pena; e as adopções não estão em uso.

(149) Note-se, que entre nós apenas pôde ter lugar nos que fôrem condemnados á morte, que em Direito são chamados servos da pena;

---

porque a escravidão está extinta entre nós, e as legitimações, ou per-  
filhamentos, ainda que pareça deduzir-se terem lugar da Ord. Liv. 1,  
tit. 3, § 1, todavia não têm uso presentemente; porém para clareza da  
materia devemos estabelecer as seguintes regras: 1<sup>a</sup>, que se desfazem  
aquellas cousas, que sendo feitas com as devidas solemnidades, vêm a  
cahir no caso em que não podem principiar, L. 98, ff. *de verb. oblig.*,  
e a L. pen. *cod.*: — 2<sup>a</sup>, que as que uma vez se fizerão utilmente,  
se não infirmão ainda que venhão a cahir no caso em que não podem  
principiar, § 14, *Inst. de Legat.* Estas regras que interpreta *Vin.* ao  
dito § parecem oppostas entre si, porém concilião-se com outras, e  
vem a ser, que a segunda regra tem lugar nos casos ou negocios que  
logo no seu principio são de todo perfeitos, e não precisão de algu-  
ma circumstancia para a sua ultima perfeição, *v. gr.* os contratos, e  
convenções; e a primeira nos negocios cuja perfeição depende de algu-  
mas circumstancias, *v. gr.* os legados, testamentos, fideicomissos, que  
se não podem dizer logo aperfeiçoados, porque dependem de aconte-  
cimentos futuros para se ultimarem. Tambem se deve attender á natu-  
reza do caso que sobreveio, se impede, ou não, a execução do negocio,  
*v. gr.* se soffreu mudança de estado o testador: pelo contrario si se  
fez mentecapto, ou furioso, porque tendo-o feito antes, vale, porque  
aqui não houve mudança essencial.

---

## CAPITULO XXVI.

*Do Testamento inofficioso* (\*).

Testamento *inofficioso*, que é aquelle que sendo feito com as solemnidades de direito, o foi contra os officios de piedade, tem lugar quando forão desherdados injustamente, ou preteridos sem causa aquelles a quem se deve a porção legitima, de que falla a Ord. Liv. 4, tit. 82 (150). Do que se segue

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA. — Mello Freire, l. 3<sup>o</sup>, tit. 5<sup>o</sup>, §§ 52 e 53; Lobão, Not. a Mello, a este log.

(150) Deste Testamento falla a L. 2 e 3 ff. *de inofficios. Testam.* e como elle se rescinde, porque é valido *summo jure*; por isso o chamão tambem Testamento *resciso*, porque se não infirma *ipso jure* como os outros, mas necessita sentença do Magistrado que o declare inválido, depois de se intentar a querella de nullidade contra os herdeiros instituidos, com o pretexto de estar o testador em estado de loucura, como já se notou; porém devemos dizer que esta querella do inofficioso Testamento vem a ser inutil no Fôro, porque ainda quando os ascendentes ou descendentes são desherdados com causa, succedem na herança *ab-intestado*; e o herdeiro instituido, como temos dito, e declara a Ord. cit., § 2, deve provar a causa da desherdação, para que sejam excluidos os legitimos; por tanto não tem lugar a querella, por que não é necessario que o herdeiro legitimo ponha acção em juizo; e ainda mesmo que o herdeiro legitimo não estivesse de posse da herança, não seria util usar da querella, porque, apesar de o poder

que não tem lugar quando o filho foi preterido pelo pai, ou mãe, ou desherdado sem causa, ou esta não se declarou, e também quando succedeu o mesmo ao pai, pelo filho, ou filha, porque este Testamento não se póde chamar inofficioso, mas nullo por ser feito contra a fôrma prescripta na Nov. 115, cap. 3, donde foi tirada a cit. Ord. § 1; por cujo motivo só tem lugar o Testamento inofficioso entre os ascendentes e descendentes, quando estes, por justa causa, mas falsamente declarada no Testamento, forão desherdados, ou entre os irmãos, quando fôrem preteridos por pessoa torpe, caso em que tal rescisão feita pela querella do inofficioso Testamento vicia sómente a instituição, não os legados, que couberem na terça, e mais partes do Testamento, como se vê da Ord. cit (151).

---

fazer, sem outra acção mais proficua, qual a de petição da herança e portanto escusa usar daquella, que só poderá ter lugar no irmão desherdado, preferindo-se-lhe pessoa torpe, caso em que o Testamento sendo por Direito valioso, foi comtudo feito contra os officios de piedade.

(151) O nosso Direito seguiu nesta parte o Direito novo romano estabelecido na Nov. 115, cap. 4, § 9; pois que pela Lei 28 ff. *de inoffic. Testam.*, sendo provado o Testamento como inofficioso, ficava nullo em toda a sua extensão. A lei *Glicia*, dada em Roma em o anno de 504, foi a que introduziu esta querella a favor de todos os ascendentes e descendentes, que estivessem em grão de succeder, e mesmo dos irmãos, como se vê da L. 1, ff. *Cod.* Pelo Direito antigo também

## CAPITULO XXVII.

*Do Testamento destituto (\*).*

Testamento *destituto*, assim chamado por não nascer d'elle herdeiro, tem lugar quando não existe herdeiro, que haja de adir a herança (\*\*), o que

---

os irmãos podião intentar a querela de inofficioso Testamento em todos os casos em que fossem preteridos pelos irmãos; mas, pelo Direito novo estabelecido na L. 27, Cod. *de inoffic. Testam.*, c § 1, *Inst. Cod.*, só lhes compete em o caso — *Si scripti hæredes infamix, vel turpitudinis, vel levis notæ macula aspergantur*: — o que foi adoptado pela nossa Ord., Liv. 4, tit. 90, onde, depois de estabelecer a regra, que o irmão pôde desherdar seu irmão, posto que não declare a causa por que o desherda, no § 1 explica os casos em que pôde querelar de semelhante Testamento; isto é, quando o herdeiro instituído fosse reputado entre os bons por vil e torpe, e de máos costumes, por ser bebado, taful, ou de outra semelhante torpeza; cujas ultimas palavras, por serem muito geraes e ambiguas, têm dado causa a muitos pleitos, e darão, enquanto não fõrem entendidas authenticamente, ou legalmente declaradas. Pelas leis modernas de *França*, os collateraes, quaesquer que elles sejião, não podem pretender cousa alguma da successão dos seus parentes; pois que no artigo 916 do Cod. Civ. se estabelece a regra que, na falta de descendentes ou ascendentes, as liberalidades por actos *inter vivos*, ou testamentarios, poderão esgotar a totalidade de seus bens. O mesmó que se acha estabelecido por Direito novo Romano, e foi adoptado pelo nosso, seguiu o *Direito de Hespanha*, na L. 2 e 3, tit. 8, Part. 6, como se vê no *Viscaín. Perez*, tit 31, pag. 107.

(\*) BIBLIOGRAPHIA. — Mello Freire, liv. 3º, tit. 5º, § 54; Lobão, a Mello, a este log.; Corrêa Telles, *Dig.* III, nn. 1872 e seg.

(\*\*) E por isso tambem se denomina *caduco*.

póde acontecer por não querer o herdeiro adila, ou ter morrido, ou faltar á condição com que foi instituido (152).

---

*As Leis Inglezas não admittirão a querela inofficiosi Testamenti, que as Leis dos Romanos estabelecêrão, como diz Blackstone, cap. 32, pag. 446 do tom. 3, podendo comtudo ser por ellas annullado o Testamento por três modos: — 1º, sendo feito por alguma pessoa incapaz; — 2º, por outro com data posterior; — 3º, cassando-o, ou revogando-o, não sendo por Testamento Nuncupativo, que não póde revogar o Escripto: cit. lugar, pag. 443.*

(152) Em a nossa Ord. não se declara isto, mas sim no § 7 da Inst. *de hered. quæ ab-intest. def.*, que tem lugar entre nós; e por isso aquelle testamento que, sendo válido do principio, e até á morte do testador, não perdeu a sua força, mas em que não apparece herdeiro, que para adir a herança por não querer ou não poder, ou haver morrido em vida do testador, ou depois, mas antes de adir a herança, se chama *destituto*: é claro que se verifica só a respeito dos herdeiros estranhos, não dos legitimos, porque estes são *ipso jure* herdeiros, e por consequencia adquirem logo a herança, passando aos seus herdeiros, porém aquelles só pelo facto da adição. Note-se que o Testamento, por esta destituição e desamparo, não fica totalmente nullo, porque os legados devem ser cumpridos pelos herdeiros legitimos, se os estranhos não quizerem adir a herança; e si os legitimos se absterem della, devem ir os legatarios perante o juiz competente requerellos; e posto que por Direito Romano antigo era determinado o contrario, como se vê do § 2, Inst. *de Leg. Falc.*, comtudo não ha razão para que se adopte nesta parte, como quer o autor das Inst. de Direito Cív. Lus., tit. 5, § 54, do L. 3. O Direito Romano, que respeita a este capitulo, acha-se no Liv. 29, tit. 4, do Digesto. *Si quis omiss. caus. Testam. ab intest. vel alio mod. poss. heredit.*, e no Liv. 6, tit. 39, do Cod. *Si omiss. lit. caus. Testam.* É livre a cada um renunciar a instituição, ainda mesmo que lhe seja vantajosa; mas tal renuncia nunca póde prejudicar os legatarios. L. 13, ff. *Si quis omiss. caus.*,

---

e L. 17, ff. *ead.* Pelo *Direito Francez*, como a validade do Testamento não depende da instituição do herdeiro, mas só da aceitação do insituido, sempre vale como tal, e as disposições ahí declaradas devem ser executadas por qualquer que tenha interesse na successão, art. 895, 967, 1002 e 1035 e seg. do Cod. Civ., como acontece entre nós. Também, pelo *Direito do Cod. da Prussia*, o herdeiro insituido póde renunciar a herança, mas deve-o fazer com as formalidades requeridas no art. 389 e seg. do tit. 9, P. 1; o que determina o *Direito de Hespanha* sobre a aceitação ou repudição da herança, veja-se no *Viscain. Perez*, tom. 1, pag. 250, e L. 1 e seg. das Part. tit. 6, part. 6, e tit. 3, Liv. 5 da Recop.

---

## CAPITULO XXVIII.

*Dos Codicillos* (\*).

Tendo-se tratado até aqui dos Testamentos, como os Codicillos são uma parte delles, e considerados como uma especie dos mesmos, por isso segue-se agora tratar d'elles. Segundo diz a Ord. Liv. 4, tit. 86, pr., é o 'Codicillo *uma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro*, e por isso se chama Codicillo, ou cedula por diminuição, que quer dizer pequeno Testamento (153).

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: Ord. liv. 4, tit. 86, § 5; o direito romano cit. a pag. 209 not.; Mello, liv. 3, tit. 5 § 56; Lobão, *a Mello*, a este log.; Coelho Rocha §§ 729 e seg.; Corrêa Telles, *Dig.* III, nn. 1481 e seg.

(153) Note-se que a palavra *Codicillo*, entre os Latinos, é o mesmo que Epistola, ou Carta, o que se vê não só dos autores classicos, como Cicero *ad Fam.*, IV 12, VI 18; Seneca *Epist.* LV, mas dos Jurisconsultos e se lê na L. 89, pr. ff. *de Leg.* 2, L. 41, § 2, ff. *de Leg.* 3, etc.; porém propria e rigorosamente significa, entre os Latinos, Carta pequena, ou Bilhete, e chama-se assim como uma diminuição de *Codex*, porque o Testamento era o *Codex* grande, e o Codicillo era como um pequenino testamento: porque, como diz Heineccio, costumavão os testadores, depois de fazerem seus testamentos, escrever bilhetes aos herdeiros instituidos, nos quaes ordenavão alguma cousa, como uma especie de advertencia feita aos herdeiros, sem que ahi entrasse alguma cousa que pertencesse á instituição, e por isso vemos disposto no § 2, *Inst. de Cod.*, que a herança se não podia dar, nem tirar nos Codicillos, o que passou para a nossa Ord. tit. 86, pr. Ora, estes bilhetes, ou Codicillos (como diz Heineccio nas suas *Inst.* § 679), antes de Augusto não tinham validade, e os Testadores não podião pôr obrigação

ao herdeiro senão por meio de testamento, e, se lh'a punhão, o herdeiro podia não satisfaze-la, por não ser válida; só no tempo de Augusto se concedeu validade aos Codicillos, dando occasião a isto L. Cornelio Lentulo, que sendo Consul no seu tempo pelos annos 751 com M. Valerio Messalino, sendo então mandado Proconsul para a Asia, fez o seu Testamento antes de partir, em que instituiu por herdeira sua filha, e lhe deu por coherdeiro o Imp. Augusto : o Proconsul, antes de partir, ou depois, fez varios Codicillos, ou escreveu á sua filha e ao Imperador varios bilhetes, nos quaes fazia algumas declarações e deixava alguns legados : ora é certo que pelo Direito estabelecido não havia obrigação de os cumprir ; porém o Imperador Augusto propondo aos Jurisconsultos Romanos este caso, isto é, se estava ou não obrigado a satisfazer os legados, aquelles assentárão que se devião satisfazer como disposições deixadas em modo de Testamento, e por não só serem conformes aos principios de Direito Romano, mas muito uteis, principalmente pelas muitas peregrinações que fazião os Romanos ; sendo C. Terbacio um dos Jurisconsultos que mais se esforçou para isto, como se vê de Heineccio cit., e pr. da *Inst. de Cod.*, ficando depois admittidos como os Testamentos ; e por isso a *Ord. cit.* § 3 (que foi toda copiada do Direito Romano) diz que podem fazer Codicillos todas as pessoas que podem fazer Testamento : e no § 1 requer que as testemunhas tenham as mesmas qualidades que as requeridas nos Testamentos, só com a differença do numero e sexo, por ser disposição menos solemne ; podendo ser tambem escriptos, ou nuncupativos, tendo comtudo estes sómente lugar á hora da morte, infirmando-se no caso de convalescença do testador, se o não reduzir a escripto ; e posto que a *Ord. tit. 86* se não expresse tambem a este respeito, comtudo assim se deve entender, porque a mesma razão que ha nos Testamentos, se dá nos Codicillos, bem como sobre poderem ser feitos, tanto por aquelle que fez o Testamento, como por o que o não fez. O Direito Romano relativo a esta materia é tratado no *Liv. 29, tit. 7, ff. de jur. Codicill.*, e no *Cod. Liv. 6, tit. 36, de Codicillis* ; bem como na *Instit. Liv. 2, tit. 25, de Codicillis* ; onde se acha a regra, que para se poder fazer Codicillo é necessario que se possa fazer Testamento—*Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest.* —L. 6, § 3, ff.

Podem os Codicillos, bem como os testamentos, ser feitos por escripto, ou de viva voz nuncupativamente, e abertos, ou feitos por tabellião publico (\*), ou cerrados com instrumento de approvação nas

*de Jur. Codicill.*, donde foi deduzida a Ord. Liv. 4, tit. 86, § 5. — O Direito Francez estabelecido no Cod. Civ. não fez differença entre Testamento e Codicillo, tendo cada um a faculdade de instituir herdeiro, tanto por Testamento, como por Codicillo, não legislando a respeito d'este separadamente.— Na L. 4, tit. 12, Part. 6, de Hespanha se diz que o Codicillo é *uma breve escriptura feita antes ou depois do Testamento*: requerem-se nelle cinco Testemunhas sem serem rogadas; podem nelle augmentar-se, ou diminuir-se os legados, sem instituição de herdeiro.— Pelo *Cod. da Prussia*, art. 5, tit. 12, da P. 1, se chamão *Codicillos as declarações particulares de vontade, pelas quaes cada um, em caso de morte, dispõe sómente de partes, sommas, direitos, ou obrigações isoladas e determinadas*; e pelo art. 7 do mesmo tit. os faz válidos sem Testamento; mas em geral, no Art. 8, requer nelles as mesmas solemnidades que para o Testamento.— Pelas *Leis Inglezas*, segundo diz Blackstone, tom. 3, pag. 442, o *Codicillo*, a que chamão pequeno Livro, Caderno, ou Supplemento, ou addição feita pelo Testador ao seu testamento, é julgado como parte, e tanto que só serve entre elles para mudar, acrescentar, ou cortar alguma parte das disposições pelo Testador feitas no seu Testamento; podendo ser tambem, como entre nós, Escripto ou Nuncupativo.— O *Codigo de Sardenha* referio-se nesta parte ao Direito Romano, contentando-se com declarar no Liv. 5.º tit. 1, art. 20, que se ponha nos Testamentos a *clausula Codicillar*; que se o Testamento não valer como tal, valha como Codicillo, ou Doação *causa mortis*, ou de qualquer modo que possa valer.

(\*) Assim como os Testamentos, os Codicillos podem ser approvados pelos escrivães dos juizes de paz, os quaes para esse effeito funcionão como tabelliães.

costas, ou feitos, e assignados pelo testador, ou por outra alguma pessoa particular; por isso que são considerados como uns testamentos pequenos, segundo diz a Ord. cit. pr., e § 1. Devemos comtudo notar tres differenças, com que os distingue dos Testamentos a Ord. cit.: — 1<sup>a</sup>, que no Codicillo se não póde dar, ou tirar a herança directamente, Ord. cit. pr., como nos testamentos (154); — 2<sup>a</sup>, que nos Codicillos basta que intervenhão quatro testemunhas, além do escrevente, quando nos testamentos são necessarias cinco, Ord. cit. § 1; — 3<sup>a</sup>, que neste numero de testemunhas podem entrar tambem mulheres, quando no tit. 80 se requerem cinco testemunhas varões nos testamentos solemnes, não fazendo tambem distincção de serem grandes ou pequenas as povoações.

---

(154) Mas póde-se por elle mandar restituir a herança fideicommissariamente. Ord. Liv. 4, tit. 87, § 10, deduzida da L. 2, Cod. de *Codicill.*

## CAPITULO XXIX.

*Da Clausula Codicillar* (\*).

A clausula *Codicillar*, de que os Romanos usavão nos Testamentos, tambem tem lugar e uso entre nós, e pôde ser especial, ou geral: especial, v. gr., quando o Testador diz no seu Testamento: *Quero que este meu Testamento valha ao menos como Codicillo, se não valer como Testamento*; e geral quando: *Quero que o meu testamento valha por qualquer modo que possa valer* (155).

O effeito d'estas clausulas é fazer com que valha aquelle Testamento que não podia valer, por falta de solemnidades externas, como Codicillo, se comtudo tiver as solemnidades que requerem os Codicillos; vindo, por consequencia, a valer, por força

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 5, § 57; Lobão, *a Mello*, a este §; Coelho da Rocha, not. ao § 729.

(155) Alguns praxistas dizem que tambem ha uma clausula que cham o tacita, e que se pôde deduzir das palavras do Testador, ou que se deduz do costume geral de a pôrem os tabelliães; porém eu assento que ella se não deve entender sem se expressar; e por consequencia não pôde haver tal clausula tacita, e só a expressa, geral ou especialmente posta pelo Testador, ou mandada por elle pôr, e declarada por fé do Tabellião, reportando-se á vontade d'aquelle.

d'esta clausula, o Testamento que tiver cinco testemunhas assignadas, ainda que entrem neste numero mulheres (156).

---

(156) *N. B.* que esta clausula não opéra a validade de todos os Testamentos; porque, se o testamento fôr nullo pela preterição dos descendentes ou ascendentes, se *roto*, *irrito*, ou *destituto*, ou se assistirem a elle testemunhas que são prohibidas, não se torna válido por tal clausula, pois tem sómente lugar no caso em que tenham intervindo no Testamento as solemnidades que a Ord. cit. requer que intervenhão nos Codicillos, como se póde vêr no § 57 das Inst. de Dir. Civ. Lus., e autores ahi citados.

## CAPITULO XXX.

*Modos de adquirir a herança (\*).*

Tendo-se tratado até aqui tanto dos Testamentos como dos Codicillos, pelo que pertence á sua fórma e causas que os invalidão ; e tendo-se tambem já fallado na sua abertura e publicação, segue-se vermos os modos por que a herança se adquire ou repudia, para o que é necessario dizermos primeiro o que seja herança, que não é outra cousa mais do que o *patrimonio do defuncto com seus onus* (157).

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: Mello, liv. 3, tit. 6, §§ 1 e seg.; Lobão, *a Mello*, *cod.* Coelho da Rocha, §§ 424 e seg.

(157) Esta definição é a que dá Grocio, e que se pôde produzir, por comprehender uma universalidade tanto de bens, como direitos, onus e obrigações tanto activas como passivas, apartando-nos da que se dá na L. 24, ff. de V. S., e L. 62, ff. de Reg. Jur., onde se define: *Successio in universum jus, quod defunctus habuit*, e isto porque a successão é o acto pelo qual o herdeiro entra na posse dos bens, e não a herança, que antes é o objecto da successão, como nota Vin. ao pr. da Inst. de Reb. et incorp. n. 4, e § 7, Inst. Per quas pers. cuiq. adquir. n. 3. De differente modo define o direito á herança Heineccio, fundado nas leis citadas: *Jus succedendi in universum jus seu patrimonium quod defunctus tempore mortis habuit*; e ainda que elle applique esta definição á herança, comtudo não é exacta, porque a herança é uma cousa corporal, e o direito a ella é cousa, mas incorporal; d'esta definição, porém, se vê o que seja herdeiro, e é aquelle que tem o direito de succeder no patrimonio do defuncto: se succede por testamento, chama-se *Testamentario*; se *ab intestado*, diz-se herdeiro *legitimo*: e note-se que, posto que

entre os Romanos havia herdeiros *necessarios* e *seus e necessarios*, comtudo, como já não temos servos, e não só por direito natural, mas civil patrio, é livre ainda aos filhos adir ou deixar de adir a herança do pai, por isso hoje são entre nós todos os herdeiros voluntarios, não havendo differença entre os herdeiros seus, e emancipados, haja ou não haja Testamento, por isso que a todos passa a herança *ipso jure*, logo pela morte do Testador, sendo inuteis entre nós todas as ficções e subtilzas de que usavão os Romanos a respeito da herança jacente, pois que não sendo esta considerada entre nós como cousa *nullius*, se lhe dá um curador emquanto não é adida por alguém, havendo o impedimento de que falla a Ord. Liv. 1, tit. 90: curador que não só deve defender e curar os direitos e bens do defunto, mas no entanto representa a pessoa deste. Tambem não ha hoje differença nos filhos emquanto ao modo de adquirir a herança, porque o emancipado é herdeiro *ipso jure*, e adquire a herança, sem adição, como o filho que está debaixo do patrio poder, o que se deve entender comtudo sómente a respeito da legitima, por lhe pertencer não por disposição ou vontade do pai, mas pelas da Lei, Surdo, *Cons.* 343; Menoch. *Cons.* 994, n. 34; vindo por consequencia a applicar-se a todos os filhos o que o Direito Romano dispunha sómente a respeito dos herdeiros seus, na Lei 14, ff. de *Suis et Leg. her.* Groenew. de *Leg. abrog.* á dita Lei: chamava o Direito Romano herdeiros *necessarios* aquelles que, quizessem ou não, erão obrigados a sê-lo; e o erão os servos proprios instituidos pelo seu senhor: *Seus, e necessarios*; aquelles que o testador era obrigado a instituir, ou desherdar; porque, sendo instituidos, tambem erão obrigados a ser herdeiros, e o erão os filhos que ao tempo da morte do testador estavam de tal modo debaixo do seu poder, que não tinham de recahir no poder de outro; chamados *seus*, porque erão como herdeiros domesticos; e *voluntarios* aquelles que tinham no seu arbitrio adir ou não adir a herança; e erão os que não estavam no poder do testador, e a quem por isso não podia impôr lei pelo Testamento, §§ 1, 2 e 3, *Inst. de Hered. qual. et diff.* (\*)

(\*) Os manposteiros, de que trata a Ord. cit., liv. 1, tit. 90, forão substituidos pelos Provedores—Carta de Lei de 4 de Dezembro de 1775, declarada pelos Alvs. de 28 de Janeiro de 1788, e 26 de

A herança, se se comprehende sómente na legitima que pertence não sómente aos filhos, mas tambem aos pais, é adquirida por aquelles a quem é devida *ipso jure*, sem ser necessario que pratiquem facto algum que induza a sua adição. Se, porém, é deixada a herdeiros estranhos, é preciso que elles declarem por palavras ou factos, que querem adi-la: se é por palavras que elles declararão querer ser herdeiros, se chama *adir a herança*, e se por factos, *pro herede gerere*. Por estes mesmos modos repudião a herança os herdeiros estranhos, porque os *seus*, ou legitimos propriamente, não adem a herança, nem a repudião, mas *se immiscent, vel abstinent* (158).

(158) Estas erão as palavras de que os Jurisconsultos Romanos se servião para explicar a adição ou repudição da herança, fallando dos

Agosto de 1801.— Extincta a provedoria dos defuntos e ausentes, ficou pertencendo aos juizes de orphãos a arrecadação e administração dos bens dos ausentes nos termos do seu Regimento, Ord. Liv. 1. tits. 88 e 90, e tit. 62, § 38, e mais leis a respeito; revogados o Regimento de 10 de Dezembro de 1613 com todas as outras Leis. Provisões e Ordens relativas; Lei de 3 de Novembro 1830.—Reg. n. 143 de 15 de Março 1842, art. 5, § 11.—Para a arrecadação de taes bens derão-se os Regs. n.º 160 de 9 de Maio 1842 e n.º 422 27 de Junho 1845.— A adição de herança é acto puramente voluntario, assim como é a instituição, salvo o caso de successão necessaria entre ascendentes e descendentes; pois que logo que se dá a abstenção, que é inteiramente livre pela legislação patria, verifica-se a successão legitima, e nunca, portanto, se pôde dizer que esta provém da vontade do cedente, mas da immediata disposição da Lei, ou a herança se devolva aos consanguineos, que ella chama, havendo-os, ou, na sua falta, á fazenda publica. Vid. Ord. de 26 Abril 1844, (*Jorn.* 116.) — Sobre heranças jacentes *in actu* vejião-se Alv. de 21 Outubro 1763, § 15—27 de Julho de 1765, § 1—19 de Dezembro de 1785 (B. *Carneiro mappa.*)—28 de Janeiro 1788—26 Agosto 1801, §§ 1, 3, 4—Reg. n. 160 de 9 Maio 1842, art 3, § 4, arts. 18, 20, 24. 34 a 37, 41 a 43. (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado.*)

Porém todos os herdeiros, ainda os estranhos, morrendo antes de adirem ou repudiarem a herança, transmittem-na aos seus herdeiros, passando para elles não só todos os direitos que são transmissíveis e que não são personalísimos, mas até a posse, o que se declarou pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754 (159). E, morrendo o herdeiro depois da

herdeiros seus, ou voluntarios; dizendo que aquelles são herdeiros *ipsi jure*, e os voluntarios *hereditatem adeunt*; aquelles *se immiscent*, estes *pro herede gerunt*; aquelles *se abstinent*, e estes *repudiant*. E, posto que em nenhuma parte do nosso Direito se mande usar de taes palavras proprias dos Romanos, nada impede que usemos dellas, não no sentido do Direito Romano, que era relativo á suidade, mas porque, tomadas no seu sentido natural e obvio, servem para significar os differentes modos de adquirir ou repudiar a herança, tanto a respeito dos herdeiros legitimos, como dos estranhos; de maneira que hoje apenas se póde conceber differença entre o beneficio de abstenção de herança concedida aos filhos e repudição d'ella, de que não usavão senão os estranhos, ou immixtão dos herdeiros seus, e gestão dos ditos estranhos.

(159) Note-se que, se o herdeiro morrer antes do testador, não ha transmissão de herança, por não haver que transmittir herança de homem vivo; porém morrendo o herdeiro depois do testador antes de adir a herança, por Direito Romano tambem a não podia transmittir aos seus herdeiros, e só depois de a ter adido, por isso que só adquiria pelo facto da adição, havendo differença de contratos a ultimas vontades, como se vê da L. 57, ff. *de Verb. obligat.*, e a L. 4 e 5, § 2 ff. *Quando dies Leg. Ced.* Tambem por Direito Romano o herdeiro instituido adquiria todos os direitos do defunto, mas não a posse, porque para a adquirir era necessaria apprehensão corporal, por ser considerada mais como cousa de facto que de direito; porém entre nós

morte do testador, pendendo a condição debaixo da qual tinha sido instituído, se transmite aos herdeiros do fallecido, não a herança, porque ainda não foi deferida, mas o *jus* hereditario, ou a esperança que tinha o herdeiro fallecido á mesma herança (160). Póde o herdeiro adir toda a herança ou sómente parte d'ella, e por si ou por procurador e não só puramente, mas debaixo de condição (161);

não é assim, ao menos depois do Alv. cit., de 9 de Novembro de 1754, que determinou que a posse civil dos bens passasse com todos os efeitos de natural aos herdeiros nos bens livres, e nos vinculos ao filho mais velho, ou neto do filho primogenito, e, faltando estes, ao irmão ou sobrinho, e, nos prazos e vinculos de nomeação, aos nomeados pelos testadores, ou pela Lei, sobre o que se deve vêr o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

(160) O autor das Inst. de Dir. Civ. Lusit., Liv. 3, tit. 6, § 13, em a nota illustra esta materia, dizendo que por Direito Romano sómente nos contratos, não nas instituições ou ultimas vontades, se transmittia ao herdeiro do fallecido a esperança do que se pretendia adquirir; mas que julga se deve estender tambem ás ultimas vontades o que se acha disposto na L. 47, ff. de Verb. oblig. § 4. inst. Cod., e § 25, Inst. de Inutilib. Stip. a respeito dos contratos; porém não se póde isto estabelecer como doutrina que se deva receber em toda a sua extensão, deixando-se comtudo ao arbitrio do bom julgador decidir conforme as circumstancias que occorrerem.

(161) Entre os Romanos a herança devia ser adida toda, e não parte, por causa da regra fundada nos principios proprios dos mesmos Romanos, que ninguem podia morrer *pro parte testatus, et pro parte intestatus*; mas esta regra não tendo applicação aos nossos costumes, se acha, por uso e Lei, inadmissivel em o nosso fóro: por uso, porque sempre se permittio ao testador dispor só de parte da herança, para se

tanto por meio de palavras, como de factos, ou *pro herede gerere*, comtanto que mostre que o seu animo é adir a herança, como cultivando predios pertencentes á mesma herança, pagando dizimos, exigindo fóros, satisfazendo as dividas do testador, etc.; porque por estes factos adquire immediatamente a herança, quando não declare o contrario: devolvendo-se-lhe todos os encargos e obrigações que tinha o defunto (162); não podendo repudiar a herança que uma vez adio (163).

devolver aos herdeiros instituidos, e de parte não, para se devolver aos herdeiros legitimos; e por Lei, porque temos a de 9 de Setembro de 1769, que abroga todas as subtilezas e superstições do Direito Romano: assim, se se póde dispôr só de parte da herança, nada implica á razão poder-se adir só em parte, e em parte não. Tambem entre os Romanos não podia ser a adição feita por procurador, por ser acto legitimo, que por sua natureza não admite procurador, dia ou condição, o que não tem lugar entre nós; mas não basta qualquer procurador com procuração geral, e é necessaria especial para este mesmo fim, e assim póde tambem ser adida pura ou condicionalmente *in diem*, ou *ex die*, porque tudo pende do arbitrio do herdeiro, excepto se isto fôr restringido pela pessoa do testador, porque sendo considerado como legislador do seu patrimonio, sua vontade é que deve regular e valer, uma vez que se não opponha ás disposições da Lei.

(162) É porém necessario advertir que, para estes factos serem sufficientes, é necessario que sejam praticados pelo herdeiro com animo de ter a herança; porque, se os praticar com animo declarado de não ser herdeiro, não a adquire, nem competem contra elle acções algumas,

(163) Excepto sendo menor de vinte cinco (\*) annos, porque este.

(\*) Entre nós, 21 annos, *ex vi* da Resol. de 31 de Outubro de 1831.

por privilegio, pôde mudar de vontade ácerca da aceitação da herança, ainda depois de a ter feito, Ord. Liv. 4, tit. 87, § 3, que tambem falla dos filhos-familias ou que estão debaixo do patrio poder, e que abraçou nesta parte a disposição do direito romano, como a mesma declara: portanto todos que não fôrem estes, não podem repudiar a herança que uma vez declárárao sufficientemente ter aceitado; pois, pelo facto da adição contrahirão um quasi contrato com os credores legatarios, fideicommissarios, para lhes pagar e satisfazer tudo o que se lhes deve, ou foi deixado em testamento; pois que aquelle herdeiro que adio a herança sem fazer declaração alguma, suppõe-se adir toda, e não parte della, como é assentado por todos os praxistas: e note-se que os furiosos, mentecaptos, pupillos e menores, como não podem declarar sufficientemente a sua vontade, podem adir a herança por procurador ou pelos seus pais. L. 1, Cod. de Jure deliber., e L. ult. § 3, Cod. de Curat, furios. O Filho familias, porém, tendo a idade legitima, já a pôde adir por si e a seu arbitrio; deve comtudo requerer o consentimento de seu pai; mas, se este lh'o negar, não perde por isso a herança, mas adquire nella plena propriedade, Ord. L. 4, tit. 98, § 3. Pelo Art. 778 do Cod. Civ. dos *Franceses* a aceitação ou adição da herança, tambem é expressa ou tacita: expressa, quando se toma a qualidade de herdeiro por acto authenticico e privativo; e tacita, quando o herdeiro faz um acto que suppõe necessariamente animo de aceitar, e que não teria direito de fazer senão na qualidade de herdeiro; e nos seguintes se fazem explicações concernentes á mesma materia, estabelecendo-se como principio e regra: Que, uma vez feita a aceitação da herança por um herdeiro maior, não a pôde mais revogar, segundo a maxima—*qui semel hæres, semper hæres*; e nem ainda com o pretexto de lesão; tal é a precisa disposição do Art. 783, tendo estabelecido o Art. 775 que ninguem é obrigado a aceitar uma successão; e no Art. 774, que ella pôde ser aceita pura e simplesmente, ou a beneficio de inventario. O Direito estabelecido no *Codigo de Sardenha* Liv. 5, tit. 5, declara que a posse dos bens da herança do defunto, passa, e é julgada transferida *ipso jure* á pessoa do herdeiro tanto legitimo como testamentario, em ser necessario que elle faça acto algum de posse; direito que foi adoptado entre nós pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754 (\*); mas por aquelle

(\*) Vide o Ass. n° 302 de 16 de Fevereiro de 1786.

Direito é necessario que o herdeiro dentro em 30 dias declare judicialmente que não aceita a herança, se lhe não faz conta aceita-la, procedendo dentro em outros trinta ao inventario de todos os bens perante a Justiça competente : ao contrario, elle é reputado herdeiro; porém si não usou da herança, tem um anno para deliberar; no tit. 5, que trata do Inventario legal, declara que o herdeiro que quizer gozar d'este beneficio não poderá servir-se de effeito da herança, nem fazer algum acto que possa induzir a adição. Sobre o Direito de *Hespanha* a respeito da aceitação da heranca, veja-se o *Viscain*. Perez t. 1, pag. 256 e seg., L. das Part., tit. 6, e da Recop. tit. 4, liv. 5 : e quanto ao direito da *Prussia*, veja-se Parte 1, tit. 9, art. 389 e seg. do seu Codigo.

## CAPITULO XXXI.

*Obrigações do herdeiro que adio a herança* (\*).

Como o herdeiro representa a pessoa do defunto, e succede em todos os seus direitos, Ord. liv. 4, tit. 48, § 3, e pela adição não só consegue e adquire todos os Direitos hereditarios, mas ainda a posse, posto que a não apprehenda corporalmente, na fórma do Alv. citado de 9 de Novembro de 1754, segue-se que o herdeiro é obrigado a cumprir todos os contratos que o defunto tenha celebrado, Ord. liv. 4, tit. 42 *in fin.*, e tit. 45, §§ 1, 2 e 3 (164); passando para o mesmo herdeiro os direitos que são transmissiveis, como os de que falla a Ord. liv. 3,

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 6 §§ 7, 8 e seg.; Lobão, a *Mello, cod.*; Coelho da Rocha, §§ 427 e seg.

(164) Note-se que a hypothese do § 2 da Ord. cit. se acha declarada pelo Alv. de 3 de Novembro de 1757, em quanto manda que todos os arrendamentos que [não forem perpetuos ou por mais de tres vidas, se considerem como contratos de locação ordinaria, passando de dez annos, não se transmitindo, por consequencia, o dominio util para os herdeiros { neste caso, o que não notou o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.* no § 7 do tit. 6 do liv. 3, fallando d'esta materia, e citando o sobredito §, quando aliás é necessaria semelhante declaração.

tit. 11, § 2, tit. 38, § 6, e tit. 59, § 12 (165), e ficando, por consequencia, obrigado a satisfazer todas as dividas a que o defunto estava obrigado, uma vez que não faça inventario dos bens que pertencerem á herança, excedão ou não as forças da mesma; o beneficio de inventario produz o effeito de se não confundirem os bens do Testador defunto com os que tinha o herdeiro (166).

---

(165) *N. B.* que ha certos direitos que, por serem personalissimos, não passão do defunto ao herdeiro, como os que se vêem na Ord. liv. 3, tit. 25, § 10, e liv. 4, tit. 63, § 9, e outros.

(166) O beneficio de Inventario, inventado primeiramente por Justiniano na L. ult., Cod. *de jur. deliberandi*, para o fim de se não confundirem os bens do defunto com os do herdeiro e não ser este obrigado a pagar as dividas d'aquelle senão até onde chegarem os bens ou herança do mesmo, diz o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.* no § 9 do tit. 6 cit., que nunca fôra recebido entre nós por Lei ou costume; tendo já dito tambem no § antecedente que o herdeiro não pôde ser obrigado além das forças da herança, ainda que não faça inventario: porém sendo nova a sua opinião e contraria á pratica, parece não estar nos termos de se adoptar, porque, pelo que pertence a ser ou não o herdeiro obrigado além das forças da herança, é pratica constante de ficar sujeito a satisfazer as dividas do defunto uma vez que não faça inventario da herança. É verdade que uma das razões dos romanos era a da representação civil da pessoa do defunto, porém não era só esta, e pôde-se apontar uma deduzida mesmo do Direito Natural, o qual não representa o herdeiro como pessoa do defunto, mas como successor de todos os direitos e acções que elle tinha, e assim o apresenta igualmente em todos os seus encargos. Demais, é presumpção de direito que, uma vez que se adio a herança, se recebeu

utilidade; e se é de Direito Natural que aquelle que percebe o commodo se deve sujeitar ao incommodo, devem, em consequencia, recahir sobre o herdeiro os encargos da herança; é igualmente certo que a presumpção deve ceder á verdade, e que, portanto, se o herdeiro mostrasse que na herança não ha com que pagar as dividas, não as deveria elle pagar pelo seu patrimonio: porém, como d'aqui resultarião immensas demandas e fraudes, dizendo-se que a herança não era bastante para a sua satisfação, o que causaria grandes detrimentos, a mesma razão natural pede se evitem, e sejam coarctados pelas Leis civis, para o que se introduzio no Fôro o beneficio de inventario, pelo qual se podem atalhar todas as demandas que d'ahi poderião nascer; porque, se o herdeiro não quer usar d'elle com razão fica sujeito a todas as dividas do defunto; e esta tem sido a praxe constante em o nosso Fôro. Querer o Autor provar o contrario com os costumes dos Wisigodos, é ir encontrar-se com os dos Romanos, que, tendo mais luzes, sempre souberão regular as acções dos seus subditos, e o mesmo Heineccio reconhece ser este o costume dos Francos. Quanto ao que diz o Autor citado a respeito dos Soldados Romanos, foi um privilegio concedido a favor da milicia, por se reputarem ignorantes do Direito; e finalmente quanto ao outro argumento de que se serve a respeito do Fisco, não conclue:—1.º Porque é um privilegio concedido a favor da Fazenda Real;—2.º porque nunca o Fisco entra na posse de semelhantes bens sem primeiro serem inventariados. Accrescenta elle que não ha Lei que autorise este beneficio; é verdade, porém pelo uso e costume introduzido a favor dos herdeiros, que jámais julgador algum o deixou de admittir no seu fôro; não julgando os nossos Legisladores dever fallar de uma cousa que tanto estava em uso. A mesma opinião de Mello vejo agora adoptada pelo aliás digno autor das *Prim. Lính. sobre o Process. Orphan.*, not. 83 da 2ª edição, mas sem razão sufficiente, e contra a pratica recebida em todo o reino, desde que o Direito Romano foi adoptado em Portugal; pois que a simples razão de dizer-se que os nossos monarchas não adoptarão expressamente aquelle beneficio, não convence, porque são infinitos os exemplos que temos de semelhantes disposições de Direito Romano adoptadas unicamente pela practica do Reino; e se as nossas Leis o não julgassem ou suppozessem

adoptado, era escusado dizer-se na Ord. liv. 4, tit. 87, § 3, que ao menor se concede privilegio sobre aceitação da herança, de poder mudar de vontade; porque se o herdeiro não ficasse sujeito ás dividas do defunto, não fazendo inventario, sempre a herança se devia reputar lucrativa pela administração, e então era escusado aquelle privilegio, e deveria proscrever-se do fóro a practica de se aceitar a herança a beneficio de Inventario. Nem aquellas novas opiniões se podem conciliar entre si mesmas, quando dizem que o herdeiro não fica sujeito ás dividas do defunto, ainda que não faça inventario; porque, qual será então o meio que se deva adoptar para se não confundirem os bens de um e outro? A practica não conhece outro senão o Inventario mandado praticar por diferentes Leis Patrias todas as vezes que se quer separar os bens; taes são, por ex., o Alv. de 20 de Março de 1756, § 6, o Alv. de 13 de Novembro de 1756, § 15, as L. de 31 de Janeiro de 1623 e de 2 de Março de 1655, etc. Demais, este beneficio tendo sido olhado como muito providente, tem sido adoptado por todas as nações civilisadas para o mesmo fim; e assim o vemos aceito na *Hespanha* pela L. 5 e seg. do tit. 6, da Part. 6. Já vimos no Cap. antecedente que o é tambem pelo Direito de *Sardenha*, e mesmo pelo da *Prussia*, como do seu Cod., art. 434, da 1ª Part., tit 9 e seg., onde se fazem excellentes declarações a semelhante respeito, e finalmente pelo novo Cod. Civ. dos *Francezes*, como se lê no art. 1058 e seg., tendo estabelecido no Art. 877 que o herdeiro representando a pessoa do defunto, e aceitando a herança, é responsavel pelas dividas a que ella está obrigada: vendo-se adoptado por aquelle mesmo Codigo, quasi em tudo, o Direito Romano sobre o direito de deliberar, e beneficio de inventario, como largamente trata Desquiron, *Nouv. Furgole* tom. 2, pag. 390 e seg.; sendo alli tambem este beneficio um privilegio concedido pela Lei ao herdeiro presumptivo, cujo principal effeito é não comprometter a sua fortuna particular, isto é, os bens do mesmo herdeiro. Nos arts. 793 e 794 se declara o modo por que deve ser requerido; e no art. 795, o tempo que o herdeiro tem para fazer inventario, que são tres mezes, contados do dia da abertura da successão; havendo mais uma dilação de 40 dias para deliberar sobre a aceitação ou renuncia da herança; o que é conforme com a antiga Ordenança de

---

1667, art. 7; e no art. 796 se declara que, se na herança houver objectos susceptíveis de corrupção, ou dispendiosos para a sua conservação, o herdeiro pôde requerer que se vendão por Justiça, sem que d'isto se presuma a aceitação da herança: portanto produz este beneficio em França os mesmos effeitos que em Roma, que erão: 1º, não ser o herdeiro obrigado ao pagamento das dividas da herança, sinão até onde chegassem os bens que d'ella tivesse recolhido e aproveitado; e mesmo de se descarregar do pagamento das dividas abandonando todos os bens da successão aos credores e legatarios;— 2º, não confundir seus bens pessoaes com os da successão, e conservar contra ella o direito de reclamar o pagamento de seus creditos ou dividas activas, como se vê no art. 802 e seguintes, como melhor expõe o cit. Desquiron á pag. 463. Á vista, pois, do exposto, e adopção que de semelhante beneficio têm feito as nações civilisadas, haverá quem negue a sua admissão em o nosso fôro, tendo elle sempre sido practicado entre nós? Mas lêa-se a Dissert. de Almeida e Souza, que agora vejo á pag. 56, t. 2. das *Acq. Sum.*

---

## CAPITULO XXXII.

*Do tempo que tem o herdeiro para deliberar. (\*)*

Como a herança nem sempre é commoda, porque muitas vezes vem onerada de mais dividas do que monta a herança, se concede ao herdeiro instituido tempo para deliberar (167) sobre a acceitação della,

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mello, liv. 3, tit. 5, § 10; Coelho da Rocha, § 429.

(167) Este *Beneficio, ou Direito de deliberar* sobre a acceitação da herança, por Direito Romano, antigo era sómente concedido aos herdeiros voluntarios; mas depois tambem o foi aos herdeiros seus, depois que o Pretor lhes facultou o Direito de se poderem abster da herança paterna, o que antes não podião fazer; porém, quizessem ou não, havião de adi-la. Foi, pois, inventado pelo Pretor Romano, como se vê da L. 23, § 1, ff. de *Hern.*, e L. 1, § 1, *Inst. de Jur. deliber.*; mas sem declarar-se o tempo necessario para o herdeiro deliberar, vindo, por consequencia a ser arbitrario por Direito antigo, não se concedendo comtudo, menos de cem dias; porém por direito novo fez-se differença de ser concedido pelos Imperadores ou pelos Magistrados; se por aquelles, dava-se um anno, se por estes, nove mezes, como se vê da Lei ult., § 13, *Cod. de jur. deliber.* É certo que entre nós se não acha este beneficio expressamente adoptado, nem as nossas Leis declaram o tempo dentro do qual o herdeiro deve fazer a declaração sobre a acceitação ou repudição da herança; mas a pratica tem admittido que, quando não haja parte que requeira, tem o herdeiro o tempo que lhe parecer para adir ou deixar de adir a herança; mas havendo Parte que tenha interesse na declaração, requererá ao Juiz da terra para que assigne ao herdeiro o tempo que lhe parecer conveniente para adir a herança, sob pena de, não o fazendo, se julgar repudiada, e não

o qual, posto que não esteja definido e declarado pelas nossas leis, comtudo o uso e pratica têm admittido pertencer aos Julgadores, ou Juizes da terra, assignar ao herdeiro para dentro d'elle deliberar, sendo requerido pelos credores, legatarios e herdeiros substituidos: o costume é determinar para esse fim oito ou dez dias, passados os quaes, se o herdeiro não adio a herança, julga-se repudiada, passando a quem por direito dever passar, ou vendendo-se para satisfação das dividas ou legados.

---

aceita; e, neste caso, o Juiz costuma assignar oito ou dez dias, os quaes sendo noticiados ao herdeiro e publicados em audiencia, se este não declara adida a herança no tempo marcado, se fazem os autos conclusos, e o Juiz julga a comminação por sentença; porém isto é pelo que pertence ao Substituto ou Legatario; porque sendo os credores os que requerem, passados os dias que se assignarão, não se julga repudiada, mas como jacente, á qual se nomêa um Curador para pagar as dividas a que estiver sujeita; e, não havendo isto, então tem o tempo marcado na L. ult. Cod. de Jur. deliber. já citada. Veja-se a nota no cap. antecedente.

## CAPITULO XXXIII.

*Modo de proceder ao Inventario (\*)*

Tendo-se mostrado que o *Beneficio de Inventario* fôra sempre adoptado em o nosso fôro, e fazendo-se este tanto a requerimento de Parte como *ex-officio Judicis*, será util dizer o modo, nos termos os mais breves (168).

Devem fazer inventario todos aquelles que administram bens alheios, ou que querem dar boa conta da sua administração, para que não periguem os seus bens, e a todo o tempo conste o que pertence aos bens administrados: a este lugar pertence o inventario, que devem fazer os herdeiros testamentarios, ou legitimos, se não quizerem pagar dividas

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA : Ord., l. 1.<sup>o</sup>, tits. 62 e 88 ; l. 4.<sup>o</sup>, tits. 95, 96, 97, 102, 103 e 104 ; Pereira de Carvalho, *Primeiras Linhas sobre o Processo Orphanologico*, per tot. ; Menezes, *Juizes Divisorios*, 1.<sup>a</sup> parte ; *Prat. dos Invent. part. e cont.* ; Anonymo, *Roteiro dos Orphãos*; Paiva e Pona, *Orphanologia Practica*.

(168) Não somos muito extensos nem circumstanciados neste artigo, porque esta materia se acha bem tratada nas *Prim. Linh. sobre o Processo Orphan.*, e por isso só notaremos as differenças capitaes.

além das forças da herança (\*); e o que deve também fazer o marido, ou mulher, qual vivo ficar por morte de um d'elles, tendo filhos ou netos menores de 25 (\*\*) annos, dentro de dous mezes, não tendo procedido a elle o Juiz dos Orphãos, na fórma da Ord. liv. 1, tit. 88, § 8.

O Juiz dos Orphãos, porém, *ex-officio* deve mandar fazer inventario (a que deve assistir) (\*\*\*) : — 1º, quando vier á sua noticia que morreu alguma pessoa que deixe filhos, herdeiros, orphãos, ou menores, Ord. liv. 1, tit. 88, § 4; — 2º, quando

(\*) A obrigação de herdeiro que não fez inventario pagar dividas pelo seus proprios bens, *etiam ultra vires hereditarias*, não se funda em lei patria, nem na boa razão. Coelho da Rocha, que a sustenta, § 432, estriba-se na praxe do fóro e nos codigos civis francez e prusiano. Mello Freire, liv. 3º, tit. 6º, § 8º, e Lobão, *Suppl. às Acç. Summ.*, diss. 3.º, sustentão o contrario, e com excellentes razões. Devemos notar que nem a todo herdeiro incumbe a facção do inventario, porem só ao que fica em posse e cabeça do casal: só a este, jámais aos outros, seria applicavel a doutrina, se fóra verdadeira. Demais, aos credores pertence tratar dos meios da sua cobrança, requerendo ao juiz que mande fazer inventario, se ha orphãos; sequestrando a herança, se ha perigo de extravio; penhorando os bens communs, se estão com suas sentenças aparelhadas, etc.

(\*\*) Hoje 21 annos, pela Res. de 31 de Outubro 1831.

(\*\*\*) A que deve assistir, só por excepção: a regra é que os juizes não vão fóra fazer inventario senão quando fôr em utilidade dos orphãos: Alv. de 10 de Outubro de 1754, concorde com o de 2 de Maio de 1731.

lhe fôr noticiado por algum do povo, ou requerido que está alguém ausente, por estar captivo, ou não se saber onde, e os seus bens estiverem por isso desamparados, por não ter mulher, ou pai sob cujo poder estivesse ao tempo que o captivárão, ou se deixou de ter d'elle noticia, dando curador a taes bens, na fórma da Ord. liv. 1, tit. 90, pr. ; — 3º, quando existirem bens vagos; isto é, se por morte de alguém não ficar herdeiro, ou este não quizer aceitar a herança, nem sua mulher, no caso que o Mamposteiro-mór dos captivos não mandasse tomar conta, depois do juiz lh'o ter noticiado, dando curador á mesma, Ord. cit., § 1 (169); — 4º, quando fallecer alguma pessoa que deixe netos menores, sendo já morto o pai ou mãe, que devia herdar se vivo fosse, representando a sua pessoa, Ord. liv. 1, tit. 88, § 8. ; — 5º, quando tambem por morte de alguém ficarem alguns filhos naturaes, que lhe devão succeder, Ord. liv. 4, tit. 92, pr. ; — 6º, quando lhe constar que no seu districto ha alguma pessoa que dissipa como não deve, seus bens e fazenda, por causa da sua loucura, prodigalidade,

---

(169) Note-se que a Lei de 4 de Dezembro de 1775 aboliu os officios de Mamposteiros dos captivos, e commetteu a sua jurisdicção ás Justiças ordinarias, principalmente aos Provedores, como se vê do § 11 da dita Lei, de quem se deve entender a Ord., cit. tit. 90, § 1.

bebedice, ou outros vícios, pelos quaes deva ser privada da administração de seus bens, Ord. liv. 4, tit. 103, pr., §§ 1 e 6.; — 7º, finalmente, todas as vezes que a algum menor pertencer herdar, ou haver algum interesse pela morte de alguma pessoa, Ord. liv. 1, tit. 88, § 7 (\*).

Tem o Juiz dos Orphãos a indispensavel obrigação de fazer inventario nos sobreditos casos dentro de um mez, contado do dia do fallecimento; e, fazendo o contrario, tem a pena estabelecida na Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 4, 6 e 7 (170).

(\*) A instituição de legados a menores de 21 annos, diz o Av. de 28 de Novembro de 1834, não autorisa ao juiz dos orphãos a fazer o inventario entre os maiores; competindo-lhe apenas então providenciar a bem da arrecadação e administração de taes legados quando os mesmos legatarios não tiverem pai. Entenda-se, porém, quando o legado fôr consistente em cousa certa e determinada; não assim quando em alguma quota de herança. — Pereira e Souza, not. 1024; Pereira de Carvalho, § 1º, not. 1.ª

(170) *N. B.* que os Inventarios, em que intervierem menores, pertencem ao Juiz dos Orphãos, na fôrma do seu Regim., tit. 88, liv. 1; bem como lhe pertencem os dos bens dos ausentes e vagos, na fôrma do tit. 90 do liv. 1, e tambem os dos prodigos e mentecaptos, Ord. liv. 4, tit. 103: não sendo, porém, sobre bens d'estes, mas de pessoas maiores de 25 annos, pertencem aos Juizes do Civel, quando esta Jurisdicção anda desligada, e aos Escrivães do Geral por distribuição; excepto se o inventario de maiores fôr dependencia de outro que se tenha feito no Juizo dos Orphãos, como o que é feito em consequencia de segundo matrimonio, que pertence por dependencia ao Juiz dos Orphãos, na fôrma do Ass. de 17 de Junho de 1651, que

A mesma obrigação de fazer inventario tem o conjuge por morte do outro, só com a differença de que a lei lhe prescreve o termo de dous mezes, ficando aliás privado da herança dos filhos, e pela mesma razão o avô da dos netos, Ord. liv. 1, tit. 88, § 8, sendo comtudo necessario que fosse citado para lhe competirem as ditas penas na fórmula do assento de 20 de Julho de 1780; e por isso, como diz Valasco, *de Part.*, cap. 8, o cabeça do casal, que ficar em posse dos bens, ou seja mãe, mulher, ou filho mais velho, ou estranho, não requerendo inventario no termo da lei, podem require-lo os interessados; e, não o fazendo no tempo fixado, se procede á revelia, ficando então sujeitos ás penas que lhes impõe, e declara a Ord. liv. 1, tit. 88, § 8.

Findos, pois, os dias do nojo, de que falla a Ord.,

---

refere Pona no cap. 1, n. 79. Os inventarios, porém, dos Bispos, pertencem aos corregedores das comarcas; e, morrendo em Lisboa, ao Corregedor do Cível da Côrte, Cab. D. 84, Per. D. 95, n. 16; ainda que ao Soberano incumbe nomear Juiz, como se vê do Ass. de 28 de Março de 1643, que se tomou sobre as duvidas que houve no tempo do Senhor D. João IV pela morte do Arcebispo D. Rodrigo da Cunha; e o Escrivão deve ser nomeado por distribuição dos mesmos da Correição do Cível. Note-se que por Provis. de 9 de Novembro de 1784 se declarou que o Escrivão dos Inventarios fica sendo o mesmo, ainda que se nomêe Juiz de Comissão, e que o dos Orphãos tem intenção fundada na Lei, para escrever nos inventarios e causas dos menores.

liv. 3, tit. 9, § 9, mas que serão limitados a oito dias pela lei de 17 de Agosto de 1761, § 3, é notificado o viuvo ou viuva, no caso de não haver ella requerido, para comparecer na presença do Juiz dos Orphãos e dar principio ao inventario dos bens do casal.

A formalidade com que se costuma fazer o inventario (segundo a pratica quasi geral) é a seguinte: estando presente o juiz, escrivão, e cabeça de casal, se dá principio ao inventario, pondo-se logo no frontispicio o nome do defunto, com quem é continuado, os nomes dos herdeiros e suas idades, em que dia morreu o inventariado, e em que se dá principio ao inventario; do que se fórma logo um auto com as declarações feitas pelo cabeça do casal, em que tambem se deve mencionar se o defunto deixou Testamento ou não, para se juntar: este auto deve ser assignado pelo Juiz, escrivão e cabeça de casal.

Depois d'isto feito, dá o Juiz juramento dos Santos Evangelhos ao cabeça do casal, para em virtude d'elle declarar bem e verdadeiramente todos os bens e dividas do defunto; do que se faz termo, que é tambem assignado por todos os tres acima ditos, como se deduz da Ord. liv. 1, tit. 88, §§ 4, 6 e 8.

Depois passa-se á nomeação de curador *ad litem*, que o Juiz deve fazer recahir em um advogado de conhecida probidade, na fórma da Ord. liv. 3, tit. 41, § 8; o que se reduz tambem a termo assignado pelo curador, se recebe o patrocínio, aceitando a herança a favor dos orphãos, a beneficio do presente inventario (\*).

Segue-se depois a citação dos herdeiros, curador e cabeça do casal, para se louvarem em avaliadores intelligentes que avaliem os bens do casal, não os havendo nomeados pela camara para esse effeito (\*\*); de sua citação dá fé o escrivão, e passa-se ao termo de louvação, que fazem o cabeça de casal, curador e herdeiros, que todos assignão, e depois se lavra o termo de juramento aos louvados, que é assignado pelo juiz, escrivão e louvados (171).

---

(\*) É formalidade escusada: sempre se presume que o curador assim como o testador, aceita a herança pelo menor a beneficio d'inventario.

(\*\*) Não compete mais ás camaras municipaes a attribuição de nomear avaliadores de officio: a L. de 1º de Outubro de 1828 não lh'a deu; e pelo seu art. 90 ficou cassada essa antiga faculdade.

(171) Se ha suspeição contra os louvados, toma d'ella conhecimento o Juiz summariamente; e vendo que é *de jure*, passa a nomear outro louvado, Ord. liv. 3, tit.17, § 1 (\*\*\*) e tambem o faz á revelia, quando

(\*\*\*) No que diz respeito aos louvados ou arbitradores de officio nomeados pelas camaras municipaes, não vigora esta Ord., porque taes arbitradores não existem, pelo que dissemos na nota supra.

Feito isto, passa-se á descripção dos bens, escrevendo-se primeiramente os bens moveis, com separação e signaes que os distinguão a todo o tempo, Ord. liv. 1, tit. 88, § 4, e com o valor correspondente, que lhes derem os avaliadores, na fórma da Ord. liv. 1, tit. 88, § 5, e lei declaratoria de 21 de Junho de 1759.

Devem-se depois descrever os bens de raiz separadamente, declarando-se os sitios das propriedades e suas confrontações, e logo os seus respectivos valores, como declara a Ord. liv. 1, tit. 88, § 4 vers. *E dard*, e § 5 vers. *E sejam* (172).

Segue-se a descripção das dividas, tanto activas,

as partes não nomêão. Note-se que os louvados devem ser peritos nas cousas que avalião, porque, se são móveis de prata e ouro, devem ser Ourives; se são de páo, officiaes proprios, etc., na fórma do Alv. de 20 de Junho de 1774, § 10, e L. de 14 de Outubro de 1773, e Alv. de 25 de Agosto de 1774, § 30, segundo o qual se devem avaliar os predios urbanos, o que se não explicou em a nota 127 das *Prim. Linh. sobre o Proces. Orphan*.

(172) O Juiz dos Orphãos, antes de entrar na avaliação dos bens de raiz, deve mandar vir perante si os titulos a que se referirem as propriedades (\*), para que, segundo a sua natureza, qualidade, estado e rendimento, sejam avaliadas por intelligentes: devendo ser vistas e examinadas pelos louvados, na presença do mesmo Juiz e Escrivão, na fórma da L. de 14 de Outubro de 1773, § 1.

(\*) Não se costuma fazer isto. Os titulos só se apresentam a requerimento de algum interessado, ou ex-officio, quando ha duvidas acerca da propriedade, ou se contesta a avaliação.

que são as que se devem ao casal, como passivas, que são as que este deve, Ord. cit. § 4, vers. *E assim*.

E finalmente deve-se fazer declaração no inventario das escripturas que pertencerem aos orphãos, declarando-se sómente a quantia de cada uma, o nome do tabellião que a fez, e o dia, mez e anno em que teve lugar, dito § 4, *in fine*.

Si o Juiz achar no casal alguns bens alheios, emprestados, depositados, etc., deve mandar declarar pelo escrivão a qualidade delles, de quem são, e a razão por que se achavão no poder do defunto, e si os orphãos têm nelles algum direito. Ord. cit. § 4, vers. *E si algumas...*

Depois de feita assim a descripção de bens, segue-se o termo de declaração, que faz o cabeça do casal, de não ter mais que dar ao inventario, o qual termo deve ser assignado pelo cabeça do casal ou outro a seu rogo (173).

---

(173) A formalidade deste termo, bem como dos mais, póde-se vêr no Tratado Orphanologico de Morgado (\*); e note-se que si o cabeça do casal occultou alguma cousa por dolo ou malicia, fica sujeito á pena da Ord. liv. 1, tit. 88, § 9, que é de perjurio, perda do sonogado, e dôbro da sua valia.

(\*) Quanto ás formulas do processo, o autor mais seguido entre nós é Cordeiro, *Assessor Forense*, ediç. de 1876, em casa de E. & M. Laemmert.

Havendo dotes a conferir, se trazem á collação primeiramente os bens moveis, e depois os de raiz; e não querendo o herdeiro, ou não existindo, o valor que tinham ao tempo que lhe forão dados; bem assim se traráõ os fructos e novidades dos bens dados e o que houverem rendido depois da morte dos doadores, e em regra tudo o que se houve do pai ou mãe, ou que d'elle procedesse, na fórma da Ord. liv. 4, tit. 97, pr. §§ 13, 14 e 15 (174);

---

(174) *N. B.* que, pelo que pertence aos moveis, de que falla o § 15 cit., se devem avaliar no estado em que se acharem, e, não existindo, se trará á collação o preço que valião, quando forão dados: pelo que pertence aos bens de raiz de que falla o § 13 cit., si existirem, devem ser trazidos á collação; si não, virá o preço que valião ao tempo que houverem sido dados, na fórma do § 14 cit. Mas supponhamos que se tem feito nelles bemfeitorias, ou se tem damnificado? Si uma cousa e outra exceder á quarta parte do preço que os bens valião ao tempo em que forão dados, ficará á escolha do doado, no caso de bemfeitorias, e dos irmãos, no caso de damnificação, para trazer á collação o predio, ou preço que tinha quando foi doado; e vindo á collação com bemfeitorias, devem paga-las os irmãos, bem como o doado dar-lhes a estimação do damno que tiver soffrido o predio, na fórma da Ord. cit. § 13. — Mas note-se que o doado sómente deve conferir a metade do que lhe foi dado, por morte de um dos conjuges, e a outra metade por morte do outro, (\*) querendo entrar á herança do que falleceu, Ord. cit. § 1; mas si o herdeiro, a quem tiver sido feita a doação em razão de casamento, ou por outro motivo, não quizer entrar á herança, não será obrigado a tornar a seus irmãos o que lhe foi dado, só no caso

(\*) É claro que os filhos de um primeiro matrimonio, morto o pae ou mãe doador, confere por inteiro a doação que recebeu na constancia do segundo; pois não se presume que o segundo conjuge houvesse querido da sua meação doar a filhos de estranho leito.

em que a doação exceda á sua legitima e terça, porque então será obrigado a entregar o excesso a seus irmãos executivamente; porque as terças do pai ou mãe, até onde chegarem, são obrigadas a perfazer os casamentos e doações, ainda que os defuntos ordenem outra coisa a respeito das mesmas terças; querendo o doado trazer á collação, ou partilha, a doação, o póde fazer, ainda que os outros irmãos o não queirão, visto que quer entrar á herança, Ord. cit., §§ 3, 5 e 6, e para se dizer que a doação é grande, e excede á legitima e terça, póde escolher o Donatario a valia que os bens tinham ao tempo da doação, ou ao tempo da morte do Doador, Ord. cit. § 4; mas é necessario advertir que, si a doação exceder á quantia de 360 $\text{₞}$  sendo feita por varão, ou 180 $\text{₞}$  sendo feita por femea, deve ser insinuada (\*) e confirmada pelo Desembargo do Paço, aliás não vale quanto ao excesso, Ord. liv. 4, tit. 62 pr., ampliada pelo Alv. de 16 Setembro 1814, mandada observar pela Lei de 25 de Janeiro de 1775, o que tem applicação ás doações dos pais para com os filhos, Ass. de 21 de Julho de 1797, e quando se transfere logo o usufructo para os filhos, como succede na nomeação dos prazos com traspasso em vida dos nomeantes, segundo a Res. de 10 de Novembro de 1775; o que comtudo não é necessario na doação *causa mortis*, como declarou a Res. de 10 de Outubro de 1805. — Sobre a conferencia das doações feitas pelo avô, ou avó aos netos, veja-se a Ord. liv. 4, tit. 97, §§ 20 e 21; sobre a dos prazos, os §§ 22 e 23 da Ord. cit. — E note-se tambem, que vivendo o filho com o pai ou mãe, ou com ambos, governando-se com os bens delles, si ganhar alguma coisa com esses bens, quer antes de casado, quer depois, recebem os pais o lucro, e por sua morte se deve partir tudo entre o que ficar vivo e mais irmãos; porém ainda que o filho se governe com os bens do pai ou da mãe, si com os seus bens não fizer o dito lucro ou ganancias, não será obrigado a traze-las á collação, Ord. cit. § 46. — E quando o filho, vivendo com seu pai ou mãe, e estando debaixo do seu poder, houver delles alguns bens, ou que delles procedessem, a que se chama *peculio profecticio*, e estando ainda debaixo do seu poder, fallecer o pai ou mãe,

(\*) V. Teixeira de Freitas, Consol. das LL. civ., arts. 411 not., 413 a 418 et presertim not. ao art. 417, § 1º.

desta conferencia de dotes ou casamentos se faz termo, que assignão o Juiz, escrivão e os conferentes.

Feita este conferencia, passa o escrivão logo a escrever a declaração dos louvados de terem avaliado todos os bens que lhes forão mostrados e descriptos no inventario, cujo termo assignão; feito o que, se as partes pedirão vista do inventario, se lhes continuará por vinte e quatro horas a cada uma que a requeresse, e se a não pedirão, ou depois de dizerem e licitarem (175), tendo requerido a

trará á collação a seus irmãos tudo o que assim houve, e igualmente todos os ganhos que dos ditos bens procedêrão, Ord. cit. § 17; si, porém, o filho, já depois de ser casado, receber alguma cousa de seus pais para ir á guerra, e gastar no Paço, o trará á collação, salvo si fór para se fazer cavalleiro, Ord. cit. §§ 7, 8 e 9: — não trará, porém, á collação os bens que ganhar por motivo de guerra, ou letras, a que se chama *peculio castrense*, ou *quasi castrense*, de que falla a Ord. cit. § 18, por serem proprios do filho; nem tambem as mercês, ou officios dados pelo Principe na fórma do § 10; nem finalmente os bens que o filho houver por outro modo, a que chamão *adventicios*, na fórma da Ord. cit. § 19. (\*)

(175) Quem quizer vêr a fundamento o verdadeiro Direito que regulou as licitações, e a melhor pratica que se pôde adoptar sobre as usadas no fóro, veja a minha Memoria impressa em 1819 a este respeito. (\*\*)

(\*) Sobre a Collação, instituição tão peculiar do direito portuguez, veja Pereira de Carvalho, *Proc. Orphanol.*, 1.<sup>a</sup> p., notas 107 e seg.

(\*\*) Veja Menezes, *Invent.*, cap. 2, §§ 11 e seg.; e o Append. I do A. a este vol., onde acerbamente e nem sempre com razão discute a doutrina de Menezes.

licitação na occasião das vistas, ou por meio de requerimento avulso, passa o Juiz immediatamente a fazer a partilha (176).

(176) Tendo o autor das *Primeiras Linh. sobre o Processo Orphan.*, no § 119, dito que a deliberação da partilha é o despacho pelo qual o Juiz determina o modo por que devem ser divididos os bens da herança, — accrescentando em a nota correspondente, 197 e seg., que parece incrível ter-se sustentado a opinião de não dever intimar-se aos coherdeiros o despacho da deliberação da partilha... e no § 122, que de semelhante despacho se pode aggravar por petição ou instrumento; — e tendo eu dito na 1.<sup>a</sup> edição deste Tratado que a deliberação da partilha se deveria fazer por uma interlocutoria, seguindo sem maior reflexão a pratica que ensinava Fernandes Morgado; depois de meditar nesta materia, e pela pratica, vim a conhecer que semelhante fórma é contraria á Lei e ao que antigamente se seguia em o nosso fóro, sendo a sua adopção muito prejudicial á brevidade que se requer na facção dos inventarios. É contra a Lei, porque esta manda impreterivelmente que a partilha seja feita na presença do Juiz e partidores; e por isso que, admittida a pratica de se ordenar por um despacho, ou interlocutoria, o modo por que os partidores devem fazer a partilha, é dar a entender que ella não é feita na presença do Juiz, o que não admite a Lei; segue-se que o despacho pelo qual se costuma deliberar a partilha, é um abuso inadmissivel, porque não tem fundamento na Lei, antes lhe resiste, não consentindo que cada um mande a si mesmo. Si a Lei facultasse ao Juiz dar commissão aos partidores sobre semelhante objecto, então poderia elle ordenar-lhes o modo por que a deverião fazer (\*), e então não seria despacho; mas

(\*) É exactamente o que a lei ordena: Ord. liv. 3, tit. 66 § 5. vs. *E isso mesmo*. Não conhecemos lei que mande fazer a partilha em presença do juiz e partidores: o juiz delibera, os partidores em sua casa fazem a partilha. Si está conforme com o despacho da deliberação, o juiz põe-lhe o *Lance-se* (datado e rubricado), e o escrivão traslada-a nos autos. É a praxe.

Do despacho da deliberação da partilha não ha aggravado, Regul. de 15 de Março de 1842, arts. 15 e 26: E compete ao juiz preparador: Acc. da Rel. de Ouro Preto de 12 de Dezembro de 1874, na *Quinzena Juridica*, pag. 429.

Para isto se fórma um auto de conta e partilha, na presença do Juiz, partidores e escrivão, (depois de citados o cabeça de casal, herdeiros, curador dos orphãos, ausentes, mentecaptos, etc.), principiando pelo movel, passando-se depois aos bens de raiz, e depois ás dividas activas, tirando-se a meação do

---

o Juiz deve assistir: logo a quem se refere semelhante deliberação? É contra a pratica antiga, porque mui modernamente têm os Juizes introduzido, para se pouparem ao trabalho da assistencia da partilha, e por isso tantos abusos se têm introduzido com ella; mas si examinarmos os cartorios antigos (como já notou o autor da *Pratica dos Juizes Divisorios*), não acharemos vestigios della. Eu vi ha pouco um inventario feito na Gallegã em 1722, sendo alli Juiz de Fôra José Borges Carvalho Monteiro, e Escrivão José Duarte e Albuquerque, em o qual se vê a determinação da partilha feita por um termo, em que o Escrivão declarava que viera á casa do Juiz com os autos de inventario para elle vêr, e determinar a partilha como lhe parecesse de direito, os quaes sendo vistos por elle, mandou, . . . e assim houve por determinada esta partilha, de que se fez este termo, que assignou com o Escrivão. E logo se seguia, que pelo dito Juiz fôra mandado aos partidores que perante elle fizessem a somma e repartição dos bens, o que por elles fôra satisfeito, na fórma seguinte: — Achou elle Juiz e partidores que sommavão os bens, etc. — Esta pratica, pois, sendo mais conforme com a Lei, parece mais digna de adoptar-se, não sendo feita logo a partilha pelo Juiz e partidores sem precedencia de semelhante termo; por isso que deve haver uma intimação aos partidores para comparecerem; mas nunca por despacho, a que se possa dar o nome de deliberação da partilha, não só para se não embaraçar com algum recurso, mas porque o Lei lhe resiste. — Note-se mais, que na adjudicação dos bens, que ao Juiz incumbe, deve ter em vista os titulos dos bens de raiz, para notar a sua natureza; porque si são allodiaes, ou livres, deve-os adjudicar guardando inteira igualdade; si da Corôa, deve regular-se pelo disposto na Ord. liv. 2, tit. 35, liv. 4, tit. 95, e

cabeça de casal para se lhe adjudicar, e finalmente a do defunto, para se repartir pelos filhos, não tendo disposto da terça; porque tendo, então se adjudica na fórma determinada no Testamento; concorrendo netos ou sobrinhos com os filhos, se guarda o disposto nas leis citadas (177).

---

Leis de 14 de Outubro 1766 e 23 de Novembro de 1770, e Alv. de 2 de Maio de 1647: si de morgado, e vinculados, deve ter em vista a Ord. liv. 4, tits. 95 e 100, Leis de 9 de Novembro de 1754, de 9 de Novembro de 1769, §§ 11 e 22; de 3 de Agosto de 1770, e assentos de 20 de Dez. de 1770 e 9 de Abril de 1772: — si forem prazos de nomeação, ou familiares, observará o disposto na Ord. liv. 4, tits. 36 e 37, e Leis de 4 de Fevereiro de 1765, § 5, de 16 de Janeiro de 1773, 9 de Setembro de 1769, §§ 25 e 26, e Ass. da Supplicação de 27 de Agosto de 1611: e finalmente si fôrem prazos perpetuos, se regulará pela Ord. liv. 4, tit. 96, §§ 23 e 24; tit. 97, §§ 23, 24 e 25; Assento de 16 de Fevereiro de 1786, Alv. de 9 de Novembro de 1754, e Alv. de 6 de Março de 1669. — *N. B.* que não devem ser os avaliadores de um inventario partidores no mesmo, como é de razão, e o declara a Lei de 21 de Junho de 1759.

(177) Note-se as seguintes regras: — 1.<sup>a</sup> O funeral e dividas do defunto (sendo legitimadas pelos proprios credores, e pelos meios que o Direito prescreve) se devem abater no monte principal da herança, visto que a não ha senão *deducto aere alieno*. — 2.<sup>a</sup> Havendo testamento, em que disponha da terça o testator, se deve esta tirar sómente dos bens de sua meação, ficando os dous terços sendo o monte partivel entre os herdeiros. — 3.<sup>a</sup> Havendo dotes a conferir, se devem juntar por ametade á meação partivel do defunto, porque a outra ametade deve o herdeiro entrar com ella por morte do outro conjuge. — 4.<sup>a</sup> Si os dotes excederem ás legitimas, o excesso lhe deve ficar preenchido em terça, formando-se esta da meação partivel do defunto; e excedendo a terça, deve repôr o resto para se juntar

Feitas pelo escrivão as entregas aos herdeiros e viuva, ou cabeça de casal, na fôrma das cotas ordenadas pelo juiz, deve-as este assignar logo com os partidores, na fôrma da Ord. liv. 4, tit. 96, § 18; o que praticado, se lhe fará o inventario concluso para julgar as partilhas por sua sentença definitiva (178), em que deve deixar direito salvo aos herdeiros e viuva para as acções competentes, depois de haver por firmes e valiosas as partilhas, condemnando nas custas aos interessados á proporção, e nomeando tutor dos orphãos o parente mais chegado que fôr idoneo, mandando ao escrivão notifica-lo, para receber juramento e assignar o termo de tutela (*hh*); e isto quando a viuva não tenha provisão

---

á dita meação, e partir-se entre os mais herdeiros; e o mesmo procede nos herdeiros, que se levantárão com os seus dotes ou casamentos. — 5.<sup>a</sup> Os bens da terça se achão obrigados a todos os legados, tanto pios como profanos; mas em primeiro lugar devem prefazer os dotes ou casamentos. — 6.<sup>a</sup> Na adjudicação dos bens deve haver toda a igualdade recommendada por Direito, tanto na quantidade, como na qualidade, principiando pelo movel, e depois pelos bens de raiz, que se não devem dividir ou partir por glebas, quando se podem dar inteiros aos herdeiros; depois se passa á partição das dividas activas, o que tudo se deduz da Ord. liv. 4, tit. 96, onde se vê o mais.

(178) Desta sentença, como definitiva, pôde-se appellar, ou aggravar ordinariamente; porém nem estes recursos, nem os embargos com que possão vir á mesma sentença, impedem que os herdeiros entrem na posse dos seus quinhões (Ord. liv. 4, tit. 96, § 22).

(*hh*) Depois do Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, art. 206, segundo o qual o juiz não pode julgar as partilhas sem que dos autos

para ser tutora de seus filhos (179). Esta sentença depois de publicada se deve notificar ás partes e curador: feito o que, se mettem os herdeiros de posse das suas respectivas porções, em virtude dos formaes de partilhas, que para este effeito se lhes hão passado (Ord. liv. 4, tit. 96, § 22); e sendo os herdeiros menores, mentecaptos, ausentes, etc., toma por elles posse o seu tutor ou curador *ad bona* (180). Isto pelo que pertence ao inventario

---

conste a inscripção da tutela, é visto que os tutores hão de ser nomeados antes de julgada a partilha, e não na sentença que a homologa, como ensina o A. e era estylo.

(179) O Juiz não deve entregar a tutoria á viuva, sem que esta lhe apresente provisão ou sentença de tutela do Juizo da Provedoria, a quem pertence este negocio (\*); não ha necessidade de provisão não excedendo as legitimas dos orphãos a sessenta mil réis; mas, passando desta quantia, deve haver provisão do Desembargo do Paço, preparando-a no mesmo Juizo, como na mesma provisão se declara, e é expresso na Ord. liv. 1, tit. 62, § 37; a mesma provisão se requer para os bens do ausentes, na fórma da Ord. cit. § 38, excedendo a quantia de cem mil réis, como se declara tambem no Reg. dos Desembargadores do Paço, § 50.

(180) As viúvas, sendo tutoras, devem dar contas da sua administração de dous em dous annos aos Juizes dos Orphãos, na fórma da Ord. cit. § 37: aos tutores e curadores dativos tomará o Juiz contas tambem de dous em dous annos; e aos legitimos, ou testamentarios, de quatro em quatro annos, Ord. liv. 1, tit. 88, § 49; mas constando ao Juiz que uns e outros regem mal as tutorias e curadorias, os privará logo dellas, e as entregará a outro, obrigando o tutor removido a satisfazer todas as perdas e damnos, Ord. cit. § 50; e por isso quando não houver tutor

(\*) Hoje ao juiz dos orphãos: Regul. n. 443 de 15 de Março de 1842, art. 4º e 5º.

dos menores, orphãos, ausentes, prodigos e mente-captos, que pertencem todos ao Juiz dos Orphãos, como fica notado. Ha outro inventario que é feito pelos herdeiros que são maiores, os quaes podem celebrar as suas partilhas já judicial, já extrajudicialmente; só tem lugar a requerimento das partes, e perante o Juiz Ordinario ou do Civel; não sendo por isso necessarias todas as solemnidades que se requerem nos dos orphãos, como a nomeação de curador *ad litem*, nem *ad bona* (181).

---

dato em Testamento, deve o Juiz procurar o parente do orphão mais chegado e capaz, e quando o não tenha, nomeará um homem bom do lugar, e digno de fé, que será obrigado a ser tutor por tempo de dous annos, e o continuará a ser, querendo e tendo administrado bem a tutela, Ord. liv. 4, tit. 102; o mesmo procede a respeito dos prodigos, mentecaptos, etc., Ord. cit. tit. 103. Quando fôr nomeado alguém para tutor ou curador, e se quizer escusar, deverá o Juiz examinar si a sua escusa é das comprehendidas na Ord. liv. 4, tit. 104, e sendo, lhe deferirá; aliás o obrigará a servir.

(181) Mas é necessario que se distribua este inventario a um dos Escrivães do Geral; que se cite o cabeça de casal para dar á escripta todos os bens de que estiver de posse, e de cuja existencia souber; que se inventariem, e descrevão pela mesma ordem que se observa nos dos menores, precedendo juramento do cabeça de casal e louvados; porém, havendo alguma duvida sobre a partilha, o Juiz não prosegue emquanto se não determinar; e uma vez decidida, continúa, proferindo a final sentença que approve as partilhas, havendo tudo por valioso.

## CAPITULO XXXIV.

*A quem pertence a execução do Testamento. (\*)*

A execução do Testamento deve ser feita por aquelle ou aquelles que são para isso nomeados no Testamento, a quem se chama vulgarmente *testamenteiros*; não os havendo nomeados no Testamento, o disposto no mesmo deve ser cumprido pelos herdeiros; tendo os bispos e provedores (182) obrigação

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello Freire, liv. 3, tit. 6, § 14; Coelho da Rocha. §§ 720 a 723.

(182) Pela Ord. liv. 4, tit. 62, § 4, pertencia tanto ao Juizo Ecclesiastico como ao da Provedoria, tomar contas dos Testamentos, admittindo-se a prevenção entre elles, de maneira que aquelle que primeiro mandasse citar os testamenteiros, esse lhes tomava as contas, e conhecia de taes feitos; porém como daqui resultavão inconvenientes e desordens, foi determinado por uma concordata, que vem na Lei de 3 de Novembro de 1622, que houvesse a alternativa entre os Escrivães ecclesiasticos e seculares ácerca das contas dos Testamentos, o que a dita Lei confirmou, ficando por isso a pertencer o cumprimento dos Testamentos dos que fallecessem em Janeiro ao Juizo Ecclesiastico, e dos que em Fevereiro ao Secular, e assim nos mais mezes alternativamente.—Em Lisboa ha officio proprio e privativo para o registro dos Testamentos da cidade e termo, creado por Alv. de 2 de Dezembro de 1604, a que se deu regimento em 7 de Janeiro de 1692, e onde devem ir-se registrar os Testamentos dentro de dois mezes, ainda que as contas pertenção ao Juizo Ecclesiastico: nas mais terras do Reino, onde não ha Escrivão privativo, vai aos do Geral por distribuição (\*).

(\*) Entre nós, pertence exclusivamente ao poder judiciario secular tudo o que diz respeito aos Testamentos: sua execução incumbe ao Juizo

de lhes fazer dar execução dentro do tempo determinado pelo testador, na fôrma da Ord. liv. 1, tit. 62, § 1, ou, não o determinando este, dentro de um anno e um mez contado da sua morte, Ord. cit. § 2. Estas contas são obrigados a dar os testamenteiros, posto que os testadores digão em seus Testamentos que querem que não sejam obrigados a ellas, Ord. cit. pr.: devem ser dadas as contas no fôro do domicilio, como se vê da Ord. cit. § 4 (183).

---

da Provedoria; e o conhecimento e julgamento, quer contenciosa, quer administrativamente, de todas as causas da competencia da Provedoria pertence ao Juiz Municipal, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842, art. 2º, § 2º, com as limitações provenientes da novissima ordem judiciaria estatuida pela Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, segundo a qual a alcada do Juiz Municipal para o julgamento vai só até 5008; d'ahi para cima, prepara os feitos para o Juiz de Direito julgar (art. 23). Isto nas comarcas geraes; que nas especiaes compete exclusivamente aos Juizes de Direito a jurisdicção de primeira instancia (L.cit., art. 1º).

(183) Note-se que a Ord. liv. 1, tit. 62 prescreve não só as obrigações dos testamenteiros, mas as dos provedores a seu respeito, e assim ao provedor pertence tomar conhecimento dos Testamentos e legados nelles deixados, afim de os fazer cumprir; mas isto é no caso do Testamento não ser combatido, porque havendo disputas para se annullar, então sem se decidir a duvida não pôde delle conhecer; mas não a havendo, pertence-lhe fazer cumprir os legados, devendo os herdeiros ou testamenteiros apresentar perante elle o Testamento e certidões que mostrem o seu cumprimento; havendo-as por verdadeiras, lhes abona as contas, passando-se quitação de abonação; e não tendo certidões ou recibos idoneos, se está pelos seus juramentos, até ao valor de dous marcos de prata, ou pelo dito de duas testemunhas dignas de fé como declara o § 21 da Ord. cit.; não levará em conta as despesas que fizer o testamenteiro com o cumprimento do Testamento, salvo as que fôrem escriptas perante um tabellião,

ou pessoa que o defunto ordenasse, Ord. cit. § 20, e isto ainda que as despesas sejam feitas fóra do anno e mez já declarados, comtanto que sejam feitas antes de serem citados para dar contas: achando que os testamenteiros não despenderão bem, serão removidos na fórma da Ord. cit., § 12. Os testamenteiros não têm premio algum declarado por Lei; mas podem pedi-lo ao Juiz, que lh'o dará ao seu arbitrio, no caso de estar a execução do Testamento junta á administração dos bens, *Reynoso*, Obs. 55, n. 23. Posto que pela Ord. cit., § 2, se podia dar espera aos testamenteiros, recorrendo ao Desembargo do Paço, comtudo pelo § 117 do seu regimento se prohibio concederem-se:— Sobre a execução dos legados não cumpridos a favor do Hospital Real de S. José, veñão-se o Alv. de 3 de Setembro de 1609 e Bulla a elle junta, o Alv. de 15 de Março de 1614, mandado observar pelo de 22 de Outubro de 1642, o de 5 de Setembro de 1786, e 9 de Março de 1787, o Aviso de 3 de Novembro de 1803, e Provisão de 2 de Maio de 1806. A pratica sobre a tomada de contas aos testamenteiros se acha nos *Juizos Divisorios* do Desemb. Menezes, tom. 1, pag. 141 e seg., e *Man. do Tabell.* á pag. 180, § 242. A execução da ultima vontade dos homens tem sido considerada em todos os tempos como uma cousa sagrada, e os Legisladores de todas as nações cultas têm legislado a semelhante respeito. A Lei põe o testador no meio de sua familia como um Legislador, cujas disposições devem ser observadas. Quintiliano, fallando desta vontade, diz — *quo nihil potentius apud nos, nihil nostro animo sacratius esse debet*; a L. 4, ff. *Testam. quemadmod. aper.* — *Publicè enim expedit suprema hominum judicia exitum habere*; e a L. 1, *Cod. de Sacr. Eccles.* *Nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum quod iterum non reddit arbitrium.* — Para procurar de uma maneira segura e prompta a execução das ultimas vontades, o Imperador Justiniano pôz a ultima mão á Jurisprudencia Romana, forneceu todos os meios para conseguir-se aquelle fim; já permittindo aos herdeiros tomar posse da herança, pela L. ult. *Cod. de Ed. Div. Adrian. toll.*; já concedendo muitas acções aos legatarios e fideicommissarios pela L. 1, *God. Com. de Legat.*; e já pronunciando pela Nov. 1, cap. 1,

a pena de privação e de indignidade contra os herdeiros refractarios, e que recusassem o exercer a vontade dos testadores, como melhor se pôde vêr em *Desquiron*, Tom. 2, pag. 464 e seg. O mesmo Imperador Justiniano deu aos Bispos o poder de fazer executar as disposições celebradas em favor dos pobres captivos, pela L. 28, Cod. *Sacros. de Eccles.*, e por isso ha alguns textos canonicos que tratão de semelhante materia, como são especialmente o cap. 17 e 19, *extr. de Testam.*; e cap. ult. *de Testam.* in 6.º e a Clementina unica *de Testam.*; podendo-se vêr tambem a este respeito a L. 49, § 2, Cod. *de Espisc. et Cler.*; e Nov. 131, cap. 11; Nov. 117; cap. 1, Nov. 68, a L. 91, § 3, e L. 107, ff. *de Leg. 1*, L. 17, ff. *de Leg. 2*, a L. 3 e 9, ff. *de Alim. et cibar. Legat.*, e a L. 12, § 4, ff. *de Relig. et Sumpt. Funer.* Foi destas Leis que os *Hespanhões* deduzirão os principios que estabelecêrão a respeito nas Leis *das Part.*, tit. 10, part. 6, e tit. 4, Liv. 5, *da Recopil.*, onde se acha especificado o poder que têm os testamenteiros para cumprir os mandos do testador; que elles devem cumprir litteralmente a sua vontade; os casos em que podem demandar em Juizo os bens do testador; o tempo que têm para isso, etc., como se pôde vêr no Comp. do *Viscain.* Perez, T. 1, pag. 230 e seg. Tambem os *Francezes* no Cod. Civ. seguirão muitas disposições que os Romanos já tinham estabelecido, como se vê dos art. 1025 e seg. segundo o qual, o testador pôde nomear um ou muitos testamenteiros. Elle considerou a Testamentaria como um verdadeiro mandato, uma vez que o testamenteiro se tenha della encarregado; e por isso o faz apossar dos sellos. Se ha herdeiros menores, ou ausentes, deve fazer inventario dos bens, quando o herdeiro é presumptivo, vigiar para que o Testamento seja executado, e intervir para sustentar a sua validade, e dar conta da sua administração ou gestão. O que não pôde ser procurador, ou que se não pôde obrigar, não pôde em regra ser testamenteiro; e assim a mulher sem autoridade do marido ou da justiça, o menor sem autoridade do tutor, ou curador, não podem sê-lo, etc. — O *Codigo da Prussia*, no art. 557 e seg. do tit. 12, 1.º P. e Sec. 1 do tit. 13, dispõe largamente sobre esta materia; estabelece logo a regra, que se o testador tem commettido a alguem a execução da sua vontade, o executor deve ser considerado como um

mandatário do testador e a disposição testamentaria como o seu mandato, procuração ou instrução; e que, se a execução se acha ao mesmo tempo unida á administração da successão, em todo ou em parte, o executor deverá ser considerado a este respeito como um administrador de bens de outro, de que trata o tit. 14, sec. 2, etc. *Blackstone* commentando as *Leis Inglezas*, no tom. 3, á pag. 447, falla largamente dos executores testamentarios, sendo os principaes pontos que podemos tirar de semelhante Legislação: — que todos os que podem testar, podem ser executores de um testamento; que, como as mulheres casadas, os filhos, pupillos e os que ainda estão no ventre materno e menores de 17 annos, não podem exercer este acto validamente, a administração deve ser entretanto confiada a outro, *durante min re etate*, e tambem *durante absentia*, quando o executor estiver fóra do Reino, ou quando um processo estiver começado no Tribunal Ecclesiastico sobre a validade do Testamento; que a nomeação do executor do testamento é essencial nelle, e póde-se fazer expressamente, ou por termos que indiquem esta nomeação: mas que, se o testador faz seu testamento sem nomear testamentario, ou se nomea pessoas incapazes, ou se os nomeados recusão a execução mandada, neste caso as justiças ordinarias devem confiar a administração, *com testamento annexo*, a algum outro. Se, porém, o testador morrer *ab-intestado*, sem ter feito testamento, ou nomear testamentario, neste caso, segundo o estatuto de Eduardo III e Henrique VIII, passa o Ordinario a nomea-los, segundo estas regras: — 1.<sup>a</sup> que sendo os bens da mulher, deverá ser entregue a administração ao marido, ou aos representantes deste; sendo do marido, á viuva ou ao parente mais proximo, podendo conceder a sua administração a um só ou a dous, como lhe parecer: — 2.<sup>a</sup> que entre os parentes, os mais proximos *ab-intestado*, devem ser preferidos, e que se estiverem no mesmo gráo, o Ordinario escolherá: — 3.<sup>a</sup> que esta parentela não será regulada pelo Direito Canonico, mas pelo Direito Civil, cujas disposições adoptou a lei de Inglaterra na successão dos bens reaes: — 4.<sup>a</sup> que se algum dos parentes não quizer, o costume autorisa um credor a encarregar-se da administração: — 5.<sup>a</sup> se o executor recusa ou morre *ab-intestado*, a administração póde ser concedida ao legatario universal, com exclusão

do parente mais proximo; e que antes do estatuto de Eduardo III, o Ordinario, na falta de todos aquelles, podia commetter a administração a quem lhe parecesse capaz; mas hoje, a Côte ou tribunal competente dá para isto uma carta patente, e é á vista della que o Ordinario dá a administração.

---

## CAPITULO XXXV.

*Noções de legado e fideicommisso (\*).*

Tendo-se tratado até aqui do que pertence geralmente aos Testamentos e heranças nelles deixadas, segue-se tratar dos *legados e fideicommissos*, por serem deixados em Testamento, constituindo por isso uma parte essencial da materia testamentaria. Principiando por dar a definição de uma e outra cousa, diremos que *legado é o desfalque ou porção da herança deixada pelo testador a alguém por titulo singular* (184), e *fideicommisso tudo aquillo que era deixado pelo testador com palavras precativas e rogativas* (185).

(\*) BIBLIOGRAPHIA: - Ord. liv. 4, tit. 87; Mello, liv. 3, tit. 5, § 55; tit. 7, §§ 1, 2, 3, 48 e 49; Lobão a Mello li. cc. *et presertim*, §§ 2, 3 e 18; Diss. 7 do Suppl. ás mesmas Notas; Morg., cap. 10; Fasc., tom. 1, diss. 3ª, § 72; Ex., § 38 e not.; Dir. Emph., §§ 228 a 239; Corrêa Telles, Dig., vol. III, ns. 1628 e 1689; Coelho da Rocha, §§ 687 e segg., 704 e segg., quanto aos legados; 713 e segg. quanto aos fideicommissos.

(184) Posto que se encontrem nas leis romanas mais definições de legado, comtudo esta, que é deduzida da L. 116 pr. ff. de Leg. 1, é a que achamos mais propria e accommodada ao nosso uso; vindo esta denominação de *legado*, do modo por que erão deixados entre os Romanos, *modo legis*, parecendo o testador dar Lei sobre suas cousas, quando deixava alguma cousa a titulo de legado, com palavras latinas e imperativas, no que differião dos fideicommissos, que erão com obliquas e precativas.

(185) Esta é a definição de *fideicommissum*, que dá Ulp. nos seus

Frag. XXV, 1: era *universal*, ou *singular*, segundo se deixava toda ou parte da herança por palavras rogativas. Dos legados havia diferentes especies, segundo a formula por que erão deixados, como se pôde vêr em Heineccio e outros, ao tit. de *Legat.*; porém Justiniano, depois de tirar a differença entre legado e fideicommisso (fallo dos singulares), como se vê da L. 2, Cod. *de leg. et Fid.*, e § 8, *Inst. de Legat.*, destruiu tambem a dos legados entre si, como se lê na L. 15, Cod. *do Testam.*, e L. 1, Cod. *Com. Leg. et Fid.*, podendo por direito novo ser deixado por quaesquer formulas e palavras, sem differença de legados a fideicommissos. Entre nós, ainda que não tenhamos titulo algum (-) na Ord., que trate de legados ou fideicommissos, temos comtudo sempre usado delles: e o seu Direito, isto é, o que lhes applicarão os Romanos, principalmente depois de Justiniano, foi quasi geralmente recebido em o nosso fóro; e por isso vemos ainda hoje conservada a differença de legado a fideicommisso, emquanto a ser deixado aquelle com palavras imperativas e este com rogativas; posto que emquanto ao seu effeito sejam os fideicommissos o mesmo que legados, usando delles mais por costume que por lei. Pôde nos servir de exemplo a disposição da Rainha Santa Isabel, que deixando a sua corôa de esmeraldas á Rainha D. Beatriz, sua nora, lhe roga que a deixe á infanta D. Maria, sua filha, *Souza, Hist. Geneal.*, tit. 1, liv. 2, n. 16; mostrando-se com isto que o uso dos fideicommissos é muito antigo, e que já no sec. 13 estavão em uso entre nós; porém note-se que não são necessarias estas palavras rogativas ou imperativas para a validade da disposição, porque, emquanto ao seu effeito, é o mesmo. Mas note-se que fallo dos fideicommissos singulares, porque a respeito dos universaes ha outro direito, pois se considerão como herança deixada debaixo de condição, *v. gr.*—deixo a minha herança a Pedro, e, no caso que não tenha filhos, a entregue a Paulo—, o que se vê na verdade adoptado e praticado entre

(\*) No liv. 4, tit. 87 está a legislação acerca dos fideicommissos. Não é esta a palavra empregada; mas a de *substituições*. Pouco temos na legislação acerca de legados e fideicommissos: o costume e o direito romano são, como nota Mello, l. c., § 1, as normas a que devemos recorrer nos casos occurrentes. Entre os praxistas portuguezes, escreverão sobre o fideicommisso Pinheiro, *de Testam.*, disp. IV, Guerreiro, *de Divis.*, liv. 5, caps. 10 e seg.; Cardozo, *Prax.*, art. *Fidejuss.*; e outros.

nós ; olhando-se uma semelhante disposição como fideicommisso universal, attentas as palavras com que é deixada a herança, as quaes se devem entender pela indole e natureza da nossa linguagem, sem comtudo differirem entre nós as heranças deixadas directamente, ou por modo de fideicommissos ; differindo comtudo as instituições de Morgado e bens de capella dos fideicommissos perpetuos dos Romanos, com que se assemelham muito ; não tendo, por consequencia, entre nós uso a disposição dos dous Senatus-consultos Trebelliano e Pegasiano, e a alteração que delles fez Justiniano, comprehendendo-os em um só ; bem como o não tem a Lei *Falcidia*, porque entre nós póde o testador deixar a herança e reparti-la em legados e fideicommissos ; e assim, si o testador deixar a herança a alguém, mandando-a restituir a outro, não póde aquelle tirar a quarta Trebellianica ; nem, se a distribuisse em fideicommissos particulares, poderia tirar a quarta Falcidia, por serem os principios, em que se fundão as suas disposições, proprios da politica e costumes dos Romanos, e de nenhuma sorte applicaveis ao systema das nossas leis e usos, como melhor se póde vêr nos §§ 21 e 22 das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.* liv. 3, tit. 7. Deve-se, porém, sempre examinar a força das palavras por que o testador se explica, pois póde deixar ao herdeiro a escolha das cousas que é rogado de entregar, e então fica ao arbitrio deste a sua entrega. Observe-se mais o que diz o autor das *Inst. cit.* § 20, que o herdeiro fiduciario, que foi rogado a restituir a herança, restituida esta, já não é herdeiro, e por consequencia já não póde demandar nem ser demandado por causa das dividas da herança, ou por outra cousa que lhe respeite, sendo o contrario por Direito Romano, § 3, *Inst. de Fid. heredit.* e L. 88, ff. *de Her. Inst.* ; isto pelas razões que ahi aponta, que se conformão com a justiça e equidade natural ; devendo sómente ter lugar entre nós a disposição do Direito Romano, quando o herdeiro fiduciario renunciasse espontaneamente á herança ; porém, entregando-a por isso mesmo que é obrigado pela lei, está claro que não póde estar sujeito aos encargos da mesma, como se prova bem da doutrina de Schilt, *Exercit.* 40 *ad Pand.* § 34. Note-se finalmente, a respeito dos fideicommissos singulares, que não só podem ser deixados em Testamento e codicillos, por isso que são equiparados aos legados, como tambem por contratos *inter-vivos* ;

o que é não só conforme ao Direito Civil, mas aos costumes modernos, pois não temos lei alguma pela qual se prohiba semelhante contrato, que realmente é uma especie de fideicomisso, como a que figura Scevola na L. 37, § 3 ff. de Leg. 3, que é terminante para este caso, como nota o autor das *Inst.* já cit. § 19. A materia de legados e fideicomissos pôde vêr-se em as leis romanas no liv. 30, tit. 1, de *Legat. et Fideicom.*; no Cod., no liv. 6, tit. 37, de *Legat.*; no tit. 42 de *Fideicom.*; no tit. 43, *Commun. de Legat. et Fideicom.*; e na *Inst.* liv. 2, tit. 20, de *Legat.*, no tit. 23, de *Fideicommissar. heredit. et ad S. C. Trebel.*; no tit. 24, de *singul. reb. per Fideicom. relict.* é Nov. 39, cap. 1, e Nov. 108 e 159; e posto que na F. 1, ff. de *Legat.* 1, se diga: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*, procede isto de um erro ou descuido manifesto dos compiladores, porque esta igualação de legados a fideicomissos foi feita por Justiniano na lei 2, Cod. *Commun. de legat. et fideicom.*, como nota Lesparat, Autor do *Dictionnaire du Digeste*, verb. *Legs*, onde se pôde vêr o resumo de toda a legislação romana a tal respeito, bem como a correspondente do Cod. Civ. dos Francezes, principalmente nos arts. 843, 844, 871, 1011, 1013, 1014 e 1024, nos quaes se adoptou quasi em tudo o Direito Romano, exceptuando aquellas cousas que se não podem accommodar aos costumes modernos. O direito de *Hespanha* sobre as Mandas, ou legados, pôde vêr-se nas leis das Part. tit. 9, part. 6, e tit. 4, L. 5, da Recopil., e em resumo no comp. do Viscaín. Perez, T. 1, tit. 32, pag. 199 e seg., que tambem adoptou quasi em tudo o Direito Romano. Esta mesma materia de legados é tratada amplamente no Cod. da *Prussia*, T. 1, tit. 12, art. 288 e seg., onde se estabelece logo em começo a regra de que a propriedade das cousas e direitos legados por testamento passão em regra ao legatario desde o dia da morte do testador, e depois regula mais particularmente este direito, adoptado parte do civil romano e parte dos costumes e direito já estabelecido, accumulando-lhe declarações mui convenientes. Pelo direito de *Inglaterra* quasi que se não faz differença de heranças a legados, e por isso as mesmas regras que se applicão áquellas se podem applicar a estes, como se pôde vêr em todo o tom. 3 de Blackstone. O Codigo de *Sardenha* não se empregou em tratar especialmente dos legados, por ser esta materia ampla no Direito Romano, que tem seguido.

## CAPITULO XXXVI.

*Que pessoas podem deixar legados, e a quem. (\*)*

Sendo legado entre nós o mesmo que fideicommisso singular, e sendo estes deixados em Testamentos ou codicillos, segue-se que só podem deixar legados ou fideicommissos aquelles que podem fazer Testamento ou codicillo, exceptuado o condemnado á morte, que, segundo a Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, sendo tolhido da facção do Testamento, póde com tudo dispôr da terça de seus bens para legados de obras pias, e que se podem deixar a todos aquelles que podem receber alguma cousa por Testamento ou codicillo, como se prova da Ord. liv. 2, tit. 26 § 23, exceptuado o religioso, que não podendo fazer Testamento na fórma do § 4 do tit. 81, assim como succeder na herança de alguém, segundo se collige da Lei de 12 de Maio de 1778, comtudo pelo § 10 da Lei de 25 de Junho de 1766 póde receber legados de alimentos vitalicios, como já se notou, e portanto, sabendo-se quem póde fazer

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3, tit. 7, § 2; e os civilistas citados na nossa nota precedente.

Testamento, e a quem se não póde por elle deixar a herança, se sabe quaes são os que podem deixar legado, e a quem, consideradas as sobreditas excepções (186).

---

(186) Note-se que, não havendo filhos legitimos ou herdeiros necessarios, póde o testador dividir toda a sua herança em legados ou fideicommissos, por se não achar a sua liberdade restringida pelas nossas leis a tal respeito.

## CAPITULO XXXVII.

*Que cousas se podem legar (\*).*

Podem-se deixar em legado ou fideicommisso todas as cousas que estão em commercio e podem prestar utilidade; não as que não existem, nem podem existir, § 4, *Inst. de Leg.*: por consequencia podem-se legar:—1º, as cousas futuras, como os fructos que estão pendentes ou para nascer, § 7, *Inst. de Leg.* L. 24, pr. ff. *de Leg.* 1, e L. 17, ff. *de Leg.* 3 (187);—2º, as cousas alheias, sabendo o

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 7, §§ 9 e segg., com os autores citados na nota ao cap. 35.

(187) Não só as cousas que estão em commercio, isto é, que podem recahir em nosso dominio, estar no nosso patrimonio e servir para os nossos usos e necessidade, e as que existem, se podem legar, como ainda as que não existem, mas têm a faculdade de existir, como os fructos que ainda hão de nascer. Note-se que este legado é puro, e não condicional, por isso que se transmite logo para os herdeiros do legatario, L. 25, § 1, ff. *Quand. dies leg. ced.*, e que se deve fazer differença de transmissão do legado á prestação delle; pois, quanto á transmissão, é puro, na fórma da L. cit., porque logo a morte testatoris passa para os legatarios o dominio para o effeito de passar aos herdeiros: quanto á prestação do legado, fazia-se differença de quando era deixado *demonstrationis causa*, ou *taxationis causa*: no 1º caso, não era condicional o legado, e ainda que não nascessem os fructos, o herdeiro tinha obrigação de os prestar *aliunde*; si, porém, era deixado *taxationis causa*, era condicional; e si não nascessem os fructos, não se prestava o legado, como se vê das Leis 12, ff. *de Alim. Leg.* L. 13.,

estador que o erão, § 4, *Inst. de Leg.* (188), ou

*Trit. vin. ol.*, e L. 5, *cod.*; o que tudo se collige das palavras por que o testador se explica: porque si elle declarou o predio onde devião nascer os fructos, não nascendo, não se deve o legado; e, pelo contrario, si não declarou o predio, porque então sempre o herdeiro tinha obrigação de os prestar ao legatario, por se julgar legada aquella quantidade e não ser restricta aos fructos que produzisse aquelle predio.

(188) Porém deve-se notar que este legado não tira o direito ao senhor da cousa, nem fica privado este do dominio della por tal declaração do testador, porque ninguem pôde dispôr senão do que é seu; mas tem o effeito do herdeiro prestar a estimação della que julgar o arbitrio do Juiz, ou de a resgatar comprando-a ao senhor della, na forma do § 4 cit.: isto no caso do testador saber que a cousa é alheia; porque, si não sabia que o era, não vale o legado, nem o herdeiro tem obrigação de o prestar, pois se julga que, estando em erro, não queria deixar aquelle legado interpretando as leis mais a favor do herdeiro do que do legatario; e assim temos o legado da cousa alheia válido, que injustamente reprova o direito canonico por não entender o effeito com que julga valido o Direito Romano. Si, porém, fôrem legadas cousas alheias pelo testador e em sua vida as adquirir o legatario, sempre o herdeiro lhe deve dar a estimação, adquirindo-as o legatario por titulo oneroso, como compra, troca, etc., § 6, *Inst. de Leg.*; pelo contrario, sendo por titulo lucrativo por não poderem concorrer com o mesmo homem duas causas lucrativas, dito §, e L. 108, § 4, *ff. de Leg. 1*, e L. 82, *pr. ff. de Leg. 1*; e daqui vem que, sendo a mesma cousa legada a um em dous testamentos, aquelle que a recebeu pelo primeiro não pôde pedir a estimação pelo segundo, pela mesma razão de não poderem concorrer no mesmo homem duas causas lucrativas; e assim quando adquirio a cousa, adquirio quanto querião os testadores, porque a vontade delles era que adquirisse aquella cousa, e por isso, conseguindo a estimação pelo primeiro testamento, pôde ainda pedir a cousa pelo segundo; porque não estava satisfeita a vontade do testador com a aquisição da estimação, como se vê do § 6, *Inst.*

suppondo sendo suas, § 11, *Inst. eod.*;—3º, as alheias que estão na mão ou poder do testador, empenhadas, ou que este tem empenhadas no poder de outro, si o testador souber que ellas o estavão L. 54, ff. *de Leg. 1.* e L. 6, *Cod. de Fideicom.*, e L. 10 *de Legat. eod.* (189);—4º, as cousas do proprio legatario, si o testador ou um terceiro tiver algum direito nellas, porque no primeiro caso se julga remittido pelo testador, legando-lhe o que era seu, e no segundo deve ser satisfeito pelo herdeiro, L. 71, § 5, L. 88, pr. *de Leg. 1* (190);

---

*eod.*, o que na verdade procedia da escrupulosidade dos Romanos sobre a inteira observancia das vontades dos testadores.

(189) Neste caso deve o herdeiro satisfazer o empenho, si a divida não exceder ás forças da herança, L. 57, ff. *de Leg. 1*; porém si o testador não sabia que erão empenhadas, como se collige das leis citadas, não succedia como no legado da cousa alheia, não sabendo o testador que o erão; porque, neste caso de não saber serem empenhadas, valia o legado, mas o herdeiro não tinha obrigação de pagar a divida, sim o legatario, si quizesse receber o legado, o que se póde presumir que o testador sabia, si fossem legadas muitas cousas e uma destas estivesse obrigada ou empenhada, L. 15, ff. *de Dat. præleg.*—Note-se que não se extingue o legado pela sua alienação, com tanto que o testador não a fizesse com animo de tirar o legado, o que se presume si fór voluntaria, e não necessaria, § 11, *Inst. de Leg.*, L. 11 e 12, ff. *de Leg. 3.*, e L. 18, ff. *de Adim. vel transf. leg.*, o que se deve entender, quando vendeu, sem ter dividas, porque se vê que quiz tirar o legado; devendo-se comtudo olhar para o modo por que procedeu na alienação.

(190) Fóra destes casos, era inutil o legado da cousa propria, pela regra de que aquillo que é meu não póde ser mais meu, e ainda

—5º, não só as cousas corporaes, como são moveis e semoventes (191), mas ainda as incorporaes,

---

que o legatario alienasse a cousa legada, se não devia o legado, por lhe obstar a regra Catoniana, § 10, *Inst. de Leg.*: por isso, e porque do legado sempre deve resultar utilidade ao legatario, legando o testador uma divida que devia ao legatario, era inutil o legado, § 14, *Inst. de Leg.* Comtudo os autores figurão alguns casos em que o legado da divida pôde ser válido, por conter utilidade, v. gr., si legasse uma divida que o testador tivesse contrahido por longo tempo, porque tinha o legatario utilidade em a receber mais cedo; ou si fosse uma divida de dinheiro ou quantia incerta, porque por esta confissão se tornava a divida segura ao legatario. Porém si o devedor legar ao credor, não a sua divida, mas outra cousa, julga-se, neste caso deixado o legado com animo de compensar a divida, sem se fazer differença entre divida voluntaria e que traga a sua origem do contrato e facto do homem, á necessaria, e que se deva por disposição da lei; por isso que toda a divida é necessaria, e por consequencia sempre se presume no animo do testador a compensação, como se deduz da *Ord.* liv. 4, tit. 31, § 11, onde se estabelece a especie de que, si o defunto deixar ao criado ou criada que o servisse, algum legado, não declarando nelle que lh'o deixa liberalmente além da sua satisfação, se descontará na sua soldada e salario que o tal criado havia de haver, como si o testador assim o declarasse, presumindo-se antes o livramento da divida a que estava obrigado, do que a doação.

(191) Note-se aqui o que diz o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.*, liv. 3, tit. 7, § 10, que, posto que debaixo do nome de móveis, na significação de direito, se entende o dinheiro e dividas, e ainda os semoventes, comtudo, no uso commum de fallar, os móveis só comprehendem o que pertence á mobilia de casa, e por isso legando-se os móveis, se entende ter-se legado sómente o que pertence a trastes de uso ordinario de uma casa, e não: 1º, os fructos, ainda que estejam já recolhidos e existentes, por isso que estes vulgarmente se chamão fructos e não móveis; 2º, o dinheiro que está na gaveta por qualquer causa depositado, que sempre se distinguio dos móveis; 3º, as acções, direitos, e dividas dos devedores, porque estes constituem

como direitos e acções, porque tudo pôde produzir utilidade ; e pela mesma razão os factos, com tanto que sejam licitos em si, L. 112, § 3, ff. *de Leg.* 1, e L. 113 e 114, § 11, ff. *eod.*;—6º, as cousas litigiosas, sendo neste caso o herdeiro obrigado a seguir a demanda começada com o defunto até ao fim ; e vencendo, entregar ao legatario a coisa vencida, na fórma da Ord. liv. 4, tit. 10, § 11 ;—7º, não só uma, mas muitas cousas, e neste caso perecendo uma, se deve outra (192), § 17, *Inst. de Leg.*, e L. 62, ff. *de Leg.* 1.

---

a terceira especie de bens, distincta dos móveis e immoveis ; 4º, os bois, bestas e mais animaes, que se chamão semoventes ; 5º, os vasos de ouro e prata destinados para a mesa e cozinha ; 6º, o linho, a lã feita e por fazer, e outras cousas deste genero ; entendendo-se, contudo, por móveis os trastes de uso de uma casa, como cadeiras, mesas, espelhos, tremós, tapetes e mais alfaias ; devendo ser feita esta interpretação conforme o uso commum de fallar ; e o Julgador recorrer aos usos e costumes das terras, que são o melhor interprete nesta materia, pois em cada provincia e lugares della ha um dialecto particular, e é de presumir que o testador se explicasse segundo elle ; assim como si o testador fôr professor de direito, se presume que usaria de taes palavras no sentido juridico.

(192) É certo que, perecendo a cousa que faz objecto do legado, se extingue o mesmo legado, e o não deve prestar o herdeiro, pela impossibilidade em que fica de verificar a sua entrega ; no entanto devemos fazer differença, attendendo ao tempo em que a cousa legada pereceu, si foi em vida do testador ou depois da sua morte : no primeiro caso, extingue-se o legado, e não ha direito algum a exigi-lo ; no segundo, devemos vêr si foi por dolo ou malicia do herdeiro, ou por acaso ; porque no primeiro caso está o herdeiro obrigado a

restituir ao legatario a sua estimação, ficando sujeito não só á culpa lata e leve, mas ainda á levissima; pois de outro modo podia haver muitas fraudes a este respeito. Si porém, sendo legadas muitas cousas, perecer uma dellas, si se devem as mais, é questão que desenvolve largamente o autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., liv. 3, tit. 7, § 17, nota, dizendo que para sua solução se deve fazer differença, porque si as cousas legadas forem igualmente principaes, perecendo uma, devem-se as restantes; pelo contrario, sendo uma a principal, perecendo ella, se não devem as outras como seu accessorio, e apresenta os exemplos que traz o § 17 da Inst. de Legat., e L. 49, ff. de Leg. 2; porém é de parecer que se não attenda á sobredita distincção, e que, sendo legadas muitas cousas, ou uma universalidade dellas, como, por exemplo, um rebanho de gado, perecendo uma ou mais cabeças, se devem as restantes, § 18, Inst. de Leg.; devendo-se comtudo procurar a vontade ou modo por que o testador as deixou, do que depende a decisão de semelhante questão, por isso que as razões que produzem os autores para o desenvolvimento desta doutrina, pela sua subtilidade, são mais proprias para os argumentos das escolas do que para se admittirem no fóro; sendo comtudo mais simples a regra que estabelece no fim da nota do § cit.—*Ut que non valent modo, quo fiunt, valeant modo, quo valere possunt; et voluntas, que in totum non potest sortiri suum effectum, sortiatur ea parte, qua possit.* Pelo que parece semelhante sentença e doutrina digna de se adoptar e seguir no fóro, por se accommodar ao espirito das nossas leis e modo de julgar.

---

## CAPITULO XXXVIII.

*Do erro no nome do legado, e da falsa demonstração ou causa (\*).*

Estabelecido como regra, que, uma vez que conste da vontade do testador, se deve esta cumprir, segue-se que ainda que haja, da parte deste, erro no nome ou sobrenome do legatário, ou no proprio da coisa legada (193), vale o legado, uma vez que se saiba quem e o que queria o testador nomear, § 29, *Inst. de Leg.* Tambem não vicia o legado a falsa

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 7, §§ 11 e 12, com os DD. cit. ao cap. 35.

(193) Por Direito Romano, havendo erro no nome appellativo das cousas, como si se dissesse linho por lã, vinho por azeite, etc., o legado não tinha effeito, como se vê da L. 4, ff. *de Leg.* 1; porém o autor das *Inst. de Dir. Civ. Lusit.*, no lugar cit., § 9, diz que não concebe differença entre erro do nome, e vocabulo, posto que a L. cit. diga que os vocabulos das cousas são immutaveis, e os dos homens mutaveis, e o citado autor parece ter toda a razão; e por isso devemos dizer que, olhando para os principios da boa logica, não a têm os juriconsultos romanos, e que portanto a obrigação do interprete neste caso é observar qual foi a mente e vontade do testador, sabendo-se qual fosse esta, deve valer o legado, e pouco importa que usasse de um termo differente para designar a coisa que queria legar: esta doutrina é conforme aos principios da razão, e como tal admissivel, por ser o caso omisso.

demonstração, § 30, *Inst. de Leg.* (194): nem tão pouco a falsa causa, § 31, *Inst. eod.*, e tanto a impulsiva, como a preterita (195), L. 72, § 6, ff. *de Cond. et Demonstrat.*

---

(194) V. gr., si o testador deixar a Pedro um relógio que tinha comprado a Paulo, ainda que o não tivesse comprado a este, sempre vale o legado; pois constando qual era o relógio que queria legar, pouco importa a falsa demonstração; pois o que o testador acrescenta afim de mostrar melhor a coisa legada, é superfluo, como se vê da L. 1, § 8, ff. *de Dot. præleg.*

(195) V. gr., si deixasse a Pedro cem moedas em razão de o ter servido em varios negocios da administração da sua casa, quando não era assim, este engano ou erro, apezar de ser a coisa legada intervindo causa impulsiva, não deve prejudicar ao legatario; excepto si da vontade do testador se conhecesse o contrario.

---

## CAPITULO XXXIX.

*Quando se podem pedir os legados (\*).*

Si o legado é puro, cede o seu dia *a morte testatoris*, e por isso se póde logo pedir (196); e, si condicional, só cede pela existencia da condição;

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mello, liv. 3, tit. 7, § 4, com os DD. cits. ao cap. 35.

(196) Os juriconsultos romanos fazem differença de *ceder*, a *vir* o dia do legado para o effeito da sua transmissão aos herdeiros; e assim *ceder* o dia do legado é o mesmo que *começar-se a dever*, isto é, quando o legatario adquire o direito ao mesmo legado e o herdeiro instituido principia a ter obrigação de o pagar, e por consequencia o legatario já o póde transferir para os seus herdeiros, e *vir* o dia do legado, segundo a L. 213, ff. do V. S., é o mesmo que *começar a poder pedir-se*, differindo da expressão *ceder o dia*, por não poder pedir effectivamente o legado, nem transmitti-lo aos seus herdeiros, fazendo distincção de legados puros a condicionaes: porém entre nós não tem lugar a differença dás sobreditas expressões quanto á transmissão dos herdeiros do legatario; porque, ainda quando o legado é deixado debaixo de condição possivel, morrendo o legatario antes della existir, pendente a qual, se não póde pedir, passa aos seus herdeiros este direito eventual, que competia ao legatario depois da morte do testador; não se devendo julgar por este modo nullo o legado, como por direito romano, por não se poder dar uma razão de differença entre contratos e ultimas vontades (como já se notou a respeito das heranças), e ser contrario aos principios da Jurisp. Universal, como nota o autor das Inst. de Dir. Civ. Lnsit., liv. 3, tit. 6, § 13, e tit. 7, § 15.

por isso o legatario só adquire direito ao legado quando se verificar a condição debaixo da qual foi deixado (197). Sendo, porém, deixado com declaração da causa final por que se deixa (198); ou debaixo de condição potestativa negativa (199), se póde pedir logo, prestando caução de que o ha de restituir, não se verificando a condição. Sendo o legado annual ou mensal, cede o dia do legado todos os annos ou mezes, sendo puro o do primeiro anno ou mez, e condicional o dos seguintes, L. 12, pr., e §§ 1 e 3, ff. *quand. dies leg. ced.*

---

(197) Note-se que os legados podem ser deixados debaixo das mesmas condições que as heranças, e que as mesmas que vicião as instituições de herdeiro vicião os legados e fideicommissos, Aut. cit., tit. 7, § 14.

(198) V. gr., deixando um legado a Pedro, com obrigação de lhe fazer um mausoléo, póde logo pedi-lo dando caução para o fazer.

(199) V. gr., si não mudar de religião, tambem o póde pedir debaixo da caução chamada •Muciana, de que falla a L. 7, ff. *de Cond. et dem.*

---

## CAPITULO XL.

*Acções por que se pôdem pedir os legados (\*).*

Póde o legatario pedir o legado deixado, ou pela acção de *reivindicação*, por isso que esta nasce do dominio, na fórmula da L. 23, ff. *de Reivindicat.*, que passa logo para o legatario pela morte do testador, L. 80, ff. *de Leg. 2*, e Lei de 9 de Novembro de 1754, ou pela acção *pessoal*, nascida do testamento, por isso que o herdeiro adindo a herança, *quasi contrahe com* os legatarios, § 5, Inst. *Oblig. quæ ex quas. cont.*, ou pela acção *hypothecaria*, por isso que os bens hereditarios estão tacitamente obrigados em penhor aos legatarios e fideicommissarios, L. 1, Cod. Comm. *de Leg.* Póde-se comtudo usar de outra acção mais proficua, qual a da *assignação de dez dias*, que é mais summaria, e de que se falla na Ord. liv. 3, tit. 25, por ser divida constante de uma escriptura publica, qual o testamento (200).

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA: — Mello, liv. 3, tit. 7, § 5; Corrêa Telles, *Doutr.*, § 159; Lobão. *Acç. Summ.*, §§ 354 e segg.

(200) Posto que o legado, que se deve, se possa pedir pelas tres acções enumeradas, comtudo sendo o seu uso raro, como afirma o autor das Inst. de Dir. Civ. Lusit., liv. 3, tit. 7, § 5, por isso aconselha a de assignação de dez dias; e ainda que a sua doutrina pareça

oppôr-se ao § final da Ord. cit., tit. 25, por não ter lugar esta acção senão nos próprios contrahentes, comtudo procede, porque ainda que não houve verdadeiro contrato entre o herdeiro e legatario, houve um quasi contrato, e por uma escriptura publica, como o testamento (\*).

(\*) Corrêa Telles, *Doutr.*, not. 339, é da mesma opinião; « mas, accrescenta, legada uma divida activa, o legatario deve usar contra o devedor da mesma acção ordinaria que o testador deveria intentar si o quizesse obrigar. » A razão da differença das soluções está na das hypotheses. A acção do legatario para pedir o legado nasce do testamento, cuja verba é o titulo do legado; a acção do legatario, do herdeiro, do inventariante, do testamenteiro para pedir a divida de terceiro, nasce do titulo da divida, o qual existe independente do testamento e é anterior a elle, — Lobão, a *Mello*, l. c., remetendo-se ao cap. 9 das suas *Acç. Summ.*, onde nos §§ 603 e segg., se apoia na Ord. liv. 3, tit. 25 *in fine*, nega a assignação de dez dias ao legatario para pedir o legado, por não se dar na especie o requisito das proprias partes contrahentes; e offerece as acções de reivindicção hypothecaria, pessoal *ex-testamento* e o interdicto *adpiscendæ possessionis*. — Do mesmo sentir são Pereira e Souza, nots. 957 e 964; Gomes, *Man. Prat.*, p. 1, cap. 47, n. 44, e cremos ser a praxe.

## CAPITULO XLI.

*Da repudição e renuncia do legado (\*)*.

Tendo-se mostrado que o herdeiro póde repudiar e renunciar a herança, muito mais poderá o legatario repudiar ou renunciar o legado, não só *in totum*, mas *in parte*, por isso que sendo uma liberalidade ou beneficio, se não deve este conferir invito, ou contra vontade, a alguém; e isto ainda que seja deixado debaixo de condição, ou certo dia, antes que este venha ou se preencha a condição (201): no caso

---

(\*) BIBLIOGRAPHIA:— Mello, liv. 3, tit. 7, § 16; Lobão, a Mello, *huic. loco*, em contrario; Coelho da Rocha, §§ 426 e segg.; e sobre a renuncia, em geral, §§ 32 not., 52 e 410.

(201) Note-se, porém, que a renuncia do legado não póde prejudicar aos encargos nelle postos, porque então o legatario póde ser obrigado a aceita-lo, não para lhe conferir este beneficio contra sua vontade, mas para satisfazer os encargos a elle inherentes; ou, não o querendo aceitar, declarar que o repudia, recahindo então esta obrigação no herdeiro; excepto se o testador dispozer que, se o legatario não quizer receber o legado, poderá só receber a parte que lhe parecer, deixando-a mesmo onerada, pois a vontade do testador é que nos deve regular, não sendo contraria á lei. Não havendo, porém, esta declaração do testador, o legatario, não repudiando o legado, está obrigado a satisfazer aos encargos inherentes, porque quem tem o *commodo* deve ter o *incommodo*. Quanto, porém, á renuncia do legado antes de se verificar a condição, é que podia haver duvida, attenta a razão de direito romano, que emquanto se não verifica a condição não tendo direito ao legado, em consequencia não tinha que renunciar, l. 45,

de repudição, renuncia ou falta de legatario, vai o legado ao herdeiro como pessoa mais favorecida do testador (202).

---

§ 1 de Leg. 2; porém ainda que seja verdade que enquanto se não verifica a condição se não vence o legado, contudo, como diz o autor das Inst. de Dir. Civ. Lusit., liv. 3, tit. 7, § 16, nota, não havendo lei alguma que prohiba renunciar o direito futuro e eventual, se pôde também renunciar ao direito que se espera ter no legado condicional, o que prova também com a L. 1, *Cod. de Pactis*, da qual se tira, que se pôde fazer transacção sobre os fideicommissos deixados de baixo de condição; e, se se pôde fazer transacção, também se podem renunciar os legados.

(202) Entre nós não tem lugar a disposição de direito romano sobre o direito de accrescer, que se verificava nos legados, fideicommissos, e ultimas vontades, quando faltava um dos co-legatarios, ou co-herdeiros, para salvarem o principio e regra, que ninguem podia morrer *pro parte testatus e pro parte intestatus*, e para o que figuravão varias especies, donde nascêrão disputas que fizerão esta materia muito difficil e obscura: basta-nos saber que, tendo semelhantes disposições por fundamento razões supersticiosas e falsas, devemos ter como regra a vontade do testador, porque quando elle determina a porção ao herdeiro e legatario, é unicamente com tenção de beneficia-lo naquella parte, e não em toda, pois tem a faculdade de substituir herdeiro, e não usando della, vai aos herdeiros *ab intestado*; e quanto aos legados, se um dos co-legatarios não aceitar o legado, sempre se presume que o testador quer que vá ao herdeiro, visto que é a pessoa mais favorecida do mesmo; o que se pôde vêr melhor no § 23, e sua nota do tit. 7, do liv. 3, das Inst. de Dir. Civ. Lusit. (\*)

(\*) Vide sobre a celebre questão do direito de accrescer a Diss. 8 de Lobão no *Supp. ás Acções. Summ.*

## CAPITULO XLII.

*Das successões legitimas ou ab-intestado* (\*).

Tendo-nos proposto tratar das successões, tanto por testamento, como *ab-intestado*, e até aqui fallado das successões testamentarias, e do que pertence aos testamentos, segue-se finalmente occuparmo-nos das successões legitimas, ou que têm lugar quando não existe testamento que as dirija e regule. Havendo entre nós cinco grãos ou ordens de successão *ab-intestado*, quaes a dos *descendentes*, *ascendentes*, *collateraes*, *conjuges* e *fisco*, trataremos seguidamente de cada uma de per si (203).

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, Freire, liv. 3, tits. 6 e 8; Lobão, a Mello, h. 1.; *Suppl. às Not. a Mello*, diss. 2, §§ 4 e segg.; *Supp. às Acç. Summ.*, diss. 8, § 2; diss. 4 da *Coll. das Diss. Jurid.*; diss. 2 *cod.* para a successão dos ausentes; Borges Carneiro, II, tits. 21 e 22; Coelho da Rocha, §§ 333 e segg.; Perdigão Malleiro, *Comment. à L. de 2 de Set. de 1847.*

(203) Note-se que pelas nossas Ordenações se não prescreve clara e precisamente toda esta ordem de successão *ab-intestado*; por isso que suppozerão como fundamento principal desta materia o direito romano estabelecido não só na novella 118, mas em outras mais que alterarão o direito antigo, e cuja disposição, por ser muito conforme á razão e natureza, tem sido adoptada em quasi todas as nações da Europa, como observa Grot. *de Jur. Belli et Pacis*, liv. 2, cap. 73. tendo sómente alterado algumas cousas, que se não apropiavão bem

aos costumes e principios adoptados neste ou naquelle paiz. Geralmente fallando, foi adoptado nesta parte o direito novo de Justiniano, quasi do mesmo modo por que se acha estabelecido na novella 118 e outras de que se passa a fallar ; e por isso vemos que as nossas Ordenações não fazem outra cousa mais do que determinar alguns pontos que não estavam declarados por direito romano, ou estabelecer alguns casos que erão ou devião ser differentes do mesmo : os titulos da nossa Ord., em que se faz menção destas successões *ab-intestado*, são no liv. 4 os tits. 91, 92, 93 e 94 ; porém nelles não se determina ampla e declaradamente o que se observa nestas successões ; porque suppozirão os compiladores o que já estava determinado por direito romano, empregando-se só em ampliar e declarar o direito novissimo de Justiniano sobre as successões *ab-intestado* ; por isso deverá ser proveitoso descrever em cada um dos grãos ou ordens de successão o que a respeito dispõem tanto o direito romano como as nossas leis. Que entre nós estão admittidos os mesmos grãos de successão que por direito romano se estabelecão, se prova da Ord. liv. 4, tit. 96 pr., onde se trata das partilhas, que devem ser feitas entre os herdeiros. prescrevendo-se ahi os primeiros tres grãos ou ordens de successão ; e dos outros dous se falla no liv. 4, tit. 94, § unico : assim, vemos adoptados os mesmos grãos de successão que estabeleceu Justiniano, tomando por principio e fundamento o direito do sangue, deferindo-se as heranças áquellas pessoas a quem se póde presumir que a vontade do testador deferiria a herança ; pois que pelas leis das Doze Taboas, como tinhão tomado por principio a conservação das familias, vinhão a succeder muitas vezes os de grãos mais remotos, excluindo os mais proximos.

---

## § 1.

I. *Da successãe dos descendentes.*

Sendo o fundamento desta successão não a conservação das familias, mas os vinculos do sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do testador se tivesse disposto de seus bens pela affeição e amor que se deve suppôr entre o defunto e seus conjunctos, e em que se funda a vontade de beneficiar, não tendo os pais cousa mais amavel que os filhos, por serem a sua causa efficiente, é claro que os descendentes devem constituir o primeiro gráo e ordem de successão, quando o defunto não tiver feito disposição testamentaria; e entre elles, sem duvida, devem occupar o primeiro lugar os filhos: por isso, fallecendo alguém *ab-intestado*, tendo filhos, são estes os primeiros que a lei chama á successão, e depois os mais descendentes, mas por esta ordem:—1º, todos os filhos legitimos, Ord. liv. 4, tits. 82 e 96, pr. (204),

---

(204) Para melhor intelligencia desta successão, é necessario expôr as differentes qualidades de filhos que ha em direito, por isso que nem todos são chamados pela lei á successão: e são uns *legitimos*, outros *naturaes*, e estes *legitimados*, e *illegitimos*, havendo destes ainda quatro especies. *Legitimos* são aquelles que nascem de solemnes e justas nupcias, de que falla a Ord. liv. 4, tit. 96 pr., seguindo o direito romano; *naturaes* aquelles que nascem de pessoas em que

não havia impedimento para casarem, ou se já tidos de uma ou de muitas concubinas, como se deduz da Ord. liv. 4, tit. 92, que adoptou nesta parte o direito canonico, e não o romano, a que seguiu o Cod. Affons. liv. 4, tit. 98, que só tinha por naturaes os filhos tidos de uma unica concubina retida em figura de mulher por homem solteiro, Portugal de Don., liv. 3, cap. 18, n. 36; legitimados aquelles que, não nascendo de justas nupcias, forão depois reduzidos ao patrio poder por meio da legitimação, que, segundo a Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, se pôde fazer de tres modos:—1º, por autoridade real, isto é por carta ou provisão do desembargo do paço, de que falla a Ord. liv. 1, tit. 3, § 1 (\*); 2º, pela nomeação de filho, feita em testamento

(\*) A Ord. liv. 1, tit. 3, § 1, liv. 2, tit. 35, § 12, e Reg. do Des. do Paço de 27 de Julho 1582, § 118, que autorizavão o tribunal do Desembargo do Paço para concessão de cartas de legitimação de filhos de clérigos, frades, beneficiados, homens casados ou nascidos de ajuntamento de parentes ou cunhados em grão prohibido, ou de freiras ou de filhos naturaes de cavalleiros, e dahi para cima, para poderem herdar e gozar das honras e privilegios como se forão nascidos de legitimo matrimonio, ou só para gozar das honras e liberdades, parece-nos, (apezar da pratica do fóro em contrario, e respeitaveis autoridades), que deve em sua applicação entender-se em termos habeis, attenta a jurisdicção dos juizes a quem hoje pertence.

Extincto o tribunal do Desembargo do Paço pela Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 1, a concessão das cartas de legitimação a filhos illegitimos passou a pertencer aos juizes de 1ª instancia, precedendo as necessarias informações, audiencia dos interessados, havendo-os, e conforme o disposto no Regimento dos Desembargadores do Paço e mais leis existentes, com recurso para as relações dos districtos. Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 1.—Estes juizes de 1ª instancia são hoje os de direito civil, e em sua falta ou extincção, os juizes municipaes. Disp. Prov., arts. 8 e 13; Instrs. de 13 de Dezembro de 1832, art. 43; Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841, arts. 114 a 116; Reg. n. 143 de 15 de Março de 1842, art. 2, §§ 1, 5 e 6.—As legitimações, de que tratamos, que se dizião—por mercê real—(e que hoje chamaremos judiciais) nunca se entendião prejudicar a terceiro, por mais amplas que fossem as suas clausulas; nem se costumavão conceder em prejuizo dos herdeiros legitimos; porque, não tendo a qualidade de restituição plenaria, mas de mera dispensa, só podião aproveitar para os fins e effeitos que as leis do Reino preservem, e nunca para despojar um terceiro do dominio, posse e direito adquirido, segundo a Res. de 16 de Dezembro de 1798 em Prov. de 18 de Janeiro de 1799.—A Ord. liv. 4, tit. 92 pr., permite a successão abintestado aos filhos naturaes de pai peão, ou que o era na época do nascimento do filho; mas pelo § 1 e Decr. de 10 de Junho de 1694, vê-se a prohibição de tal successão aos filhos naturaes de pessoas nobres; e o tit. 93 igualmente a tolhe aos filhos dos clérigos ou de algum outro damnado ou punivel côito.—A Resolução de 11 de Agosto de 1831 declarou que nem a Ord. liv. 4, tit. 92, nem outra alguma legislação em vigor prohibe

pelo pai, cit. tit. 35, § 12; 3º, e pelo seguinte matrimonio, § 12 cit. *Illegítimos* são aquelles que meramente são filhos pela natureza, sem ser em consequencia de justas nupcias, assim chamados em contraposição dos legitimos: delles ha quatro especies, que é necessario declarar, pôr terem differentes considerações em direito, que passou para as nossas Ordenações: os *espúrios* ou *vulgo quezilos*, que, por serem filhos de meretrizes publicas, não têm pai certo, bem como os que

que os filhos illegítimos de qualquer especie sejam instituidos herdeiros por seus pais em testamento, não tendo estes herdeiros necessarios. A Ord. liv. 5, tit. 92, § 4, admittie os filhos naturaes dos nobres ao gozo das honras e armas de seus pais. Logo, o tribunal do Desembargo do Paço, quando concedia ao filho do pai nobre a successão ab-intestado ou testamentaria concorrendo com legitimos; quando igualmente concedia a mesma successão ab-intestado aos filhos de clerigos ou de outro damnado e punível coito, obrava com poder legislativo e dispensatorio, suspendendo, como é manifesto, as Ord. liv. 4, tit. 92, § 1, e tit. 93, bem como a Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, quando concedia a successão nos bens da corôa; só não havia dispensa de lei quando habilitava pela carta de legitimação os filhos naturaes de qualquer especie, para succederem nas honras e armas, porque a Ord. liv. 5, tit. 92, § 4 as concedia aos naturaes, sem distincção; nem quando legitimava os filhos naturaes de peão para successão com os legitimos, porque a Ord. liv. 4, tit. 92 pr. a permittia, e para a successão *ex testamento* dos illegítimos de qualquer especie, quando não houvessem herdeiros necessarios, não era necessaria dispensa como da Ord. liv. 4, tit. 92, e Res. de 11 de Agosto de 1831. Mas a Constituição do Imperio, art. 15, § 8, só á Assembléa Geral Legislativa do Imperio concedeu o poder de suspender e revogar leis, e só quando houver utilidade publica, art. 179, § 2; e por isso parece-nos que não tendo hoje os juizes de 1ª instancia, nem outros quaesquer, a faculdade que tinha o Desembargo do Paço, como tribunal regio e de graça, a legitimação judicial que presentemente é concedida pelos juizes de direito do civil e municipaes só pôde produzir o effeito de habilitar o legitimando para a successão nas honras do pai legitimante, não para entrar nos bens ab-intestado ou *ex testamento*, concorrendo com legitimo, porque semelhantes effeitos sendo concedidos antigamente como dispensa, com suspensão de lei pelo Desembargo do Paço, não têm hoje os juizes, que as podem conceder, iguaes faculdades; muito mais quando se attende que já antigamente era expressamente prohibida, e nunca se entendia concedida senão quando expressamente fosse mencionada na carta de legitimação tal clausula, sem embargo da Ord. que a prohibia. Assim a legitimação judicial hoje não dá direito á successão ab-intestado senão áquelles que pelas leis o tiverem, como os naturaes de pai peão, que pela Ord. liv. 4, tit. 92 pr., e § 2, succedem promiscuamente com os legitimos ab-intestado; aos illegítimos das mais especies só pôde attribuir a successão das honras: para a testamentaria contra a lei não habilita igualmente; e quando não houverem herdeiros necessarios, não se faz precisa, porque os pais podem institui-los, se quizerem, segndo a Ord. liv. 4, tit. 92, e Res. de 11 de Agosto de 1831.

(Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça)

e tambem os naturaes, sendo o pai peão, Ord. liv. 4, tit. 92 pr. (205), e ainda os legitimados pelo

nascem de pais entre os quaes era prohibido o matrimonio, ainda que fossem certos, como diz Portugal, cit. n. 65, e de que falla a Ord. liv. 4, tit. 93, que seguiu o direito romano; e destes que nascem de damnado e punivel coito, como se explica a Ord. cit., é que fazem as outras tres especies de filhos illegitimos: *adulterinos*, que são os tidos de pessoas casadas, em consequencia de um adulterio: *incestuosos*, os que são tidos entre pessoas conjunctas em tal gráo de parentesco, que não possuem casar sem dispensa, assim chamados por nascerem em consequencia de um incesto: *sacrilegos*, os tidos de pessoas que renunciãrão o celibato, e em consequencia de um sacrilegio, como são os filhos de clérigo, religioso ou religiosa. Veja-se Domat., tit. 1, P. 2, liv. 2, tit. 1.

(205) Os filhos *naturaes* (que pelo nosso actual direito são os havidos geralmente entre pessoas que não têm impedimento para casar, esteja ou não a mãe retida como concubina) não succedem *ab-intestado* ao pai cavalleiro ou escudeiro, o que quer dizer que tenha algum gráo de nobreza, salvo se fôr peão ao tempo que os filhos naturaes nascêrão, porque então succedem ao pai, como si fosse peão; e posto que tenha ordens menores, não será por isso havido por cavalleiro, quanto a este caso, Ord., liv. 4, tit. 92, §§ 1 e 2, salvo sendo já beneficiado, como se deduz da Ord. liv. 4, tit. 91, § 8. Porém o cavalleiro que tiver sómente filhos naturaes e não legitimos, nem outros descendentes legitimos e tiver ascendentes legitimos, poderá deixar a terça aos filhos naturaes; e não tendo descendentes nem ascendentes legitimos, lhes poderá em testamento deixar toda ou parte da herança, na fôrma da Ord. cit., § 3. Differentemente succede no prazo de que falla a Ord. liv. 4, tit. 36, § 4, segundo a qual, não havendo descendente legitimo do foreiro, posto que haja ascendente legitimo, haverá o fôro o filho natural, se o tiver, posto que seu pai fosse cavalleiro; porém, na administração de bens de vinculo, ainda que sejam legitimados, não podem succeder com exclusão dos actuaes administradores e possuidores delles: Provis. de 18 de Janeiro de 1799, e veja-se adiante

seguinte matrimonio, Ord. liv. 4, tit. 96 pr., e liv. 2, tit. 35, § 12 (206); e todos estes concorrendo sós,

---

§ 7. —Note-se que pela resolução de 27 de Maio de 1738 se declarou que entre peão e escudeiro se não deve considerar estado médio, na fórma do Alv. de 6 de Abril de 1538,—e que pelo Decreto de 10 de Julho de 1694 se declarou que os cavalleiros feitos pelos cavalleiros de Africa, de que falla a Ord. liv. 2, tit. 33, § 29, não gozão de nobreza, por essa razão sómente, e lhes succedem os filhos naturaes. Veja-se *Domat.*, 2<sup>a</sup> P. T. 1, tit. 1, sec. 2, art. 8.

(206) *N. B.* que os filhos *legitimados* pelo rescripto ou provisão régia, ou por outro modo sem ser pelo matrimonio subsequente, não succedem ao pai *ab-intestado*, e sómente excluem os filhos illegitimós e collateraes, como assevera ser direito recebido o autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., liv. 3, tit. 8, § 14, fundado no que diz Gama, Cabedo, e Phæbo, ao que podemos acrescentar que isto mesmo se deduz da Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, emquanto os exclue da successão dos bens da corôa, com differença aos legitimados pelo seguinte matrimonio; porém isso se deve entender quando nas cartas de legitimação se não declarou que podião succeder *ab-intestado*, como tambem se vê da Ord. cit. § 12, e mesmo porque ao principe pertence ampliar ou restringir os direitos dos differentes filhos, e por consequencia para a decisão desta questão devemos recorrer ao modo por que forão passadas as cartas de legitimação. Os legitimados pelo seguinte matrimonio para succederem juntamente com os legitimos, é preciso que tenham os requisitos que estabelece o cit. § 12, sendo por isso necessario que o casamento fosse celebrado precedendo licença do prelado competente, e que os filhos sejam taes que com direito podessem ser legitimados, o que com profusão e erudição se explica na primeira dissertação das cinco anonymas, que se imprimirão em 1808, para onde remetto os leitores, e só acrescentando o modo de impetrar as cartas de legitimação, que em summa é—recorrendo á Mesa do Desembargo do Paço por uma petição, á qual vai junta uma escriptura publica: então a mesa manda responder e consultar os herdeiros que devem succeder *ab-intestado*, o que encarrega aos provedores das comarcas: não havendo

sucedem em iguaes porções, sendo os bens allodiaes, sem differença de sexo, idade ou familia; succedendo por isso o filho juntamente com a filha (207), o menor com o maior, o que está debaixo do poder do pai com o que está fóra, como o casado,

---

nesta consulta inconveniente, manda a mesa passar a carta de legitimação, onde se declara o mesmo que se supplicava na petição, e que lhes succederão *ad-intestado*; e tambem que, apezar da opinião de quaesquer doutores, os mesmos filhos gozem de todos os direitos de successão, excepto quando os pais pedirem só para lhes succederem por testamento. O que tem feito duvida a alguns interpretes é que ellas sempre levão a clausula de succeder sem prejuizo dos mais herdeiros, julgando alguns que estes legitimados erão preferidos não só pelos descendentes e ascendentes legitimos, mas até pelos collateraes até ao decimo grão; porém o autor das Inst., no lugar cit., e os mais que ali nomêa, estendem o sentido destas palavras sómente aos descendentes e ascendentes, e não aos collateraes; porque de outra maneira seria inutil a graça, e vinhão só a preferir o conjuge e o fisco.

(207) Note-se que o autor das Inst., no lugar cit. § 4, diz que o direito que tem a filha de succeder juntamente com os irmãos na herança dos pais, sendo os bens allodiaes, e que se observou desde o principio da nossa monarchia, posto que alterado a respeito das filhas dos nobres ou illustres, pelo Alv. de 17 de Agosto de 1761 (ordenando, no § 1, que ás filhas das casas mais distinctas, e de que se trata neste alvará, se não adjudicassem as porções legitimas), comtudo foi reduzido ao antigo estado pelo Decr. de 17 de Julho de 1778, suspendendo a sua disposição; mas deve-se advertir que sendo dous os Alvs. de 17 de Agosto, o sobredito decreto suspendeu a disposição dos §§ 1, 2 e 3, e declarou a do 7 do Alv. que trata das successões das filhas illustres, e suspendeu a do § 2 do outro Alv. que trata de casamentos entre pessoas de maior qualidade, ficando as disposições dos mais §§ em seu vigor.

o emancipado (208) e o clérigo (209), e isto tanto na successão testamentaria, como na legitima, por isso que as Ords. cit. não fazem esta differença, o

---

(208) Como se collige da Nov. 118, cap. 1, por isso que Justiniano extinguiu a differença de cognação, a agnação, suidade e gentilidade, chamando a todos os que estivessem ou não debaixo do patrio poder, fossem ou não emancipados, por isso que já não havia necessidade da *bonorum* possessão *unde liberi*, ou *contra tabulas*, no caso que o pai tivesse feito testamento, e da mesma sorte não necessitavão os filhos da disposição do S. C. Orficiano para succederem, porque a herança já não era dada em razão da agnação, mas sim da cognação.

(209) Posto que na nossa Ord. se não declare que os clérigos podem succeder aos pais como os outros filhos, comtudo nenhuma duvida pôde haver a tal respeito, porque esta é a pratica, e, por serem clérigos, não deixão de ser cidadãos e filhos; pelo contrario, os religiosos professos, que não podem testar, nem succeder *ab-intestado*, Ord. liv. 4, tit. 81, § 4, e L. de 9 de Setembro de 1769, § 10, que não foi suspenso pelo Decr. de 17 de Julho de 1778, bem como succedia aos Maltezes por terem professado os tres votos antes do Alv. de 12 de Maio de 1778, que dispensou a prohibição da Lei de 9 de Setembro de 1769 cit. a favor dos cavalleiros de S. João de Jerusalém para poderem succeder *ab-intestado*, e por testamento, no usufructo de quaesquer bens, que não sejam da corôa, ou de vinculo : e o mesmo se pôde dizer do religioso egresso, ou secularizado, que, ainda que impetre rescripto da Santa-Sé Apostolica para poder herdar e testar, não pôde ter execução sem beneplacito régio, devendo-se-lhe negar semelhante faculdade, na conformidade das razões exaradas na Resol. de 26 de Dezembro de 1809, datada no Rio de Janeiro, e que se acha registrada no liv. 24, que serve de registrar decretos que vêm á Casa da Supplicação de Lisboa á ff. 45, e que se vê por extenso, com o aviso que a fez registrar no cap. 42 deste Tratado, § 10. Ao clérigo, porém, que morre *ab-intestado* succedem os parentes mais proximos, na fórma da Ord. liv. 2, tit. 18, § 7, ou elles deixem bens patrimoniaes ou adquiridos *intuitu Ecclesie*; exceptuando o que vem aos bispos dos

que se comprova pela pratica ; e não só succedem os filhos que têm o mesmo pai e a mesma mãe, isto é, os do primeiro matrimonio, mas ainda os do segundo, comtanto que sejam legitimos, Ord. liv. 4, tit. 96 pr. (210), e tit. 91, § 2. Os illegitimos, porém,

parochos a titulo de *luctuosa*, que é um movel ou semovente, que aquelles podem escolher do espolio destes que fallecerem na sua diocese, se nella houver este costume, segundo o que se deduz da Lei de 8 de Maio de 1745, em que o Senhor D. João V recommenda aos bispos não levem mais do que o uso e costume lhes permite, posto que a Prov. de 21 de Fevereiro de 1729 declarou que no Brasil não levassem os bispos *luctuosa* por morte do clérigo que não fosse parochos. A historia do que se chama *luctuosa ecclesiastica* se póde ver na Constituição de Vizeu, e não em a nota do § 14 do tit. 8 das Inst. de Dir. Civ. Lus., que confunde a *luctuosa civil* com a *ecclesiastica*, que tem o seu fundamento nas concordatas que os bispos tizerão com os parochos, podendo por isso os bispos pedi-la onde houver tal costume, na fórma da lei cit.

(210) Não ha duvida que os filhos do primeiro matrimonio concorrem com os do segundo pela morte do pai commum, e que succedem os do primeiro nos bens adquiridos, o que é conforme ao direito romano ; mas, para isto se entender, é necessario expôr as hypotheses que figura a Ord. liv. 4, tit. 91, § 2, que, tratando da successão dos pais nas heranças dos filhos, diz que o conjuge que passar a segundas nupcias tendo filhos do primeiro matrimonio, perde a propriedade dos bens destes filhos, e que por isso, se algum fallecer sem descendentes, lhe não succede a mãe, que assim passou a segundas nupcias, senão no usufructo, indo por morte desta os ditos bens aos outros filhos do primeiro matrimonio, se os tiver, e não aos do segundo matrimonio ; porém se fallecendo a mãe, não ficarem filhos do primeiro matrimonio, ainda que fiquem netos, já não tem lugar a sobredita disposição, e succede então como se não tivesse casado segunda vez ; mas ficando filhos do primeiro matrimonio

succedem sómente á mãe, se não tem filhos legitimos, ainda que esta seja illustre, no caso de serem espurios, ou *vulgo quæsitos*, Liv. 5, *Cod. ad Senat. C. Orph.*, Vin. ao § 3, *Inst. eod.* (211), porque se

---

e algum neto do filho morto, o dito neto concorrerá na successão do tio morto com o tio vivo, isto é, no caso de não haver testamento, porque tendo-o feito, se guardará a disposição do direito commum, que é a *authentica* — *Ex testamento Cod. de secund. nupt.*, segundo a qual, o conjuge que passa a segundas nupcias está na razão dos estranhos para poder ser instituido pelos filhos do primeiro matrimonio, da qual *Auth.*, e L. 3, § 1, *Cod. eod.* se tirou o disposto na *Ord. cit.* § 2, que tem lugar tanto no pai como na mãe, segundo se vê no § 3 e 4 da mesma *Ord.*, só com a differença do pai não ser obrigado a dar fiança, como a mãe, quando succede no usufructo dos moveis, ou dinheiro dos filhos do primeiro matrimonio. Esta legislação se não acha presentemente alterada, apesar de o ter sido pelos §§ 27 e 29 da L. de 9 de Setembro de 1769, e L. de 27 de Novembro de 1770, porque estas forão suspensas pelo *Decr.* de 17 de Julho de 1778.

(211) Já se notou que o filho natural só succede ao pai peão, e não ao nobre, na fórma da *Ord.* L. 4, tit. 92; porém é de notar que os espurios, ou *vulgo quæsitos*, como não têm pai certo, succedem á mãe, ainda que seja nobre, mas sómente no caso de não ter filhos legitimos; pelo contrario, os filhos de damnado coito, porque não succedem á mãe, ainda que não tenha filhos legitimos nem naturaes, na fórma das leis citadas; pois, posto que não tenhamos lei especial que o determine, comtudo temos as leis subsidiarias e os seus interpretes que o declarão: nem isto se oppõe de modo algum á razão, antes é muito conforme a ella; e pelo que pertence aos outros, temos a *Ord.* liv. 4, tits. 92 e 93, por onde se devem decidir as questões que se originarem a seu respeito; notando-se, comtudo, que o que se diz é só relativo á successão legitima, e não á testamentária; pois todos elles podem succeder por testamento, e ser instituidos herdeiros, não

os filhos são de damnado e punivel coito, como os adulterinos, incestuosos e sacrilegos, não succedem ao pai nem á mãe, *Auth. ex complexu de incest. et inutilib. nupt.*, Ord. liv. 4, tit. 93, e Nov. 89, cap. ult.:—2º, na falta de filhos que, segundo as regras estabelecidas, podem succeder, são chamados em segundo lugar os netos, Ord. liv. 4, tit. 82, § 4, e tit. 96 pr.; mas podem os netos concorrer á successão do avô, ou sós, ou juntamente com os filhos, seus tios, com a differença que os filhos succedem *in capita*, e os netos *in stirpes* pelo direito da representação (212); e na falta dos netos succedem pelo mesmo modo os bisnetos e mais descendentes.

---

existindo herdeiros necessarios: e note-se finalmente que o filho espurio póde ser legitimado por provisão régia, para poder succeder *ab-intestado*, e como tal fica habilitado para poder haver o fóro, como o natural, na falta de descendentes, como é expresso na Ord. liv. 4, tit. 36, § 4; o que já se não verifica nos morgados, que requerem uma ordem regular: e na realidade a vocação de bastardos é irregular e contraria á ordem das successões, segundo a Ord. liv. 4, tit. 100, e L. de 3 de Agosto de 1770, que só admitte descendentes de matrimonio legitimo.

(212) A successão, ou é *in capita*, ou *in stirpes*: *in capita*, se se faz segundo o numero das pessoas, dividindo a herança em iguaes porções, succedendo cada um na sua *jure proprio, et quasi jure sui capitis*, Nov. 118, cap. 3; *in stirpes*, quando o que está em gráo mais remoto se acha em gráo mais proximo, entrando no lugar do que havia de succeder *jure proprio* em gráo mais proximo, se fosse vivo, pelo direito da representação que finge a existencia daquelle que se vai representar: e assim o neto representa seu pai entre os irmãos

## § II.

II.—*Da Successão dos Ascendentes.*

Na falta de filhos, netos e mais descendentes, se devolve a herança dos filhos, que morrerem abintestado, aos ascendentes; isto é, aos pais si os tiverem, e na sua falta aos avós ou bisavós, com exclusão dos irmãos germanos e seus filhos: Ord. liv. 4, tit. 91 (213).

deste, e succede com elles não *jure proprio*, mas pelo direito da representação *in stirpes*, e por isso ainda que sejam muitos os netos, filhos de um dos irmãos que vão a succeder com estes, não levão senão uma porção igual á que tem cada um dos ditos irmãos do pai. Note-se que este direito de representação, tendo lugar nos descendentes até *in infinitum*, nos collateraes só o tem até ao terceiro grão, Nov. 118, cap. 3; e por consequencia só se estende até aos filhos dos irmãos, e não a outros mais distantes do terceiro grão; tambem não tem lugar na emphyteuse familiar, como se deduz da Ord. liv. 4, tit. 36, § 4, e tit. 37, § 6, havendo-o comtudo na successão de morgado: Ord. liv. 4, tit. 100, pr.

(213) Pela Nov. 118, cap. 2, concorrião os pais juntamente com os filhos irmãos do defunto, e filhos daquelles, á sua herança; porém pelo Direito dos Wisigodos, liv. 4, tit. 2, L. 2, os ascendentes preferião a todos os collateraes, o que os nossos antepassados sempre seguirão por costume, e depois passon a ser lei escripta, e por isso vemos na Ord. liv. 4, tit. 91, pr., excluir o pai ou mãe expressamente aos filhos, irmãos do defunto, e no § 1, o mesmo a respeito do avô ou avó, e mais ascendentes, entendendo-se que o mais proximo

exclue sempre o mais remoto, por isso que nos ascendentes não tem lugar a representação, Nov. 118, cap. 2, que é o mesmo que dizer que, havendo pai, não succede o avô, e havendo avô, não succede o bisavô: assim é fácil de decidir qualquer questão que sobre esta successão se possa mover: si porém existirem avós paterno e materno no mesmo grão, então succedem em linhas, ou *in capita*. É questão debatida entre os reinicolas si o pai e mãe succedem sem differença de bens igualmente, por isso que nem as nossas leis, nem as romanas o decidirão. O autor das Inst. de Dir. Civ. Lus., na nota do § 16 do tit. 8, diz que lhe parece melhor a opinião de Baldo contra Bartolo, porquanto diz este que deve haver differença dos bens paternos ou maternos; que os avós paternos succederão nos bens que os filhos tiverão da parte do pai e os avós maternos nos bens adquiridos da parte da mãe; mas esta questão parece só ter lugar nos casamentos feitos por dote e arrhas, e não nos por costume do reino, onde ha uma perfeita communhão de bens, e por consequencia não se pôde saber quaes são os paternos e quaes os maternos, e esta é a opinião que seguem a maior parte dos reinicolas; pois si o filho, adquirindo os bens, podia delles testar livremente sem se fazer distincção de serem paternos ou maternos, igualmente a não deve haver quando lhe succederem os ascendentes: além disto, como as nossas leis os chamão á successão sem fazerem tal distincção, tambem nós a não devemos fazer. Note-se que, pela mesma razão que os filhos illegítimos não succedem aos pais, por essa mesma lhes não succedem estes, por ser a successão reciproca, Nov. cit., cap. 3. No caso, porém, de ter o pai ou mãe passado a segundas nupcias, observa-se o que dispõe a Ord. cit., tit. 91, § 2. E observe-se, finalmente, o que dispõe a Ord. no § 1, que, fallecendo o filho ou filha com testamento, tendo idade para o poder fazer, quer esteja no poder do pai, quer fóra d'elle, deve deixar necessariamente duas partes de seus bens a seus pais, si os tiver, e não os tendo, a seus avós, podendo sómente dispôr da terça a favor de quem lhe parecer; e fazendo o contrario sem expressão da causa, fica o testamento nullo, na fórma que já se notou: Ord. liv. 4, tit. 38, § 4.

## § III.

III. *Da Successão dos Collateraes.*

Na falta de todos os descendentes e ascendentes, se devolve a herança ab-intestado aos collateraes, entre os quaes têm o primeiro lugar os irmãos germanos e os seus filhos (214) : — 3º, não existindo estes, são chamados em segundo gráo os irmãos unilateraes (215) e os seus filhos, e succedem como os bilateraes sem differença dos bens serem paternos ou maternos:—4º, si porém não existirem irmãos germanos ou unilateraes, se devolve a herança ab-intestado aos seguintes parentes mais proximos, que

---

(214) Na ordem dos *collateraes*, que são aquelles que não estão na linha dos que gerão e fôrão gerados, mas que procedem dos mesmos, occupão o primeiro lugar os irmãos germanos, que são os filhos do mesmo pai e da mesma mãe, em que entra o direito da representação ; de sorte que os germanos succedem *in capita*, e os filhos destes ou concorrão sós, ou com os tios, *in stirpes*, e nunca *jure proprio*.

(215) *Unilateraes* são aquelles que são irmãos só pela parte de um dos pais, v. gr., sendo filhos do mesmo pai, mas de diferentes mães, os quaes são chamados na falta dos bilateraes para succederem sem differença de bens paternos a maternos, *Cocc. Jur. Civ. controv.* ao liv. 38 das Pand., tit. 15, q. 8, tendo ainda neste caso lugar o direito da representação.

sucedem sempre *in capita*, segundo a prerogativa do gráo, na fórma da Nov. 118, cap. 3 (216).

#### § IV.

#### *Da Successão dos Conjuges* (\*).

Na falta de descendentes, ascendentes e collateraes, ou parentes até ao decimo gráo, contado na fórma do Direito Civil, succedem os conjuges entre

(216) Note-se que quando, na falta de irmãos bilateraes e unilateraes, e seus filhos, succedem os parentes mais proximos, não tem já lugar o direito de representação, e só se attende á prerogativa do gráo, de sorte que o que se achar mais proximo exclue o mais remoto; e sempre succedem *in capita*, apezar de serem muitos no mesmo gráo, porque o direito de representação só tem lugar nos filhos dos irmãos. Os filhos illegitimos, nascidos ainda de damnado coito, são herdeiros tambem legitimos dos irmãos, e parentes da parte da mãe, succedendo entre si na fórma da Ord. liv. 4, tit. 93, § 4, *Inst. de Succ. Cognat.*

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Sobre esta materia, entre nós tão desprezada, têm os juriconsultos francezes produzido monographias notabilissimas. Preoccupa-os a situação em que a lei colloca o conjugue sobrevivivo relativamente á successão do predefuncto, « a qual não condiz nem com o papel consideravel que elle representa na familia, nem com esses sentimentos tão fortes que nascem do casamento e da vida commum »; estabelecendo-se assim um systema « contra o qual protestão os principios não menos que os costumes »: Th. Bazot, na *Revue critique de Legislat. et Jurisprud.*, tomo 3, n. 7, Junho de 1874.

Vide especialmente :

BOISSONADE, *Histoire de la condition juridique du conjoint survivant*;

si, fallecendo ab-intestados na fôrma da Ord. liv. 4, tit. 94; mas para que o conjuge, isto é, o marido ou mulher que ficar vivo, possa succeder na meação ou herança do fallecido, é necessario que ao tempo da morte estivessem vivendo juntos, sem que tivesse havido separação de thalamo ou mesa, e que o matrimonio tivesse sido legitimamente contrahido; porque estando separados, succede o fisco (217).

---

MORILLOT, *Condition juridique du conjoint survivant*;

ARM. BONNET, *Des droits du conjoint survivant, etc.*, na mesma *Revue critique* cit., n. 4, Março de 1874;

TH. BAZOT, *Des droits du conjoint survivant sur la succession du prédécédé*, na mesma *Revue critique*. Comparar estas duas memorias, cujos autores encarão as questões que se prendem ao assumpto sob pontos de vista diversos, contrarios ás vezes e sempre interessantes.

(217) Veja-se adiante, no cap. 43, o modo de computar os grãos tanto por Direito Canonico como pelo Civil. Note-se que esta quarta, ordem de successão, que se acha adoptada pela Ord. liv. 4, tit. 94 foi primeiramente estabelecida a instancias do povo nas côrtes d'Elvas, no tempo do Senhor D. Pedro I, o que depois passou para as Ordenações, declarando o Senhor D. Affonso V que, estando um dos conjuges separado ao tempo da morte, lhe não succederia o outro, mas sim o fisco, na fôrma da L. un. ff. *Unde vir et uxor*; ao que depois accrescentárão os interpretes que, si o conjuge não dêsse causa a essa separação, deveria excluir o fisco, succedendo ao conjuge fallecido; o que na verdade é conforme á razão, pois não é justo que aquelles que não têm dado causa á separação sejam privados de um direito que já lhes competia pela lei, *Portug. de Don.*, liv. 3, cap. 19, ns. 55 e 56, e Barbosa a *Rub. de Solutio matrim.* 2. P. ns. 58, 59

## § V.

*Da Successão do Reino (\*).*

Pelas leis fundamentaes de Portugal (218), a Successão do Reino é hereditaria, deferida *jure sanguinis*, como acontece em os nossos morgados,

e 60.—Isto pelo que pertence á successão dos bens livres ou alodiaes: vejamos agora o modo de succeder em as outras especies de bens, e sendo util saber o como se succede em o reino, vejamos em primeiro lugar a sua successão.

(\*) A successão da Corôa do Imperio do Brasil é regulada pela Constit., art. 15, §§ 7, 117 a 120.—A descendencia legitima do fundador do Imperio succederá no Throno segundo a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha o gráo mais proximo ao mais remoto, no mesmo gráo o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo a pessoa mais velha á mais moça. Extinctas as linhas dos descendentes legitimos do Senhor D. Pedro I, ainda em vida do ultimo descendente e durante o seu Imperio escolherá a Assembléa Geral a nova dynastia. Nenhum estrangeiro poderá succeder na Corôa do Imperio. O casamento da Princesa herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo em que se tratar deste consorcio, não poderá elle effectuar-se sem approvação da Assembléa Geral. Seu marido não terá parte no governo, e sómente se chamará Imperador depois que tiver da Imperatriz filho ou filha.—Art. 4. A Dynastia Imperante é a do Senhor D. Pedro I. (Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.)

(218) Ás côrtes de Lamego, convocadas no principio da nossa monarchia para regular a successão do reino, costumamos dar com primazia o nome de *leis fundamentaes*, e em segundo lugar ás de Lisboa

representando como tronco commum o Senhor D. Affonso I; e assim succedem no Reino com o titulo de Reis:—1º, os descendentes, observada a prerogativa do sexo e gráo (219):—2º, na linha descendente tem lugar a representação até ao infinito (220):

---

de 12 de Abril de 1698, em que foi abrogado um artigo das de Lamego, em que se determinava « que o filho do irmão do rei não podesse succeder no reino senão congregando-se côrtes » *quod non sit Rex filius fratris Regis si non fecerunt Episcopi, et Procurantes, et nobiles Curiae Regis*: o que deu occasião á esta lei foi, que, succedendo o Senhor D. Pedro II a seu irmão o Senhor D. Affonso VI, para que seus filhos podessem succeder no reino, era necessario convocar côrtes; porém vendo-se a difficuldade que nisto havia, se estabeleceu por consulta que não era necessario convoca-las para esse fim, visto que já se tinha praticado o mesmo com o Senhor D. Diniz, que, sendo filho de irmão de rei, veio a succeder no reino, sem que se convocassem as côrtes; e posto que alguns queirão reputar como leis fundamentaes as côrtes de 11 de Dezembro de 1669 e as de 23 de Novembro de 1674, tratando aquellas de um caso especial em que se dispensou a prohibição das côrtes de Lamego a respeito do casamento com principe estrangeiro, e estas da tutela dos reis ainda impuberes não se podem considerar como leis fundamentaes, por não tratarem da successão do reino

(219) Quer dizer que succedem os varões com preferencia ás fêmeas, excluindo sempre o gráo mais proximo ao mais remoto, *jure hereditario*.

(220) É isto o que vemos felizmente verificado em El-Rei nosso senhor D. João VI, actual reinante, o qual está representando ainda o senhor infante D. Duarte, em razão da senhora D. Catharina, duqueza de Bragança, e tambem ao Senhor D. Affonso I.

—3º, só depois de extincta uma linha passa a successão a outra (221):—4º, não havendo filhos ou filhas, succedem então os collateraes (222):—5º, o varão na mesma linha sempre prefere á femea (223):—6º, a filha prefere comtudo aos collateraes e varões de outra linha e ordem (224):—7º, são comtudo excluidos os bastardos e legitimados, por isso que a lei os não contemplou debaixo da denominação de filhos, nem o pai pelo seu reconhecimento podia tirar o direito adquirido pelo povo e successor (225).

---

(221) É isto o que temos visto constantemente em o nosso reino e vimos verificado no tempo do Senhor D. João II, que, apezar da predilecção que tinha a seu filho natural o Senhor D. Jorge, vendo que estava extincta a sua linha, chamou para a successão o Senhor D. Manoel, duque de Béja, que era primo do Senhor D. João II.

(222) Pelas côrtes de Lamego, como fica dito, só o irmão do rei podia succeder em sua vida; mas este artigo foi alterado.

(223) E isto ainda que haja filhas mais velhas; o que tem sido um costume inalteravel.

(224) É isto o que vimos verificado na rainha a Senhora D. Maria I, a quem, apezar de haver collateral, como era o Senhor D. Pedro III, passou a successão, sendo este rei, em razão de casar com a mesma senhora.

(225) Este artigo não é o das côrtes de Lamego nem das de Lisboa; mas foi estabelecido pelo costume, como se vê verificado no Senhor D. Manoel, duque de Béja, que excluiu ao Senhor D. Jorge; e posto

## § VI.

*Da Successão dos Bens da Corôa (\*).*

Costumando os nossos soberanos, por uma pratica inalteravel, remunerar e compensar aos seus vassallos os distinctos e não vulgares serviços feitos

que o Senhor D. João I succedesse no reino apezar de bastardo, com tudo foi por nomeação feita em as côrtes de Coimbra. As palavras das côrtes de Lamego são as seguintes :—*Vivat Dominus Rex Alfonsus... Si habuerit filius varones, vivant et habeant regnum... Cùm fuerit mortuus, filios habeat, postea nepos, postea filius nepotis, et postea filius filiorum in sæcula sæculorum per semper... Si fuerit mortuus primus filius, secundus erit Rex; si secundus, tertius; si tertius, quartus, et deinde omnes per istum modum. Si mortuus fuerit Rex sine filiis, si habeat fratrem, sit Rex in vita ejus.... Etiam filie Domini Regis sunt de lumbis ejus, et volumus eas intrare in regno... Si Rex non habuerit masculum..., de isto modo: non accipiet virum nisi de Portugal, etc.*

(\*) Hoje entre nós só ha: 1º, bens nacionaes, como se vê da Constituição, art. 15, § 15, que attribue á Assembléa Geral regular a administração dos bens nacionaes, e decretar a sua alienação: Vid. Lei de 15 de Novembro de 1831, art. 51, § 15—de 24 de Outubro de 1832, art. 21—n. 66 de 12 de Outubro de 1833—Const., art. 115.—Os palacios e terrenos nacionaes possuidos pelo 1º Imperador, ficarão sempre pertencendo a seus successores: Veja-se Leis n. 166 de 29 de Setembro de 1840, arts. 5 a 8—L. n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 25—Ord. n. 6 de 12 de Janeiro de 1842, art. 2, § 1.—2º, bens provinciaes, que uma lei geral ha de marcar, e cuja administração ás Assembléas Provinciaes compete regular: Lei n. 16 de 12

em beneficio commum da sociedade e do Estado, satisfazendo a estes officios por varios modos (226),

---

de Agosto de 1834, art. 11, § 4. —3º, bens municipaes, cuja administração pertence ás Camaras Municipaes: Leis de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 10. —de 1 de Outubro de 1828, arts. 41 a 45. —4º, bens particulares. Constit., art. 179, § 22.

A Constit., art. 102, § 11, attribuiu ao poder executivo conceder titulos, honras, ordens militares e distincções, em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as mercês pecuniárias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas e taxadas por lei; e no art. 179, § 28, garantio as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer civis quer militares, assim como o direito adquirido a ellas na fórma das leis.—Os Decrs. n. 89 e 90 de 31 de Julho de 1841 regularão a maneira de pedir remuneração dos serviços militares. As ordens militares de Christo, Aviz e São Thiago da Espada ficarão sendo consideradas como meramente civis e politicas, e não religiosas, para remunerar serviços feitos ao Estado: Decr. n. 321 de 9 de Setembro 1843, art. 1. —Á vista do que dissemos no principio desta nota, não temos terras, fóros, censos da Corôa, mas bens nacionaes.—As jurisdicções e direitos são delegações da nação: Const., art. 10; nem os titulos são bens da Corôa; Const., art. 102, § 11; nem os officios, que hoje não se dão de propriedade, mas de serventia vitalicia, quer sejão de justiça quer de fazenda, seja qual fôr a sua qualidade e denominação;—Lei de 11 de Outubro de 1827—nem os padroados, os quaes todos hoje existem na nação, que os exerce por seus delegados.—Vid. Alv. de 14 de Novembro de 1742: Decr. de 22 de Abril de 1821—Res. de 28 de Novembro de 1822—de 9 de Novembro de 1824, annexas á de 4 de Dezembro de 1827—(*Coll. Nab.*)—Res. de 27 de Abril de 1823 annexa á de 7 de Novembro de 1826 (*Coll. Nab.*) Const., art. 102, § 2 —Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 11—Decr. de 18 de Julho de 1829—Av. de 9 de Setembro de 1841 (*Jorn.* 234)—Decr. n. 54 de 19 de Abril de 1842. (Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça.)

(226) Os nossos monarchas não só têm remunerado os serviços

é entre elles por doações e mercês dos bens da Corôa (227); será util tratar tambem neste lugar do modo por que se succede em taes bens pelo nosso direito, e que se acha estabelecido principalmente na Ord. liv. 2, tit. 35, onde se acha a lei do Senhor D. Duarte, denominada *Mental* (228), pela

---

militares e civis de seus vassallos, mas até permittido a faculdade de pedirem a remuneração delles, de os transmittirem a pessoas benemeritas, e de succederem nelles os ascendentes em qualquer grão, e os transversaes até ao segundo: Veja-se o autor do Dir. Civ. Lusit., liv. 2, tit. 2, § 8, not.

(227) Nem isto se limita a respeito dos bens destinados expressamente para semelhantes remunerações, taes como as commendas das ordens militares, principalmente depois das bullas de Adriano VI, de 14 de Abril de 1522, e Julio III, de 30 de Dezembro de 1550, que unirão o grão-mestrado das ordens á Corôa de Portugal, mas se estende aos mesmos bens domaniaes ou propriedades da Corôa, por um costume tão antigo como a mesma monarchia.

(228) Esta lei veio a chamar-se *Mental*, porque vendo o Senhor D. João I que muitas doações erão inofficiosas pela absoluta e irreversivel alienação, e pela independencia em que os donatarios ficavão da Corôa a este respeito, e querendo por uma parte remediar este males, mas por outra conhecendo que as circumstancias do tempo não permittião fazê-lo abertamente, como é facil de suppôr, formou na sua mente uma certa norma, segundo a qual regulava intellectual e intencionalmente os direitos do donatario sobre os bens doados e sobre a fórma e modo das successões, como se vê da Ord. liv. 2, tit. 35. Querendo depois o Senhor D. Duarte, seu filho, conformar-se com as intenções de seu pai, o Senhor D. João I, fez patente e publica na Lei de 8 de Abril de 1434 a mesma norma intellectual projectada por seu pai, a qual faz o objecto do cit. tit., desde o principio até ao § 7 inclusive: e a 30 de Junho fez outra lei ou varias decisões sobre varias duvidas que se movêrão a respeito da intelligencia da primeira; o que faz objecto do § 10 até ao § 26.

qual se determinou que todas as terras, bens e herdamentos da Corôa (229), doados a quaesquer pessoas para elles e seus descendentes, ou seus herdeiros e successores, ficassem sempre inteiramente, por morte do possuidor de taes bens e terras, a seu filho legitimo varão maior, que d'elle restasse, § 1 da Ord. cit. (230), e que não fôsem partidos, nem em alguma maneira alheados, § 3 da Ord. cit.

Não succedem porém os filhos illegitimos, ainda

(229) Ord. liv. 2, tit. 26, § 24.

(230) Os compiladores da Ord. Filippina accrescentarão ao § 1 o vers.—*e não ao neto*—até ao fim do mesmo paragraho, assim como todo o § 2, cujo contexto se não acha na Ord. Manoel, liv. 2, tit. 17, donde os Filippistas copiarão o tit. 35, entendendo estar a vocação de filho litteralmente e exclusiva dos direitos de representação, como se vê das palavras—*e não ao neto, filho de filho mais velho já fallecido*—, limitando a declaração tendo o pai morrido na guerra, § 1, *in fine*, isto é, na batalha, ou das feridas nella recebidas, § 2. Porém no espirito da lei mental, tinha sem duvida, lugar a representação, como se prova do § 4 das decisões do Senhor D. Duarte; porque contemplando os netos na vocação dos successores nos bens da Corôa, §§ 18, 19 e 20, no § 14 mostra que elles succedem por via de representação do pai, enquanto exclue o neto varão filho de femea; porque *a terra não pôde fazer salto ao seu descendente varão*. Porém o Senhor D. João IV, pela Lei de 2 de Maio de 1647, determinou claramente que os netos succedessem por via de representação de seus pais; e assim, na falta de filho, pôde succeder o neto, e, sendo filho do primogenito, deve preferir ao filho segundo do ultimo possuidor, não sendo algum destes clerigo ou beneficiado, porque no systema da nossa legislação daquelle tempo erão isentos da jurisdicção do rei, § 1.

que legitimados pelo pai ou pelo príncipe (231), nem os adoptivos, § 12 da Ord. cit., nem as filhas, posto que legítimas, Ord. cit. § 4 (232), e menos os filhos varões destas, § 14, nem os ascendentes, § 16 (233), ou irmãos, ainda que sanguíneos, § 12 (234), nem mesmo o filho segundo, morrendo o filho primogenito depois do pai, § 13 (235); succedem porém os filhos legitimados pelo seguinte matrimonio, § 12 (236).

---

(231) Não sendo expressamente declarado na Provisão Régia que possa haver as terras da Corôa sem embargo da lei mental, § 12, termos em que pôde succeder nellas, não tendo o donatario filho legítimo, posto que nascido depois da perfilhação, § 13.

(232) Salvo por especial mercê, cit. § 4.

(233) Exceptua-se desta prohibição o caso de quando os ascendentes tivessem sido donatarios e houvessem dado as terras a seu filho ou neto que morresse sem ascendente varão, cit. § 16.

(234) Veja-se o exemplo que aponta a Ord. Manoel. no § 12.

(235) O que ainda assim procede, posto que o filho primogenito não tenha tomado posse dos bens da Corôa; porque por morte do pai destes se lhes transferem *ipso jure*, § 12 da Ord. cit. e Alv. de 9 de Novembro de 1754, e assim passando os bens ao filho segundo, viria este a succeder a seu irmão mais velho, contra a lei mental.

(236) Os filhos legitimados pelo seguinte matrimonio são reputados em direito como legítimos, Nov. 12, 18 e 74. Não basta porém contrahir-se o matrimonio entre o pai e a mãe; é necessario que o filho possa legitimar-se por essa conjuncção, o que não succede principalmente ao filho adulterino, L. 5 e 6. Cod. de Natur. Liber.; sobre o que se pôde vêr a Dissert. 1.<sup>a</sup> das anonymas impressas em Lisboa em 1808, que são de Almeida e Souza.

Não póde porém o donatario da Corôa deixar os bens della ao filho segundo, preterido o primeiro, § 11, nem doar-lh'os em vida, ainda mesmo para casamento, § 18 (237), nem empenha-los para segurança de dote ou arrhas, § 20 (238), nem parti-los entre os mesmos filhos, §§ 3 e 17 (239), nem vende-los ou escaimba-los, § 19 (240), nem afora-los além da sua vida, § 25 (241); póde, porém, ainda que, tenha filhos, a quem as terras se devão volver,

---

(237) Não tendo o donatario mais que uma terra da Corôa, para a poder dar ao filho segundo, é necessario, além da autoridade régia, o consentimento do filho primogenito, § 19.

(238) Das terras dadas com autoridade do rei para segurança do dote e arrhas, dissolvido o matrimonio por morte do donatario, devem descontar-se os fructos liquidos que a viuva receber para satisfação do dote ou das arrhas, § 20.

(239) O que se entende, posto que nas doações lhe seja expressamente concedido que os possa vender, cit. § 19.

(240) Tendo autoridade régia para as escaimbar por outras terras da Corôa, tem vigor o escaimbo, não valendo umas menos que a terça parte das outras, cit. § 19.

(241) Não são porém nullos os aforamentos, porque dependem do facto dos reis revoga-los ou approva-los quando os bens tornarem para a Corôa, § 25 da Ord. cit.; mas veja-se o § 19 do Alv. de 23 de Maio de 1775, que os prohibio; excepto se fôrem baldios, na conformidade do § 10 do Alv. de 27 de Novembro de 1804, o que se confirmou pelo Alv. de 11 de Abril de 1815.

vende-las ao rei, ou troca-las com elle, § 21 da Ord. cit. (242).

## § VII.

### *Da Successão dos Vinculos ou Morgados e Capellas. (\*)*

Attendendo sómente á ordem natural moderna

(242) Por isso mesmo que as doações da Corôa são dependentes do arbitrio dos reis, e o fim da lei mental foi o de reunir á Corôa os bens doados, os filhos não succedem em taes bens *jure hereditario*, mas por vocação do príncipe, pela maneira por que os successores dos morgados succedem por vocação dos instituidores, Mello, liv. 2, tit. 3, § 21; sendo digna de attenção a disposição do Decr. de 5 de Junho de 1651, que recommenda aos ministros, principalmente de correição, tomem posse dos bens da Corôa que vagarem por morte de seus donatarios, visto—*o seu descuido de os deixarem gozar a seus filhos muito tempo depois, sem confirmarem as doações, contra o que pelas leis do reino erão obrigados.*— Finalmente note-se que por bens da Corôa não se entendem sómente as terras, fóros, censos, jurisdicções e direitos, segundo se vê do tit. 26 do liv. 2, mas tambem os titulos, Alv. de 4 de Julho de 1789, officios, Alv. de 23 de Novembro de 1770, Padroados, § 5, tit. 35, e tudo o que o rei dôa, concede ou transfere; são só, porém, comprehendidos na lei mental os incorporados, não sendo móveis, § 22, cit. tit.

(\*) Os vinculos, sejam morgados ou capellas, sejam de qualquer outra denominação ou natureza, fôrão prohibidos pela L. n. 56 de 6 de Outubro de 1835. Esta materia continúa, entretanto, a ser uma das mais arduas do nosso direito, porquanto a lei não definiu o que era vinculo. Na celebre questão do testamento de José Lopes, a qual ainda agora agita a imprensa e exerce os tribunaes, proferio o Tribunal Supremo de Justiça um luminoso acórdão, estabelecendo o

(243) da successão dos morgados ou capellas, que prescreveu a Lei de 3 de Agosto de 1770, e se acha estabelecida na Ord. liv. 4, tit. 100, conforme a

princípio de que não ha capella sem clausula expressa de inalienabilidade e quota certa e determinada de rendimento: doutrina confirmada pela Relação revisora da Bahia. Vêr o *Direito*, tom. 4º, pag. 33. — No fideicomisso ha vínculo? até que gráo de successão póde chegar a instituição fideicommissaria? Vêr os notaveis estudos que tem publicado no *Direito* (primeiros numeros do anno de 1876) o nosso eximio jurisconsulto Sr. Dr. Teixeira de Freitas ácerca do *fideicomisso*; Lobão, *Morg.*; Rocha, §§ 497 e seg. e *noticia historica dos morgados*, not. v no fim do vol. 2º.

(243) Posto que tenhamos poucas leis que regulem a successão dos morgados, e não tivessemos algumas ao principio, pois que no codigo Affonsino e Manoelino se não acha titulo algum relativo, e sómente no Filippino o tit. 100 do liv. 4, que foi deduzido das leis do Touro de Castella, dadas em 1505 pela rainha D. Joanna, e do tit. 7, liv. 5, da Nov. Recopil., e das duas Extravagantes de 15 de Setembro de 1557 do Senhor D. Sebastião, cuja legislação se conforma tambem com a L. 2, tit. 15, Part. 2 de Castella, comtudo hoje existe a L. de 9 de Setembro de 1769, § 41, e a de 3 de Agosto de 1770, que vierão estabelecer uma ordem certa e regular, por onde se deve determinar a successão dos morgados ou capellas, que até esta nova época era deferida com muitas irregularidades, que fôrão abolidas por esta legislação novissima, que tambem restringio a vontade dos testadores e instituidores, estabelecendo certas regras não só aos instituidores, mas aos successores dos mesmos morgados ou capellas; mas como esta materia se ache bem tratada e com profusão pelo inclito Mello, liv. 3, tits. 9 e 10, e pelo douto Almeida e Souza no seu *Trat. de Morgados*, limitar-me-hei a estabelecer as principaes regras de successão regular dos nossos morgados, o que unicamente respeita ao objecto proposto.

lei fundamental da Successão do Reino, pela qual se deve regular a dos morgados, diremos que a linha descendente, é a primeira chamada á successão delles ; assim é a ella chamado :—1º, o filho primogenito do administrador, e que foi juntamente possuidor do morgado, Ord. liv. 4, tit. 100, pr. (244),

---

(244) E ainda o que nasceu antes da instituição do morgado, ou antes que a seu pai se deferisse a successão delle, comtanto que seja na realidade o primogenito e filho de legitimo matrimonio, capaz de succeder, Almeida e Souza, Cap. 9, § 2, pois que os filhos illegitimos ou bastardos não succedem regularmente, como se vê da Ord. liv 4, tit. 100 pr. —*filho, ou neto, ou descendentes legitimos*,—L. 1, tit. 5, Part. 2, L. 40 do Touro, e L. 11, tit. 7, liv. 5 da Recopil., excepto si fõrem legitimados pelo seguinte matrimonio, Ord. liv. 2, tit. 35, § 12, porque então são equiparados aos legitimos ; ou mesmo si fõrem legitimados pelo rescripto do principe, com audiencia do immediato successor e procuradores régios, e si na graça da legitimação se lhes facultar expressamente o poder de succeder nos bens de morgado, porque de outra maneira se julgarião admittidos á successão contra os interesses da real Corõa, que pelo § 8 do Alv. de 14 de Janeiro de 1807 tem dominio fundado e inherente nos bens vinculados para se devolverem logo aos proprios, na falta de successores legitimos. Seria necessario formar um tratado especial só para desenvolver esta materia e expôr as opiniões que a respeito da successão dos bastardos e filhos illegitimos têm seguido diferentes autores ; mas sendo bastante o que escreven Almeida e Souza, no seu *Trat. de Morgados*, no § 55 e seguintes do cap. 11, e Mello, liv. 3, tit. 9, § 21, é escusado repeti-lo aqui, e só direi que a minha opinião é a que fica exposta em esta nota, ainda que na pratica de julgar se tenham muitas vezes admittido bastardos ou filhos naturaes á successão dos vinculos, na falta de descendentes legitimos ; o que é contrario á legislação estabelecida, que regulou a ordem da successão dos mesmos morgados

com exclusão absoluta do que fôr clérigo ou religioso, L. de 9 de Setembro de 1769, § 11, e do réo de lesa-magestade divina ou humana, e seus filhos, Ord. liv. 5, tit. 6, § 15, e L. de 3 de Agosto de 1770, §§ 11 e 12:—o neto e mais descendentes legítimos, na falta do primogenito, que tivesse sido possuidor do morgado, por isso que a representação tem lugar na linha descendente até ao infinito, Ord. liv. 4, tit. 100 pr., e L. de 3 de Agosto de 1770, § 26 (245): 3º, o filho segundo, não podendo succeder ao primogenito, ou fallecendo sem descendencia; mas precedendo sempre o varão á femêa, ainda que esta seja mais velha: Ord. liv. 4, tit. 100, § 1.

---

á semelhança da successão do reino e bens da Corôa, e contra o que declarou a Provis. de 18 de Janeiro de 1799; não se podendo negar que a vocação dos bastardos ou filhos illegítimos torna irregular a successão e se oppõe aos interesses da real Corôa; porém isto acha-se hoje decidido pelo Alv. de 29 de Julho de 1830, que excluiu os bastardos ou filhos illegítimos da successão dos morgados e capellas, na conformidade do que fica exposto.

(245) Quer dizer que, ainda que o pai do neto do instituidor ou ultimo possuidor morra, o neto, por isso que succede em lugar do pai, tem direito de entrar na administração por morte do avô, ainda que o pai deixasse irmãos, pois que, apesar de serem estes mais proximos ao administrador, comtudo, como o pai pelo seu nascimento adquire o direito de succeder, transmite ao filho a representação, e por consequencia exclue o tio, apesar de estar mais proximo do administrador; e posto que

Extincta a linha direita de descendencia, não succedem os ascendentes senão no caso de serem do sangue do instituidor, como mais proximos do filho ultimo possuidor, com exclusão de outro sanguineo mais remoto, nos termos da Ord. liv. 4, tit. 100, § 2, ibi.—*Succederá o parente mais chegado ao ultimo possuidor, sendo de sangue do instituidor*: —regra que serve tambem para a successão dos collateraes, que entrão na falta de descendentes e ascendentes de que fallamos, preferindo sempre o mais proximo em gráo, cuja computação será feita segundo a norma do Direito Civil, como melhor recapitúla o Ass. de 15 de Fevereiro de 1786 (246).

---

esta questão fôsse muito debatida antigamente, foi contudo terminada pela Extravagante do Sr. D. Sebastião de 15 de Setembro de 1557; sendo ultimamente declarada pelo § 26 da Lei de 3 de Agosto de 1770, e Ass. de 9 de Abril de 1772, em que se declarou que nos morgados instituidos por transversaes, se julgasse a representação sómente entre irmãos e filhos de irmãos, tanto do instituidor como do ultimo possuidor; sobre o que se póde vêr o que escreveu largamente Almeida e Souza em supplemento no fim do seu *Trat. de Morgados* da 2ª edição: e note-se que é tão privilegiado o direito de primogenitura dos morgados que, ainda que o filho mais velho seja menor, furioso ou mentecapto, não perde o direito da successão: Mello, liv. 3, tit. 9, § 19. Acontecendo, porém, nascerem dous gemeos, e não se saber qual delles nasceu primeiro, si olharmos para a decisão do Alv. de 9 de Janeiro de 1778, parece que devem succeder ambos; mas veja-se o cit. Mello § 20, pois que o Alvará só confirmou o contrato feito entre os interessados.

(246) Não havendo herdeiro do sangue e linha do instituidor,

## § VIII.

*Da Successão dos bens emphyteuticos ou prazos em as suas differentes especies. (\*)*

Concedendo-se a emphyteuse *in perpetuum*, a que se chama *Aforamento em fatiota* ou *fateosim*, ou *ad tempus*, a que se dá o nome de—prazo *em vidas* (247), donde vem a primeira divisão de emphyteuse em *perpetua* ou *temporaria*; e dividindo-se esta em *hereditaria* (248), *familiar* (249) e de *nomeação* (250); e tanto a hereditaria como a familiar em

devolve-se a successão dos morgados ou capellas á real Corôa, como se mostrará: veja-se sobre a successão dos morgados o Ass. novissimo de 18 de Agosto de 1819, bem como o de 15 de Julho de 1820.

(\*) BIBLIOGRAPHIA:—Mello, liv. 3, tit. 11, *ex prof.*; Lobão, *Dir. Emphyteut.*, *ex prof.*; Diss. t. do *Fasc.* tom. 1º; *Morgad.*, *et aliti*; Rocha, § 531 e seg., e nót. X no fim do 2º vol.; Dr. Bernardo de Carvalho, *Tombo* §§ 34 e segg.

(247) Ord. liv. 4, tit. 36 pr., e L. de 3 de Nov. de 1757.

(248) Si ella se concede a alguma pessoa para si, seus herdeiros e successores, Ord. liv. 4, tit. 36, § 7, e tit. 96, § 23, que se costuma chamar de *pacto* e *providencia*, ou seja familiar ou de nomeação.

(249) Quando é concedida a alguem e sua familia: Ord. liv. 4, tit. 96, § 24, isto é, *para ti e teus filhos, ou descendentes*.

(250) Quando se concede eleger ou nomear successor, Ord. liv. 4, tit. 36 pr., e tit. 37 pr.; ordinariamente se concede pela vida de tres pessoas, com a faculdade da primeira nomear a segunda, e esta a terceira.

*pura e mixta* (251), bem como a de nomeação em *livre* (252) e *familiar*, será útil o mostrar de que modo se succede nos bens respectivos a cada uma destas especies de emphyteuse.

Principiando, pois, pela *perpetua* ou *fateosim*, diremos, em regra, que nella succedem os que são herdeiros, do mesmo modo que *ab-intestado* nos bens livres ou *allodiaes*: 1º, os descendentes (253); 2º, os ascendentes; 3º, os collateraes; 4º, os conjuges; 5º, o fisco (254); só com a differença de

(251) A *hereditaria pura*, que é a que se concede, por ex. a *Pedro e seus herdeiros, ou successores*, só requer no successor que seja herdeiro ou successor do emphyteuta; e a *mixta*, que é a que se concede, por ex. a *Pedro e aos herdeiros que delle descenderem, ou aos seus herdeiros varões*, admite tão sómente aquelles que são herdeiros e tiverem a outra qualidade requerida na concessão. A *familiar pura* nada mais requer em o successor que o requisito de ser da familia; a *mixta*, porém, a qualidade junta á concessão, como a de masculinidade ou legitimidade.

(252) Na de nomeação *livre* póde o nomeante declarar por successor a quem bem lhe parecer; na *familiar* ha de nomear alguém da sua familia.

(253) Veja-se a Ord. liv. 4, tit. 36, § ult., e tit. 96, §§ 23 e 24: não succede, porém, o legatario instituido em cousa certa, nem o filho desherdado, segundo os termos da Ord. liv. 4, tit. 88, nem aquelle que se absteve da herança ou a repudiou.

(254) O fisco, porém, só succede no caso de se confiscarem os bens por delicto, ou si fôr instituido herdeiro indigno por qualquer causa, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 17 e 21; liv. 4, tit. 48, e liv. 5, tit. 1, § 1,

que o prazo se não divide, devendo ser adjudicado a um dos herdeiros, partindo-se o preço por todos elles (255).

Si, porém, a emphyteuse é *temporaria*, ou em vidas, devemos primeiramente fazer differença entre a *hereditaria mixta*, a *familiar pura* e *familiar mixta*. Quanto á 1<sup>a</sup>, si foi concedida tão sómente aos descendentes que procederem da mesma familia, succedem sómente estes; e não existindo algum da mesma familia, volta ao senhorio directo: si, porém, foi concedida a alguém, e seus herdeiros varões, só o varão succede, com exclusão da femea; e na falta d'elle se devolve ao senhorio directo. Quanto á 2<sup>a</sup>, succedem em regra todos os da mesma familia, ainda que não sejam herdeiros, Ord. liv. 4, tit. 96, § 24; e assim primeiramente os filhos tanto varões como femeas, Ord. liv. 4, tit. 37, § 6, e ainda os naturaes, posto que o pai seja nobre, e muito mais

e tit. 6, §§ 17 e 18; pois que, no caso de não haver herdeiro, volta ao senhorio directo, Ord. liv. 2, tit. 1, § 6, donde se tira este argumento.

(255) Ord. liv. 4, tit. 36, § 1, e tit. 96, § 23, mandada observar pelo Alv. de 6 de Março de 1669, e não se podendo ajustar, manda a Ord. cit. que se venda, e que o preço se reparta pelos coherdeiros; e si nada disto fizerem dentro em seis mezes, manda a Ord. do tit. 36, § 1, que se devolva ao senhorio, si elle quizer usar do seu direito.

sendo legitimados, Ord. liv. 4, tit. 36, § 4 (256); e succedem os mesmos desherdados, por isso que a emphyteuse não está nos bens do pai. Prefere, porém, sempre o varão á femea, e o mais velho ao mais novo, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, e, na falta de filhos, os netos e mais descendentes, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto, por isso que nesta successão não tem lugar o direito de representação, Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, e tit. 37, § 6. Succedem depois em segundo lugar, na falta de descendentes, os ascendentes, Ord. cit., § 4; e na destes, os mais parentes, emquanto os houver da mesma familia (257). Quanto á 3<sup>a</sup>, si fôr concedida a alguma pessoa e seus filhos, e descendentes varões, são excluidas as femeas, e sómente admittidos á successão os varões, ainda que nascidos de femea, tendo lugar entre elles as regras que ficão estabelecidas a respeito da familiar pura: si, porém,

---

(256) Não succedem, porém, os esurios ou nascidos de damnado coito, Ord. cit., § 4, nem o estranho, Ord. liv. 4., tit. 37, § 6.

(257) Não tem aqui, porém, lugar a successão dos conjuges, nem a do fisco; porque, na falta de herdeiros da familia, volta ao senhorio a emphyteuse, sobre o que se póde vêr a Ord. liv. 5, tit. 1, §§ 2 e 3, tit. 6, §§ 15 e 18, e tit. 3: si, porém, a emphyteuse fôr tomada na constancia do matrimonio, então tem a metade o conjuge que sobreviver, e a outra os herdeiros do fallecido, isto é, do valor, por que a emphyteuse vai ao filho: Ord. liv. 4, tit. 96, § 24.

fôr concedida a certa pessoa, e a seu filho ou descendente primogenito, só este succede, com exclusão dos outros filhos ou descendentes; posto que o filho segundo se deva reputar primogenito, si ao tempo da morte do possuidor não existir já o primogenito, por cuja razão deve preferir ao neto, filho deste, arg. da Ord. liv. 2, tit. 35, § 1, liv. 4, tit. 36, § 4, e tit. 37, § 7.

A emphytetuse de *livre nomeação*, pela falta desta, se não devolve logo para o senhorio directo, mas passa aos herdeiros legitimos, que succedem *ab-intestado*, os quaes se achão expressamente declarados no Ass. de 15 de Fevereiro de 1786, e são: 1º, os descendentes na conformidade da Ord. liv. 4, tit. 36, § 2; isto é, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto, o mais velho ao mais novo, e o varão á femea, Ord. cit. e § 3; 2º, os ascendentes, pela mesma ordem, segundo a mente e contexto do § 4, que prefere a estes os filhos naturaes, e só na falta dos referidos ascendentes chama o filho espurio, sendo legitimado pelo principe, em tal fórma que possa succeder *ab-intestado*, e não de outra maneira; 3º, os transversaes enquanto os houver, a respeito dos prazos que fôrem de corporações ou de pessoas que não podem consolidar um com outro dominio. A respeito das que fôrem aptas para a consolidação, se entendem chamados os parentes até

ao quarto grão, contado segundo o Direito Canonico, na conformidade do § 26 da L. de 9 de Setembro de 1769, que ficou em seu vigor pelo Decr. de 17 de Julho de 1778 (258): só na falta destes volta a emphyteuse ao senhorio directo: Ord. liv. 4, tit. 36, § 2 (259).

### § IX.

#### *Da Successão do Fisco e Corôa (\*).*

Não havendo, finalmente, herdeiros descendentes, nem ascendentes, nem parentes até ao decimo grão,

---

(258) Almeida e Souza, no seu Trat. de Direito emphyteut., tit. 1, § 137, segue que esta moderna legislação, por isso mesmo que fallou dos prazos de simples nomeação, se não deve entender dos familiares, em os quaes fallecendo o emphyteuta, na primeira ou segunda vida, ainda sem parentes no quarto, mas com outros em ulterior grão da familia contemplada, e chamada no emprazamento, devem estes nelle succeder sem devolução ao senhorio directo.

(259) Nestes não succede o fisco nem o conjuge, senão no caso já figurado de ser trocado ou comprado na constancia do matrimonio, em que o conjuge que sobrevive tem a metade do valor e bemfeitorias: Ord. liv. 4, tit. 36, § 2, *in fine*, e tit. 96, § 23.—Notem-se as seguintes regras que estabeleceu o cit. Almeida e Souza, no § 139 e seguintes, sobre a duração das vidas ou direito de renovação dellas: —1ª, na morte do emphyteuta em primeira ou segunda vida se deve regular a successão pela investidura ou vocação das pessoas para a segunda e terceira, etc.; 2ª, sendo o prazo de nomeação livre ou mixto,

(\*). Fazenda Nacional.

contado segundo o Direito Civil, nem conjuges que possam succeder *ab-intestado* nos bens livres ou allodiaes, se devolve a sua herança ao fisco (260), como bens vacantes, Ord. liv. 2, tit. 26, § 17, e liv. 4, tit. 94, *in fine*; bem como succede quando os herdeiros não querem aceitar a herança, e esta

succede o consanguineo mais proximo ao emphyteuta, ainla que não seja da linha donde provém o prazo, etc.; 3º, fallecendo o emphyteuta em terceira vida, e sendo familiar o prazo, succede no direito da renovação aquella pessoa em que concorrem as qualidades necessarias para succeder na duração das vidas; e sendo de nomeação ou mixto, se regula segundo a ordem do edicto successorio, isto é, o parente mais proximo agnado ou cognado, conforme as prerogativas do gráo, sexo, idade, etc.

(260) O fisco, que está na quinta ordem de successão dos bens livres deixados sem testamento, ou ainda com elle, quando não apparece herdeiro, e que se reputão, por isso, bens vagos ou herança jacente, é hoje representado pela Real Fazenda dos Captivos, a quem os senhores reis destes reinos fizeram doação de semelhantes bens, como se vê da Ord. do Senhor D. Manoel, de 1526, e Regim. de 11 de Maio de 1560, e L. de 4 de Dezembro de 1775, bem como dos pertencentes a ausentes em parte incerta, de que não consta haver herdeiros, segundo as Provis. de 1572 e de 1618, que refere Barbosa á Ord. liv. 1, tit. 88, § 1, n. 3. Como, porém, fôrão abolidos os mamposteiros-móres dos Captivos, seus escrivães e mais officiaes, e sua jurisdicção foi conferida aos provedores das comarcas pela Lei de 4 de Dezembro de 1775, são estes hoje quem arrecadão os seus bens nas comarcas, e em Lisboa e seu termo o provedor dos residuos, perante quem se devem habilitar os herdeiros ou credores de semelhantes heranças para serem pagos pelos seus productos, na fórmula da L. cit., e Alv. de 28 de Janeiro de 1788, e 26 de Agosto de 1801; mas não se devendo julgar haver herança senão depois de deduzidas as dividas, e

fica jacente: Regim. de 11 de Maio de 1560, § 8; Ord. liv. 1, tit. 90, § 1; liv. 3, tit. 18, § 9; L. de 4 de Dezembro de 1775; Alv. de 28 de Janeiro de 1788, e Alv. de 26 de Agosto de 1801 (261).

Succede igualmente o fisco nos bens deixados a indignos, de que falla a Ord. liv. 2, tit. 26, § 19 (262), como os por acto de ultima vontade

cumprindo a quem succede nos commodos succeder nos incommodos, por isso passa ao fisco semelhante herança, mas deve elle satisfazer as dividas e impostos a que estava obrigada, Grot. *De Jure Bel. et Pac.*, liv. 3, cap. 2, § 1; para o que deve nomear um curador á mesma herança, afim de representar o devedor e defender os seus bens e direitos: Ord. liv. 4, tit. 90, § 1, e liv. 3, tit. 18, § 9 (\*).

(261) Não se devolvem, porém, ao fisco estes bens sem que conste primeiro que lhe pertencem: por isso devem ser citados primeiramente todos aquelles que se julgar terem direito a taes bens, seguindo-se depois sentença que assim o declare, L. 7, Cod. *De Jur. Fisc.*, e Brunnem. a esta L. n. 8, sobre o que se póde vêr a L. 1 e 4, Cod. *De Bon. vacant.*, Mello, L. 3, tit. 5, § 19, e Almeida e Souza, nas *Acc. Summ.*, §§ 155 e seguintes; e tambem o Av. de 19 de Dezembro de 1785, que manda remetter ao juizo dos residuos as heranças *ab-intestado* sem certeza de herdeiro, cit. no *Ind. Chron.*, tom. 1, pag. 152; e sobre o modo de proceder na arrecadação dos bens dos ausentes fallecidos nos dominios ultramarinos, justificações e entregas, veja-se o Alv. de 27 de Julho de 1765, e ultimamente o Alv. de 28 de Setembro de 1815, pelo que pertence a semelhantes diligencias no Brasil.

(262) O mesmo se acha ordenado no Regim. da Fazenda, cap. 137, vers: « *Item todas as cousas, etc.* », e está declarado pelo Ass. de 17

(\*) Vêr a Ord. liv. 1<sup>o</sup>, tit. 62, § 38; Resol. de 15 de Novembro de 1837; e especialmente sobre a arrecadação, administração e disposição dos bens dos defuntos e ausentes, o Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1839.

deixados a algum herdeiro, testamenteiro, legatário ou fideicommissário, a quem o testador tacitamente roga que os entregue depois de sua morte a alguma pessoa incapaz: Ord. liv. 2, tit. 26, § 23 (263).

---

de Novembro de 1791, emquanto diz que as heranças fideicommissórias e legados se não devolvem ao fisco senão nos casos de vacancia e de contravenção aos testamentos, qualificada por direito com a nota de indignidade: portanto temos que a nossa legislação fez direito real e devolveu ao fisco os bens deixados a indignos assim reputados por ella ou direito commum. Veja-se Almeida e Souza, nas Acç. Summ., § 170.

(263) O mesmo dispõe o Direito Romano na L. 40, ff. *de his que ut indign. aufer.* L. 46, ff. *de Hered. pet.*, Almeida e Souza Acç. Sum., §§ 491 e seguintes; e sobre a differença que ha de *indignidade* á *incapacidade*, veja-se o mesmo autor no § 171; posto que a applicação do que elle ali estabeleceu, tirado de differentes autores, se deva fazer com critica para o uso do nosso fôro; pois ainda que em regra o que é deixado ao *indigno* se applique ao fisco, e o que ao *incapaz* se defira aos herdeiros *ab-intestado*, todavia tal regra tem varias limitações que se achão pelo corpo das nossas leis: e assim reputa elle *incapazes*: 1º, os estrangeiros; 2º, os religiosos professos; 3º, os cavalleiros de Malta; 4º, os corpos de mão-morta; 5º, a alma; 6º, o filho spurio; 7º, os que nos testamentos escrevem heranças ou legados para si e seus filhos; 8º, as concubinas; 9º, os condemnados por crimes de lesa-magestade divina ou humana e seus filhos, etc., como tudo se pôde vêr em o cit. autor desde o § 177 até 185, dos quaes todos já tratámos em lugar competente:ahi vimos, e se mostrará melhor adiante, que falha a regra estabelecida por Almeida e Souza no que é deixado ao religioso, ainda egresso, ou corpo de mão-morta, que pertence á Corôa, e não aos herdeiros legítimos. Por *indignos* reputa elle, desde o § 185 até ao 212, além dos

## Quando qualquer impede a outro de fazer seu

que declara a nossa Ord., e ficão apontados: 1.º, o homem que matou outro: 2.º, o que attenta á vida da pessoa a quem devia succeder; 3.º, o herdeiro legitimo ou testamentario que attenta á honra daquelle a quem devia succeder: 4.º, o herdeiro que omitta accusar os culpados na morte daquelle a quem devia succeder: 5.º, o que argue o testamento de falso e fica vencido; 6.º, o filho que intenta a querela de inofficioso testamento, e fica vencido: 7.º, o que dispõe da herança de homem vivo; 8.º, aquelle que o testador declarou indigno; 9.º, o que é instituido herdeiro pelo testador na supposição de ser seu filho; 10.º, o que cohabitou com a viuva, filha, mãe, ou irmã daquelle que o instituiu por herdeiro; posto que elle não approva esta causa da indignidade por não haver lei que a declare, e com razão; porque declarando a Ord. liv. 2, tit. 26, § 19, por indignos sómente aquelles que pelas Ordenações ou *Direito Commum* se reputão taes, não devemos estender a indignidade a outras pessoas; mas de resto todos os outros casos apontados são declarados nas leis romanas, como se póde vêr no cit. autor, sendo escusado repetir-se aqui; devendo comtudo notar-se o cit. Ass. de 17 de Novembro de 1791, que declarou que as heranças fideicommissorias e legados não se devolvem ao fisco senão nos casos de vacancia e de contravenção aos testamentos, qualificada por direito com a nota de indignidade; e o Ass. de 20 de Julho de 1780, o qual declarou que, annullado o testamento por ser nelle a alma instituida por herdeira (\*), são successores legitimos, os parentes proximos ao tempo em que se defere a herança pela nullidade, e não os proximos ao tempo da morte do testador; e o Ass. 2.º de 5 de Abril de 1770, pelo qual foi declarado que o herdeiro *ab-intestado* não deve entrar na posse dos bens da herança, julgando-se nullo o testamento antes da liquidação dos mesmos; e sobre as confiscações que se fazem por crimes, mas que não respeitão de perto ás successões de que tratamos: veção-se as Ord. do liv. 2, tit. 26, §§ 18, 21 e 22, e liv. 5, tits. 1, 6, 12, 13 e 17, L. de 17 de Janeiro de 1759 e de 3 de Agosto de 1770, §§ 11 e 12.

(\*) Ver os Accs. transcriptos á pag. 25 e segg. do 1.º vol. do *Direito*.

testamento, por força, ou engano que lhe faça por si, ou interposta pessoa, sendo herdeiro que pretenda succeder *ab-intestado*, a parte, que lhe devia caber, pertence á Corôa, Ord. liv. 4, tit. 84 pr.; e assim tambem si o testador quizer revogar o seu testamento, e os herdeiros instituidos lh'o impedirem: Ord. cit., § 2. Succede igualmente a Corôa nos bens que algum clerigo deixa a outro clerigo, ou a alguma igreja ou mosteiro, ou a qualquer pessoa religiosa, Ord. liv 2, tit. 18, § 5 (264), ou mesmo não dispendo os clerigos, ou beneficiados, e succedendo outros *ab-intestado*, no caso da Ord. cit., § 7.

O mesmo procede a respeito dos bens deixados a alguma igreja ou corporação de mão-morta, não os alienando dentro de anno e dia, ou não obtendo licença régia para os possuir: Ord. liv. 2, tit. 18, § 1 (265).

---

(264) Explicando-se a Ord. pelas palavras *Clerigos de ordens sacras ou beneficiados*, pôde entrar em duvida si o clerico *in minoribus* pôde ser instituido herdeiro por outro clerigo de ordens sacras, ou succeder-lhe; mas esta duvida parece se dissolve com as Ords. do liv. 4, tit. 91, § 8, e liv. 4, tit. 92, § 4, pois que esta não equipara o clerigo *in minoribus* ao cavalleiro, e aquella sim ao beneficiado.

(265) O mesmo se deduz da L. de 30 de Julho de 1611, Provis. de 13 de Agosto de 1612, Alvs. de 23 de Novembro de 1612 e 20 de Abril de 1613; mas note-se que a cit. Ord. só se entende a respeito

Tambem succede a real Corôa nos bens encapellados ou vinculados, que vagão por commisso (266), ou por falta de successão regular e legitima (267) : Ord. liv. 2, tit. 26, § 17; L. de 23 de Maio de 1775, § 18, e Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 8 (268).

---

dos bens livres, porque a respeito dos prazos temos a doutrina expressa na L. de 4 de Julho de 1768, que foi declarada pela L. de 12 de Maio de 1769; e quanto ás capellas e morgados, a L. de 9 de Setembro de 1769, § 11, que prohibe aos religiosos ou religiosas, e sacerdotes seculares succeder em taes bens, o que foi confirmado pela successão regular que se estabeleceu pela L. de 3 de Agosto de 1770; por consequencia sendo estes chamados á successão de taes bens, ficão logo devolutos á Corôa por commisso. Note-se que o Alv. de 20 de Julho de 1793, posto que permittisse a retenção de bens immoveis, capellas e juro reaes ás irmandades do Santissimo Sacramento, comtudo ordenou ás mais irmandades e confrarias sujeitas á disposiçõ geral estabelecida no § 21 da L. de 9 de Setembro de 1769, o que melhor se acha na Res. de 4 de Dezembro de 1802, impressa em 20 de Março de 1820, declarando que o mesmo Alv. de 20 de Julho de 1793 a respeito das irmandades do Santissimo Sacramento se não deve ampliar a novas acquisiçõs, como se verá quando tratarmos da successão dos mosteiros, corporaçõs, etc.

(266) Verifica-se o commisso quando a vocaçõ de administrador para capella ou morgado recahe em pessoa prohibida pela lei, como, si é chamado á successão corpo de mão-morta, ou é instituido o morgado para andar sempre em clerigo: Ord. liv. 2, tit. 18, §§ 1 e 5, e L. de 9 de Setembro de 1769, § 11.

(267) Verifica-se a falta de successão legitima e regular quando para succeder não ha parentes do sangue do instituidor, na conformidade da Ord. liv. 4, tit. 100, § 2, e do já declarado quando tratámos da successão dos morgados.

(268) Declarando o § 8 deste Alv. de 1807 que a real Corôa tem

dominio fundado e inherente nos bens vinculados e capellas vagas por commisso ou extincção de legitimos successores, motivos por que se devolvem logo taes bens aos proprios, segue-se que quando a Corôa ou o que denuncia taes bens trata de os reivindicar de qualquer possuidor, aeste pertence provar a successão legitima, ou direito por que lhe pertencem, e não á Corôa, por ter o seu direito fundado na vacancia como mui legal e justamente declarou o Alv. de 29 de Julho de 1830 para remover as duvidas que ainda havia; podendo-se provar legitimamente a successão unicamente por meio de certidões legaes de baptismo e casamento, que são as que podem provar a filiação ou parentesco, como se deduz do Alv. de 9 de Agosto de 1759, e L. de 22 de Dezembro de 1761, tit. 2, § 2: não bastando provar um ou mais grãos da parentela, mas todos sem interrupção, como se pôde vêr em Almeida e Souza, Trat. de Morg., cap. 43, § 18.— Note-se que, posto que pela Provis. de 26 de Junho de 1769, que vem no Ind. Chron. tom. 2, pag. 83, se mandasse exceptuar dos sequestros ordinarios nos bens que possuissem os corpos de mão-morta, as capellas instituidas antes de 1640, comtudo o Decr. de 8 de Julho de 1802 mandou que se tomasse denuncias de capellas ainda instituidas antes de 1651, sem embargo da suspensão interina do Decr. de 2 de Janeiro do mesmo anno; e que se sentenciassem no juizo das capellas da Corôa os ditos autos, aonde pertencem, bem como as denuncias sobre bens de morgados pela L. de 23 de Maio de 1775. Note-se tambem que pelo Decr. de 5 de Novembro de 1706 (que vem á pag. 208 da 4ª part. das Dissert. Chronol. e Crit. do Des. J. P. Ribeiro) se declarou que não promovendo os denunciantes das capellas ou vinculos as primeiras denuncias dentro de anno e dia, percão o direito que por ellas adquirirão, e que se não admittão segundas denuncias das mesmas capellas, mas se continuem existentes no estado em que estiverem com o procurador da Corôa, exceptuado o caso em que por motivos attendiveis este consinta na segunda denuncia, podendo o mesmo possuidor intruso ser admittido a denunciar; o que foi confirmado pelo § 2 da L. de 23 de Maio de 1775, reque-rendo o Alv. de 14 de Janeiro de 1807 tambem a assistencia do procu-rador da fazenda do reino em taes processos, como já havia ordenado

E finalmente succede tambem a real Corôa nos officios assim de justiça como de fazenda, pelo

---

o Decr. de 7 de Maio de 1678 ; mas quando concorre o procurador da Corôa com o da fazenda, falla primeiro este: Decr. de 22 de Outubro de 1667. — A C. R. de 17 de Dezembro de 1626 concedia um anno para se tirar o alvará da denuncia e se proseguirem os seus termos, tomando-se por parte da Corôa, passado o dito prazo ; e na C. R. de 22 de Setembro de 1627 se fixou a fórma por que devião ser passados taes alvarás. Note-se mais que pelo Ass. de 11 de Abril de 1829 se declarou que os donatarios ou administradores de capellas ou vinculos da real Corôa não podem reivindicar para si bens que não entrárão na doação, por pertencer este direito sómente á real Corôa ; que o Alv. de 7 de Março de 1791 declarou que o rendimento dos bens denunciados pertence aos denunciantes desde a data da mercê, e que os ministros que puderem contrahir certeza de juiz ou procurador, não podem por si ou interposta pessoa denunciar capellas ou vinculos: na conformidade das Cs. Rs. de 28 de Setembro de 1629 e 12 de Novembro de 1636, e Decrs. de 5 de Março de 1709 e 7 de Janeiro de 1788. Porém se os bens são livres e se denunciação como vagos, pertence o seu conhecimento ao juizo dos residuos, como se pôde vêr em as notas 1004 e 1018 das Primas. Linhs. do Proc. Civ. de Pereira e Souza, e Almeida e Souza nas Acçs. Sums. § 159 e segs., onde mostra que tambem se podem denunciar, quando vagos, os reaes padroados, na fórma do Alv. de 26 de Setembro de 1791, bem como os beneficios das ordens, na conformidade do Decr. do 1º de Setembro de 1791:— as commendas, as barcas em rios publicos, os bens sonegados nas confiscações, os aiveos, comoros ou ribanceiras, deixados pelos rios, que pertencem aossummo imperante, etc. E note-se, finalmente, que na apostilla de 23 de Julho de 1656 ao Alv. de 9 de Dezembro de 1652 se declara que as capellas da Corôa, como bens vacantes, são proprias do rei e não da Corôa, nem sujeitas á lei mental. Veja-se, porém, o que se acha disposto no Alv. de 10 de Dezembro de 1825.

fallecimento ou crime daquelles a quem são concedidos: Lei de 23 de Novembro de 1770 (269).

### § X

#### *Da successão dos mosteiros, corporações e religiosos ainda egressos.*

Posto que em as notas ao cap. 12 deste tratado

---

(269) Ainda que depois desta lei de 1770 dirigissem ao concelho da fazenda os Avis. de 3 de Setembro de 1777 e de 20 de Novembro de 1795, para se consultarem com effeito os requerimentos de todos os filhos e netos dos proprietarios que por sua morte pretendessem os mesmos officios, como já tinha sido recommendado ao desembargo do paço por C. R. de 6 de Setembro de 1616; e se declarasse pelo Decr. de 5 de Junho de 1793 que a mercê que se tinha feito de um officio de fazenda só podia ter logar não existindo filho do ultimo proprietario; comtudo, como o dominio dos officios reside no soberano, e aos officiaes só se concede o exercicio e administração, como melhor se declara na cit. Lei 2, cap. 13, n. 9. e Lei de 22 de Dezembro de 1761, nas quaes se estabelece que os officios são personalissimos, e que se entendão sempre dados sómente em vida; fica claro que pela morte dos encartados succede a Corôa, para fazer delles mercê a quem bem lhe parecer; com a differença de que, se o proprietario tem filhos ou netos, costuma o soberano preferi-los, se são habeis; se só transver-saes, como nos bens da Corôa, não succedem, já não se costumão attender seus requerimentos. O Alv. de 13 de Outubro de 1614 determinou que a nenhum official de justiça, condemnado por erros de officio em alguma peña, ainda que depois o torne a servir, se admitta petição para que o officio por sua morte passe a seu filho, ou para casamento de filha, ou o poder nomear em outra pessoa. A Ord. liv. 1, tit. 96, prohibe a venda dos officios, sob pena de perdimento, não intervindo autoridade régia; e na Collecç. ao tit. 97 do liv. 1 se podem vêr varios decretos que prohibem a retenção de dous officios, debaixo da mesma pena de perdimento; e se elles se podem ou não denunciar, veja-se Almeida e Souza, Acçs. Sums., § 165, pag. 154 e segs.

fiquem apontadas as razões por que se não podem instituir por herdeiros as corporações, collegios, mosteiros, confrarias, etc., nem tão pouco os religiosos, indicando-se ao mesmo tempo a serie da legislação que temos sobre o direito de *amortização* ; comtudo, para mostrar que nem as corporações, nem os religiosos ainda egressos podem succeder *ab-intestado* nos bens de seus membros e parentes, recopilarei em summa o que ali fica dito, e acrescentarei o que faltou, e é necessario saber-se sobre semelhante e importante materia, tratada até agora com pouca clareza.

Principiemos, pois, por saber o que é um *corpo de mão-morta* (\*). Segundo a definição que apresentam os autores da *Encyclopedia methodica*, verb. *Mainmorte*, é toda aquella corporação ou commuidade, tanto ecclesiastica como leiga, que é perpetua, e que por uma subrogação de pessoas que se julgão sempre as mesmas, não soffre mudança alguma pela morte de algum ou alguns de seus membros. Assim, são comprehendidos debaixo do nome de *corporação de mão-morta*: 1º, as commuidades tanto regulares como seculares, isto é, as religiões

---

(\*) O Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867 considerou de mão-morta as camaras municipaes, que não o são. Veja Teixeira de Freitas, *Consol. das Leis civis*, art. 70 ; Cortines Laxe, *Regim. das Camar. Munic.*, not. 154 ; Circ. n. 4 de 15 de Janeiro de 1844.

e conventos, ou mosteiros de um e outro sexo, as collegiadas, igrejas, cabiões, commendadeiras conventuaes, freiras das ordens militares tambem conventuaes, etc.; 2º, os hospitaes, hospicios, albergarias, misericordias, confrarias, irmandades, fabricas de igrejas e outras semelhantes; 3º, as communidades seculares, como as camaras das villas e cidades, as universidades, as corporações de officios, os collegios, as companhias de negocio e commercio (\*), os habitantes de qualquer cidade, villa ou logar, os tribunaes, e outras semelhantes corporações cujos membros se reproduzem pela substituição de outros, de maneira que se julgão sempre as mesmas pessoas. E chamão-se estas corporações *corpos de mão-morta*, porque os bens que adquirem ficão em amortização e fóra do commercio commum, como inherentes ás mesmas corporações ou casas: *Societates illæ, e quarum manibus bona semel adquisita ad rempublicam, ad commercium non iterum redeunt, manús mortuæ appellantur*, diz Gmeiner, *Inst. Jur. Pub. Eccles.*, § 294 do tom. 1.

Este mesmo autor, no § 296 estabelece o principio de direito publico ecclesiastico: *Civitati est*

---

(\*) O Cod. Comm. não considera de mão-morta as sociedades mercantis; nem pelo nosso direito civil o são as sociedades civis, como sejião as agricolas, por ex. Cumpre distinguir as *sociedades* das *corporações*: em regra, só estas são de mão-morta.

*noxium, si bona mobilia in majori copia in manibus mortuis existunt. E no § 298: Civitati est noxium, si manibus mortuis bona immobilia illimitate acquirere est licitum.*

O mesmo autor mostra, com a sua costumada elegancia, os danos que podem resultar á sociedade e ao Estado quando se impede a necessaria circulação do dinheiro e gyro do commercio; e o prejuizo que causa ao publico e ao mesmo Estado a permissão illimitada aos *corpos de mão-morta* de adquirir bens immoveis; e estabelecendo os principios mais solidos de direito publico, que os modernos têm adoptado a semelhante respeito, respondendo ao mesmo tempo ás objecções que se podem oppôr contra a equidade da lei da amortização, tira por conclusão *que toda a alienação de bens immoveis, feita a corpos de mão-morta, seja por ultima vontade, seja por acto inter vivos, sem consentimento do principe, é nulla e irrita.*

Que ao principe compete o poder de prohibir estas illimitadas e perniciosas acquisições, mostra elle pelo seguinte raciocinio:—O Imperante tem direito de vigiar que a republica não receba algum damno (como mostrou no § 259); á republica é muito pernicioso que seja licito aos corpos de mão-morta adquirir illimitadamente bens immoveis (na fórmula do § 298): logo o Imperante tem direito de

proibir, e mandar que sem seu consentimento se não transfirão bens immoveis para os corpos de mão-morta.

A constituição, pois, em que é promulgada semelhante prohibição, é geralmente chamada *lei de amortização*; semelhante poder se não pôde negar aos príncipes ou soberanos, sem manifesta offensa dos principios mais solidos e incontestaveis de direito publico, que se podem vêr em o citado autor, no *Code de l'Humanité*, art. *Les mains-mortes*, na *Encyclop. de Jurisp.*, art. *Amortissement*, e na *Historia Jur. Civ. Lus.*, § 45 e segs.

Póde-se dizer que esta lei é geralmente recebida em todos os paizes civilizados, e principalmente na Hespanha (270), França (271), Inglaterra (272), Prussia (273), etc., trazendo ella a sua origem, como diz o cit. Gmeiner em a nota ao § 299, da demasiada propensão dos fieis para dotar e fundar mosteiros; pois que os monges antigamente, no Egypto (274), vivião do trabalho quotidiano de

(270) Sandoval, *Chron. de Aff. VII*, cap. 51; Hist. Jur. Civ. Lusit., § 55, onde refere as palavras das Côrtes de Coimbra de 1291— *que eu puzesse tal postura e tal lei qual se usa em muitas terras.*

(271) Arts. 909 e 910 do Cod. Civ. dos Francezes.

(272) Blackstone, tom. 3, cap. 18, pag. 96.

(273) Tom. 1, part. 1<sup>a</sup>, tit. 12 do Cod. dos Est. da Prussia.

(274) Conta S. Jeronymo de S. Macario de Alexandria (como se lê na sua vida), que, fallecendo um dos monges, seu companheiro, deixando

suas mãos, applicando o que lhes crescia para o sustento dos pobres e necessitados; porém tornando-se os mosteiros pouco a pouco ricos e opulentos, pelas oblações e liberalidades que lhes fazião os fieis sem restricção, e conhecendo-se que ellas se oppunhão aos interesses dos principes e dos leigos, foi necessario occorrer a este mal, e restringir de algum modo a illimitada liberdade, que havia, de dar não só aos mosteiros, mas aos corpos de mão-morta em geral.

Eis-aqui por que em Roma ao principio tambem foi prohibido ás corporações herdar alguma cousa

cem escudos que tinha ganho a fazer tecidos, e juntando-se os solitarios para deliberar sobre o destino de semelhante dinheiro, dizendo uns que se desse aos pobres, outros á Igreja, outros aos parentes do morto; Macario, com outros que se chamavão os padres, querendo prevenir as consequencias de um tal exemplo, ordenarão que se enterasse com o morto aquelle dinheiro, dizendo estas palavras: *Que o dinheiro morra contigo*. Este facto fez vêr quanto esta severidade era justa e sabia (\*), porque produziu tanta impressão em todos os mônges do Egypto, que olhavão como um crime deixar um escudo que fôsse depois da sua morte. Eis-aqui por que vemos na *Regra de S. Bento*, cap. 48, as seguintes palavras: — *Ociositas inimica est animæ, et idcirco certis temporibus occupari debent fratres in labore manuum*. E S. Domingos, estando proximo da morte, entre outras cousas que recommendou a seus filhos religiosos, foi que não introduzissem na ordem possessões temporaes.

(\*) Ao contrario, era uma determinação consoante com as falsas idéas que professavão os primeiros christãos ácerca do dinheiro, e em geral dos bens temporaes, mas evidentemente injusta, e só explicavel pela ignorancia dos tempos. Os frades Bentos interpretão mais sabiamente a sua regra, adquirindo e fundando possessões temporaes que os habilitão para fazerem os beneficios a que a ordem os obriga.

por testamento; e posto que depois se lhes concedesse esta faculdade, houve razões politicas, proprias do tempo, para isso, que se podem vêr em a nota ao § 55 da *Hist. Jur. Civ. Lus.*, onde se achão as alterações que houve em Roma e na Italia a tal respeito; podendo notar-se as que houve em França na *Encyclopedia Method. de Jurisp.*, art. *Amortissement*, e em Blackstone, Tom. 3, Cap. 18, as que em Inglaterra, onde se acha uma completa historia da jurisprudencia respectiva ali estabelecida, e a que por differentes vezes foi necessario estabelecer para occorrer á demasiada avareza e subtileza do clero e corporações religiosas até ao tempo da sua extineção; não sendo permitida em caso algum, pelo direito de todas as nações, aos corpos de mão-morta, aquisição alguma de bens sem a licença necessaria do Imperante.

Em Portugal são tão antigas as leis da *Amortização* como o mesmo reino. O Senhor D. Affonso II foi o primeiro que, nas Côrtes de Coimbra de 1211, prohibio a compra de bens de raiz ás pessoas e corporações ecclesiasticas, para se não enriquecerem em prejuizo dos seus vassallos; mas não mandou cousa nova, pois approvou o direito já praticado no reino, como se mostra em a ultima nota do cap. 12 (275).

---

(275) Não sei se foi a cegueira dos tempos, se o orgulho que então

O Senhor D. Diniz confirmou e declarou mais este direito em as Côrtes de 1286 e 1291, estendendo a disposição do Senhor D. Affonso II a todo o genero de acquições, testamentos e legados ; e estas disposições fôrão renovadas pelo Senhor D. Fernando, nas Côrtes de Lisboa de 1371, e pelo Senhor D. Affonso V, em 1447, determinando que os bens, que dali em diante adquirissem as comunidades, fôssem para a Corôa : esta legislação

---

dominava o clero e regulares, que arrojaria o celebre Soeiro Gomes, prior da ordem dos prégadores, a que, esquecido do que lhe ensinára o seu santo fundador, não só declamasse contra a sabia lei do Senhor D. Affonso II, mas até publicasse uma proclamação contra a mesma lei, como se póde ver em Brandão, *Monar. Lusit.*, liv. 13, cap. 22 ; e app. Estevão Soares, arcebispo de Braga, não commetteu menor excesso contra a autoridade real quando excommungou os ministros do rei por observarem a referida lei ; e o mais é que Honorio III, em 1221, chegou a escrever com menos respeito sobre esta materia ao Senhor D. Affonso II, e a ameaça-lo de absolver os vassallos do juramento de fidelidade, e de conceder as suas terras e dominios como coisa *nullius* a quem as occupasse ! *Hist. Jur. Civ. Lusit.*, § 45, nota. E ainda no tempo de Philippe IV, o collecter apostolico Alexandre, bispo de Nicastro, aos 16 de Março de 1636, se arrojou a dogmatizar contra a Ord. actual, liv. 2, tit. 18, declarando-a feita em odio de Deus, excommungando a todos os ministros do rei e a todas as mais pessoas que exigissem a sua observancia ; e sendo obrigado a revogar este edicto por carta do dito rei de 1637, e por sentença do juizo da Corôa de 26 de Março do mesmo anno, novamente publicou outro a respeito das capellas, em 24 de Junho de 1639, autorizado por bullas do S. P. Urbano VIII ; porém o mesmo rei cassou semelhantes editaes, e fez expulsar do reino este collecter, como se póde ver na Deducc. Chronol., divis. 7, § 210 e segs., e Cart. Reg. á Ord. liv. 2, tit. 18.

fez o fundo das Ordenações Affonsinas, liv. 2, tits. 14 e 15, Manoelina, liv. 2, tit. 8, e Philippina, liv. 2, tit. 18, e das Extravagantes de 30 Julho de 1611, de 25 de Junho de 1766, § 10, de 4 de Julho de 1768, de 12 de Maio de 1769, e 9 de Setembro do mesmo anno, no § 10; pois que todas estas leis, no que toca á prohibição de adquirirem os corpos de mão-morta bens de raiz, não fôrão suspensas pelo Decr. de 17 de Julho de 1778 (276).

Se, porém, pelas leis antigas, e publicadas até ao tempo do Sr. D. José I, revogadas pelo § 10 da Lei de 9 de Setembro de 1769, podião os mosteiros e outras corporações de mão-morta succeder *ab-intestado*, ou receber por testamento legados, ou ainda heranças, é o que resta e convem examinar.

É certo que das palavras da lei do Sr. D. Afonso II de 1211, referidas por Brand., liv. 17, cap. 8, e na *Hist. Jur. Civ. Lus.*, § 55, not., se vê que aos religiosos fôra prohibido comprar herança alguma ou bens de raiz sem licença de El-Rei;

---

(276) É bem para admirar que o Senhor D. João IV, pelo Decr<sup>o</sup> de 2 de Janeiro de 1651, suspendesse a autoridade da Ord. liv. 2, tit. 18, pelo que pertence ás capellas possuidas pelas igrejas e pessoas ecclesiasticas, até se concordar com a Sé Apostolica! Porém o outro de 8 de Julho de 1802, considerando justamente como interina semelhante suspensão, mandou tomar as denuncias de capellas instituidas antes de 1651, sem embargo da dita suspensão.

mas que lhes fôra permittido o podê-los adquirir por anniversarios ou por outro modo, *sem preço*, isto é, por titulo lucrativo (277); e que pelas leis do Sr. D. Diniz, que se achão no Código Affonsino, liv. 2, tit. 15, se estendeu semelhante prohibição a todo o genero de aquisição, prohibindo-se positivamente deixar alguns herdamentos ou possessões ás ordens, como se vê do § 3 da Ord. cit.

Havendo, porém, duvidas sobre a execução, se declarou depois, como se vê dos §§ 6 e 7 da mesma Ord., que os religiosos ou religiosas possuissem em sua vida o que lhes fôsse deixado por seus pais ou parentes, depois daquella lei; e se o quizessem dar ou vender, o não podessem fazer senão a pessoas leigas; mas que, quando os mosteiros precisassem, para a sua manutenção, de alguns destes bens que ganhassem os sobreditos, os vendessem até a um anno do dia em que morressem os ditos religiosos; e não o fazendo assim os ditos mosteiros, se perdessem para os seus parentes mais chegados, na fórma do § 8; e no caso destes os não virem requerer dentro de seis mezes, se perdessem para a Corôa, § 9 da Ord. cit.; deixando determinado o mesmo Sr. D. Diniz,

---

(277) Isto mesmo se prova das fórmulas de varios testamentos antigos ou feitos nos primeiros tempos da monarchia, que refere J. P. Ribeiro, nas suas *Disserts. Chronols. e Crits.*, toms. 1, 2 e 3, onde se podem vêr.

pela lei de 1324, que se acha na Ord. Affons., tit. 14 do mesmo liv. 2, que não podendo as igrejas e ordens haver em pagamento de dividas bens de raiz, vendessem todos os que tivessem comprado, desde o dia de Santa Maria de Agosto a um anno; prohibição que foi depois confirmada pelo Sr. D. Fernando nas Córtes de Lisboa de 1371, como se vê na *Hist. Jur. Civ. Lus.*, § 60, not., e na Ord. do Sr. D. Manoel, liv. 2, tit. 8; o que tudo passou para a Ord. Philippina, liv. 2, tit. 18 (278).

---

(278) Note-se, porém, que, posto pela Ord. Affons. os corpos de mão-morta não podessem adquirir bens de raiz sem licença de El-Rei, comtudo parece que pela Manoel, § 8, se lhes não impôz esta obrigação, mas que se prohibio sómente aos ecclesiasticos dar *inter vivos* ou por ultima vontade alguns destes bens a algum mosteiro, igreja ou confraria, como nota o autor da *Hist. Jur. Civ. Lus.* em a nota ao § 89; porém, lendo-se o pr. daquella Ord. (que concorda com a actual, liv. 2, tit. 18, em tudo, á excepção do ultimo vers. do § 5 e do ultimo do § 7), vê-se della o contrario, e que sem licença de El-Rei não podem por titulo algum adquirir bens; sendo comtudo de notar que o accrescimo que se acha na Ord. cit. § 5, é deduzido do Alv. do Senhor D. João III de 6 de Setembro de 1553, que fez differença entre os bens patrimoniaes e adquiridos *intuitu Ecclesiae*, podendo estes ser adquiridos pela Igreja e ordens por qualquer titulo gratuito; e que o accrescimo que se acha no § 7, de que os parentes mais chegados, dor um costume geralmente recebido, succedem ao clérigo *ab-intestado*, tanto nos bens patrimoniaes como nos adquiridos *intuitu, seu occasione Ecclesiae*, foi tirado do direito canonico, ou das Decretaes, caps. 1, 7 e 12, x. de *Testament.*, como notou o cit. autor da *Hist. Jur. Civ. Lus.*, ao cit. § 89; e para conciliar a sua opinião sobre não ser necessaria a licença régia para aquisição dos bens pela Ord. cit., devemos entendê-la sómente a respeito da posse delles dentro do anno e dia.

Por esta Ord., pois, e pela anterior, é prohibido totalmente aos corpos de mão-morta adquirir, por titulo algum, bens da Corôa, Ord. cit., § 2, e tit. 35, § 10; nem por outro titulo que não seja o da successão legitima podem adquirir bens nos reguengos tributarios ou foreiros á Corôa, § 6, e tit. 17 da mesma Ord.; nem tão pouco os bens que sejam de pessoas ecclesiasticas, e que não pertenção, por direito, á Igreja; pois que, pelo § 5 da Ord. cit., as pessoas ecclesiasticas não podem por titulo algum traspassar os seus bens de raiz ás igrejas, ordens ou pessoas ecclesiasticas; o que, comtudo, se entende do titulo que depende do facto do homem; porque podem, comtudo, adquiri-los por successão legitima dos seus confrades, § 7 da Ord. cit., com tanto que os vendão dentro de um anno; porque, não os vendendo, ou não os demandando os seus parentes mais chegados, dentro de seis mezes, contados do dia em que o anno fôr acabado, se perdem para a Corôa.

Isto mesmo se deduz das palavras da Lei de 30 de Julho de 1611, emquanto diz:— *Que sendo eu informado que os mosteiros e outras comunidades do reino não podendo, conforme as leis d'elle, comprar bens de raiz sem licença minha, e sendo obrigados, quando herdassem alguns, ou os houvessem por qualquer titulo, de os venderem dentro de anno e dia a pessoas leigas. . .*

Portanto temos que, pelas leis da amortização publicadas até ao tempo do Sr. D. José, e que elle revogára no § 10 da Lei de 9 de Setembro de 1769, apesar de não poderem os mosteiros e outras corporações de mão-morta reter e conservar os bens immoveis, que adquirissem por qualquer titulo oneroso ou lucrativo, mais que o anno e dia que a lei lhes concedia, sendo obrigados a aliena-los dentro d'elle, comtudo não podemos dizer que por tal legislação os corpos de mão-morta erão incapazes de succeder por testamento ou *ab-intestado*; antes, pelo contrario, dellas se infere que não só se lhes podia deixar legados, mas até heranças.

Para prova desta asserção temos, além da legislação estabelecida e declarada, o Alv. de 26 de Março de 1634, que, declarando nullos os testamentos que fôsem feitos por algum religioso, em que fôsse herdeira ou legataria a sua corporação ou mosteiro, vem daqui a inferir-se que o não erão sendo feitos por outra pessoa; e muito principalmente por não ser prohibido a qualquer religioso o fazer testamento a outras pessoas, e só neste caso pelo perigo da suggestão: o que tambem foi depois providenciado pelo cap. 8 das Côrtes de 1641, e declarado pelo Alv. de 2 de Maio de 1647, e mesmo pela Lei de 9 de Setembro de 1769; e mais do Sr. D. José se vê que até ao seu tempo era

permittedo não só deixar legados, mas até heranças aos sobreditos mosteiros e corporações, porque aliás não faria elle expressa revogação no § 10 da cit. lei do Sr. D. Diniz, e da Ord. liv. 2, tit. 18, com todas e *quaesquer outras leis, disposições e doutrinas, que permittião e autorizavão nos religiosos e religiosas as successões ab-intestado, ou das heranças paternas e maternas*, de cujas expressões se vê que succedião *ab-intestado*, por via dos religiosos da sua corporação, até áquelle tempo, como tambem se mostra pela Lei de 25 de Junho de 1766, no pr .

Observemos, portanto, quaes são os termos da legislação actual, para vermos a conclusão que devemos tirar a final sobre semelhante materia.

Temos primeiramente a Lei de 25 de Junho de 1766, que, apezar de ser suspensa pelo Decr. de 17 de Julho de 1778, deixou comtudo em seu vigor o § 10, que sómente permite deixar aos religiosos legados de alimentos vitalicios até certa quantia, e sendo deixados pelos testadores a seus filhos, irmãos, primos, co-irmãos ou sobrinhos filhos de irmãos, o que é confirmado e declarado pelo Ass. de 21 de Junho de 1777 .

Pelo § 10 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que tambem se acha em seu vigor, se declarou que os religiosos e religiosas que professassem, ficassem

inteiramente excluidos, não só de ser herdeiros *ab-intestados*, mas tambem das heranças paternas e maternas, reputando-os como mortos, pelo facto da profissão.

Pelo § 21 da sobredita lei, que, tendo sido suspenso, foi instaurado pela Lei de 20 de Maio de 1796, se determinou que todas as convenções ou disposições *causa mortis* ou *inter vivos*, em que fôsse instituida a alma por herdeira, fôsem nullas e de nenhum effeito.

O Ass. 1º de 29 de Março de 1770 declarou que se deve julgar instituida a alma por herdeira no caso de ser instituida por herdeira alguma ordem, irmandade ou corporação; o que firmou e declarou o Ass. 4º de 5 de Dezembro de 1770, ultimamente declarado pelo Ass. de 21 de Julho de 1797.

E, finalmente, a respeito do religioso egresso ou secularizado, temos a novissima resolução (279)

(279) Sendo as resoluções, no sentido exacto, as determinações em que o principe resolve deferindo ás consultas que lhe fazem os tribunaes, e sendo esta a accepção em que as tomamos neste lugar, porque, fallando geralmente, resoluções são todas as determinações do soberano, ninguem se atreverá a negar que ellas fazem uma lei para o caso de que trata a consulta, porque são a vontade do principe declarada a esse respeito, para que se guarde, e participada ao tribunal que ha de deferir sobre o negocio, participação que faz as vezes de publicação; nem tão pouco haverá quem negue que ellas são leis geraes e que fazem uma parte da nossa jurisprudencia, para o que basta citar a Res. de 3 de Junho de 1615, que interpretou a Ord. liv. 1, tit. 84, §§ 12 e 14,

datada no Rio de Janeiro em 26 de Dezembro de 1809, que, por se não achar impressa, e sómente registrada no liv. 24 do registro dos decretos da Casa da Supplicação, á fl. 45, transcrevo aqui, na fórma que me foi dada por certidão subscripta pelo guardamór da Supplicação, Roberto Gonçalves Coelho, aos 17 de Maio de 1813, em consequencia do competente despacho ou mandado do Sr. Regedor.

*Aviso.*

O Principe Regente, Nosso Senhor, manda remetter a V. S. a cópia inclusa da sua Reg. Resol. de

---

a de 16 de Dezembro de 1754, que ampliou o § 2 do Alv. de 7 de Fevereiro de 1752, a de 8 de Outubro de 1648, illustrando o Decr. de 30 de Abril de 1646, e outras muitas. Nas mesmas cartas régias e alvarás e decretos, se falla das resoluções como se ellas fizessem parte da nossa jurisprudencia, para o que serve de explicação, entre outros, o Decr. de 6 de Agosto de 1761, que suppõe estabelecido por uma resolução o soldo dos ajudantes *supra* dos terços auxiliares. Ellas são bem á semelhança dos rescriptos dos imperadores romanos, que fizeram uma grande parte da jurisprudencia civil, e se veem no codigo de Justiniano, ainda que os imperadores os costumavão dar sobre quaesquer supplicas e cartas dos magistrados, juizes e particulares; quando as resoluções dos nossos principes são dadas sempre em resposta ás consultas dos tribunaes que têm autoridade de consulta-los, e se a materia envolve questões de facto, os tribunaes procedem a informar-se dellas antes de as levar á presença do soberano, e por isso tanto mais credito e autoridade lhes devemos attribuir. Portanto devemos concluir que a sobredita resolução constitue lei geral para o caso presente, muito principalmente á vista da intimação de que trata o aviso junto; e que, em consequencia, se algum religioso egresso quizer testar de seus bens, o não poderá fazer sem que obtenha licença expressa do soberano, por se achar geralmente prohibido de herdar e testar.

26 de Dezembro de 1809, tomada em consulta da Mesa do Desembargo do Paço, datada de 25 de Agosto do dito anno, sobre o requerimento de Gonçalo Xavier Teixeira, presbytero secularisado da Terceira Ordem da Penitencia, em que pedia o regio beneplacito para a execução de um rescripto da Santa Séde Apostolica, pelo qual se lhe permittia o poder herdar e testar: e é servido que, vendo V. S. o seu conteúdo, faça constar na Casa da Supplicação a sobredita regia resolução. Deus guarde a V. S. Palacio do governo, em 1º de Dezembro de 1812. — *João Antonio Salter de Mendonça*. — Sr. chanceller da Casa da Supplicação, que serve de regedor. — Cumpra-se e registre-se. Lisboa, 4 de Dezembro de 1812. — Como regedor, *Salter*.

#### *Resolução.*

Havendo o Principe Regente, Nosso Senhor, mandado consultar pela Mesa do Desembargo do Paço um requerimento de Gonçalo Xavier Teixeira, presbytero secularisado da Terceira Ordem da Penitencia, em que pedia o regio beneplacito para a execução de um rescripto da Santa Séde Apostolica, em que lhe permittia poder herdar e testar: a Mesa, depois de ter ouvido sobre este requerimento ao desembargador procurador da corôa, consultou ao mesmo

senhor que não devia conceder o regio beneplacito a este rescripto ; porquanto, ficando o supplicante, pela profissão religiosa, espiritualmente ligado ao seu voto, ficava ao mesmo tempo, e por esse mesmo facto, ligado ao preceito das leis do Reino, que o inhiem de herdar e testar ; e que, supposto que a graça da secularisação moderasse ou relaxasse alguns effeitos do mesmo voto, não podia comtudo alterar os effeitos e a sanção das leis civis e meramente temporaes ; devendo, portanto, reputar-se um tal rescripto alcançado ob e subrepticamente ; porque, emquanto á faculdade *de herdar*, era esta não só opposta ás expressas leis do Reino, e ao direito por ellas estabelecido e adquirido por terceiros na ordem das successões hereditarias, mas tambem aos direitos da corôa no caso de vacancia por falta de outros herdeiros ; e que emquanto á faculdade de *testar*, com igual resistencia a outras leis do Reino, ainda mais se oppunha aos direitos da corôa ; porque, não podendo o convento succeder a este supplicante depois de secularisado, e não podendo elle igualmente testar pela inhição legal, devia vagar para a corôa a sua herança. Que aos soberanos imperantes pertencia conservar illesos os direitos da corôa, e a sua autoridade, mantendo o bem do Estado e dos vassallos, cujo socego e felicidade dependem da fiel observancia das leis, que não podem ser derogadas ou arguidas

pelos Summos Pontifices em materia temporal, alheia da inspecção do sacerdocio, e só propria e privativa dos mesmos imperantes. E tendo subido á real presença esta consulta, foi S. A. R. servido, por sua real resolução de 26 de Dezembro de 1809, tomada na côrte do Rio de Janeiro, resolver *que não havia que deferir*.—*João da Silva Moreira Paizinho*.—Registado. Lisboa, 5 de Dezembro de 1812.—*Roberto Gonçalves Coelho*.

Á vista, pois, desta serie de legislação, que está em vigor, e de outra qualquer que tenha relação para aqui, como o Alv. de 12 de Maio de 1778, que dispensou a Lei de 9 de Setembro de 1769 a favor dos cavalleiros de Malta, afim de succederem *ab-intestado* e por testamento no usufructo de quaesquer bens que não sejam da corôa ou de vinculo, é facil de vêr que as corporações, mosteiros, irmandades, etc.; não podem hoje succeder *ab-intestado*, nem ser instituidas herdeiras, pelas expressas prohibições que têm de adquirir por este modo pelas sobreditas leis; e por isso vêmos que, para haverem de adir algum legado, é necessario que impetrem provisão régia, que lhes conceda essa faculdade, afim de evitar as fraudes que por este titulo e modo se podião fazer, quando aliás as leis não são tão expressas a respeito dos legados deixados ás corporações, e só sim a respeito dos deixados ao religioso, na fórma

do § 10 da Lei de 25 de Junho de 1766. Deve-se, portanto, tirar por conclusão geral que os mosteiros e corporações de mão-morta, os religiosos, e ainda os egressos ou secularisados, não podem herdar nem testar, e que, para poderem adquirir alguns bens ou adir algum legado, não sendo de alimentos vitalícios, deixados aos religiosos pelos parentes, precisam de licença régia; succedendo sómente os mosteiros aos religiosos da sua corporação, posto que a isto impropriamente se chame successão, por possuírem em commum, e não terem os membros da corporação ou mosteiro cousa propria e como sua; e que os bens que tiver adquirido o religioso secularisado vêm á corôa (280).

Tendo, porém, entrado em duvida se as leis citadas e que prohibem a todas as corporações, ordens, igrejas e mosteiros adquirir bens de raiz, comprehendem ou não as irmandades do Santissimo Sacramento e as Misericordias, por isso que, pela Prov. de 13 de Fevereiro de 1770 e Alv. de 20 de Julho

---

(280) Veja-se a nota 99 deste tratado, onde fica desenvolvido o direito estabelecido na Reg. Res. cit. de 26 de Dezembro de 1809, que se deve entender sómente a respeito dos religiosos egressos, e não dos que annullarão os votos da sua profissão; porque estes podem herdar e testar, bem como os mesmos religiosos egressos, uma vez que obtenhão bulla pontificia de dispensa com o competente beneplacito regio que dispensa as leis civis e canonicas, de que se acha exemplo nas Resol. de 28 de Julho de 1817 e 28 de Setembro de 1825.

de 1793, se ordenára que se não admittissem denuncias dos bens que as irmandades do Santissimo possuissem; e pelo 2º Alv. de 31 de Janeiro de 1775 se permittio dispôr de alguns bens a favor da Misericordia de Lisboa e dos hospitaes della; e pelo Decr. de 15 de Março de 1800 se mandou pôr silencio nas causas de denuncias sobre os bens que possuem as casas de Misericordia e hospitaes; devemos tambem solver semelhante duvida á vista da legislação existente.

Sendo certo que os soberanos de Portugal em todos os tempos fundarão muitas Misericordias e hospitaes, e protegêrão particularmente outras que os fieishavião estabelecido, especialmente depois que em Lisboa, no mez de Agosto de 1498, foi fundada a Misericordia pela Sra. Rainha D. Leonor, á imitação da qual se erigirão outras quasi em todas as villas de Portugal, que fôrão tomadas debaixo da protecção régia, de tal modo que até prohibirão os soberanos que dellas conhecessem não só os prelados ecclesiasticos, mas os seus mesmos ministros, como se vê da Extravag. de 2 de Março de 1568, § 8, fonte da Ord. liv. 1, tit. 62, § 42; não é, porém, menos certo que, apezar desta protecção, sempre as Misericordias fôrão consideradas como corpos de mão-morta, entrando na regra geral das mais corporações para o effeito da aquisição de bens sem régia licença.

É isto o que se deduz do cit. Alv. de 31 de Janeiro de 1775, que se explica assim: « *Porquanto entre os bens deixados ou doados á sobredita Misericordia (de Lisboa) e hospitaes della, pôde haver alguns que se não possam reter sem faculdade minha: para os possuirem por mais tempo do que o determinado pela lei do reino, Hei por bem (por puros movimentos da minha régia piedade) que possam conservar no seu dominio: primeiramente, padrões de juro em qualquer dos almoxarifados e alfandegas destes reinos; em segundo lugar, propriedades de casas na cidade de Lisboa.... E ordeno que, sendo vendidos dentro de anno e dia todos os mais bens de raiz de outra natureza, se empreguem os productos delles em terrenos da mesma cidade... Pelo que pertence, porém, a todas as sobreditas novas e futuras acquisições, se me pedirão para todas e cada uma dellas novas licenças pela Mesa do Desembargo do Paço, para m'as consultar.* » Palavras estas de que se prova que as Misericordias estão sujeitas ás leis da amortização, bem como as mais corporações.

Havendo, porém, omissão nos administradores de semelhantes casas sobre a retenção dos bens, e falta de régia licença para os possuirem; e multiplicando-se as denuncias a respeito delles, veio o Decr. de 15 de Março de 1800, que, pelos attendiveis e louvaveis motivos que nelle se expressão, *incorporou á real corôa os padrões e mais bens de raiz, livres ou*

*vinculados, que possuem contra a prohibição das leis as casas de Misericórdia e hospitaes; e da administração destes bens, assim incorporados á corôa, fez mercê S. M. ás ditas casas, com ás declarações nelle expressas; impondo perpetuo silencio nas causas de denuncias que não estivessem julgadas.*

Por outros iguaes motivos de religião e piedade, já tinha S. M., pelo Alv. de 20 de Julho de 1793, *exceptuado, como fica dito, da sanção das leis que prohibem em geral, debaixo da pena de commisso, a retenção e administração dos bens immoveis, capellas e juroseas, as irmandades do Santissimo Sacramento, prohibindo a admissão de denuncias dos bens por ellas possuidos.*

Porém, entrando em duvida se esta prohibição se estendia aos bens adquiridos depois deste alvará, ou se tratára sómente dos que possuíssem até ali, appareceu a Resol. de 4 de Dezembro de 1802 (que se imprimio em 20 de Março de 1820), *que declarou que o sobredito Alv. de 1793 se não devia entender a respeito de novas, maiores e illimitadas acquisições, ainda que fôsem em beneficio das Misericórdias, para dotes de orphãs, criação dos expostos, sustento de enfermos e esmolas para pobres; por isso que a Lei de 20 de Maio de 1796, que instaurára o § 21 da Lei de 9 de Setembro de 1769, não exceptuára encargos alguns; tendo-se já resolvido, pela Resol. de 26 de*

*Junho de 1801, que se devião observar litteralmente as leis estabelecidas e existentes, não seguindo praticas nem usos ou estylos em contrario, como a respeito dos vinculos tinha declarado a Resol. de 3 de Novembro de 1801.*

Finalmente a Lei de 18 de Outubro de 1806 no § 2 diz : « *Hei por bem confirmar a mercê que fiz ás Misericordias pelo Decr. de 15 de Março de 1800, para conservarem os bens e capellas de que estavão de posse até á data do mesmo decreto, não obstante as leis que prohibem a amortização. Esta graça, porém, se não estenderá a novas acquisições sem expressa licença minha, nem ainda áquellas em que já anteriormente á referida data tinham vocação, legado ou contrato, porém de que ainda não tinham posse natural. Deveráõ, comtudo, as pessoas que compoem o governo das Misericordias requerer-me 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 menos renda do que fôr necessario para a satisfação dos seus encargos e justas applicações.* » E no § 3 diz : « *Ficaráõ, por esta mercê que fiz ás Misericordias de as relevar do commissio em que tinham incorrido, para a minha corôa muitos dos seus bens* », etc.

Quem não vê, pois, que, segundo esta serie de

legislação, e muito principalmente pela clara expressão deste providentissimo ultimo alvará, as Misericordias e irmandades do Santissimo, hospitaes e mais estabelecimentos pios, estão sujeitos ás leis geraes da amortização?

Pela razão louvavel dos soberanos terem muitas vezes relevado do commisso os bens que possuem estas corporações, não se segue que ellas estejam isentas da lei geral da amortização, nem que depois de semelhante mercê fiquem habilitadas para fazer novas aquisições sem a necessaria régia licença, expedida pelo tribunal competente da Mesa do Desembargo do Paço; como tem acontecido com as corporações regulares ou ordens religiosas, ás quaes, pelo Av. de 22 de Julho de 1790, *se prohibio, até nova ordem, expedirem-se pelo Desembargo do Paço alvarás de mercê sobre bens que possuissem e fossem denunciados; e dispensando-se ultimamente, pelo Decr. de 16 de Setembro de 1817, as leis da amortização sobre os bens que possuissem na sua data; ficando, comtudo, para o futuro, em observancia as mesmas leis, e prohibição de alienar ou adquirir, herdar ou succeder, tanto para as Ordens em commum, como para os seus individuos, e ficando sem effeito as denuncias em que não tivesse havido sentença passada em julgado* (\*).

---

(\*) Sobre amortização, veja-se Carta Régia 1.<sup>a</sup> de 9 de Setembro, de 16 Dezembro de 1609, Alv. 4.<sup>o</sup> de 23 de Novembro, Prov. de 13

de Agosto de 1612, 20 de Abril de 1613, Carta Régia 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, e 3<sup>a</sup> de 3, e Carta Régia de 8 de Fevereiro de 1637; Carta Régia de 24 de Novembro, Port. de 13 de Dezembro de 1638, e Cap. 12, fim.

Suas leis fôrão dispensadas aos religiosos Carmelitas da côrte, para aquisição do terreno immediato ao seminário da Lapa: Decr. de 15 de Outubro de 1810 (Collecç. Nab.).—Uso e logradouro foi concedido á irmandade de Santa Luzia, na côrte, do terreno fronteiro á sua capella, sob certas condições: Decr. de 30 de Maio de 1818 (Collecç. Nab.).—As confrarias do SS. Sacramento, pelo Alv. de 20 de Julho de 1793, são isentas da sancção das leis de amortização, e seu commisso sobre bens e juros reaes; por isso á do Rio de Janeiro da antiga Sé mandou-se restituir a sisa do terreno comprado para edificação da matriz: Resol. de 21 de Julho de 1818, annexa á de 21 de Outubro de 1822 (Collecç. Nab.).—Vide Edital de 20 de Março de 1820; Alv. de 15 de Abril de 1834. Dispensa foi concedida á Misericórdia da cidade de S. Paulo, para possuir perpetuamente duas casas doadas na villa de Santos, com instituição confirmada de lazareto e hospital, cobrando certa quantia dos escravos que para elle entrassem: Decr. de 22 de Setembro de 1818 (Collecç. Nab.).—O legado deixado em testamento para acabar-se a igreja matriz da irmandade do Desterro do Campo-Grande de Santo Antonio de Juary foi isento da taxa do Alv. de 17 de Junho de 1809: Dec. de 8 de Janeiro de 1819 (Collecç. Nab.).—Dispensa foi concedida a favor da congregação das Servas dos Pobres em Lisboa: Decr. de 14 de Abril de 1819.—Dispensa se concedeu para que na capella do Caraça, em que havia sido instituido herdeiro El-rei D. João VI, se estabelecesse um hospital para os padres da congregação da missão de S. Vicente de Paula, e com que obrigações: Carta Régia de 31 de Janeiro e Decr. de 20 de Julho de 1820 (Collecç. Nab.).—Declarou-se que, segundo as Resol. de 26 de Junho de 1801 e 4 de Dezembro de 1802, a legislação que regia sobre a abolição dos encargos pios a nem um exceptua, de conformidade com a Resol. de 13 de Novembro de 1801, não obstante o Alv. de 26 de Julho de 1793 e Prov. de 13 de Fevereiro de 1770, a favor das confrarias do SS. Sacramento, que se não deve entender haverem por aquelle Alv. sido habilitadas para novas, maiores e illimitadas aquisições: Edital de 20 de Março de 1820 (Collecç. Nab.).—Dispensa foi concedida á irmandade de S. Gonçalo Garcia, da villa do Penedo, na Bahia, para erecção de um hospital que possuísse dez propriedades de casas, e com que condições: Prov.

de 17 de Abril de 1820 (Collecç. Nab.).—Applicou-se para seminario episcopal o Hospicio de Nossa Senhora da Palma, na Bahia : Carta Imp. de 4 de Maio de 1824, annexa á Carta de Lei de 9 de Dezembro de 1830 (Collecç. Nab.).—Dispensa teve e para que fim o hospital de caridade da provincia de Santa Catharina: Res. de 28 de Setembro de 1828.—Dispensa teve tambem para certo fim o hospital de caridade da villa do Rio-Grande, na provincia de S. Pedro do Sul : Res. de 29 de Setembro de 1828.—Dispensa foi concedida e para certos fins ao hospital de caridade de Porto-Alegre, no Rio-Grande do Sul : Resol. de 25 de Setembro de 1829.—São nullas todas as alienações e contratos onerosos feitos pelas ordens regulares sobre bens moveis, immoveis e semoventes de seu patrimonio, sem expressa licença do governo : Lei de 9 de Dezembro de 1830.—Declarou-se que a Lei de 9 de Dezembro de 1830 não prohibe a concessão de liberdade aos escravos das ordens religiosas : Av. de 16 de Setembro de 1831.—Dispensa para possuir casas legadas teve o hospital da Misericordia da villa de Paraty, no Rio de Janeiro: Resol. de 11 de Novembro de 1831 (Collecç. Nab.).—Dispensa teve a Misericordia de S. Paulo para adquirir por titulos legaes até 200 contos de réis em predios rusticos ou urbanos: Resol. de 7 de Agosto de 1832.—Dispensa foi concedida para edificação do recolhimento de meninas orphãs e pensionistas, e com que dotação, no Maranhão: Resol. de 7 de Agosto de 1832.—Negou-se a confirmação do patrimonio da igreja de S. Pedro dos Clerigos do Recife, e apezar da posse immemorial, porque a isso se oppunha a antiquissima legislação de amortização, em vigor pela lei de 20 de Outubro de 1823, não podendo aproveitar o Alv. de 20 de Julho de 1793, só favoravel ás irmandades do SS. Sacramento.—Av. de 15 de Abril de 1834.—Á confraria de Nossa Senhora do Rosario das Alagoas declarou-se que a dispensa para possuir só podia ser concedida pela assembléa geral, mostrando confirmação da confraria, seu compromisso, e fazer-se uso conveniente dos bens possuidos e dos que pretendessem adquirir : Av. de 26 de Março de 1836.—Concedeu-se licença ao convento de Santa Theresa da Bahia para celebrar contrato de aforamento perpetuo de 22 braças de terreno : Av. de 13 de Outubro de 1836.—Declarou-se á Misericordia de Santos que o governo não podia conceder-lhe licença para possuir terrenos aforados : Desp. de 22 de Dezembro de 1836.—Permittio-se á matriz da villa do Bananal a alienação de terras suas, attendendo-se que, não sendo ellas possuidas legalmente, e devendo por isso

vir á Fazenda Nacional, todavia de igual maneira se não havia obrado com outras corporações em idênticas circumstancias : Off. de 20 de Fevereiro de 1837.—Concedeu-se aos Religiosos Franciscanos do Rio de Janeiro alhear uma nesga de terra : Av. de 20 de Fevereiro de 1837.—Concedeu-se ao convento de Santa Theresa da Bahia licença para aforar os baldios que lhe pertencião, uma vez que o aforamento se fizesse com certas condições : Av. de 12 de Abril de 1837.—Dispensa das leis de amortização se concedeu á igreja de Nossa Senhora da Conceição da villa de Vassouras para possuir o patrimonio de 360 braças de terras doadas: Resol. n. 20 de 27 de Julho de 1838.—Dispensa se concedeu á matriz da villa de Valença, no Rio de Janeiro, para continuar a possuir os bens de raiz de seu patrimonio : Resol. n. 50 de 25 de Setembro de 1838.—Dispensa se concedeu á fabrica da matriz de Santa Anna da villa do Principe, no Rio-Grande do Norte, para possuir certos terrenos : Resol. n. 98 de 28 de Abril de 1840.—Foi revogada, por versar sobre dispensa de leis de amortização, a Lei Prov. do Rio-Grande do Norte de n. 48 de 20 de Outubro de 1840 : Resol. n. 278 de 3 de Abril de 1843 ; e tambem a de Santa Catharina de 12 de Maio de 1835 ; e a de S. Paulo de 26 de Janeiro de 1837 : Resol. n. 293 de 13 de Setembro de 1843.—Dispensa foi concedida ao hospital da Ordem da Penitencia, em Santa Catharina, para adquirir e possuir bens de raiz até ao valor de 40 contos de réis: Resol. n. 297 de 30 de Setembro de 1843.—Dispensa foi concedida ao convento da Soledade, na Bahia, para adquirir propriedade legada : Resol. n. 337 de 11 de Fevereiro de 1845.—Negou-se licença para aforamento de marinhas fronteiras á fazenda do convento do Carmo, por ser contra o Decr. de 16 de Setembro de 1817 : Ord. de 6 de Agosto de 1845 (*Suppl. do Journ. do Comm.* 225).—Foi permitido a quaesquer corporações de mão-morta permutar seus bens de raiz por apolices da divida publica, transferiveis e com abatimento de metade da sisa : Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845, art. 44.

As corporações de mão-morta pagão dos seus predios decima dobrada: Decrs. de 7 de Novembro de 1831 e 23 de Outubro de 1832.—Este imposto passou a ser provincial, excepto no municipio neutro : Lei n. 58 de 8 de Outubro de 1833, arts. 31 e 35 ; Lei n. 40 de 3 de Outubro de 1834, arts. 36 e 39 ; depois á geral pela Lei n. 98 de 31 de Outubro de 1835, art. 11, § 55, e art. 12 ; Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845, art. 9, § 22.—Fôrão isentos de paga-las conventos

## CAPITULO XLIII.

*Da computação dos grãos de parentesco para as successões, e ás quaes se entende passada a posse natural com effeitos de civil.*

Sendo ordinariamente deferidas as successões aos parentes mais proximos, é importante conhecer bem os grãos de parentesco, para saber a quem se deve adjudicar uma successão quando é contestada entre muitos parentes, conhecimento que é tambem muito necessario para se saber entre que parentes são prohibidos ou permittidos os casamentos.

e recolhimentos das religiosas de S. Paulo e Bahia: Lei n. 60 de 20 de Outubro de 1838, art. 21.—Declarou-se ser a ella sujeita a fabrica da cathedral da côrte: Ord. n. 25 de 26 de Março de 1842.—Não pagão as Misericordias, conforme o § 1 do Alv. de 27 de Junho de 1808, 3 de Junho de 1809 e Decr. de 23 de Outubro de 1832, art. 1, § 2: Off. de 22 de Setembro de 1841 (*Jorn. do Comm.* 243).—As camaras municipaes não são corporações de mão-morta para o effeito de pagarem 2ª decima: Ord. n. 4 de 15 de Janeiro de 1842.

As corporações de mão-morta pagão direitos de chancellaria pela amortização de seus bens: Decr. de 16 de Setembro de 1817.—Paga a dispensa da lei de amortização 2 0/10 do valor dos bens: Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 24, Tab. § 32.—Só são devidos na occasião de se realizar effectivamente a dispensa de amortização: Ord. de 5 de Março de 1842 (*Jorn.* 66).—Só se devem pagar os relativos á confirmação da doação e dispensa da amortização: Ord. de 28 de Abril de 1842 (*Jorn.* 124).

Dispensas de amortização pagão na secretaria de estado dos negocios do Imperio o emolumento de 20\$000 réis: Decr. n. 346 de 30 de Março de 1844, Tab. (*Nota do Sr. Conselheiro Furtado de Mendonça*).

Dous são os modos de contar os grãos de parentesco : por direito civil e canonico. Em um e outro direito o parentesco é composto de duas linhas, a saber, directa e collateral : aquella comprehende todos os descendentes e todos os ascendentes ; esta os collateraes, isto é, todos os que não são descendentes ou ascendentes, como irmãos, tios, etc. Na linha recta se contão os grãos do mesmo modo, tanto por direito civil, como canonico ; e nesta é facil a computação, porque depende de uma só regra, e é contando tantos grãos quantas são as pessoas da geração, exceptuando um individuo : assim o pai e o filho fazem o primeiro gráo, porque não ha senão duas pessoas, das quaes se deve tirar uma ; o avô e o neto fazem o segundo, porque ha tres pessoas. a saber : avô, neto e pai, que está no meio ; o bisavô e bisneto fazem o terceiro gráo ; e assim por diante, contando por gerações, porque cada geração faz um gráo.

Para contar os grãos na linha collateral é preciso, por direito civil, procurar de ambas as partes o tronco commum donde descenderem os parentes de que se quer saber o gráo, e contar tantos grãos quantas pessoas ahi se acharem, á excepção daquella que faz o tronco commum, que nunca se conta ; e daqui vem que por direito civil não ha primeiro gráo na linha collateral, porque para se saber em que

gráo estão dous irmãos entre si, se veem tres pessoas, a saber: os dous irmãos, que fazem o segundo gráo, e o pai, que, por ser o tronco principal, se não conta. Se se quer saber o gráo do tio e sobrinho, é preciso ir procurar o avô do sobrinho, que é o pai do tio e seu tronco commum, e se acharão tres pessoas, sem contar este tronco commum; por consequencia o tio e o sobrinho estão no terceiro gráo. O avô é tambem o tronco commum dos primos carnaes; e para chegar a elles por ambos os lados se achão quatro grãos, sem o contar, o que faz que os primos carnaes ou germanos estejam em quarto gráo: estes exemplos servem para os mais grãos.

Para contar, porém, os grãos, segundo o direito canonico, na linha collateral, é preciso observar duas regras:—1.<sup>a</sup>, que se aquelles de que se procura o gráo estão igualmente distantes do tronco commum, é preciso contar tantos grãos entre elles quantos ha de um delles ao tronco commum; assim, dous irmãos estão no primeiro gráo, porque cada um delles não está mais distante do pai commum que um gráo: os primos carnaes ou filhos de irmãos estão no segundo gráo porque cada um delles está distante dous grãos do avô, que é o tronco commum.—2.<sup>a</sup> regra, que se aquelles de que se quer saber o gráo não estão igualmente distantes do tronco commum, é preciso contar os grãos daquelle que está mais distante;

assim o tio e o sobrinho estão no segundo gráo, porque o sobrinho está distante dous gráos de seu avô, pai do tio, que não tem de distancia senão um gráo: o filho do sobrinho está distante tres gráos de seu bisavô, pai do tio irmão do avô; e por consequencia estão elles no terceiro gráo, e assim por diante.

Comtudo, quando os gráos são desiguaes, para melhor explicar o parentesco se contão algumas vezes os dous lados; e assim se diz, por exemplo, que o tio e o sobrinho estão de primeiro a segundo gráo, e que o filho do sobrinho e o tio do irmão do avô são parentes em terceiro gráo.

Do exposto se vê a quem se deve adjudicar a successão *ab-intestado*, tendo em vista as cinco ordens della estabelecidas no cap. 42, §§ 1, 2, 3, 4 e 9, o que tudo se deve entender a respeito dos bens allodiaes e livres, em que se comprehendem tambem os moveis; porque a respeito da successão dos da Corôa, emphyteuticos e de morgado, se tratou nos §§ 6, 7 e 8 do mesmo capitulo.

Resta sómente notar a explicação que fez o Ass. de 15 de Fevereiro de 1876 sobre a disposição do Alv. de 9 de Novembro de 1754, que manda que as posses nos casos expressos no mesmo alvará fiquem transmittidas ás pessoas que a referida lei contempla com toda a força da tomada corporal e civilmente;

pois duvidando-se até que gráo de parentesco se devia estender a disposição da sobredita lei sobre a transmissão da posse natural com força de civil aos herdeiros *ab-intestado*, se decidio por aquelle assento: — Que sendo a herança de bens allodiaes na linha directa dos descendentes ou ascendentes, se estendia o parentesco para a transmissão da posse *in infinitum* a todos os gráos, e na linha collateral, além dos irmãos e filhos dos irmãos, aos mais proximos parentes até ao decimo gráo, contado segundo o direito civil, que tiverem um direito certo e indubitavel á herança do defunto a que devão succeder *ab-intestado*, porque todos se reputão herdeiros legitimos; que sendo de bens de morgado na linha descendente, não póde deixar de comprehender a lei o neto, o bisneto, o terceiro neto e os mais seguintes, os quaes são indubitavelmente chamados pelas leis do reino para a successão dos morgados; e na linha collateral, além do irmão e sobrinho, por identidade de razão e força de comprehensão, se deve estender a disposição da lei ao parente notoriamente mais proximo do ultimo administrador, sendo do sangue do instituidor, ou o que tiver um parentesco proximo e indubitavel com um dos dous, vindos todos pela mesma linha por onde vem o morgado, por se mostrarem igualmente chamados pela Ord. liv. 4, tit. 100, § 2 *in fin.* para a successão dos bens vinculados,

e mais razões que expressa o sobredito assento (147).

Nos prazos, sendo de vidas, faltando a nomeação na primeira e segunda, faz a lei transmissivel a sua posse ás pessoas chamadas pelas leis destes reinos, as quaes se entendem ser em primeiro logar os descendentes, na conformidade da Ord. liv. 4, tit. 36, § 2; em segundo logar os ascendentes pela mesma ordem, segundo a mente e contexto do § 4, que prefere a estes os filhos naturaes, e só na falta dos referidos ascendentes chama ao filho espurio, sendo legitimado pelo principe em tal fórma que possa succeder *ab-intestado*, e não de outra maneira; em terceiro logar, os transversaes, enquanto os houver, a respeito dos prazos que fôrem de corporações ou de pessoas que não podem consolidar um e outro dominio; e a respeito das que fôrem aptas para a consolidação, se entendem chamados os parentes até ao quarto gráo, contado segundo o direito canonico, tudo em perfeita execução do § 26 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que ficou em seu vigor pelo Decr. de 17 de Julho de 1778.

---

(147) A successão dos bens de morgado está hoje regulada de outro modo pela extincção dos vinculos com a vida dos actuaes administradores legitimos. Veão-se as notas pags. 158 e 279.

## CAPITULO XLIV

*Dos grãos de successão ab-intestado conforme ao direito das nações mais vizinhas e policiadas.*

Tendo-se mostrado até aqui quaes sejam os grãos de successão que temos adoptados em o nosso fôro para por elles se deferir a herança *ab-intestado*, e o modo de computar estes grãos, em conformidade quasi tudo com o civil romano, cumpre, para maior illustração desta materia, fazer uma breve exposição do direito estabelecido a semelhante respeito em as nações vizinhas e mais cultas, por ser muitas vezes necessario saber-se em o fôro portuguez, e não haver até agora alguém tomado a si esta empreza.

§ 1.º—*Direito de Hespanha.*

Principiando pelo *direito de Hespanha*, como nação mais vizinha, temos por elle estabelecido no liv. 1, tit. 13, part. 6, que se pôde morrer *ab-intestado* por quatro modos:—1º, se o que morre não fez testamento; 2º, se o não fez perfeitamente; 3º, se se rompeu pelo nascimento de um filho posthumo, ou

abrogação, ou adopção do testador ; 4º, se o herdeiro escripto repudiou a herança ; o que concorda com a L.1, tit. 4, liv.5, e L.12, tit. 8, Cod. da Recopil.

Que tres são os grãos de parentesco, a saber : ascendentes, descendentes e collateraes ou transversaes : Liv. 2, tit. 13, part. 6, e L. 5, tit. 7, liv. 5 da Recopil.

Nesta conformidade, bem como acontece entre nós, morrendo o pai ou avô sem testamento, vem a succeder-lhe o filho ou neto, preferindo sempre o mais proximo em gráo ; porém se o defunto deixa filho e neto de outro filho já fallecido, succede com o filho o neto em lugar de seu pai ; e se são muitos netos, não têm mais do que a parte que seu pai teria se vivesse ; mas se um filho tiver um neto, e outro filho muitos, tanto terá aquelle um como os muitos : L. 3, tit. 13, part. 6, e L. 1 e 5, tit. 8, liv. 5 da Recopil.

Morrendo o descendente, isto é, o filho ou neto, sem testamento, succedem o pai e a mãe juntamente com os irmãos do defunto por cabeças ; se não tem irmãos, succedem os pais ; faltando estes, são admitidos os avós por uma e outra linha ; e tanto terá um avô, se fôr só por sua parte, como os dous pela outra ; os ascendentes succedem com os irmãos por cabeças, e o mesmo acontece com os filhos dos irmãos, L. 4, tit. 13, part. 6 ; porém pelas L. 1 e 4,

tit. 8, liv. 5 da Recopil. se corrigio esta legislação, mandando que os irmãos não herdassem juntamente com os pais, mas só estes; como foi regulado tambem pelo nosso direito, já apontado.

Porém á successão do irmão são chamados os irmãos com os filhos de outros irmãos já fallecidos, por estirpes; porém se não vive algum dos irmãos, succedem os filhos dos irmãos por cabeças; mas preferem os irmãos conjunctos de um e outro pai defunto ou seus filhos, tanto aos outros irmãos de pai ou mãe como aos filhos destes irmãos: L. 5, tit. 13, part. 6, e L. 12, tit. 8, liv. 5 da Recopil.

Se o defunto tem irmão por parte do pai, e outro por parte da mãe, cada um delles succede em os bens que por sua linha provierão ao defunto: em os adquiridos de outra maneira succedem por igual; porém não existindo irmão, succede o parente mais chegado até ao decimo gráo; e não o havendo, succede o consorte; e não existindo, o fisco: L. 6, tit. 13, part. 6, L. 6, tit. 4, liv. 5, e L. 12, tit. 8, liv. 5 da Recopil.

Se se contrahe publicamente matrimonio sem dote, e a mulher não tem depois da morte do marido de que viva honestamente, succede ao marido, ainda que tenha filhos, em a quarta parte, com tanto que esta não exceda a mais de cem libras de ouro; porém se tem de que viver, não succede nem

herda do marido: Liv. 7, tit. 13, part. 6, L. 3, 4 e 5, tit. 2, e L. 5 e 6, tit. 9, liv. 5 da Recopil.

Se o defunto não tem descendentes nem ascendentes, succede o filho natural da concubina na sexta parte, que se ha de dividir igualmente com sua mãe; porém em sua vida ou em testamento bem pôde o pai doar-lhe todos os seus bens: se tem filho legítimo, tão sómente lhe pôde dar uma onça ou parte de doze; se tão sómente tem ascendentes, deixando a estes a legitima da herança (que é a terça parte), pôde deixar o resto ao filho natural; e se o pai se não lembrou d'elle, está o herdeiro obrigado a alimentá-lo: L. 8, tit. 13, part. 6, L. 1, 8 e 9, tit. 8, L. 11, tit. 6, e L. 7, tit. 8, liv. 5 da Recopil.

A mulher do defunto não impede que o filho natural succeda a seu pai em duas partes da herança, por isso que nascendo antes do consorcio, lhe não faz prejuizo, nem o que se havia de tirar ao filho natural se havia de applicar á mulher: L. 9, tit. 13, part. 6, L. 1, 7 e 8, tit. 8 do liv. 5 da Recopil.

O pai não pôde dar ao filho nascido de damnado coito, isto é, incestuoso ou adulterino, nem *inter vivos*, nem *mortis causa*; e se o faz, podem os irmãos legítimos, ou tios, ou avós, revoga-lo, não sendo confirmado pelo rei; e se o não reclamão dentro de dous mezes, ou não ha quem reclame contra semelhante doação, pertence ao rei: L. 10, tit. 13, part. 6, e L. 7, tit. 8, liv. 5 da Recopil.

Como a mãe sempre é certa, os filhos espúrios são admittidos com os legitimos á successão, excepto os incestuosos, tidos de parentes dentro do quarto gráo, ou de damnado coito, ou sendo a mulher de nobre linhagem, a quem não succede o espúrio com os legitimos: L. 11, tit. 13, part. 6, corrigida pela L. 7, tit. 8, liv. 5 da Recopil., que é a 9ª do fôro, segundo a qual, havendo filhos legitimos, não succedem os naturaes.

Morrendo o filho natural *ab-intestado*, sem filhos e mãe, succedem os irmãos por parte da mãe, excluidos os irmãos por parte do pai tão sómente; porém não havendo irmãos uterinos ou da parte da mãe, succedem os irmãos consanguineos, ou da parte do pai sómente, aos quaes prefere o que delles fôr, legitimo e natural. Não têm, porém, os filhos naturaes direito de succeder *ab-intestado* aos legitimos, nem aos consanguineos por parte do pai tão sómente, mas sim aos parentes por parte da mãe, L. 12, tit. 13: part. 6, e L. 1, 7 e 8, liv. 5 da Recopil. Veja-se o *Viscain. Perez*, tom. 1, pag. 243, e a pag. 80, onde traz uma arvore genealogica, com as regras sobre a computação dos gráos de que podemos usar.

### § 2.º *Direito de França.*

Pelo direito moderno de *França*, as successões são deferidas tambem: 1º, aos filhos e descendentes

do defunto ; 2º, aos ascendentes ; 3º, aos seus parentes collateraes: Art. 731 do Cod. Civ.

Pelo mesmo direito, em conformidade do romano, para se regular a successão, não houve contemplação com a natureza, nem com a origem dos bens: Art. 732 do Cod. Civ. (281).

Toda a successão se divide por metade entre os parentes paternos e maternos. Os parentes uterinos ou consanguineos não são excluidos pelos germanos, mas não tomão parte senão em sua linha (salvo o que dispõe o art. 752) ; os germanos, porém, em ambas as linhas ; e nunca se faz devolução de uma linha para outra senão quando já não existir ascendente algum, nem collateral de alguma das duas linhas: Art. 733 do Cod. Civ. (282).

---

(281) Note-se, porém, que o posterior estabelecimento dos morgados a favor dos filhos mais velhos dos dignitarios do Imperio, pelo senatusconsulto de 14 de Agosto de 1806 veio a fazer uma excepção da regra geral estabelecida no cit. art. do Cod. Civ., e que os dous decretos do 1º do Março de 1808, relativos aos titulos de *duque*, *conde*, *barão* e *cavalleiro*, estabelecêrão que os bens que formão os morgados são inalienaveis e não podem ser empenhados ou penhorado; que os titulares os não podem vender, dar ou alienar ; e que, se a descendencia masculina e legitima se acabar, ficão os bens livres a favor de outros herdeiros, como se pôde vêr em Martin, *Traité des successions*, tit. 1, pag. 301.

(282) Quer dizer que a metade da successão deferida pela lei á linha paterna ou materna não é devolvida á outra linha senão quando não ha em alguma das linhas parente algum capaz de succeder até ao decimo segundo gráo ; porque além deste gráo não succedem: Art. 755 do Cod. Civ.

A proximidade da parentela, no mesmo direito, se estabelece pelo numero das gerações; e cada geração se chama um gráo : Art. 735 do Cod. Civ.

Na linha directa contão-se tantos gráos como ha de gerações entre as pessoas : assim, se o filho está a respeito do pai em primeiro gráo, o neto está em segundo, e reciprocamente do pai e do avô a respeito dos filhos e netos: Art. 737 do Cod. Civ., seguindo nesta parte o direito civil, e não o canonico.

Fazendo differença entre linha *directa* e linha *collateral*, chamando áquella a serie dos gráos entre as pessoas que descendem uma da outra, na fórma do art. 736 ; e a esta a serie dos gráos entre pessoas que não descendem umas das outras, mas de um autor commum (art. cit., e como já vimos pelo nosso direito), distinguirão ainda outra linha, que chamarão *paterna e materna*.

E assim os parentes da linha paterna são parentes do defunto da parte de seu pai ; e os da linha materna, os parentes do defunto por parte de sua mãe.

Em conformidade do estabelecido, formão as seguintes regras : 1<sup>a</sup>, que toda a successão se divide em duas partes iguaes, uma para os parentes da linha paterna, e outra para os da materna: Art. 733 do Cod. Civ. ; 2<sup>a</sup>, que os parentes uterinos ou consanguineos não são excluidos pelos germanos, como

fica dito ; 3.<sup>a</sup>, que se não faz devolução de uma linha para outra senão quando já não ha ascendentes nem collateraes de uma das linhas, como tambem já se notou.

Sobre a *representação*, que, segundo o art. 739, é uma ficção da lei, cujo effeito é fazer entrar os representantes em o logar, gráo e direitos do representado, estabelecêrão as seguintes regras :

1.<sup>a</sup> A representação tem logar em a linha directa descendente até ao infinito : Art. 740 ;

2.<sup>a</sup> A representação é admittida, seja concorrendo os filhos de um defunto com os descendentes de outro filho já morto ; seja no caso de todos o filhos do defunto terem morrido antes deste, e acharem-se descendentes dos sobreditos filhos em grãos iguaes ou desiguaes, art. 740. Porém na linha collateral a representação é admittida em favor dos filhos e descendentes dos irmãos e irmãs do defunto, ou elles concorrão á successão com os tios ou tias, ou, por terem fallecido todos os irmãos e irmãs do defunto, a successão se ache devolvida a seus descendentes em grãos iguaes ou desiguaes: Art. 742 do Cod. Civ.

Em todos os casos em que é admittida a representação, se faz a divisão por tronco ou *stirpes*. Se um mesmo tronco tiver produzido muitos ramos, a subdivisão se faz tambem por tronco em cada ramo; e os membros do mesmo ramo dividem entre si

*per capita*, isto é, conforme as cabeças : Art. 743 do Cod. Civ. (283).

*Successão deferida aos descendentes.*

Os filhos, ou seus descendentes, succedem a seu pai e mãe, avôs, avós e outros ascendentes, sem distincção de sexo nem de primogenitura, e ainda que sejam tidos de differentes casamentos, por iguaes porções e por cabeça, quando estão todos no primeiro gráo ; e pelo tronco ou *stirpes*, quando vêm todos ou em parte pela representação : Art. 745 do Cod. Civ.

*Successão deferida aos ascendentes.*

Se o defunto não deixa posteridade ou descendencia, nem irmão ou irmã, nem descendentes destes, a successão se divide por metade entre os ascendentes da linha paterna e os da materna ; e o ascendente que se acha em gráo mais proximo, recolhe a metade pertencente á sua linha, com exclusão de todos os outros : Art. 746 do Cod. Civ.

Os ascendentes succedem com exclusão a todos os outros herdeiros nas cousas por elles dadas a seus

---

(283) Os exemplos de semelhantes divisões, formados em arvores genealogicas, podem-se vêr no citado Martin, *Traité des successions*, tit. 1, pag. 326 e segs.

filhos ou descendentes que morrem sem descendencia; quando não existão essas cousas, devem receber o preço; bem assim succedem na acção que poderia ter o donatario : Art. 747 do Cod. Civ.

### *Successão dos collateraes.*

No caso de morrer primeiro o pai e mãe de uma pessoa que fallecer sem descendencia, seus irmãos, irmãs, ou seus descendentes, são chamados á successão, com exclusão dos ascendentes e dos outros collateraes; e succedem ou por si ou pela representação (conforme o que está regulado pelos arts. 739 e segs. do Cod. Civ.): Art. 750 do Cod. Civ. (284).

Se o pai e mãe da pessoa morta sem descendencia lhe sobreviveu, seus irmãos, irmãs, ou seus representantes, não são chamados senão á metade da successão; e se o pai ou a mãe sómente sobreviverão, são chamados a recolher os tres quartos : Art. 851 do Cod. Civ.

A divisão da metade ou dos tres quartos devolvidos aos irmãos ou irmãs, nos termos do precedente artigo, se faz entre elles por iguaes porções se são todos do mesmo leito; se, porém, são de

---

(284) Quem quizer vêr doze exemplos de semelhantes divisões, le a o cit. Martin, tom. 1, pag. 388 e segs.

differentes, se faz por metade entre as duas linhas paterna e materna do defunto; os germanos tomão parte em as duas linhas, e os uterinos consanguineos cada um na sua sómente; e finalmente, se não ha irmãos ou irmãs senão de uma parte, succedem na totalidade, com exclusão de todos os outros parentes da outra linha : Art. 752 do Cod. Civ.

Na falta de irmãos ou irmãs, ou descendentes delles, e na falta de ascendentes de uma e outra linha, a successão se defere metade aos ascendentes que sobrevivem, e a outra metade aos parentes mais proximos da outra linha : Art. 753 do Cod. Civ.

E se concorrem parentes collateraes no mesmo gráo, a dividem por cabeças : Cit. art.

No caso do precedente artigo, o pai ou a mãe que sobrevive tem o usufructo do terço dos bens em que não podem succeder em propriedade : Art. 754 do Cod. Civ.

Os parentes além do duodecimo gráo não podem succeder; mas, na falta de parentes em um gráo capaz, succedem em tudo os parentes de outra linha : Art. 755 do Cod. Civ.

### *Successões irregulares.*

As successões irregulares são deferidas : 1º, aos filhos naturaes reconhecidos por seu pai e mãe ;

2º, na sua falta, ao conjuge que sobrevive, não divorciado ; 3º, na falta deste, ao Estado.

Os filhos naturaes não são herdeiros : a lei não lhes dá direito sobre os bens de seus pais fallecidos senão quando têm sido legalmente reconhecidos ; sobre os bens dos parentes de seus pais e mãis lhes não dá direito : Art. 756 do Cod. Civ.

O direito do filho natural aos bens de seu pai ou mãe fallecidos é regulado da maneira seguinte :

Se o pai ou a mãe deixarão descendentes legitimos, o direito é de um terço da porção hereditaria que o filho natural teria tido se fôsse legitimo : é da metade quando o pai ou mãe não deixão descendentes, mas sim ascendentes, ou irmãos ou irmãs ; e de tres quartos, quando o pai ou mãe não deixão nem descendentes, nem ascendentes, nem irmãos ou irmãs : Art. 757 do Cod. Civ. (285).

O filho natural tem direito á totalidade dos bens quando seu pai ou mãe não deixão parentes em gráo successivel : Art. 758.

E, no caso de morrer primeiro o filho natural, seus filhos ou descendentes podem reclamar os direitos fixados pelos artigos precedentes : Art. 759 (286).

---

(285) Veja-se Martin cit., tom. 1, pag. 453 e segs.

(286) De que modo e quando devem conferir os filhos naturaes o que receberão de seus pais, vejam-se os arts. 760 e 761 do Cod. Civ.

As disposições dos arts. 757 e 758 não são applicaveis aos filhos adulterinos e incestuosos; pois que a lei lhes não concede senão alimentos (art. 762 do Cod. Civ.), regulados segundo as faculdades do pai e da mãe, e numero e qualidade dos herdeiros legitimos: Art. 763.

Quando o pai ou mãe do filho adulterino ou incestuoso lhe tiverem feito ensinar alguma arte mecnica, ou satisfeito alimentos em sua vida, o filho não poderá intentar alguma reclamação contra sua successão: Art. 764.

A successão do filho natural, morto sem descendencia, se devolve ao pai ou mãe que o tiver reconhecido; ou por metade a cada um delles, se tiver sido reconhecido por ambos: Art. 765.

No caso, porém, de morrer primeiro o pai e mãe do filho natural, os bens que elle tivesse recebido passam aos irmãos ou irmãs legitimos se se achão em especie na successão; e se não existem, as acções ou o preço dos bens alienados. Todos os outros bens passam aos irmãos ou irmãs naturaes, ou seus descendentes: Art. 766.

Quando, porém, o defuncto não deixa parentes em grão successivel, nem filhos naturaes, os bens de sua successão pertencem ao conjuge não divorciado, que lhe sobrevive: Art. 767.

E na falta de conjuge succede o fisco ou thesouro do Estado: Art. 768.

Resta, finalmente, fazer aqui menção do Decr. de 14 de Julho de 1819, de que já fizemos menção á pag. 82, nota, pelo qual em França, revogando os arts. 726 e 912 do Cod. Civ., se facultou aos estrangeiros o direito de herdar, testar e receber heranças nos mesmos termos que os Francezes em toda a extensão do reino; e no caso de uma herança haver de repartir-se entre coherdeiros estrangeiros e francezes, se adjudicarão a estes, dos bens situados em França, uma parte de igual valor aos existentes em paizes estrangeiros, de que sejam excluidos por qualquer titulo que fôr, em virtude das leis e costumes de Pariz (287).

### § 3.º—*Direito da Prussia.*

Consultando agora o *direito* estabelecido pelo novo codigo dos *Estados da Prussia*, achamos na 2ª part., tit. 2, sec. 5, que trata da herança deferida aos filhos e outros parentes em linha descendente, o seguinte:

---

(287) Póde vêr-se na *Gazeta Portuguesa* de 1819, n. 200; e note-se que pela convenção de 21 de Abril de 1778, feita entre Portugal e França, se tinha já abolido mutuamente o direito *d'Aubaine*.

Art. 271. Os direitos dos filhos sobre a successão de seus pais serão regulados por contratos, ou, na sua falta, por disposições testamentarias ; ou, não existindo estas, por estatutos ou leis provinciaes.

Art. 272. Se os estatutos ou leis provinciaes não contiverem disposições, ou se ellas fôrem insufficientes, se procederá na conformidade dos regulamentos seguintes :

Art. 273. Primeiro que tudo, os feudos, os fideicommissos (ou morgados) e outras partes de bens que, segundo as leis ou convenções de familias, pertencem a uma ordem de successão particular, serão separados da successão na conformidade do tit. 1, arts. 502 até 539.

Art. 274. Se existe um esposo vivo, seus proprios bens lhe serão restituídos, conforme os regulamentos do tit. 1: Art. 544 e segs.

Art. 275. Se o pai fallecido tiver tido a administração dos bens proprios dos filhos, cada um destes deve levar de mais, como divida da successão, o que lhe pertence.

Em a separação dos bens dos filhos, ácerca da successão paterna, se devem ter em vista os principios estabelecidos em o tit. 1, art. 544 e segs. (288).

---

(288) Veão-se os arts. 277 e seg. do tit. 2, part. 2, sobre a separação dos bens dos filhos.

O que se estabelece pelos arts. 383 e segs. sobre a faculdade dos pais dispôrem dos seus bens relativamente a seus filhos, se não entende a respeito da legitima destes, que, segundo o art. 392, é, quando não ha senão um ou dous filhos, de um terço; da metade, quando ha tres ou quatro; e de dous terços, quando ha mais de quatro filhos.

#### *Herança dos descendentes.*

Depois de tirados todos os bens que não pertencem á herança, todos os filhos tidos do casamento da mão direita são chamados a recolher o resto a titulo de herança, art. 300 do tit. 2, e herdão os bens de seus pais em porções iguaes: Art. 302.

Porém a successão é repartida entre os filhos, ou parentes proximos até ao sexto gráo, na falta destes, e o esposo que sobrevive: Arts. 621 e 622. do tit. 1, part. 2.

E, se o defunto deixa parentes em a linha descendente, o esposo que sobrevive não é herdeiro senão do quarto da herança, art. 623 do tit. cit.; e se ha mais de tres linhas de descendentes, o esposo que

sobrevive não herda senão uma parte de um filho : Art. 624 do tit. cit. (289).

Os netos e seus descendentes de grãos superiores herdão segundo as linhas por que descendem do testador : Art. 348 do tit. 2, part. 2.

Se, pois, existem filhos do primeiro grão, e netos ou bisnetos tidos de outros filhos mortos antes do primeiro pai, devem fazer-se tantos quinhões ou partes quantas as linhas provenientes do pai commum : Art. 349 do cit. tit. O mesmo acontece quando não existem filhos do primeiro grão, mas simplesmente descendentes de grãos mais remotos : Arts. 350 e seguintes.

### *Herança dos ascendentes.*

Na falta de parentes em linha descendente, o pai e mãe do defuncto herdão a herança legal com exclusão dos irmãos e irmãs : Art. 439 do tit. 2, part. 2.

Se o pai e a mãe são ainda vivos, herdão porções iguaes : Art. 490. Se não existe senão um delles, recolhe este toda a herança : Art. 491.

Se, porém, um e outro são mortos, os outros parentes em linha ascendente são excluidos pelos

---

(289) Sobre a igualação entre os filhos relativamente ás doações e outros contratos, veja-se o art. 303 e segs. da parte 2, tit. 2.

irmãos ou irmãs do mesmo leito, ainda que existão outros ascendentes : Art. 492.

Mas, se o defunto não deixa senão meio-irmãos e irmãs, ou descendentes destes, herdão estes juntamente com os parentes em linha ascendente, e consequentemente. Aquelles tomão a metade da successão, e os parentes em linha ascendente outra: Art. 493 e 494 do cit. tit.

E se o defunto não deixa meio-irmãos e irmãs, nem descendentes destes, seus parentes em linha ascendente são só herdeiros, com exclusão de todos os outros collateraes : Art. 495.

Entre os parentes em linha ascendente, ou herdem sós ou com os meio-irmãos, o mais proximo em gráo exclue sempre o mais remoto, art. 497 ; e se são muitos em o mesmo gráo, divide-se a successão conforme as linhas : Art. 498.

Em regra a legitima dos ascendentes é por cada parente em linha ascendente, sem distincção do numero, a metade da parte que se lhe devolve pela herança legal, art. 502 ; e os filhos não podem diminuir, pôr condições, ou gravar com encargos esta legitima : Art. 503 e segs. (290).

---

(290) Quem quizer vêr em que podem consistir as disposições testamentarias dos filhos, veja o art. 500 e segs., bem como o art. 399 e segs. sobre a desherdação dos mesmos, suas causas, art. 506 e segs. ; e sobre a legitima dos filhos de pais divorciados, art. 457 e segs.

Tudo o que se tem dito em geral a respeito dos filhos legitimos, ou de casamento da mão direita, é applicavel aos filhos de casamento da mão esquerda, exceptuadas as disposições que lhes são particulares; mas, em os casos exceptuados, elles não podem adquirir os direitos de filhos legitimos senão pelo seguinte matrimonio, ou legitimação : Arts. 555 e 556.

Elles não tomão o nome do pai, mas sim da mãe ; não entrão na familia delle, nem podem formar pretensão alguma sobre os seus privilegios, logar, ou dignidade : Arts. 557, 558 e 559.

Podem, comtudo, taes filhos pedir alimentos para a sua criação e educação, tanto a seu pai como á sua mãe, art. 562 e segs., pelos quaes se regula miudamente semelhante prestação, repartição e successão.

Têm, porém, os mesmos filhos um direito igual á successão da mãe como o legitimo : Art. 586.

Se, porém, os filhos provêm de cohabitação sem casamento, se a mãe por sentença judicial é declarada esposa de quem tem concebido, os filhos adquirem todos os direitos de legitimos, art. 592 : e mesmo quando elle a recebe sem precedencia de sentença judicial, art. 596 e segs. Se, pois, não fôrão legitimados pelo seguinte matrimonio, ou sentença

judicial, não podem exigir do pai mais que os alimentos para a sua criação e educação, art. 612 e segs. ; estes filhos não entram na família do pai, nem da mãe, art. 639 e segs., mas succedem a esta com os legitimos, art. 656, o que não acontece com o pai; e reciprocamente uns aos outros: Art. 658 e segs.

### *Successão dos conjuges.*

Além do que já se notou a respeito do esposo que sobrevive, relativamente á sua successão com os filhos de descendentes, diremos agora que, se o esposo morto não deixa senão parentes em linha ascendente, irmãos ou irmãs, ou filhos destes em primeiro gráo, o esposo que sobrevive herda o terço: Art. 625 do tit. 1, p. 2.

Se não ha senão parentes em gráos mais remotos, o esposo que sobrevive herda a metade, art. 626, e se não existe algum parente proximo até ao sexto gráo, o esposo que sobrevive herda toda a successão: Art. 628. A metade da porção hereditaria fixada pelas leis ao esposo que sobrevive, deve ser olhada como uma legitima, art. 631; e por isso um dos esposos não póde diminuir esta legitima do outro, ou priva-lo della senão pelas faltas que podem autorizar a requerer o divorcio: Art. 632.

*Successão collateral.*

Entre os collateraes, os irmãos e irmãs são chamados em primeiro logar á herança legal, art. 31 do tit. 3, p. 2; mas podem ser excluidos inteiramente por contrato ou testamento, art. 32. Os irmãos e irmãs não podem exigir um do outro uma legitima, art. 33; e já fica notado até que ponto excluem os parentes em linha ascendente, ou herdão com elles: Art. 34.

Os irmãos ou irmãs do mesmo leito e seus descendentes excluem os de diferentes leitos: Art. 35.

Os irmãos ou irmãs do mesmo leito dividem a herança entre si por cabeças, art. 36; mas, se algum delles, ou todos, são fallecidos, e deixão descendentes, a herança é dividida em linhas: Art. 37.

A porção de cada linha é dividida entre as linhas secundarias, segundo as regras prescriptas em o art. 351 e segs. do tit. 2: Art. 39 e segs.

Se, porém, não existem irmãos ou irmãs nem descendentes destes, os irmãos ou irmãs de diferentes leitos e seus descendentes se tornão herdeiros, seguindo a mesma ordem de successão que fica estabelecida a respeito dos irmãos do mesmo leito: Arts. 41, 42 e segs.

E finalmente se não existem parentes em linha

descendente ou ascendente, nem irmãos ou irmãs ou seus descendentes, os outros collateraes são chamados á successão, art. 46 (291); e sempre o gráo mais proximo exclue o mais remoto : Arts. 48 e 49.

As pessoas que estão no mesmo gráo herdão em porções iguaes, artigo 51 ; e não importa que os collateraes sejam parentes do defunto por parte do pai ou da mãe, ou que sejam tidos do mesmo leite, ou de muitos : Arts. 52 e segs. (292.)

*Successão do fisco ou Estado.*

Quando alguém morre sem deixar herdeiro certo, ou porque o não designou em seu testamento ou outro qualquer acto, ou porque, segundo as leis, não tem herdeiro certo, a successão se devolve ao Estado : Art. 16, p. 2, tit. 16.

---

(291) Em o art. 662 do tit. 1 e seg. art. se declara em que circumstancias os collateraes herdão com os esposos que sobrevivem, ou são excluidos.

(292) Emquanto á ordem de successão dos fideicommissos de familia, perpetuos, senhorios e morgados, veja-se a part. 2, tit. 4, arts. 134 e segs., nella sempre preferem os machos ás femeas, como entre nós ; só com a differença de que, extincta a successão, e não tendo o instituidor declarado a quem devão pertencer os bens neste caso, ficão liv. es.

Do mesmo modo quando o herdeiro nomeado legalmente não póde ou não quer ser herdeiro, ou perde seu direito como indigno, e não ha quem faça as suas vezes na qualidade de herdeiro legal: Art. 17.

A simples inhabilidade, ou indignidade de herdeiro, seja testamentario, seja legal, não dá ao Estado direito de lhe succeder em seus bens: Art. 18 e segs.

Estas ás principaes regras sobre o direito de succeder estabelecido pelo novo codigo da Prussia, onde é muito mais amplo e circumstanciado.

#### § 4.—*Direito de Sardenha.*

Passando agora a vêr o que dispõe ao mesmo respeito o codigo de *Sardenha*, achamos primeiramente que, segundo o art. 17 do tit. 1, liv. 5, quando os conjuges tiverem filhos ou outros descendentes seus, ou de um anterior casamento, não podem deixar nada mutuamente, e só o usufructo; exceptuão-se, comtudo, os ganhos nupciaes, as doações *causa dotis*, e a

quarta parte da herança segundo a lei (bem como é entre nós a terça) (293).

O herdeiro tem a liberdade de pagar a legitima em dinheiro contado, ou em bens immoveis pela sua justa avaliação, comtanto que uma e outra cousa corresponda á porção que lhe é devida a titulo de legitima: Art. 1, liv. 5, tit. 3.

Quando o filho que fallecer primeiro que a mãe tiver instituido um estranho, a mãe tem, a titulo de legitima, o terço da herança; mas se elle tiver instituido um ou muitos de seus irmãos, ou com alguns delles um ou muitos estranhos, ella divide o dito terço só com os irmãos instituidos, sem que o co-herdeiro estranho ou os irmãos preteridos tenham alguma parte; o que igualmente se observa entre os netos e avós: Art. 3, tit. 3, liv. 5.

Os filhos que são incapazes de ter parte na herança não podem fazer numero para reduzir o terço á metade da legitima devida na herança de seus ascendentes: Art. 6.

---

(293) No tit. 2 do liv. 5 trata das primogenituras ou substituições fideicommissorias, a que chamamos morgados, donde as nossas leis modernas tirarão muitos principios; e por isso quasi que com elles se conformão os nossos: comtudo não passão ali além do quarto grão, etc.

Se alguém morre *ab-intestado* sem deixar descendentes nem ascendentes paternos, os filhos dos irmãos succedem por cabeça, e não *in stirpes*; e, se deixa algum irmão e com elle filhos de outro, os sobrinhos succedem *in stirpes*, e não por cabeça; o que não tem logar tanto nas successões masculinas, como femininas: Art. 1 do cit. tit., liv. 5.

As successões *ab-intestado* são sempre deferidas áquelles parentes que estão não só em gráo de succeder, mas que pelo seu estado estejam habeis para conservar e perpetuar as familias, e que viverem no seculo; pois que todos os outros são excluidos das successões: Art. 2 do cit. tit. (294).

Agora pelo que pertence ao direito que regula a successão, e disposições testamentarias, quando vassallos *portuguezes* se acharem em os Estados de Sardenha, ou pelo contrario os *Sardos* em Portugal, a convenção de amizade de 10 de Novembro de 1787, no art. 1, declarou « que uns e outros vassallos terão inteira liberdade de dispôr de seus bens, quaesquer que sejam, por testamento, doação, ou outro qualquer acto reconhecido válido e legitimo a favor dos vassallos de um e outro dominio, como

---

(294) Sobre a successão dos agnados com exclusão das mulheres, veja-se o tit. 7 do do liv. 5; no mais conformou-se com o direito romano.

bem lhes parecer ; e os seus herdeiros de um e outro Estado poderãõ recolher as successões abertas a seu favor nos Estados respectivos, tanto de terra firme, como outros quaesquer, ou seja *ab-intestado*, ou em virtude de testamento ou outras disposições legítimas . . . . sendo os ditos herdeiros tratados, neste particular, naquelle dos dous Estados onde as successões referidas se acharem, tão favoravelmente como os proprios e naturaes delle; bem entendido, que sejam obrigados ás mesmas leis, formalidades e direitos a que estes ultimos estão subjeitos. » E no art. 2 se declara « que os bens que vierem a uns e outros por titulo de legado, doação ou successão testamentaria, ou *ab-intestado*, não sejam obrigados a direitos alguns a titulo de *detracção*. »

E finalmente no art. 4 se estabeleceu « que, no caso de se suscitarem algumas contestações sobre a validade de um testamento ou outra disposição, serão decididas pelos juizes competentes, na conformidade das leis do logar onde as disposições tiverem sido feitas, etc. » (295).

---

(295) Sobre a abolição do direito *d'Aubaine* no reino das Duas Sicílias, veja-se a *Gazeta* de 1819, n. 199.

§ 5.º—*Direito de Inglaterra.*

Vejamos, finalmente, a este respeito o *Direito de Inglaterra*, que, segundo refere Blackstone no *Comment.* as leis inglezas, t. 3, pags. 8 e segs. e pags. 429 e segs., podemos reduzir aos seguintes principios :

A consanguinidade ou é directa, ou collateral. Directa, a que existe entre as pessoas que descendem umas das outras em linha directa, como pai, avô, bisavô, etc., pai, filho, neto, bisneto, etc., sendo simples e clara a doutrina a respeito da consanguinidade directa.

A collateral, porém, posto que se conforme com a directa, em que os collateraes descendem do mesmo pai commum, comtudo differe della em que elles não descendem uns dos outros em linha directa, mas transversal: não obstante, deve-se observar cuidadosamente que a essencia da consanguinidade collateral consiste na descendencia do mesmo pai (296).

---

(296) Em o cit. 3º tom., pag. 44, faz o mesmo autor esta reflexão, que se deverá notar: a Escripura Santa nos ensina que todo o genero humano procede de um só homem e de uma só mulher, e por consequencia todos os homens são parentes em algum gráo. Supponhamos que cada ajuntamento ou casamento de nossos antepassados tem deixado dous filhos, e que cada um destes deixou igualmente dous; acharemos que nós, que vivemos actualmente, temos quasi 270 milhões de parentes em o decimo quinto gráo.

Conformando-se com o direito canonico na computação dos grãos para regular a successão, estabelece o mesmo autor differentes regras, quaes as seguintes :

Regra 1.<sup>a</sup>—*Que a herança desce até o infinito directamente aos descendentes daquelle que fallece, e que jamais sóbe directamente.*

Esta regra, deduzida da lei feudal cuja expressão é—*Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt*—, estabelece um direito proprio e privativo das leis inglezas, pois que, ainda que seja regra admittida entre todas as nações succederem os descendentes em linha directa, por ser fundada no principio natural que as possessões dos pais devem ir depois da morte a seus filhos, cujas necessidades devem prover ; comtudo, na parte em que exclue os ascendentes, se não conformou com a lei da successão judaica, que concedia a herança ao pai quando seu filho morria sem descendencia, com exclusão dos irmãos ; nem com a romana, a qual, em tal caso, mandava dividir a successão entre os pais e irmãos ; posto que pela lei das doze taboas a mãe fôsse originariamente excluida, por causa do seu sexo.

Grita-se muito, diz o mesmo autor, contra esta

lei ingleza, que exclue a parentela ascendente, como alheia das maximas da equidade natural: entretanto (continúa elle) não tem nada de injusta nem de absurda, e, pelo contrario, é fundada na razão, uma vez que se examine bem a sua natureza e motivos que houve para se introduzir.

É principio certo e já estabelecido que a successão dos bens é obra da policia civil e direito positivo; porque o direito de propriedade ganhado pelo occupante se não estende naturalmente além da vida do actual possuidor; as terras, depois da sua morte, deverião, segundo a lei da natureza, tornar para a communhão e ceder ao primeiro occupante. Mas a sociedade, para prevenir as desordens que resultarião infallivelmente de uma doutrina que seria a origem de immensas questões e disputas, estabeleceu o uso das cessões, dos testamentos e successões, por meio das quaes a propriedade adquirida, ou occupada originariamente pela posse, se transmite de um para outro, segundo as regras que tem julgado a proposito prescrever.

Porém, como os argumentos para defender a justiça daquella lei são deduzidos em parte da lei feudal, como se póde vêr no cit. tit. 3, pag. 22, que não tem applicação alguma aos nossos costumes, será ocioso referi-los.

Regra 2.<sup>a</sup>—*Que o que nasce varão prefere e é admit-  
tido á successão com preferencia á femea.*

Esta preferencia, posto que seja conforme á lei das successões dos judêos, usada nos Estados da Grecia e athenienses, foi desconhecida dos Romanos, entre os quaes os irmãos e irmãs erão admittidos em iguaes porções á herança; o que na Inglaterra foi tambem introduzido, contra a lei romana, em consequencia da mesma lei feudal; porque, segundo esta, as filhas são incapazes de succeder nos feudos, por não poderem fazer serviços militares a que são obrigados. Entretanto, as leis inglezas não excluem totalmente as filhas, como faz a lei salica; mas são sómente preferidas pelos varões, e succedem na falta destes, com exclusão dos parentes collateraes.

Regra 3.<sup>a</sup>—*Quando ha dous ou muitos varões no mesmo gráo, o mais velho herda só, ao passo que as filhas dividem entre si, sendo muitas.*

Este direito de primogenitura em os varões parece ter tido logar entre os Judêos, entre os quaes o filho mais velho tinha uma porção dobrada em a herança; porém os Gregos, os Romanos e os Saxo-  
nios dividião igualmente as terras entre todos os

filhos ; e assim o direito de Inglaterra tem tambem fundamento na lei feudal a semelhante respeito, que, para se não dividir o serviço militar em prejuizo do Estado, e evitar os inconvenientes que resultão da divisão dos bens, adoptou aquella medida.

Regra 4.<sup>a</sup>—*Na linha descendente ha representação até o infinito, isto é, o descendente vivo occupa o lugar do que já não existe.*

Assim o filho, neto e bisneto, seja macho ou femea, do filho mais velho succede com os filhos mais novos ; e estes representantes não levão mais nem menos, mas tanto como herdaria aquelle que representão : si ha, por exemplo, duas irmãs, Maria e Anna, e morre Maria deixando seis filhos, e seu pai João morre depois sem alguma linha, os seis filhos de Maria tirão da successão tanto, como Maria teria tirado si vivesse, isto é, a metade dos bens de João : de sorte que si estes se dividissem em doze porções, Anna sua irmã teria seis, e cada um dos filhos de Maria uma.

Esta maneira de herdar, que se chama *in stirpes*, teve tambem logar entre os Judêos ; mas era diferente entre os Romanos, que não conhecêrão o direito de primogenitura. Se, por exemplo, os herdeiros

mais proximos de João são seis sobrinhos, tres nascidos de uma irmã, dous de outra, e um de outra, a lei romana dividia a herança em seis partes, e dava uma a cada sobrinho; mas a lei ingleza neste caso não faz senão tres partes, e as distribue *in stirpes*, a saber: um terço ás tres filhas, representando uma irmã; um terço ás duas, representando a segunda; e outro á que representa a terceira.

Se todos os filhos das tres irmãs fossem chamados a succeder em Inglaterra *per capita*, sem attender ao tronco donde tinha sahido, e fossem parte varões e parte femeas, o mais velho excluiria não sómente os irmãos e irmãs, mas toda a descendencia das duas outras filhas; de outro modo a lei, neste exemplo, seria inconsequente, e se desviaria da preferencia, que dá constantemente aos varões, e ao primeiro nascido, quando os filhos estão em o mesmo gráo. E dividindo-se a herança *in stirpes*, a regra da descendencia conserva sua uniformidade; o que nasce do filho mais velho exclue todos os outros pretendentes, como o faria o proprio filho, si fosse vivo; mas os filhos das filhas dividem a herança, como o terião feito as mãis si vivas fossem.

Regra 5.<sup>a</sup>—*Na falta de descendentes directos, ou da linha da pessoa que possuiu em ultimo logar, a herança desce ao sangue do primeiro proprietario.*

Se Antonio compra uma terra, que passa a seu filho João, e João morre sem descendencia, o que ha de succeder nesta herança deve ser do sangue de Antonio, primeiro comprador da familia. Este primeiro comprador é o que primeiro adquire os bens da familia, seja por compra, seja por doação, ou por outro qualquer modo, á excepção do de descendencia.

Esta regra é sem duvida particularissima das leis inglezas, desconhecida dos Judêos, Gregos e Romanos; suas leis não fingirão outra cousa mais, que a pessoa unida á sua propriedade, nomeando-lhe um herdeiro, sem considerar qual seja seu titulo e seu antepassado. A lei antiga da Normandia dispunha o mesmo, porque ambas tinham por fonte e origem a lei feudal.

Quando os feudos começárão a ser hereditarios, se ordenou que o herdeiro que lhes devesse succeder fosse do sangue do primeiro feudatario ou adquiridor, isto é, que d'elle descendêra directamente; e em consequencia o feudo novo, ou de propria aquisição, não podia descer senão á sua linha, e

não ao irmão do adquiridor, porque não descendia do adquiridor ; mas si elle já vinha de seus antepassados, e o irmão descendia do primeiro aquiridor, já podia succeder nelle ; como acontece com os nossos morgados.—*Frater fratri sine legitimo hærede defuncto, in beneficio, quod eorum patris fuit, succedat: sin autem unus e fratribus a Domino feudum acceperit, eo defuncto sine legitimo hærede frater ejus in feudum non succedit*—diz o cit. autor; e que a verdadeira razão da lei feudal é que o que se dá a um homem por serviços pessoaes não deve pertencer senão aos seus herdeiros directos (297).

Regra 6.<sup>a</sup>—*O herdeiro collateral da ultima pessoa proprietaria será o collateral mais proximo.*

Este direito, pois, deve ser ou pessoal, ou *jure representationis* : calcula-se esta proximidade segundo os grãos de consanguinidade ; assim, o irmão estando em primeiro grão, elle e seus descendentes excluem o tio, e seus descendentes, que estão em segundo.

E assim, se João morre sem filhos, seus bens passam a Francisco, seu irmão, que descende directamente de seu pai Antonio, e na falta de irmãos ou irmãs

---

(297) Veja-se o mais sobre a successão dos feudos em o cit. autor, tom. 3, pag. 35 e seg.

de sua linha, passarão ao tio de João, descendente directo de seu avô Manoel, e assim até o infinito.

Semelhante era a lei dos antigos Allemães, em quanto dispunha:—*hæredes successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi.*

Não é, porém, necessario que o herdeiro seja absolutamente o parente mais proximo, mas sómente *sub modo*, quero dizer, que seja o mais proximo de sangue inteiro, porque ainda que haja um parente de meio sangue ou uterino mais proximo, é excluido pelo de sangue inteiro, ainda que mais remoto (298).

Esta exclusão total das pessoas de meio sangue é particular tambem da lei ingleza; e diz o cit. autor que é olhada como estranha para aquelles que não sabem a razão, mas necessaria para facilitar a execução das outras regras, como explica á pag. 44 do cit. tomo.

---

(298) Chama-se parente de sangue inteiro aquelle que descende não só do mesmo antepassado, mas da mesma união de antepassados, por isso que o sangue do homem se compõe do dos seus antepassados.

Regra 7.<sup>a</sup>—*Em as heranças collateraes, o ramo macho preferirá ao da femea, quero dizer, que os parentes que descendem do antepassado varão são admittidos á successão antes dos que descendem de femea, comtanto que as terras não provenhão effectivamente de femeas.*

Os parentes do pai são admittidos até ao infinito, antes que se admitta algum da parte da mulher: esta lei é conforme com a dos Judêos e Athenienses, segundo referem Selden e Petit. Entretanto os Gregos, desde o tempo de Hesiodo, quando um homem morria sem mulher nem filhos, distribuião todos os bens entre os parentes, sem distincção alguma.

E pela lei romana os agnados ou parentes do pai erão preferidos aos cognados ou parentes da mãe, até que o edicto do Imperador Justiniano abolio toda a distincção entre elles.

Porém a antiga lei da Normandia se conformava com a ingleza.

Um dos meios de adquirir a propriedade pelas leis inglezas é (como diz o cit. autor á pag. 333 do tom. 3) o casamento; pois que os effeitos ou bens que erão da esposa passão, em virtude da lei, para a pessoa do marido, com o mesmo gráo de

propriedade e os mesmos poderes que a mulher tinha nelles; o que é inteiramente fundado em a noção de unidade que ha entre o marido e mulher, que em juizo são olhados como fazendo uma só pessoa.

E assim, em os bens reaes, o marido adquire sómente o direito ás rendas e proveitos durante o casamento; porque os immoveis, sendo governados pelos principios feudaes, ficão inteiros á mulher depois da morte do marido, ou voltão a seus herdeiros, se ella morre antes d'elle, a menos que pelo nascimento de um filho se não torne possuidora em vida; mas dos outros bens pôde elle dispôr como lhe parecer, se tiver aceitado a sua posse; porque, se ficárão na da mulher, então pertencem a esta ou a seus herdeiros.

Granvil (como diz o cit. autor á pag. 429 do tom. 3) nos ensina que, segundo o costume usado em o reinado de Henrique II, os bens de uma pessoa se dividião em tres partes iguaes, das quaes uma era para os herdeiros ou descendentes em linha recta, outra para a mulher, e da terceira podia dispôr como quizesse. Se, porém, morria sem ter mulher, podia dispôr da metade, e a outra era dos filhos; e se não tinha filhos, a mulher tinha a metade, e podia legar a outra; mas se morria sem mulher nem filhos, ficava o total á sua disposição. As partes que

pertencião á mulher e filhos se chamavão—  
razoaveis.

Este direito estava ainda em uso no reinado de Eduardo III, e Henrique Finch diz que no reinado de Carlos I era a lei geral do paiz; mas insensivelmente se foi mudando, de maneira que, no tempo em que o citado autor escreveu, qualquer pessoa podia legar todos os seus bens por testamento; o antigo costume ainda se usava na provincia de York, em o principado de Galles e na cidade de Londres.

Mas em tempos mais modernos, para favorecer o poder de legar e pôr o reino todo em igual uso, se publicárão tres estatutos, um de Guilherme, e de Maria o 4º e 5º, cap. 2, explicado pelo 2º e 3º de Anna, cap. 5, para a provincia de York; outro, 7º e 8º, de Guilherme III, cap. 38, para o principado de Galles; e outro, o 11º, de Jorge I, cap. 18, para Londres sómente; pelos quaes se declarou que as pessoas sujeitas a este districto e submettidas a estes costumes podião livremente dispôr de todos os seus bens pessoaes por testamento, sem algum respeito aos direitos da viuva, filhos ou outros parentes, e assim hoje póde qualquer dispôr com tanta liberdade em Inglaterra de seus bens em totalidade, como antigamente podia dispôr da terça ou da metade; sendo só obrigado em alguns districtos a

reconhecer o seu senhorio e a igreja, em a disposição de seus bens, deixando-lhe os dous melhores trastes que tivesse, a que se dá o nome de—*heriots e mortuaries* (299).

No caso, porém, em que alguma pessoa não dispuinha de seus bens, ou em parte ou em todo, e morria *abintestado*, o rei, por um antigo costume, se apoderava do direito da successão, como pai da patria e administrador geral do reino, exercendo este poder pelos seus ministros de justiça; privilegio que fôra tambem concedido a muitos senhores de terras, e a outros que ainda hoje têm o direito de conceder uma administração aos seus vassallos intestados.

Depois, a corôa deu ao ordinario a administração de taes bens, para se applicarem a usos pios, e os prelados não fôrão obrigados a dar conta delles senão a Deus; porém o abuso que disto se fez se pôde vêr na glosa do papa Innocencio IV, dada em o anno de 1250, que estabeleceu como uma regra de direito canonico a seguinte:—*In Britannia tertia pars bonorum de scendentium abintestato, in opus ecclesiae et pauperum dispensanda est.*

Por este motivo o clero se entrou (debaixo do

---

(299) Veja-se sobre este costume de Inglaterra o cap. 28 no tom. 3, pag. 315 do cit. Blackstone, o que quasi corresponde ás nossas luctuosas.

nome de igreja e pobres) a apoderar de todos os bens que os defuntos deixavão, depois de tiradas as *partes razoaveis* ou legitimas, que erão os dous terços da mulher e dos filhos, sem pagar mesmo as dividas a que estavão obrigados.

Foi por isto que o estatuto 2 de Westminster decretou que o Ordinario pagasse as dividas do intestado até onde chegassem seus bens, como erão obrigados os executores, no caso do testador ter feito testamento.

Mas, como ainda o restante das dividas, ou *residuum*, ficava ainda em suas mãos, veio o estatuto 31, de Eduardo III, cap. 11, que ordenou que, no caso de que alguém morresse intestado, o Ordinario nomearia os parentes mais proximos do defunto para administrar seus bens, e estes administradores fôrão îgualados, tanto nos processos como nas contas, aos executores ou testamenteiros nomeados pelo testamento. Tal é a origem dos administradores, que hoje se vêm em Inglaterra, e que se dão aos bens que deixão os defuntos; devem ser sempre os parentes mais proximos do defunto (quando são nomeados pelo juizo), e ainda mesmo a viuva, em conformidade do estatuto 21, de Henrique VIII, cap. 5 (300).

---

(300) Veja-se no tom. 3, pag. 447 e segs. do cit. aut r o que o direito de Inglaterra dispõe sobre taes executores ou administradores.

Pelo art. 7 do tratado de alliança entre *Portugal e Inglaterra*, de 19 de Fevereiro de 1810, se estipulou que houvesse uma perfeita reciprocidade entre os vassallos de uma e outra nação, e liberdade de dispôr da propriedade pessoal de qualquer qualidade ou denominação, por venda, doação, troca, ou testamento, ou por qualquer outro modo, sem que se lhe ponha o mais leve impedimento ou obstaculo.

§ 6.º—*Relativamente á Russia.*

Não tendo presente o codigo que regulou as successões no imperio da *Russia*, mas, á vista do tratado de amizade feito em Dezembro de 1787 entre *Portugal* e aquelle Imperio, diremos o que no art. 38 delle se estabeleceu reciprocamente entre um e outro Estado, relativamente ás successões, ou direito *d'Aubaine*; pois que se estipulou nelle «que os bens moveis ou immoveis, que pela morte de algum dos respectivos vassallos ficassem nos Estados da outra potencia contratante, pertencerião, sem o menor obstaculo, aos seus legitimos herdeiros, ou por testamento, ou *abintestado*; os quaes, depois de haverem satisfeito legalmente as formalidades prescriptas no paiz, poderião logo tomar posse da herança, ou por si mesmos ou por procuração, ou dispôr della como lhes parecesse, depois de pagos os direitos estabelecidos pelas leis do paiz em que a

mesma existisse. Se, porém os herdeiros estiverem ausentes ou fôrem menores, se fará inventario perante os juizes ou tribunaes competentes, e na presença do consul respectivo, na conformidade das leis e costumes do paiz. Concluido o inventario, se deposita a herança na fórma do ponderado no mesmo artigo, até ser entregue a seus legitimos donos.

Movendo-se, porém, contestações entre muitos pretendentes á sobredita herança, os tribunaes do logar em que se achar a herança do fallecido sentenciarão e decidirão a causa, segundo as leis do paiz » (301).

---

(301) É de notar, finalmente, para intelligencia desta legislação, que os estrangeiros a que os francezes chamão *Aubains*, são em regra incapazes de todas as successões, tanto testamentarias como *ab-intestado*, o que já vem do tempo dos Romanos, segundo se vê na L. 6, § 2, ff. de *Her. Ins.*, e L. 1, *Cod. eod.*; e assim se o rei não tem concedido ao estrangeiro o direito de naturalidade, ou se não tem havido tratados de amizade em que se declare abolido este direito entre as potencias contratantes, succede o rei nos bens do estrangeiro que fallece no seu Estado, direito de succeder que se chama *direito d'Aubaine*, e que se funda não só em o cit. direito romano, mas na ordem natural que distingue a sociedade dos homens em diversos estados, reinos ou republicas.—Veja-se *Domat.*, tom. 1, p. 2, tit. 6, sec. 2. Porém parece que em Portugal não se tem usado deste direito, principalmente a respeito dos vassallos e subditos de nações com quem tem celebrado tratados: e porisso com a Hespanha desde o tratado de paz feito em 1432 se não praticou jámais este direito em Portugal, nem na mesma Hespanha, succedendo mutuamente os vassallos de ambas as nações uns aos outros e entre si posto que falleção em reino estranho. A França, no tratado ou convenção que fez com Portugal em 21 de Abril de 1778, tambem declarou não

## CONCLUSÃO.

Estas as principaes regras e principios que os codigos das nações mais civilizadas e vizinhas têm estabelecido para regular a successão das differentes especies que ha de herdeiros, e pelas quaes devem ser repartidos os bens dos que morrem sem testamento podendo os curiosos consultar os mesmos codigos, nos logares indicados, sobre o resto, onde acharão circumstancias mais particulares que, para não fazer mais volumosa esta obra, se não accrescentão, sem comtudo se omitir o principal sobre as differentes ordens de successões, para que os juristas e curiosos fação as combinações que mais lhes agradarem, e saibão com mais facilidade, quando lhes fôr necessario, o direito de taes nações sobre semelhante objecto, por não ter sido até agora semelhantemente tratado por algum nosso patricio ou reinicola.

---

existir entre uma e outra nação o *direito d'Aubaine*. O mesmo se declarou no tratado de 11 de Setembro de 1787 entre Portugal e o reino de Sardenha; o mesmo entre Portugal e o Imperio da Russia, pelo tratado de 9 de Dezembro de 1787; e entre este reino e o das Duas Sicilias, pela convenção de 31 de Maio de 1819; isto para remover qualquer duvida que podesse haver, fundada no direito publico universal.



## CAPITULO XLV.

*Em que se descreve o Assento da Casa da Supplicação de 10 de Junho de 1817, tomado sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2 e Ass. de 17 de Agosto de 1811, e se fazem algumas explicações uteis (302).*

Aos dez dias do mez de Junho de 1817, em mesa grande, sendo presente o Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do conselho de Sua Magestade, desembargador do paço, procurador da real corôa, secretario do governo da repartição dos negocios do reino e fazenda, chanceller que serve de regedor da Casa da Supplicação, foi proposto que, para remover as duvidas que se têm suscitado com muito

---

(302) Como o autor do *Manual do Tabellião* em a nota á pag. 217 se não dê ainda por satisfeito com as decisões do presente Assento, dizendo que ainda não está restituida a paz ás familias por se não haverem decidido formalmente as duvidas que elle propõe a pag. 216, e haja outros que o sigão, será util fazer algumas reflexões sobre o mesmo Assento para mostrar que, entendido elle, e a Ord. a que se refere, estão decididas todas as questões que possam haver sobre a formalidade dos testamentos.

prejuizo da validade e firmeza dos testamentos, e inquietações das familias, e fé publica dos tabelliães, sobre a intelligencia dos §§ 1 e 2 da Ord. Liv. 4, tit. 80, e Ass. de 17 de Agosto de 1811, era indispensavel determinar :--1,º o logar do testamento cerrado em que ha de começar o instrumento da sua approvação quando o testamento acaba não nas costas e verso da ultima folha escripta, mas em parte desta ; conciliando-se os ditos §§, que parecem antinomicos ;— 2,º como se hão de entender as palavras do dito assento, que *prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipolencia as fórmas prescriptas pela mesma Ord.*

Assentou-se pelos desembargadores de aggravos e do conselho de Sua Magestade para este fim convocados, quanta á primeira parte : que o tabellião não podendo começar o instrumento de approvação dentro do testamento cerrado e cozido, 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 cozendo-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 com a do § 1, á vista da

impossibilidade de se escrever dentro de um testamento que se acha cerrado e cosido (303).

(303) Esta, aliás veneranda e authentica decisão, parecendo desnecessaria, á vista da expressa e providente disposição da Ord. liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2, que em nada são oppostos, talvez que para o futuro venha a fazer duvida aos que não estiverem ao facto do que se pratica a este respeito, podendo inferir destas ultimas palavras do assento que, quando se faz o auto de approvação de testamento, elle está cerrado e cosido, o que não é assim, nem aquellas palavras o querem dizer, não havendo por isso nenhuma antinomia entre um e outro paragrapho. A pratica que se observa geralmente nas approvações dos testamentos cerrados é a mesma que se deduz da letra dos dous paragraphos da Ord. cit., a saber: logo que o testamento é feito e acabado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, se é dos que em direito se chamão *cerrados*, ainda que o tabellião esteja ali logo, prompto para o approvar sempre se cumpre a formalidade que exige a Ord. no §. 1, isto é, cerra-o ou dobra-o o testador, ou a pessoa que lh'o fez a seu rogo, e, cosendo-o com dous ou tres pontos de linha ou retroz, o entrega assim o testador ao tabellião perante as cinco testemunhas, e então é que o tabellião lhe pergunta se aquelle é o seu testamento e se o ha por firme e valioso; e, dizendo o testador que sim, corta o tabellião com um canivete ou tesoura os fios com que fôra cosido e cerrado o testamento, e, abrindo-o, lança os olhos por todo elle para vêr se tem algum borrão ou entrelinha, afim de assim o portar por fé no instrumento de approvação, no qual se costuma dizer *—vi e não li—*; feito isto, principia o auto de approvação, que o § 1 diz que se fará nas costas do testamento, que é o que tem feito duvida a muitos, sem advertirem que no § 2 se explicou melhor onde o tabellião devia principiar o auto, *para se evitarem as falsidades que se poderião fazer nos testamentos*, dizendo que *o faça ou comece em parte de alguma das folhas em que alguma parte do testamento seja escripta*: quer dizer que comece o auto onde acabou a escripta do testamento ou assignatura deste, como geralmente se pratica; e acontecendo que todas as folhas estejam escriptas, á excepção daquella em que está envolto (que na expressão vulgar quer dizer embrulhado) ou cosido o

Quanto á segunda parte, se assentou por uma quasi uniformidade de votos (como aconteceu quanto á primeira parte): que as palavras adoptadas, pelo Ass. de 17 de Agosto de 1811, que, declarando a lei deste tit. 80, § 1 da Ord., prohibem antepôr, pospôr ou substituir por equipolencia as fórmulas prescriptas na Ord., nunca devem entender-se de uma observancia supersticiosa da lei, a qual, olhando só para a letra, destrua a sua verdadeira intenção; mas sim das formalidades substanciaes do testamento, as quaes se não podem nem devem confundir

---

testamento, declare como nelle fica o seu signal publico, por não ter folha limpa em que começasse o instrumento de approvação, para que se não possa tirar o testamento verdadeiro e juntar outro ao auto de approvação; de maneira que a Ord. cit. no § 2 dá todas as providencias necessarias para se fazer o auto de approvação sem que dê logar a que a este se possa juntar outro testamento que não seja o que fôra approvado; e por isso com justa razão manda que o tabellião ponha o seu signal publico em todas as folhas do testamento, declarando-o assim no instrumento de approvação; e depois deste acabado e assignado pelo testador, o tabellião o torna a fechar ou cerrar, e cosendo-o com linhas ou retroz á maneira das inquirições que vêm de fóra fechadas, lhe deita sobre os pontos umas pingas de lacre, e tantas como tiver declarado no instrumento de approvação; e fazendo-lhe o sobrescripto em que declare de quem é o testamento e quando foi approvado, o entrega ao testador para este o guardar. Sendo esta a pratica geralmente recebida e expressamente mandada observar nos §§ 1 e 2 da Ord. cit., é a mesma que manda observar o Assento, que, por não ser ainda entendido por alguns (como se vê no fim das *Prim. Linh. Orphanolog.* da 2ª edição) e ser tão necessaria a sua observancia para evitar as fraudes que costumão praticar-se, se expõe com tanta individuação.

com anteposição, posposição ou substituição de palavras que tenham a mesma significação, designadas pela palavra equipolencia, ou com a ordem que parece ser determinada pela expressão do assento (304).

Uma vez, pois, que no acto solemne de se approvar o testamento se satisfaz aos requisitos da lei, a saber: 1.º com a presença de cinco testemunhas a todo o acto, com as qualidades declaradas no § 1 do tit. 80 referido; 2.º com a tradição do testamento feita pelo testador ao tabellião (305); 3.º com

---

(304) Também esta decisão era escusada para os bons interpretes, e que tenham entrado no verdadeiro espirito do Ass. de 17 de Agosto de 1811, estando com estes de accordo os tribunaes e os bons julgadores; e por isso não servio senão para desenganar aquelles que, afferrados a uma interpretação litteral, entendião pelas *fórmãs prescriptas pela Ord.*, e de que fallou o dito assento, todas e quaesquer, quando este só tratou expressamente das *substanciaes*, e que positivamente requer a Ord. Que poderá influir para a validade do testamento, perguntar primeiro o tabellião ao testador se aquelle é o seu testamento, ou dizelo primeiro o testador antes do tabellião lh'o perguntar? O ponto está em dizer o testador perante as testemunhas que aquelle é o seu testamento, para que ellas saibão o que é aquelle papel, porque se não lê perante ellas e se entrega cerrado. Quando eu escrevi em 1813 a primeira edição desta obra e apresentei nella o formulario do auto de approvação, já tinha assim entendido aquelle assento, e fiquei espantado quando soube que assim não tinham entendido alguns, e que era necessario outro assento!

(305) Porém para satisfazer ao preceito da Ord. cit., § 1, nas palavras—*e será cerrado e cosido, e elle testador o entregará ao tabellião*—, deverá praticar-se também esta formalidade de o entregar assim ao tabellião, ainda que pareça desnecessario, como fica dito, por ser testamento cerrado ou mystico.

a declaração do testador de que é o seu testamento, que ha por firme, valioso e bom; ou nesta falta de declaração, com a resposta do testador ao tabellião, dada ás perguntas declaradas no § 1; 4.º com o instrumento de approvação lavrado na fórma declarada no 1.º quesito: 5.º com a 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 (306); 6.º com a assignatura do tabellião e das cinco testemunhas presenciaes a todo este acto desde o seu principio até ao fim, fica consequentemente firme e conforme á lei o acto do instrumento de approvação do testamento: porquanto, uma vez que o testador declare perante as testemunhas e o tabellião, entregando-lhe o seu testamento, que aquelle é o seu testamento, que o ha por bom, firme e valioso, e o tabellião fizer o instrumento da approvação na parte do testamento, na fórma acima declarada, fica o mesmo testamento válido, e do mesmo modo firme e bom, que se respondesse ás perguntas que o tabellião lhe deveria fazer, se o testador assim o não tivesse antecipadamente declarado: que o mesmo deve entender-se

---

(306) Veja-se adiante se o testador póde assignar de cruz ou não, quando não souber escrever.

dos mais requisitos da lei, cuja intenção é que a elles se não falte; mas, uma vez que o tabellião, official publico e de fé pela lei, porte por fé no mesmo instrumento de approvação, que perante as testemunhas ali presentes e declaradas fôrão 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 observe a bem da liberdade de testar (307).

E para cessarem todas e quaesquer duvidas a estes respeitoes, acautelando-se novas demandas que possam perturbar a tranquillidade das familias, se

---

(307) Como ainda, apezar da clareza desta decisão, haja quem suscite duvidas sobre as suas palavras e generalidade dellas, dizendo que, se 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 approvação, fica válido o testamento, por isso que o tabellião assim o portou por fé, será necessario responder a esta questão, em que siga a negativa o testamento não fica assim válido, porque esta formalidade não pôde ser supprida pelo dito e fé do tabellião, pois é necessario que conste e se veja ao pé da assignatura da testemunha que assigna a rogo, e a razão por que assigna a rogo, porque assim o manda expressamente a Ord. cit. § 1, nas palavras—*declarando ao pé do signal que assigna por mandado do testador, por elle não saber ou não poder assignar, e de outra maneira não será valido o testamento*—; nem a generalidade das palavras do assento no verso—*mas uma vez que o tabellião*, etc., quizerão comprehender senão as que se podem supprir pela fé do mesmo tabellião: e até no fim dos §§ 1 e 2 se põe pena ao escrivão que não lavrar o instrumento de approvação na fórma ali declarada, e não fizer assignar o testador e testemunhas no fim do mesmo instrumento da maneira que fica ordenado nos mesmos paragraphs.

tomou este assento declaratorio não só da lei, de cuja interpretação se trata, mas igualmente do Assento a que se refere o 2º quesito, que o mesmo senhor chanceller, que serve de regedor, mandou tomar, e assignou com os desembargadores de aggravos e do conselho de Sua Magestade que nelle votárão. Como regedor, Salter.—Dr. Guião.—Ferreira Castello.—Dr. Valasques.—Leite.—Faria Guião.—Fonseca Coutinho.—Veiga.—Gomes Teixeira.—Dr. Figueiredo.—Costa Ferreira, etc.

Resta, porém, desenvolver a questão que propõe o autor do *Manual do Tabell.*, á pag. 217, e o autor das *Linhas Orphan.*, no Append. á pag. 3, *scilicet* se o testador, não sabendo escrever, póde assignar de cruz, como costuma em outros actos, ou não?

A decisão desta questão é facil; e, ainda que na 1ª edição desta obra eu disse que o testador podia assignar de cruz, agora declaro que o fiz com menos consideração, e sem profundar esta materia; pois que, não sabendo o testador escrever, necessariamente ha de assignar por elle uma testemunha, e esta declarar a razão por que o testador não assigna; isto não só porque a Ord. Liv. 4, tit. 80 pr. e § 1 o mandão expressamente, e assim o entendeu o Ass. cit. de 1817, na conformidade da lei 28,

§ 1, *Cod. de Testam*, fonte daquelle Ord., mas porque, se se admittisse a assignatura do signal de cruz em um testamento pelo que pertence ao testador, ficaria o mesmo testamento sujeito a falsificar-se facilmente e a ser substituido por outro; pois ainda que nos actos *inter vivos* se admitta a assignatura de cruz, que a pratica, e não a lei, introduzio, podendo, segundo a mesma pratica, assignar de cruz as tetemunhas que assistem ao testamento ou approvação delle, não apparecendo pessoas que saibão escrever, isto se funda em razão muito differente, qual a de poderem ser interrogadas sobre a sua assignatura e identidade, o que se não póde verificar no testador, que, ficando em segredo e cerrada a sua assignatura, quando se vem a tratar de apurar a validade do testamento, já não existe, nem póde ser interrogado sobre a sua assignatura; eis-aqui a razão por que o legislador, justamente e muito de proposito, quiz declarar, como declarou,—*que, quando o testador não soubesse ou não pudesse escrever, assignasse por elle uma testemunha*,—nas quaes palavras está a decisão da questão proposta; porque, se a lei manda praticar isto, como se ha de admittir o signal de cruz quando o testador não souber escrever?

Nem esta determinação ou formalidade é singular ou nova em as nossas leis; pois que no corpo

das mesmas Ordens, achamos disposições semelhantes: e temos, em 1.<sup>o</sup> lugar, a Ord. Liv. 1, tit. 78, § 4, onde ainda em contratos ou actos *inter vivos* se manda que, se as partes contratantes não souberem assignar, assignaráõ por ellas as testemunhas, ou outra pessoa, declarando-se a razão por que não assignão; 2.<sup>o</sup> temos a Ord. Liv. 1, tit. 48, § 15, que manda o mesmo a respeito das informações que as partes derem aos procuradores; 3.<sup>o</sup> a Ord. Liv. 5, tit. 117, § 6, a respeito do auto da querela, que a parte deve assignar, se souber escrever; e não sabendo, como o negocio é de segredo, fica supprida a sua assignatura pela do juiz e escrivão, mas declarando-se sempre no auto a razão do impedimento; 4.<sup>o</sup> a Ord. Liv. 5, tit. 102, § 3, sobre o auto de renuncia, que deve assignar a mulher, do *Senatusconsulto Velleiano*, onde se acha uma semelhante disposição, etc. Nem faça duvida a Ord. Liv. 4, tit. 74, § 1, emquanto diz — *se souber escrever; e se não souber, mande-os escrever a outrem, e elle assigne o escripto por sua mão*; — donde pretendem alguns tirar que se deve entender esta assignatura do signal de cruz; porém, ainda que assim seja, nesta Ord. trata-se de um acto *inter vivos*, onde a pratica a tem admittido; mas em o nosso caso prohibe a lei expressamente semelhante assignatura,

como sujeita a falsidades, e manda positivamente que assigne outra pessoa pelo testador que não sabe. É verdade que, no principio da nossa monarchia, se usava tanto da assignatura de cruz, como douda e largamente mostrou o erudito desembargador João Pedro Ribeiro em a Dis. 8<sup>a</sup>, cap. 3, pag. 15, das *Diss. Chronolog. e Crit.*; mas era porque nesse tempo havia muito menos pessoas peritas em escrever do que depois entrou a haver, e havia já quando se formou aquella lei nos codigos da nação; pois que o mesmo autor mostra que já o codigo Wisigothico requeria para a validade das escripturas os signaes ou subscripções dos contrahentes, ou de outra pessoa por elles, quando impedidos.

## CAPITULO XLVI.

*Da fórma de um testamento cerrado, ou modo pratico de o fazer e approvar.*

J. M. J.

Em nome da Santissima Trindade, Padre, Filho e Espirito-Santo, em quem eu F.... firmemente creio, e em cuja fé protesto viver e morrer.

Este é o meu testamento e ultima vontade.

Declaro que sou natural de...., filho legitimo (ou não) de F.... (308).

Fallecendo em tal parte, quero ser sepultado em tal... e deste ou daquelle modo.

Mando que por minha alma se digão tantas missas, se dêm a pobres, orphãs ou viuvvas taes e taes esmolas, etc....

---

(308) Aqui declara qual é o estado em que se acha quando está dispondo, se tem filhos, a qualidade delles, ou se é casado por carta de metade, ou por dote e arrhas.

Deixo a F. e a F. tanto, e do remanescente instituo por herdeiro a F. (309).

Rogo a F. queira fazer a obra pia de ser meu testamenteiro (\*).

Esta é a minha ultima vontade e disposição para depois de minha morte, e por este testamento revogo qualquer outro. Lisboa, tantos de tal mez e anno. F.... (310) (\*\*).

Querendo-se mandar approvar este testamento, se chamão cinco testemunhas e um tabellião, cujo auto costuma fazer do modo seguinte:

Saibão quantos este instrumento de auto de approvação de testamento virem que no anno do

---

(309) Neste lugar deve declarar os legados que deixa, e o modo ou condição com que os quer deixar, tendo em vista as regras estabelecidas não só a respeito das pessoas que podem ser instituidas, mas de que bens póde dispôr, por ter filhos ou se achar neste ou naquelle estado. Tambem póde em primeiro lugar instituir o herdeiro, e depois incumbir-lhe a satisfação dos legados, ou ao testamenteiro, não sendo ao mesmo tempo herdeiro.

(\*) Costuma-se marcar o tempo dentro do qual se deve cumprir o testamento. Em falta do tempo marcado pelo testador, o testamenteiro ha de prestar conta dentro do tempo legal, que é de anno e mez: Ord. liv. 1º, tit. 62, § 2º.

(310) Se o testamento é feito por letra do testador, não tem necessidade de o assignar; se por outro, então deve-o assignar; e, não sabendo ou não podendo, a seu rogo a pessoa que lh'o tiver feito.

(\*\*) No final do testamento, se costuma fazer a nomeação de tutor aos filhos que o testador deixa em menoridade.

nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil..., aos... dias do mez..., nesta cidade, villa, ou logar de..., em casa de F..., aonde eu tabellião vim; e sendo elle ahi presente, que reconheço pelo proprio, que se acha de pé (ou de cama), e em seu perfeito juizo e entendimento, segundo o meu parecer, e das testemunhas que presentes estavam, e positivamente fôrão convocadas, perante as quaes por elle testador das suas mãos ás minhas me foi dado este papel, fechado e cozido, dizendo-me que era o seu testamento, que elle fizera (ou lh'o fizera a seu rogo F...), e que queria eu lh'o approvasse; o qual papel eu aceitei, e achei com effeito ser o testamento do sobredito testador F..., escripto em tantas laudas de papel, o qual vi e não li; e não achando em todo elle borrão, risca ou entrelinha, nem cousa que duvida faça, lhe fiz as perguntas da lei na presença das testemunhas abaixo assignadas, a que respondeu: que este era o seu testamento e ultima vontade (\*); que por elle revogava outro qualquer; que rogava ás justças de S. M. lhe dessem cumprimento de justiça; que, se não valesse como testamento, queria valesse como

---

(\*) É essencial que o testador diga aqui que ha o seu testamento por bom, firme e valioso, como preceitúa o Ass. largamente exposto no cap. anterior; não basta dizer o tabellião que fez as perguntas da lei.

cedula ou codicillo ; e finalmente que era contente que ficasse fechado, cozido e lacrado, e que não fosse aberto senão depois do seu fallecimento : e por não ter cousa que duvida fizesse, rubriquei as tantas laudas de papel em que se achava escripto o testamento com o meu appellido de F., e lh'o approvei e houve por approvedo na fórma da lei e do meu regimento com todas as solemnidades de direito, e fica fechado, cozido e lacrado com tantos pingos de lacre por banda. E para constar fiz este auto de approvação, que assignou elle testador, ou F... a seu rogo, por lhe pedir e rogar (\*), do que dou fé, sendo testemunhas presentes F., F., F., F. e F. (declarando-se as naturalidades e occupações das testemunhas), que reconhecem ser o dito testador o proprio, de que dou fé, e assignarão depois de lhes ser lido por mim tabellião este auto de approvação. E eu F... tabellião, o escrevi, e assignei em publico e raso.—Signal publico.—Em testemunho de verdade, F... (311).

---

(\*) Por não saber ou por não poder elle testador escrever : é declaração essencial, *ex vi* do Ass. cit.

(311 Note-se que por decr. de 19 de Janeiro de 1819 se permittio nos Estados do Brazil que o ajudante do tabellião pudesse approvar os testamentos (\*\*).

(\*\*) No Brazil, a approvação dos testamentos não póde ser feita hoje pelo ajudante do tabellião: é da Noviss. Ref. Judic., Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 78.

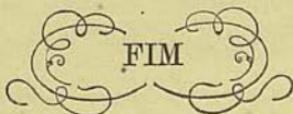
Segue-se o nome do testador ou de quem assigna a rogo delle, assignando depois as testemunhas. Feito o que, se fecha e lacra, pondo-lhe o sobrescripto que declare ser o testamento de F..., feito em tal tempo, e se lhe entrega.

Este o testamento fechado, e que mais se acha em uso. Se, porém, é feito em as notas por tabellião publico, então faz-se do mesmo modo que uma escriptura publica, só com a differença do articulado, e de ser necessario assignarem nelle cinco testemunhas, além do tabellião e testador, ou da pessoa que assignou a rogo deste, e não tem necessidade de approvação, como diz a Ord. liv. 4 tit. 80, pr., e já se notou no cap. 5, § 1. Sendo, porém, aberto, sem ser feito por tabellião, deve ser lido primeiro ás testemunhas, por isso que não leva auto de approvação, e depois da morte do testador deve ser publicado judicialmente, com citação das partes e sentença do magistrado, que o julgue firme e valioso.

A fórma do codicillo é a mesma do testamento, só com a differença de declarar nelle que, tendo feito testamento em tal tempo, fazia nelle tal e tal declaração (no caso de o ter feito), sendo sua ultima vontade que se cumprisse e guardasse o mais que no mesmo testamento tinha disposto. Esta declaração

se deve fazer tambem no auto de approvação, que é da mesma fórma que o do testamento, sendo sómente necessarias, além do tabellião, quatro testemunhas, em cujo numero podem entrar tambem mulheres.

Resta finalmente observar que a nossa Ord. Liv. 4, tit. 84, § *fin.* aponta um caso em que o juiz *ex-officio* deve mandar fazer testamento ao particular, e vem a ser quando á sua noticia chegar que alguma pessoa do seu districto deixa de fazer testamento por medo dos seus parentes, ou por lh'o impedirem outras quaesquer pessoas; porque então, ainda que lh'o não requeirão, deve ir á casa do doente ou impedido, e, fazendo ahi vir um tabellião e as testemunhas necessarias, lhe dará logar a que disponha livremente de seus bens; e neste caso será formalizado do modo que fica exposto e requer a Ord. a respeito das outras especies de testamentos.





# APPENDICE



## I

*A nota de pag. 240 sobre as licitações nos inventários.*

TENDO-ME referido no lugar indicado á *Memoria* que em 1819 publiquei sobre o *direito e pratica das licitações nos inventários*, em que, tendo só em vista o beneficio publico, e nenhum outro motivo ou antecipação, fiz vêr os vicios em que laborava a *pratica*, que o autor da *dos Juizos Divisorios* tinha ensinado nos §§ 11 e 12 do 1º tom., por estabelecer nella principios que se não conformavão nem com o direito, nem com a *pratica* até aqui usada sobre as mesmas licitações ; e tendo-se este autor dignado responder á minha *Memoria*, e dito a pag. 388 do 2º tom. *que me devia desdizer do que proferira á pag. 5 da mesma Memoria*, que é o mesmo que dizer que,

como levantei falsos testemunhos á sua pratica, e injuriei o seu autor, me devo desdizer, e confessar publicamente que ella não só não tem vicios, mas que é digna de se adoptar, v vejo-me em a necessidade, contra minha vontade, de responder a isto.

Mas, primeiro que tudo, devo perguntar-lhe quem foi o juiz que julgou e decidio esta questão ou pleito, e que me manda desdizer? E em segundo logar, responder-lhe, em these e sem soçobro algum, que tão longe estou de me desdizer do que escrevi naquella *Memoria*, que de novo a ratifico solemnemente, pois que tendo merecido a approvação de homens que respeito por grandes sabios do respeitavel corpo da magistratura, sem que me faça por isso *mestre de pratica* (312); e não sendo destruido de modo algum o que ali disse, pelo que de novo escreveu o citado autor no seu *Addicionamento* ao tom. 2º desde pag. 375 até 392, antes sido confirmado muitas e repetidas vezes por elle; dizendo até a final que a minha pratica é conforme com a sua, e cahindo no excesso de dizer á pag. 389 que eu lha roubára, devo não só sustenta-lo, mas mostrar mui brevemente a

---

(312) A expressão de que usa muitas vezes o mesmo autor da pratica dos Juizos divisorios, como — *a pratica que eu ensino* e se vê á pag. 390 — *advirto ao juiz das partilhas*, ut a pag. 380, etc., e o tom magistral de que usa na mesma *pratica*, fazem crer que tenha sido autorizado para o ensino della ; mas ainda o ignoro.

impostura e pouca sinceridade com que escreveu o citado autor a sua chamada resposta ao meu folheto, e as incoherencias e contradicções com que quiz contradictar o conteúdo deste, fazendo seu o que nelle achou de bom, e que eu tinha escripto imparcialmente, fundado em lei, e não no arbitrio, que abomino.

O autor da resposta ficou a tribulado com o que leu no meu folheto, e, não entendendo o que nelle expuz, ou usando de pouca sinceridade, diz *que eu lhe roubara a sua pratica, e que então estavamos conformes em principios sobre licitações*; mas eu não posso estar por isto, porque os meus principios são muito differentes daquelles quo o autor estabeleceu nos §§ 11 e 12 da sua 1<sup>a</sup> parte, e que agora confirmou de novo, pois que os refutei, e não posso desdizer-me, porque o autor da resposta não aponta razões que a isso me obriguem.

Dizer *que a minha pratica, ou a que descrevi no fim do meu folheto, é conforme com a sua, é fallar ao publico com menos verdade, ou não entender o que ali disse, e chamar boa pratica aquillo a que eu não dei tal nome.*

Veja a pag. 41 do meu folheto, em conclusão do que tinha exposto em os artigos antecedentes, e verá que segundo a minha opinião (que não obrigo a seguir, mas que não será facil destruir), fóra do caso da Ord. liv. 4, tit 96, § 5, se não deverá admittir a

*licitação* nos inventarios ou partilhas entre coherdeiros, de que tratei sómente, isto é, aquelle acto a que no fôro se dá o nome de *licitação*, deduzido do direito romano, donde fôra adoptado, por isso que no caso do § 23 da mesma Ord., e as arrematações judiciaes de que falla o citado autor á pag. 377, nunca merecêrão no fôro portuguez o nome de *licitação*, que eu defini á pag. 10, conformando-se com o pensar do grande *Domat*, um dos mais acreditados interpretes de direito romano, a quem consultei para isso, e não aos dictionarios portuguezes, que só me podião dizer se a palavra *licitação* era portugueza, ou donde trazia a sua origem.

Na mesma conclusão da pag. 41, disse que a *licitação* admittida fôra do caso da Ord. citada era um abuso de pratica contrario á lei, ou não autorizada por ella, que trazia comsigo inconvenientes e prejuizos, que ficavão notados; mas que, como ella vogava no fôro, para se conseguir pouco e pouco o seu desterro seria necessario recorrer aos meios indirectos, e que o que eu tinha descoberto na pratica ser mais proficuo era o que descrevia no art. 9, á pag. 43, emquanto um assento da Casa da Supplicação não entendia authenticamente aquella Ord. só do caso que nella se expressa.

Ora, daqui poderá alguém deduzir que eu digo que se deve seguir para o futuro sem duvida a

pratica que descrevi no art. 9º? Não: antes pelo contrario, eu digo, como ouvi dizer a um sabio e douto magistrado, — *nada de pratica que não esteja autorizada por lei, quando temos a lei, que só autoriza o acto chamado licitação quando a cousa é individual e se não póde commodamente dividir.*

A pratica que descrevi no art. 9, e de que usei quando fui juiz de orphãos (ainda muito antes de sahir ao prélo o 1º tom. da *Pratica dos Juizos Divisórios*, e onde se não acha, posto que o seu autor diga com impostura que a ensinou ali, pensando que os outros são cégos), não póde ser considerada senão como um estratagemma ou meio de evitar os abusos que costumão entrar nas *licitações*, e de evitar tambem os recursos que se costumão interpôr, quando os juizes as negão: e é neste sentido que eu a chamei *melhor pratica*, no meio da abusiva que grassa no fóro, de que resultão incalculaveis prejuizos.

Dizer o citado autor *que a minha Pratica é conforme com a sua*, só por ter dito no § 12 da 1ª parte—*que o juiz poderá adjudicar os bens licitados a quem quizer*—, depois de ter dito no mesmo paragrapho—*para se adjudicarem áquelle herdeiro que primeiro offerecer aquelle valor*—, é levantar-lhe um testemunho; pois como podia eu deduzir desta contradicção uma pratica tão simples como a que ali descrevi? Onde é que o citado autor expressou ou ensinou uma

pratica como a que se acha no meu folheto na art. art. 9.º? Poderá alguém deduzir o mesmo do que elle escreveu no § 12 do cap. 2 da 1.ª parte, onde elle estabeleceu a sua, para agora dizer que eu lha roubei?

Se me não fosse injurioso semelhante dito, eu lhe cederia a palma francamente, porque não sigo a opinião de que ella se deva seguir para o futuro, mas só interinamente, e do modo que acabo de dizer; mas os leitores imparciaes decidirão quem foi o que descreveu o modo de ficar ao arbitrio do juiz a adjudicação da cousa licitada, sem comtudo excluir os coherdeiros dos seus lanços, nem haver as complicações que resultão da pratica que ensinou o citado autor; pois que o que se escreveu está á vista.

Não entendendo assim o citado autor o sentido com que apresentei a pag. 43 a minha pratica, posto que da epigraphie se colhe facilmente em quanto se inscreve o art. 9.º—*Melhor pratica sobre as licitações admittidas no fôro*—, por isso é que á pag. 390 me notou de incoherente, emquanto disse, quando tratei do direito e theoria das *licitações*, que ellas são *umas vendas, etc.*, dizendo depois na pratica que o *não são*; pois que uma cousa é dizer — *este acto deve fazer-se ou entender-se deste modo*, e outra cousa é dizer — *no meio do abuso pratica-se assim*.

Quando eu digo que a *licitação é uma venda*, é porque, examinando a força da palavra *licitação*, os autores que a têm definido, os interpretes do direito romano, os codigos que della fallão, e a nossa Ord. liv. 4, tit. 96, § 5, que adoptou o direito a que os Romanos chamavão *licitação*, lhe não dão outro nome senão o de *venda*; e quando disse na *Pratica que não é venda, mas um acto, ou meio de dar maior valor ás propriedades que se julgão mal avaliadas*, fallei da pratica abusiva do fôro, com o que não destrui a minha opinião manifestada quando tratei do verdadeiro direito e theoria das licitações; pois que todos sabem que, na pratica abusiva que agora se tem usado nas licitações, nunca estas fôrão reputadas como vendas, mas como meios de augmentar o valor das propriedades, ou, como o cit. autor a chamou á pag. 35 da 1<sup>a</sup> p.<sup>e</sup>, — *um remedio da desigualdade das partilhas*; dizendo á pag. 36: — *As licitações das partilhas não são arrematações, nem vendas judiciaes; não se trata de vender bens de herdeiros, trata-se sómente de partir os bens com toda a igualdade.*

Mas quão de pressa mudou de opinião, logo que vio o meu folheto, que trata de pouco mais ou menos! Mas não o diga eu, que sou suspeito agora, diga-o a sua resposta no fim da 2<sup>a</sup> parte do seu *Tratado*.

Á pag. 377 diz elle : — A linguagem da nossa legislação, em os leilões e almoedas, é a palavra *lançar*, *lanço*; palavras que correspondem ás palavras latinas *licitare*, *liceri*, *licitatio*—, o que repete á pag. 378, que é o mesmo que eu disse á pag. 8 da mesma *Memoria*, e vem em *Vicat*, *vocab. Jur.*, e quiz agora fazer seu, estando ali á vista.

Diz mais á pag. 377 *que os casos da Ord. liv. 4, tit. 96, §§ 5 e 23 são licitações approvadas pela lei*, quando ali não se usa senão da palavra *venda*; e no mesmo logar, § 8, acrescenta *que nas execuções e vendas judiciaes se admittit o lanço maior para se arrematar, e adjudicar a quem venceu os outros no lanço e offerecimento do preço, e aqui, temos uma licitação admittida pela lei*.

Porém depois de exprimir todas estas expressões e dizer que naquellas vendas é que existe a licitação admittida pela lei, diz á pag. 378, no § 10,—*que a licitação não é venda, nem compra, como se diz no meu folheto; porque ninguém compra o que é seu, etc.*— Como se o quinhão que um compra sem se saber a que coherdeiro ficará, por estar *pro indiviso* na posse do cabeça de casal, se reputasse compra do proprio!

Mas bem de pressa torna a cahir na contradicção de dizer que é *venda*, á pag. 391, fazendo distincção de cousas individuas a cousas ou fazendas que se

podem dividir; que, no 1º caso, é venda na parte que leva de mais o herdeiro a quem se adjudicou; e no 2º caso, não é venda, podendo dar o juiz os bens licitados a quem quizer.

Mas, além disto ser opposto ao que o mesmo autor tinha dito nos §§ 11 e 12, que se podem lêr, para se vêr se fallo verdade, desejaria eu saber onde é que a lei, e mesmo a pratica, fez tal distincção? Pois que a Ord. que falla da licitação da cousa individua, como fica dito, não lhe dá senão o nome de *venda entre os coherdeiros*, e não faz distincção de excesso de quinhões; e quanto á das cousas que se podem dividir, não ha lei alguma que as autorize, e só essa pratica abusiva que eu combati; e que, para se conseguir pouco e pouco o seu desterro do fôro, aconselhei um meio qual o de admittir na presença do juiz e interessados, o lanço que cada um quizer dar ás propriedades que estão *pro indiviso*, e, sem mais questão ou lanço, consultar os mais coherdeiros que não lançárão, se não têm duvida que se lhes adjudique no seu quinhão alguma das propriedades licitadas (para me servir deste termo que voga no fôro), porque consentindo nisto, é que o juiz fica com o arbitrio de adjudicar, e não de outro modo, como ensina o citado autor; pois que deste modo é mais um compromisso que as partes fazem de elevar os preços das propriedades avaliadas,

que uma licitação, e por isso coherentemente disse na minha pratica que neste caso não tínhamos *venda*; porque havendo *licitação* conforme o § 5º da Ord. Liv. 4, tit. 96, em que unicamente se acha approvada essa de que usárão os Romanos, temos uma *venda*, como se expressa a mesma Ord. ; e um escriptor particular deve escrever conforme a lei, e quando muito, aconselhar o que lhe parecer melhor se observe na pratica, e não usar do tom magistral, ou de palavras imperativas, como por exemplo—*O juiz das partilhas obrará deste ou daquelle modo; observar-se-ha, conforme a pratica que ensino, etc.*

Dizer o mesmo autor á pag. 288, § 21,—*que comecei a minha chamada analyse dos seus paragraphos trocando os periodos, devendo apresenta-los na sua integridade,*—é outra calunnia manifesta, que elle mesmo prova : pois que o que fiz foi apresentar por inteiro os principios que elle ali estabeleceu sobre *licitações*; mas, como elle escrevesse para principiantes, assentou talvez que não haveria entre elles quem descobrisse as suas contradicções e vicios que alguns encerravão; mas o bom não é isto, é tornar elle a repeti-los do mesmo modo, e pela mesma ordem com que fôrão combatidos na minha *Memoria*; o que faz desde pag. 384 até 388 da maneira seguinte :

1.º *Que é uso em todos os auditorios admittir os*

*herdeiros a lançar sobre as avaliações dos bens para se lhes adjudicarem no seu quinhão: o que não combati, e só mostrei no corpo da Memoria o abuso desta pratica;*

2.<sup>o</sup> *Que este uso está approvedo nos tribunaes; mas não accrescentou agora o que tinha dito no § 11, de ter formado um direito consuetudinario; o que combati, e não destruiu, nem tocou agora na sua resposta;*

3.<sup>o</sup> *Que as licitações emendão o erro das parti-lhas, etc.; este foi combatido á pag. 83 da minha Memoria, e não destruido o aqui dito pelo autor da resposta, como se póde vêr;*

4.<sup>o</sup> *Que ellas equilibrão os valores das propriedades, etc.; o que combati á pag. 33 da Memoria, e não foi destruido pelo autor citado como se póde vêr á pag. 385;*

5.<sup>o</sup> *Que ellas augmentão o monte hereditario, etc.; o que igualmente combati á pag. 34 da Memoria, e não convence o que disse o autor da resposta á pag. 485, como se póde vêr;*

6.<sup>o</sup> *Que não deve ser admittida a licitação, havendo excesso no valor real, e valor da affeição do herdeiro, etc.: foi igualmente combatido á pag. 35 e 36 da minha Memoria; e se o autor da resposta diz agora a pag. 385, em resposta ao que ali perguntava, que a medida para conhecer aquelles valores é a Ord. liv. 4,*

*tit.* 13, §§ 5 e 7., direi que esta não póde servir de regra ao juiz quando está no acto das licitações de que fallamos, e só o póde ser para depois de feitas se desfazerem por acção competente, provando-se a lesão de que trata aquella lei, quanto ao valor real; porque, pelo que pertence ao da affeição, sendo relativo á pessoa do licitante, não póde o juiz ter regra alguma a que possa recorrer para o conhecer, não sendo o que ali disse ;

7.º *Que se não deve admittir a licitação quando um herdeiro licita a herança toda, etc.:* foi igualmente combatido á pag. 36 da *Memoria* ; e o que o autor citado respondeu á pag. 385 não convence, como se póde vêr ;

8.º *Que se não admittão lanços sobre lanços nas licitações, etc.:* combatido tambem á pag. 37 da *Memoria*; e o que agora acrescenta o autor da resposta não destróe o que ali disse, como se póde vêr ;

9.º *Que as licitações não são arrematações, nem vendas, etc.:* foi tambem combatido á pag. 38 da *Memoria*, e de novo nesta resposta á do autor citado, em que fica demonstrada a contradicção manifesta do que agora escreveu na sua resposta ;

10.º *Que pela licitação se não adjudicão os bens a quem mais offerece, etc.:* foi combatido á pag. 38 da *Memoria*, e de novo mostrado nesta resposta a contradicção em que cahiu o cit. autor ;

11.º *Que a licitação se póde fazer na audiência ou em casa do escrivão, etc.:* tambem foi combatido á pag. 39 da *Memoria*, quanto ao dizer o citado autor que se póde fazer em casa do escrivão, e por um termo; e o que este agora responde á pag. 387 não convence, porque não póde fazer-se com legalidade senão perante o juiz, por qualquer lado que se olhe, e então temos um auto, que este deve assignar com o escrivão e interessados presentes ou seus procuradores;

12.º *Que a licitação só se admitte até ao dobro do valor das propriedades, etc.:* foi igualmente combatido á pag. 39 da *Memoria*, em que se mostrou a contradicção em que cahio o citado autor; e para salvar agora na sua resposta á pag. 387, recorre á Ord. já cit. do Liv. 4, tit. 13 §§ 6 e 7; porém já eu disse e mostrei que não vem para o caso esta Ord., porque depende este conhecimento e prova de uma acção ordinaria;

13.º *Que os bens dotaes admittem licitação etc.:* foi combatido do mesmo modo á pag. 40 da *Memoria*; e sendo respondido pelo citado autor a pag. 387, não convence a sua resposta, porque não salva a Ord. Liv. 4, tit. 96 §§ 4, 13 e 14, quando a sua disposição é concebida com clareza, e como em privilegio concedido aos bens dotaes; e o autor citado conhece quanto aquella proposição é *dura e atrevida*, pois

que não ha que combinar com os §§ 2, 5, 6 e 21 da mesma Ord.; porque aquelles se devem contemplar como excepção destes; o que é confirmado pela pratica geralmente recebida;

14.<sup>a</sup> *Que o juiz poderá adjudicar os bens licitados a quem quizer, etc.*: ainda que o citado autor diga á pag. 388 que eu não contradictei esta proposição, porque me não fazia conta, o contrario se acha, comtudo, á pag. 38 da *Memoria*, sendo novamente desenvolvido no principio desta minha resposta.

Ora pois, se elle não responde á minha *Memoria* senão com palavras repetidas a cada pagina, acarretando até a glosa de *Baldo á L. Si pignori D. Fam. Ercisc.*, sem saber que o § 13 da lei de 18 de Agosto de 1769 condemnára semelhantes citações no fôro portuguez, debaixo de graves penas, quando devia responder com razões juridicas e capazes de me fazerem desdizer; e se elle estabelece a sua pratica sobre fundamentos e principios que se desfazem ao primeiro lance de vista de qualquer principiante, como diz elle que me devo desdizer, e que a minha pratica é deduzida ou roubada da sua? *Risum teneatis, amici!!!*

---

**II**

*Com o teor de tres assentos da Casa da Supplicação sobre a successão dos vinculos, que servem para intelligencia da materia expendida no cap. 42, §§ 7 e 9, e que, por se não acharem ainda impressos, se estampão aqui.*

## Nº 1.

Aos 18 dias do mez de Agosto de 1819, em Mesa grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illm. e Exm. Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do conselho de S. M., commendador das ordens de Christo e da Conceição de Villa-Viçosa, desembargador do paço, procurador da corôa, secretario do governo dos negocios do reino e da fazenda, chanceller da Casa da Supplicação, que serve de regedor, foi proposto, na conformidade da Ord.do Reino, Liv. 1, tit. 5, § 5, e da carta de Lei de 18 de Agosto de 1769, § 6,—que tratando-se da intelligencia da Carta de lei de 3 de Agosto de 1770, em um feito que

pende, por embargos, em gráo de revista, nelle, além das oppostas interpretações dos advogados, se achão sentenças proferidas por uma e outra parte em ambas as instancias; julgando umas que ao actual administrador de um morgado ao tempo da promulgação daquella lei, fallecido depois sem descendentes, devia succeder o seu mais proximo parente, sendo do sangue do instituidor, sem embargo da vocação que para esse acontecimento se achava na respectiva instituição; e pelo contrario decidindo outras a favor da vocação substituida. E porquanto esta incerteza de julgar empece essencialmente a segurança dos direitos que todos os cidadãos devem gozar á sombra tutelar das leis, afim de se fixar uma regra invariavel em tão importante materia, se propôz á interpretação authentica desta Mesa o seguinte

*Quesito*: « Se pela Carta de Lei de 3 de Agosto  
« de 1770 ficárão sendo de regular successão nos  
« administradores actuaes ao tempo da sua pro-  
« mulgação os morgados instituidos de preterito,  
« de maneira que a administração se deva de-  
« volver aos seus parentes mais proximos, sendo  
« do sangue do instituidor, não tendo descendentes,  
« sem embargo das substituições feitas pelos  
« instituidores em determinadas pessoas nas  
« mesmas instituições, havendo-se por derogada

• inteiramente a liberdade dada aos instituidores  
« no § 3 da Ord. liv. 4, tit. 100. » O qual posto  
« em deliberação,

Assentou-se á pluralidade de votos dos ministros do conselho e desembargo de S. M., abaixo assignados, que sendo pela Carta de Lei de Agosto de 1770 todos os morgados instituidos antes da sua promulgação reduzidos á natureza de regulares, e aos termos da Ord. do Reino liv. 4, tit. 100 (aos quaes os desta lei se não oppoem), nos seus actuaes administradores, para nelles succederem os seus descendentes e conjunctos, como litteralmente declara a mesma lei no § 8, por ser esta a ordem regular da successão prescripta no pr. e nos §§ 1 e 2 da mesma Ord., devem, por necessaria consequencia, na hypothese proposta, succeder aos actuaes administradores fallecidos sem descendentes os seus parentes mais chegados, sendo do sangue do instituidor, segundo a regra geral do § 2 da Ord.

Ficando, portanto, sem vigor nem effeito quaesquer vocações ou substituições que os instituidores em outra maneira hajão feito, usando da liberdade illimitada que a Ord. lhes deixou no § 3º do liv. 4º, tit. 100, por excepção ás regras geraes prescriptas no seu principio, e §§ 1 e 2, as quaes a Carta de Lei de 3 de Agosto 1770 veio instaurar, proscrevendo.

no seu contexto, e especialmente no § 10, como nullas, e não escriptas nas instituições de preterito, todas as vocações irregulares, e prohibindo expressamente nas de futuro, no § 24, todas as vocações arbitrarías, como oppostas á regularidade a que viera reduzir os morgados por instituições uniformes e invariáveis, excluindo assim a exorbitante excepção do dito § 3º da Ord., por incompativel e subversiva da estabelecida regularidade, verdadeira indole e fins politicos dos morgados, cujos fundos emancipados de diversos encargos e relações civis, por bem do melhor serviço da corôa e conservação da nobreza, da qual constitue o privativo patrimonio, devem reger-se na sua administração e successão pela analogia das maximas e principios do direito publico, que regulão a jurisprudencia heroica deste reino ; bem differentes dos que governão os interesses e direitos de propriedade particular, á qual a Ord. no dito § 3º tanto attendeu, sem contar com as prerogativas uteis e honorificas outorgadas aos morgados, que bem valem as modificações que a politica do Estado soffre ao dominio dos interessados, se não é que naquella excepção se propôz a facilitar as instituições que habilitavão os vassallos a augmentar a força militar de um reino nascido e adulto em continuas guerras e victorias.

Esta liberdade indefinida dos instituidores degenerou, com o andar do tempo, em tantos abusos contrarios aos seus mesmos fins, quantos enumera a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, e derão motivo ás sabias e efficazes providencias, com as quaes acudio a remedia-los de preterito e prohibi-los de futuro, proscrevendo das instituições dos morgados todo o arbitrio que não fôr conforme ás regras geraes da successão prescriptas na Ord. liv. 4, tit. 100 pr., e §§ 1 e 2, em beneficio da tranquillidade publica e particular das familias, nobreza e conservação da dos instituidores, decepando de um golpe as interminaveis disputas sobre a interpretação da vontade irregular e caprichosa dos instituidores, origem fecunda da ruina das familias, que no estabelecimento dos morgados esperavão a sua conservação; em cujas providencias se deveria haver por virtualmente derogado o referido § 3 da Ord. liv. 4, tit. 100; ainda que nas amplissimas clausulas com que remata a referida carta de lei, não derogasse, como deroga, todas as leis em contrario, como se dellas fizesse litteral e expressa menção.

E para não vir mais em duvida a proposta questão, se tomou este assento, que o dito Sr. chanceller assignou com os ministros que nelle votárão.—Como regedor, Salter.—Ribeiro Saraiva.—Gomes Ribeiro.

—Dr. Valasques.—Dr. Guião.—Dr. Souza Sampaio.—Veiga.—Bragança.—Garcia.—Guerreiro.—Teixeira Homem.—Ferrão.—Dr. Salinas.—Germano da Veiga.—Lencastre.—Amaral.—Dr. Figueiredo.—Oliveira.—Giraldes Quelhas.—Sá Esteves.—Sarmiento.

*Registado no liv. 3º dos assentos da Casa da Supplicação, á fl. 9 v.*

Nº 2.

Aos 14 dias do mez de Julho de 1820, em Mesa Grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illm. e Exm. Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do conselho de S. M., etc., foi proposto, a requerimento do desembargador procurador da real fazenda, se a condição posta na instituição de um vinculo anterior á Lei de 3 de Agosto de 1770,—de que, finda a parentella das linhas chamadas para a sua successão, se vendessem os bens em que era instituido, e se distribuisssem em legados pios, que ahi se designárão—se deve considerar como contraria a direito, e na classe das irregulares, exoticas, frivolas e exquisitas, que o § 10 da mesma Lei declara por não escriptas e nullas, tanto nos vinculos instituidos de preterito como de futuro tornando a

todos de regular successão com a qual se torna incompativel, e por consequencia revogada a liberdade concedida aos instituidores no § 3 da Ord. Liv. 4, tit. 100, de ordenarem as instituições como lhes parecesse.

Assentou-se, por uma grande pluralidade de votos dos ministros do concelho e desembargo de S. M. abaixo assignados, que semelhante condição, ou clausula era contraria a direito, tornando assim a instituição do vinculo irregular e exotica; e que por isso, na conformidade do § 10 da referida Lei de 3 de Agosto de 1770, devia reputar-se como não escripta e nulla; pois que sendo os vinculos de sua natureza perpetuos, e havendo de regular-se sua successão até ao ultimo successor dos mesmos, segundo o disposto na Ord. Liv. 4, tit. 100, no que não fôr contraria á dita Lei de 3 de Agosto de 1770; na falta de todos os legitimos successores, se devolvem immediatamente os mesmos á corôa, tanto por direito consuetudinario, observado desde o principio da monarchia, de que attestão os nossos escriptores, como ainda mesmo por direito escripto depois da Carta Régia de 28 de Setembro de 1629 e do Alvará de 2 de Dezembro de 1791, de 20 de Maio de 1796, na parte em que instaurou o § 18 da Lei de 9 de Setembro de 1769, e de 14 de Janeiro de 1807, no § 8.

Tendo, portanto, a corôa seu direito assim fundado, e inherente nos bens dos vinculos, direito que, bem observadas as palavras do pr. da dita Lei de 3 de Agosto de 1770, e as do referido Alv. de 20 de Maio de 1796, lhe provém mais por titulo oneroso do que lucrativo, pois que por largos annos, e mesmo seculos, deixa de perceber sisas dos bens vinculados; é evidente que a clausula que se dirige a priva-la desse direito de devolução, o qual é immediato ao do ultimo legitimo successor, e que é propriamente o termo do *vinculo*, altera ou corta junto á sua extremidade a regra que se acha estabelecida em direito sobre vinculos, os quaes só podem dissolver-se quando chegam a este ultimo termo, isto é, quando entrão na corôa, como bem se deduz do dito Alv. de 20 de Maio de 1796; e por isso é semelhante clausula irregular, exotica e contraria a direito devendo haver-se, por consequencia, como não escripta.

E para não vir mais em duvida, se tomou este assento, que o dito Sr. chancellor, que serve de regedor, assignou com os ministros que nelle votárão. — Como regedor, Salter. — Fomos presentes. — Com duas rubricas dos desembargadores procuradores da corôa e da fazenda. — Ferrão. — Gomes Ribeiro. — Dr. Valasques. — Veiga. — Teixeira. — Guerreiro. — Bragança. — Garcia. — Pereira.

—Barradas. — Quintella. — Dr. Ferreira. — Dr. Salinas. — Germano da Veiga. — Amaral. — Dr. Souza Sampaio. — Oliveira. — Giraldes Quelhas.

*Registrado no liv. 3º dos assentos da Casa da Supplicação á fl. 12.*

Nº 3.

Aos 14 dias do mez de Julho de 1820, em Mesa Grande da Casa da Supplicação, sendo presente o Illm. Exm. Sr. João Antonio Salter de Mendonça, do conselho de S. M., etc., veio em duvida se instituido um vinculo por dous conjuges em suas terças antes da lei de 3 de Agosto de 1770, para andar sempre unido em um só administrador, que disserão — seria seu filho, depois deste o filho ou filha que o mesmo nomeasse, e na falta delles o parente ou parenta mais chegada da geração—extincta a linha dos descendentes, e concorrendo dous transversaes em igual gráo, ambos varões, um descendente de um irmão do instituidor, e outro de uma irmã da instituidora, se se dava preferencia de sangue, eutendidas as palavras da Ord. Liv. 4, tit. 100, § 2,—*sendo do sangue do instituidor*,—ou a qual delles pertencia a administração ?

Assentou-se pela maior parte dos ministros do concelho e desembargadores de S. M. abaixo assignados, que, uma vez que ha concurrencia de transversaes em igual gráo e sexo, prefere a maior idade, segundo a regra geral de direito, sem attenção á differença de sangue de instituidor ou instituidora, os quaes neste caso se devem reputar uma e a mesma pessoa, pois que juntos quizerão instituir um só vinculo, para andar sempre unido em um só administrador; não podendo admittir-se prerogativa de sexo quanto aos instituidores, para haver de preferir o sangue do varão, por isso que semelhante qualidade, como privativa do gráo, não póde ampliar-se á linha quando nella não ha representação, e muito menos, por consequencia, ao ponto de que partem as linhas, qual a instituição; e sem que igualmente seja admissivel a doutrina da divisão dos vinculos, como repugnante á natureza perpetua e individua dos mesmos, que tanto importa á regularidade absoluta a que a referida Lei de 3 de Agosto de 1770 os reduzio; nem possa tirar-se argumento para a dita doutrina do Alv. de 9 de Janeiro de 1788, que militou em caso especialissimo e de diversa natureza do presente quesito.

E para não vir mais em duvida, se tomou este assento, que o dito Illm. e Exm. Sr. chanceller, que

serve de regedor, assignou com os ministros que nelle votarão. — Como regedor, Salter. — Ferrão. — Gomes Ribeiro. — Dr. Valasques. — Leite. — Teixeira. Dr. Guião. — Veiga. — Barradas. — Guerreiro. — Pereira. — Bragança. — Garcia. — Quintella. — Teixeira Homem. — Dr. Figueiredo. — Dr. Ferreira. — Tavares de Siqueira. — Germano da Veiga. — Lencastre. — Dr. Souza Sampaio. — Araujo. — Oliveira. — Giraldes Quelhas. — Esteves. — Coutinho.

*Registrado a fl. 14 do liv. 3º dos assentos da casa da Supplicação.*

**III**

*Duas cartas de lei: uma permittindo aos secularisados egressos de ordem religiosa, e aos mesmos religiosos e religiosas das ordens extinctas, testarem e herdarem; e a outra estabelecendo um imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico.*

1.<sup>a</sup>

DONA MARIA por graça de Deus, rainha de Portugal e dos Algarves, d'aquem e d'além mar, em Africa senhora de Guiné, e da conquista, navegação e commercio da Ethiopia, Arabia e Persia, e da India, etc.: Fazemos saber a todos os nossos subditos que as côrtes geraes decretarão, e nós queremos a lei seguinte:

Art. 1.<sup>o</sup> É permittido aos secularisados egressos de ordem religiosa, e a todos os religiosos das ordens extinctas pelo decreto de trinta de Maio de mil oitocentos trinta e quatro, adquirir, alienar,

testar e dispôr, de qualquer fórma que seja, de seus bens, nos termos em que é permittido pelas leis do reino aos clérigos seculares.

Art. 2.º Os secularisados egressos religiosos das ordens extinctas continuão, todavia, a ser estranhos ás familias em que nascêrão, para não poderem succeder *ab-intestato*, nem prejudicar as legítimas dos que a ellas tiverem direito.

Art. 3.º Aos secularisados egressos, e aos religiosos das ordens extinctas, que fallecerem sem testamento, succederáõ seus parentes (não obstante não serem aquelles chamados a successão destes), observando-se neste caso as leis geraes das successões, e excluido o fisco.

Art. 4.º Esta lei é extensiva ás religiosas que se acharem em idênticas circumstancias.

Art. 5.º Fica revogada toda a legislação em contrario.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer que a cumprão e fação cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém. O secretario de estado dos negocios ecclesiasticos e de justiça a faça imprimir, publicar e correr. Dada no palacio das Necessidades, em trinta de Abril de mil oitocentos trinta e cinco.—A RAINHA.—Com rubrica e guarda.—*Manoel Duarte Leitão.*

Carta de Lei pela qual Vossa Magestade, tendo sancionado o decreto das côrtes geraes de dezoito de Abril de mil oitocentos trinta e cinco que permite aos secularisados egressos de ordem religiosa, e a todos os religiosos das ordens extinctas, bem como ás religiosas que se acharem em identicas circumstancias, adquirir, alienar, testar e dispôr, de qualquer fórma que seja de seus bens, nos termos em que é permittido pelas leis do reino aos clerigos seculares, o manda cumprir e guardar como nelle se contém, pela fórma acima declarada.—Para Vossa Magestade vêr.—*Bartholomeu dos Martyres Dias e Souza* a fez.

2.<sup>a</sup>

DONA MARIA, por graça de Deus e pela constituição da monarchia, rainha de Portugal e Algarves, d'aquem e d'além mar, em Africa, etc.: Faço saber a todos os meus subditos que as côrtes geraes extraordinarias e constituintes da nação portugueza, decretarão, e eu sancionei a lei seguinte :

As côrtes geraes extraordinarias e constituintes da nação portugueza, decretão o seguinte :

Art. 1.<sup>o</sup> As transmissões de propriedade que depois da publicação desta lei se verificarem por título

de doação, legado, successão testamentaria ou legitima, universal ou singular, ou por outro qualquer titulo puramente benefico, serão sujeitas a um imposto regulado e pago pela fórma seguinte :

§ 1.º Se a transmissão se verificar entre collateraes, parentes no segundo gráo, e fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de dous por cento ; e de tres por cento se fôr entre primos coirmãos : os outros parentes no mesmo gráo não estão sujeitos a este imposto. Se a transmissão se verificar entre collateraes, parentes no terceiro e quarto gráo, o imposto será de quatro por cento ; e entre parentes mais remotos ou entre estranhos, o imposto será de seis por cento.

§ 2.º Na transmissão dos bens vinculados em capellas e morgados, o imposto será de um por cento entre descendentes e ascendentes ; e bem assim no primeiro e segundo gráo da linha collateral entre irmãos, ou de tios para sobrinhos. Quando a transmissão fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de tres por cento ; e de sete por cento quando fôr entre primos coirmãos e mais gráos subsequentes.

§ 3.º Se a transmissão por qualquer dos sobre-ditos titulos se verificar de nacionaes em favor de estrangeiros, o imposto será o dobro.

§ 4.º Os gráos de parentesco serão contados segundo o direito canonico, e os adoptivos e afins são reputados estranhos para os effeitos desta lei : os

conjuges, porém, nada pagarão das transmissões que de uns para outros tiverem logar.

Art. 2.º Estão sujeitos ao imposto desta lei os bens immoveis ou de raiz de qualquer natureza, os semoventes, os direitos e acções, e os dinheiros capitalizados ou não capitalizados, ou elles sejam ou não sejam mencionados em testamentos, escripturas ou outros quaesquer titulos. São exceptuados da disposição desta lei os bens moveis, em cuja accepção não ficão comprehendidas as mercadorias e quaesquer outros generos que fação objecto de commercio ou industria.

§ 1.º Este imposto será calculado sobre o valor de todos os bens transmittidos, deduzida a importancia das dividas e de quaesquer encargos com que estiverem onerados, ainda quando a pessoa em quem a transmissão se verificar seja a mesma que tem direito sobre a divida ou encargo. Quando o objecto da transmissão não fôr a mesma propriedade, mas sómente o usufructo, o imposto será calculado sobre a metade do valor da propriedade.

§ 2.º A disposição desta lei não comprehende aquelles donatarios ou successores, cujas transmissões não excederem o valor de cem mil réis.

Art. 3.º Este imposto será apurado, nas doações insinuadas, á vista da avaliação que precede a insinuação; nas heranças em que houver inventario,

pelas avaliações do mesmo inventario. Em todos os outros casos de valor indeterminado, será liquidado por um arbitramento de louvados, escolhidos a aprazimento das partes e dos agentes do ministerio publico, diligencia que será feita *ex-officio*, sem que os contribuintes sejam obrigados a custas.

§ 1.º Se os contribuintes impugnarem o arbitramento por motivos que demandão conhecimento judicial, o administrador do concelho remetterá logo os papeis ao juiz de direito, e este, se na sentença final condemnar os embargantes, não só os condemnará nas custas, mas tambem nos juros da quantia que deverem desde a mora. O juiz, depois da sentença final, tornará a remetter os autos ao administrador.

Art. 4.º Os tabelliães que fizerem escripturas de doação pura *inter vivos*; os escrivães que fizerem termo de abertura de testamento cerrado; os escrivães de registro que registrarem testamentos ou codicillo aberto; os escrivães de redução de testamento ou codicillo nuncupativo; e finalmente, os escrivães de qualquer inventario em que haja herdeiros ou legatarios sujeitos a este imposto, serão obrigados a participar ao administrador do concelho da situação dos bens das ditas doações, heranças ou legados, no termo de trinta dias depois de lavradas as escripturas, termos de abertura ou de

registro, ou depois da sentença de redução e partilhas, sob pena de pagarem de multa outro tanto em que importar o imposto, a que os contribuintes ficão em todo o caso obrigados.

§ 1.º Os parochos são tambem obrigados, de baixo da mesma pena, a dar parte ao administrador do concelho das pessoas que fallecerem *ab-intestado*, ou com testamento, nas suas parochias, dentro de trinta dias depois do seu enterramento.

Art. 5.º Os donatarios *mortis causa*, ou condicionaes, ficão obrigados a participar directamente ao administrador do concelho as suas doações, sem o que não poderão ser attendidos em juizo nas acções que intentarem ácerca dos mesmos bens.

Art. 6.º Este imposto será pago na transmissão dos bens de raiz á razão de dous por cento ao anno, contado desde o tempo da posse effectiva, ou do usufructo, se este não estiver unido á propriedade na época da transmissão. Os contribuintes que não pagarem o imposto no tempo em que são obrigados, ficarão sujeitos a pagar mais o juro da mesma imposição desde a mora em diante.

Art. 7.º Toda a propriedade de raiz que fôr sujeita ao imposto desta lei não será obrigada a outro imposto proveniente de uma nova transmissão senão passados tres annos contados da data da primeira obrigação. O donatario ou successor a favor

de quem dentro daquelle tempo se verificar essa nova transmissão, não será obrigado a pagar senão o resto da quantia que faltar por satisfazer.

Art. 8.º O governo fará os regulamentos necesarios para a boa arrecadação deste imposto, o qual será arrecadado pela junta do credito publico, como parte da sua dotação.

Art. 9.º Fica revogada toda a legislação em contrario.

Palacio das côrtes, em sete de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito.

Portanto, mando ás autoridades a quem o conhecimento e execução desta lei pertencer que a cumprão e executem tão inteiramente como nella se contém. O secretario de Estado dos negocios da fazenda a faça imprimir, publicar e correr. Dada no palacio das Necessidades, em vinte e um de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito.—RAINHA.—Com rubrica e guarda.—*João de Oliveira*.—Logar do sello.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade, tendo sancionado o decreto das côrtes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portugueza de sete de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito, que

estabelece, para dotação da junta do credito publico, debaixo das penas que declara, um imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico, o manda cumprir e guardar como nelle se contém, pela fórma ácima expressada.—Para Vossa Magestade vêr.—*Carlos Bento da Silva* a fez.

---

## ADDITAMENTO.

Jurisprudencia dos tribunaes do Imperio ácerca dos  
testamentos.

## I

O testador que sabe e pode escrever deve assignar o  
testamento e o instrumento da approvaçãõ, sob pena  
de nullidade.

REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA N. 8269.

*Recorrente, D. Josepha Maria Tupinambá.*

*Recorridos, Os herdeiros do commendador Ma-  
noel José Teixeira Barboza.*

Vistos, expostos e relatados estes autos de revista  
civil entre partes, recorrente D. Josepha Maria  
Tupinambá, e recorridos os herdeiros do Commen-  
dador Manoel José Teixeira Barboza, concedem a  
pedida revista por injustiça notoria e consequente  
nullidade do julgado de que se recorre, proferido

contra direito expresso. A Ord. liv. 4, tit. 80, § 1, prescrevendo as formalidades substanciaes do testamento cerrado, declarou que não será valioso tal testamento se fôr algumas dellas preterida, como se vê da mesma Ord. e do Ass. de 17 de Agosto de 1811. Nestas condições está o testamento de D. Antonia Teixeira do Sacramento, feito e approvado em 16 de Dezembro de 1863 :—1º porque, sabendo ella escrever, como se prova por sua assignatura no testamento feito aos 4 de Novembro do mesmo anno, e seu respectivo instrumento de approvação (o que aliás nunca foi contestado), a quelle de 16 de Dezembro não está por ella assignado, mas sim pelo Conego Joaquim Cajueiro de Campos, que lhe escrevêra, contra o que dispõe a citada Ord. nas palavras: « o assignará não sendo escripto por sua mão, e não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever », das quaes resulta claramente que, se o testador sabe escrever, não póde mandar assignar por outrem nem testar deste modo; intelligencia esta que, nascendo naturalmente das palavras citadas, é confirmada pelo modo não differente por que se exprime o legislador no mesmo paragrapho, fallando da assignatura no instrumento de approvação e no principio da mesma Ord. da do testamento aberto; —2º porque, determinando a citada Ord. que o

instrumento de aprovação seja feito em presença de cinco testemunhas, que todas nelle assignaráõ, e o testador não sabendo, ou não podendo, assigne uma das testemunhas o instrumento de aprovação, não está assignado pela testadora, nem por alguma das cinco testemunhas mencionadas nelle, como presentes ao acto, e sim pelo mesmo Conego Joaquim Cajueiro de Campos, não completado o numero das testemunhas; ao que accresce que, prescindindo da apreciação de prova produzida nos autos, que não compete a este tribunal, a simples comparação das disposições contidas no testamento de 16 de Dezembro com as do testamento de 4 de Novembro assignado pela testadora, é em que fôrão observadas as demais fórmulas da lei, convence de que aquelle, se foi dictado pela testadora, não o foi com a necessaria liberdade, nem é expressão de ultima vontade. Remettão-se os autos á Relação do Rio de Janeiro, que designão para revisão e novo julgamento.—Rio de Janeiro, 21 de Junho de 1873. —*Brito*, presidente.—*Mariani*, vencido.—*Simões da Silva*.—*Leão*.—*Cerqueira*.—*Barboza*.—*Albuquerque*. —*C. Pinto*. —*Coito*. —*Valdetaro*. Não votou por ter jurado suspeição o Conselheiro Barão de Montserrat. Relator, o Conselheiro Valdetaro. Revisores, os Conselheiros Albuquerque e Coito.

## II

Formulas substanciaes dos testamentos.— Falta de declaração de não estar o testamento cerrado e cosido no acto da sua entrega ao tabellião (\*).—Idem do logar onde foi feito o instrumento da approvação.—Idem de ter assignado outrem a rogo do testador por elle não saber escrever.—Idem de não terem sido presentes ao acto da approvação cinco testemunhas.—Não se presume que em acto tão grave alguém assigne com nome supposto.

ACCORDÃO DA RELAÇÃO DA CÔRTE N. 14581.

*Appellantes, Ignacio José Pereira Patricio e outros.*

*Appellados, Antonio Soares de Souza e sua mulher.*

Accórdão em Relação, etc.—Que, vistos e relatados estes autos na fórmula da lei, reformão a sentença appellada de fl. 161 v. para julgar como julgação provado o libello de fl. 4, e nullo o testamento de que trata o traslado de fl. 15, visto como não se acha elle revestido das fórmulas substanciaes decretadas pela Ord. do liv. 4º, tit. 80. § 1º, 3ª parte, para esta especie de testamento.

---

(\*) Veja o A. supra, not. 303, a pag. 397.

Assim prova-se dos autos que não sabia lêr nem escrever Luiza Maria da Fonseca, que figura como testadora no referido testamento; e dispondo esta Ord. que, não sabendo assignar o testador, seja assignado o testamento pela pessoa que lh'o escrever; que seja o testamento cerrado e cosido e assim entregue pelo testador ao tabellião, e faça logo este em presença das testemunhas o instrumento de aprovação nas costas do proprio testamento; que não sabendo assignar o testador seja assignado o instrumento por uma das testemunhas com a declaração, ao pé da assignatura, de o assignar por mandado do testador por não saber assignar, taes solemnidades não fôrão cumpridas no testamento de fl. 15, como se evidencia do instrumento de aprovação de fl. 16, no qual não se declara que o testamento estava cerrado e cosido no acto de ser entregue pela testadora ao tabellião; não se declara o logar do testamento onde foi feito o instrumento de aprovação; Hypolito Trigueirinho não fez a declaração sacramental de assignar o instrumento de aprovação por mandado da testadora por ella não saber escrever; e prova-se dos autos que no acto de aprovação não estavam presentes cinco testemunhas, embora figurem nelle cinco assignaturas das testemunhas, visto como da discussão havida nos autos resulta a não existencia de individuo com o nome

de Manoel Gomes Guimarães, sendo inverosimil que em documento de tamanha importancia alguém se sujeitasse a assignar com um nome que não era o seu, e menos que fosse aceito por quem tinha responsabilidade e por quem tinha interesse pelo acto.

Em cuja conformidade, declaração não valioso aquelle testamento nos termos da referida Ord., e mandão que a meiação de Luiza Maria da Fonseca seja devolvida aos autores appellantes, seus herdeiros legitimos. E assim decidindo, condemnão os Appellados nas custas.—Rio, 16 de Dezembro de 1873.—*F. Pereira Monteiro*, presidente interino.—*J. N. Santos*.—*Andrade Pinto*.—*F. A. X. de Brito*, vencido.

A sentença appellada é a seguinte:

« Vistos estes autos, etc.—Allegão os autores Ignacio José Ferreira Patricio e outros, que, tendo-se finado D. Luiza Maria da Fonseca, sem herdeiros, descendentes ou ascendentes, nem collateraes irmãos germanos, ou filhos destes, deve a sua herança ser devolvida a elles, autores, na qualidade de irmãos unilateraes da finada D. Luiza, visto ser nullo o testamento com que falleceu, no qual instituiu seu herdeiro universal a seu marido o réo Antonio

Soares de Souza. Fundão os autores a nullidade do testamento, junto por cópia de fls. 15 a fls. 17, nos seguintes factos: 1º, ter sido a testadora constrangida, por seu marido, a testar pela maneira por que o fez; e por isso não teve a plena liberdade que a lei exige; 2º, não ter sido rubricado pelo tabellião que approvou o mesmo testamento em suas folhas; 3º, não ter a testemunha que assignou a rogo da testadora no instrumento de approvação, declarado que o fez a rogo da testadora por não saber lêrnem escrever; 4º, não ter sido o testamento entregue pela testadora ao tabellião, cerrado e cosido; 5º, não ter o tabellião feito as perguntas da lei e lavrado o instrumento de approvação perante cinco testemunhas, porquanto o nome de Manoel Gomes Guimarães, que figura como uma das testemunhas, não pertence a individuo algum por tal conhecido no logar onde foi approvado o testamento, e mais porque o individuo a quem é attribuida essa assignatura chama-se Manoel Gomes de Moraes, e assim é conhecido. Defendem-se os réos allegando que o testamento foi entregue ao tabellião perante cinco testemunhas; que todas presenciáráo a testadora declarar ao tabellião ser seu testamento e declaração de ultima vontade, e assignáráo o instrumento de approvação; que Manoel Gomes Guimarães foi uma das testemunhas

presentes, não influindo o facto de ter elle usado, ou antes ou depois, de nome diverso; que nenhuma lei obriga o tabellião a rubricar as folhas do testamento; que á declaração do tabellião, no instrumento de approvação de que a testemunha assignára a rogo da testadora por não saber lêr nem escrever, suppre a declaração feita pela propria testemunha e satisfaz á Ord. do Liv. 4º, tit. 80 § 2º; que a testadora foi livre na disposição de seus bens em favor de seu marido, porque, sendo pobres quando se casárão, adquirirão esses bens pelo trabalho de seu marido, o réo, e por isso espontaneamente o instituo seu herdeiro, sendo de notar que já em outro testamento (doc. de fl. 25) o havia instituido herdeiro. Replicão os autores com a materia da replica de fl. 28, e os réos treplicão com a materia da treplica de fl. 30. Expostas as allegações de uma e outra parte, passo a considerar cada um dos fundamentos em que os autores baseão a nullidade do testamento.

*Primeiro fundamento.*—Depois de tudo visto e bem examinado, mostra-se dos autos não terem os autores provado sua primeira allegação, e é ter sido a testadora coagida por seu marido a testar pela maneira por que o fez. Examinada a prova produzida pelos autores, vê-se que das testemunhas inquiridas

por essa parte nenhuma affirma ter sido a testadora constrangida por seu marido a testar como fez. Apenas a testemunha José Marcellino de Souza diz ter ouvido á testemunha Maria Joaquina de Souza, ter a testadora em conversação com esta dito que não fez seu testamento como queria, mas referindo-se Marcellino a Maria Joaquina de Souza, nenhum valor póde ter seu depoimento porque a testemunha referida nada disse a tal respeito quando depôz, como se evidencia dos autos de fl. 51 v. a fl. 56. A testemunha Dr. Manoel Domingues de Castro sabe o que depõe por ouvir a pessoas fortemente interessadas neste negocio, pois são pessoas que terão parte na herança se fôr julgado nullo o testamento; e tambem a Serafim, pretendido legatario de D. Luiza, em cujo depoimento resalta o despeito com que depõe por vêr mallogrado o seu mais bonito sonho. Nenhum valor juridico póde ter o depoimento desta testemunha á vista da fonte por demais viciosa em que se basêa : o contrario seria aceitar as proprias partes interessadas depondo em juizo em seu proprio proveito. Por parte dos réos, valente é a prova para demonstrar que a testadora dispôz livremente em favor de seu marido, o réo. A testemunha Flavio Corrêa Leite diz ter ouvido á propria testadora que instituiria, de sua vontade, seu herdeiro a seu marido porque fôrão pobres, e com seu

trabalho é que possuirão a fortuna que havia, e que além disto ouvio varias vezes a testadora e seu marido dizerem que um seria herdeiro do outro, o que sabe em virtude das relações que mantinha com ambos. As testemunhas Filastrio Soares do Sacramento, José Ferreira da Silva e Domingos de Siqueira Lima abundão nas mesmas idéas, e dão razão procedente de seus ditos. As testemunhas Candido Gomes Pacheco, tabellião que approvou o testamento, diz que nesse acto a testadora se mostrara satisfeita. A testemunha Fabião José do Nascimento sabe que a testadora e seu marido erão pobres, e que ella havia deixar a seu marido o que possuia, e demais que sendo feito o testamento do réo, sabe que elle instituiria sua herdeira a sua mulher D. Luiza. Neste mesmo sentido depõem as testemunhas Augusto da Rocha Trigueirinho e Dr. Antonio Joaquim Leme. Comparadas e apreciadas as provas sobre este ponto, é incontestavel, ao contrario do que allegão os autores, ter a testadora procedido com toda a liberdade instituindo seu herdeiro a seu marido, o réo Antonio Soares de Souza, porquanto ficou provado que este sempre foi o constante pensamento de D. Luiza, manifestado a varias pessoas em diferentes occasiões.

*Segundo fundamento.*—É improcedente esta allegação, não ha lei que o exija, sendo apenas seu

uso um estylo salutar, mas cuja falta não annulla o testamento. Convindo notar que na hypothese era inapplicavel o estylo, porque sendo o testamento escripto em meia folha de papel, na qual teve principio o instrumento de approvação, desnecessaria se tornava a rubrica, cujo fim é impossibilitar a substituição de folhas.

*Terceiro fundamento.*—Esta solemnidade exigida pela Ordenação é supprida pela declaração do tabellião, no instrumento de approvação, de que a testemunha assignára a rogo do testador por não saber lêr nem escrever, como se dá no caso presente. Tal é a opinião seguida por Ictos de nota : T. de Freitas, *Consol. das Leis Civis*, art. 1055, nota respectiva, Corrêa Telles, *Dig. Port.*, vol. 3º, n. 1704, Lobão, notas a Mello, *Supp. Dissert.* 4ª, onde bem demonstra que a falta de declaração pela testemunha é perfeitamente supprida pela declaração do tabellião no instrumento de approvação.

Além dos autores citados, outros ha que seguem esta opinião que abraço; demais a observancia desta providencia segundo as palavras da Ordenação seria por demais supersticiosa desde que o tabellião porta por fé o que a lei quer; e é a certeza de que o testador pedio á testemunha que

a seu rogo assignasse. Esta doutrina acha fundamento no Assento de 10 de Junho de 1817.

*Quarto fundamento.*—Em virtude do Assento citado, é certo que as palavras da Ordenação não podem ser entendidas litteralmente porque seria impossivel escrever em papel cerrado e cosido; e portanto, quando a Lei diz cosido e cerrado, deve entender-se dobrado; desta sorte harmonisa-se esta solemnidade com o que a lei quer; e é que o tabellião não possa lêr e comece o instrumento logo em seguida ao fim do testamento; o que seria absolutamente impossivel a entender-se as palavras da Ordenação segundo sua letra (\*).

*Quinto e ultimo fundamento.*—É esta a questão mais difficil, na causa presente, em minha humilde opinião. Das testemunhas do testamento, cuja validade se controverte, ha a testemunha Manoel Gomes Guimarães. Sendo inquirido Manoel Gomes de Moraes, a quem é attribuida a assignatura existente no instrumento de approvação com o appellido *Guimarães*—diz que não esteve presente e nem assignou o instrumento de approvação: que seu appellido é Moraes e não Guimarães, e que a firma não é sua.

Á vista disto levanta-se a seguinte questão: é

---

(\*) Concorde com a opinião do nosso A., *supra*, not. 303

nullo o testamento contradicto por uma das testemunhas do instrumento de aprovação ?

Vallasco, Consulta 183, tratando desta questão diz : *questio hæc est dubia, et confuse a doctoribus tractata* . . . Daqui se vê a importancia da materia, sobre a qual os doutores têm pensado diversamente; todavia regras ha para apreciação de uma questão desta ordem, e nem podia deixar de ser assim a respeito de uma questão tal . . . *quia tamen est quotidiana* , segundo diz o texto citado.

Assim, pois, para a apreciação da materia deve-se ter sempre em vista o numero e condição das testemunhas affirmativas, principalmente se ha uma só negativa, como no presente caso, não se deixando de considerar a fama do tabellião; e seguindo estas regras, o prudente arbitrio do julgador resolverá a questão. Em relação ao numero das testemunhas, nota-se que por parte dos autores existe sómente uma testemunha negativa, e por parte dos Réos tres affirmativas do numero dos signatarios do instrumento de aprovação, faltando uma, que é fallecida. Assim, pois, além de tres affirmativas contra uma negativa, ha ainda o tabelião e o Dr. Antonio Joaquim Leme que presencião e jurão terem estado presentes cinco testemunhas. A testemunha affirmativa Sant'Anna não assevera só que estiverão presentes cinco

testemunhas e que todas assignarão o instrumento de approvação, como até reconhece a identidade de Manoel Gomes de Moraes, e declara que este Moraes é a mesma e identica pessoa que assignou o instrumento com o appellido de Guimarães.

As testemunhas Hypolito e Augusto Trigueirinho jurão terem estado presentes e assignado cinco testemunhas, e quanto á questão de differença de appellido lembra-se Hypolito ter havido então engano ou troca. A testemunha Candido Gomes Pacheco, tabellião da approvação, jura e reconhece como Sant'Anna, a identidade da testemunha Manoel Gomes de Moraes, que diz ser a mesma pessoa que assignou o instrumento de approvação com o appellido Guimarães.

Ha portanto quanto ao numero superioridade de testemunhas affirmativas contra uma unica negativa, além do tabellião e o Dr. Leme, que posto não seja instrumentaria, todavia presenciou o acto da approvação. Em relação á força probatoria das testemunhas affirmativas sobrepuja a destas á da testemunha negativa. E posto que não se deferisse juramento á testemunha Sant'Anna, o que não foi regular em vista da razão que para isso deu-se, e consta dos autos, é certo que não merece, por essa razão, menos fé, mórmente tendo-se em vista a explicação dada em relação ao engano de nome da

testemunha Moraes, no que combina com o depoimento da testemunha Hypolito Trigueirinho. Além disto, a contradicta opposta a esta testemunha é sem valor, porquanto não é licito contradictar a pessoa apresentada por testemunha por falta de fé, uma vez que a incluiu no rol de suas testemunhas como fizeram os autores em relação á Sant'Anna : sua apresentação importa approvação da pessoa. As testemunhas Hypolito e Augusto Trigueirinho são muito dignos de fé, e se é licito ao juiz apreciar os depoimentos, segundo o conhecimento que tem das pessoas, direi que taes testemunhas são para este juizo maiores de toda excepção. A regular posição de ambas, que lhe dá independencia, e o character irreprehensivel das mesmas fazem pesar muito no animo deste juizo suas affirmações; e em questões controvertidas, como esta, muito influem o conceito que merecem as testemunhas.

Além destas que são instrumentarias (note-se), ainda é digna de notar-se a testemunha Dr. Antonio Joaquim Leme, que presenciou a approvação e já terem assistido a ella e assignado o instrumento cinco testemunhas.

A posição social desta testemunha, bem como seu nenhum interesse na decisão da causa, o que se dá com as testemunhas Hypolito e Augusto

Trigueirinho, e a nenhuma duvida opposta ao character das mesmas fazem com que muito conceito mereção suas affirmações. A testemunha Candido Gomes Pacheco, tabellião que approvou o testamento em questão, jura terem estado presentes e assignado o instrumento cinco testemunhas, e reconhece a identidade da pessoa que assignou com o appellido Guimarães.

Este tabellião, além da fé que merece como tal, ainda é conceituado como homem honesto e honrado no logar de sua residencia, segundo informações obtidas pelo juizo.

A isto accresce que nada foi opposto ao seu character e conceito pelos autores, o que convence mais da fé que merece, e sendo tal a fama do tabellião, implicitamente reconhecida pelos proprios autores, é certo que muito devem pesar suas affirmações.

Cabe aqui notar que o tabellião Pacheco não pôde ser havido por suspeito nesta questão, onde se trata de nullidade certamente por falta de solemnidades, e não de falsidade, que é cousa diversa. E tanto assim é que os autores, allegando que a assignatura de Manoel Gomes Guimarães não é da testemunha Manoel Gomes de Moraes, a quem é attribuida, todavia não dizem que tal assignatura foi falsificada, e nem ao menos attribuem-na a outra pessoa.

Isto faz firmar a opinião de que Moraes é o mesmo Guimarães, aliás dir-se-hia que é falsa, e assim seria apontado como falsificador da firma.

Demais é preciso não esquecer que a differença de nome está sómente no appellido, o que convence que apenas houve engano ; aliás, como explicar-se a coincidência de serem iguaes os nomes e cognomes ?

Esta differença de appellido está explicada pelas testemunhas provindo do engano de escrever-se Guimarães em vez de Moraes, aceitando a testemunha aquelle appellido por se julgar de nenhuma importancia para o caso ; e disto se quer tirar proveito.

O exame feito para provar a differença da letra é irregular, e mesmo insubsistente, pois as partes fôrão privadas do direito de nomear os peritos contra o disposto na Ord do liv. 3, tit. 17, que manda serem taes nomeações a aprazimento das partes.

E além disto, nem ao menos fôrão os réos admitidos a oppôr-se á nomeação dos peritos, sendo que um delles tem contra si uma suspeição legal, de ser irmão de um dos autores, o que se prova dos autos ; e o outro é recusado como inimigo do réo, o que não está conforme á Ord. citada § 1º. Ainda mesmo assim, do exame se mostra que houve

vacillação da parte dos peritos, e seu espirito não se achou naquelle estado inabalavel em relação ao facto para produzir convicção, estado de certeza, e por isso não affirmão; e contentão-se em dizer— parece.

Assim, pois, nenhuma força póde ter o exame, e luz alguma trouxe para a questão, porque as differenças encontradas pelos peritos na assignatura do testamento, dão-se nas assignaturas lançadas nestes autos por Moraes, pois combinando-se as mesmas vêr-se-ha quanto são differentes entre si, e por consequencia quão fraca é a força probatoria do exame, fundando-se nas differenças encontradas.

Portanto, e pelo mais que dos autos consta, principios de direito e opiniões de doutores, com que me conformo, julgo improcedente a presente acção, os autores carecedores de direito, pagas as custas pelos mesmos repartidamente.

Hei esta por publicada em mão do escrivão que a intimará ás partes.

Devolva-se este processo ao juiz de onde veio, pagas as custas deste juizo.

Parahybuna, 1 de Fevereiro de 1873.—*Virgilio de Siqueira Cardoso*.

## III

É valido o testamento cerrado de quem sabe, mas não pôde escrever, assignado por terceiro a rogo do testador.—O instrumento da approvação pôde ser assignado a rogo do testador por quem não è nelle declarado como testemunha.

ACCORDÃO DA RELAÇÃO DA CÔRTE SOBRE A REV. N. 8,269  
SUPRA I.

Accordão em relação revisora, etc.— Vistos, expostos e examinados estes autos de revista civil, entre partes: Recorrente, a autora primeira appellante D. Josepha Maria Tupinambá, e recorridos, os herdeiros habilitados do réo primitivo segundo appellante, o commendador Manoel José Teixeira Barboza, pedindo áquella em libello civil a annullação do testamento da viuva deste D. Antonia Teixeira do Sacramento, feito em 16 de Dezembro de 1864 (fl. 35 v.), e o julgamento de validade do de 17 do mesmo mez e anno (fl. 20 v.) e, em reconvenção, pedindo inversamente o accionado o reconhecimento da falsidade deste testamento e o da validade do outro: resulta e vê-se dos autos que carece de fundamento juridico e de prova o pedido de acção, e é procedente e fundado o da reconvenção.

Em Abril de 1866 a recorrente, tendo requerido licença, mediante justificação da ausencia diuturna de seu marido, afim de defender os direitos do seu casal (fl. 41 e 44 v.), propôz ao pai dos recorridos, pela 3<sup>a</sup> vara municipal da Bahia, o libello de fl. 9, pedindo-lhe a restituição da herança deixada por sua irmã D. Antonia Teixeira do Sacramento, por ser nullo o testamento de 16 de Dezembro de 1864, que o instituiu herdeiro, e valido, como pedio que se julgasse, o de 17 do mesmo mez, em que foi ella instituida.

Fundou a recorrente a sua acção e pedido no vicio interno e externo do testamento de 17 de Dezembro; allegando coacção da testadora, falta de sua assignatura no original e na approvação, nullidade no modo por que esse requisito da lei foi supprido.

O accionado Manoel José Teixeira Barboza contrariou o libello, pedindo que se julgasse a acção improcedente, por serem inveridicas e sem valor as allegações do A. e em reconvenção atacou o testamento de 17 de Dezembro como falso, e pedio que assim fôsse julgado (fls. 49 a 59 e 64).

Seguirão a acção e reconvenção os termos da lei até os finaes e decisorios constantes dos autos.

Destes se mostra que aos 17 de Dezembro de 1864, fallecendo na freguezia de Sant'Anna da

cidade da Bahia a mencionada D. Antonia Teixeira do Sacramento, deixando alguma fortuna e nenhum herdeiro forçado (documento ex fl. 20) nesse dia do obito fôrão apresentados ao juizo da provedoria os tres testamentos cerrados, por certidão a fl. 20 v., 27 e 35, aquelle do mesmo dia do fallecimento em opposição ao do dia anterior.

Mostra-se mais dos autos que o primeiro e o ultimo testamento, de 4 de Novembro e 17 de Dezembro, fôrão apresentados em juizo pelo genro da recorrente, Antonio da Costa Chastinet Filho, e isto no mesmo dia da feitura e approvação do ultimo e do fallecimento da testadora (fls. 26 e 36).

Aquelles testamentos de 4 de Novembro e de 17 de Dezembro identificação-se no fundo das disposições, em que avulta o interesse da familia da recorrente. No de 4 de Novembro, escripto por Antonio da Costa Chastinet Filho e assignado por D. Antonia Teixeira do Sacramento, approvado pelo tabellião interino Alvaro Lopes da Silva, a testadora distribuiu varios legados com a familia principalmente da recorrente e de seu genro Chastinet, libertou os seus escravos e instituiu seu herdeiro, pelos motivos que declarou de intima amizade e bons serviços recebidos, a Antonio José Tupinambá; ou á sua mulher a recorrente D. Josepha Tupinambá; sendo a razão da fórmula substitutiva a *complicação*,

alludida no testamento, de andar então ausente Antonio José Tupinambá, como anda hoje, por estar sujeito a sentença condemnatoria por crime de introdução de moeda falsa (fl. 31 e fl. . .).

No testamento de 17 de Dezembro, escripto a rogo e approvedo pelo escrivão do juizo de paz, Manoel Procopio dos Santos Ribeiro, são feitas disposições na maior parte iguaes ás do testamento de 4 de Novembro, alforriados nomeadamente todos os escravos existentes (79), e instituida herdeira universal directamente a recorrente, mulher do condemnado ausente.

No testamento, porém, de 16 de Dezembro (a que se contrapõe aquelle do dia seguinte), a testadora D. Antonia Teixeira fez alguns legados, libertou onze escravos designadamente e nomeou por seu herdeiro e primeiro testamenteiro a seu irmão Manoel José Teixeira Barboza, pai dos recorridos. Este testamento foi escripto e assignado a rogo da testadora— por não poder escrever— pelo seu parochó, o conego Joaquim Cajueiro de Campos, e approvedo pelo tabellião Manoel Jorge Teixeira, sendo o dito conego tambem presencial ao subsequente acto de approvação, e, pela mesma razão de impossibilidade, o assignou a rogo da testadora com as cinco testemunhas nomeadas (fls. 37 v. a 38).

Consta ainda dos autos que os termos da abertura dos testamentos que interessavão á recorrente e sua familia e por seu genro apresentados, não fôrão assignados pelo juiz provedor, e que por elles não se fez obra: ao contrario, a falsidade do de 17 de Dezembro foi investigada pela policia em processo criminal, em que os reputados factores fôrão pronunciados, conseguindo afinal absolvição.

Consta mais que, comquanto durante esse processo, e seguramente em desforço, um filho da recorrente dêsse denuncia contra o herdeiro instituido, o conego escriptor e subscriptor e as demais testemunhas da approvação do testamento de 16 de Dezembro, nenhum foi pronunciado: sendo que, ao contrario desimpedidamente deu-se execução a esse testamento, e em seu cumprimento Manoel José Teixeira Barbosa assignou termo de aceitação da testamentaria de sua irmã, tomou conta dos bens, deu-os a inventario, liquidou a herança com a fazenda provincial, e por fim prestou contas do testamento, apparecendo sómente em Abril de 1866 a opposição constante destes autos.

Se o historico da causa, visto e bem considerado o que fica expendido, só por si mostra o fim transparente do testamento de 17 de Dezembro, de restabelecer como substancialmente restabeleceu o

abandonado testamento de 4 de Novembro, o claro intuito de remover o embaraço do de 16 de Dezembro, no interesse da familia da recorrente, o mais dos autos e a prova dos recorridos, dada aos artigos da contrariedade e reconvenção, convencem que o testamento de 17 de Dezembro é inaceitavel por falso.

Nem foi illidida essa prova adversa, nem explicada satisfactoriamente a possibilidade material, seriamente contestada, da feitura desse testamento e do auto da approvação nas poucas horas contadas da confecção e approvação do testamento do dia antecedente até a do fallecimento da enferma D. Antonia Teixeira, sendo que a propria recorrente cedeu á evidencia da falsidade quando, reconhecendo-a e fulminando a sentença de fl. 334 v., pedio a confirmação desta a fls. 382 e 394 v.

Independente da falsidade, não póde subsistir tal testamento, por não satisfazer o seu instrumento de approvação (fl. 24 v.) as fórmulas essenciaes do § 1º do tit. 80 da Ord. liv. 4º, e do assento de 10 de Junho de 1817, relativamente ás indispensaveis affirmações que devia fazer a testadora, e certificar precisamente o official do instrumento.

Quanto ao testamento de 16 de Dezembro (fl. 35 v.), pelo qual D. Antonia Teixeira fez seu

herdeiro e primeiro testamenteiro a seu irmão, nada ha que o invalide, em razão da fórma *interna* ou *externa*.

A allegação de coacção foi destituída inteiramente de prova, sendo, demais, contra-producente o invocado testemunho da autoridade comparecente na occasião da approvação, como, á vista do que a mesma autoridade observou e referio, bem allegarão e demonstrarão os recorridos.

Não repugna, vistos os documentos exhibidos, a instituição testamentaria com o estado das relações do instituido com a irmã testadora, nem ha cousa mais natural do que reparar D. Antonia Teixeira, ao dispôr-se para a vida eterna, o erro e a cegueira, por alheias suggestões, que lhe estranhára seu irmão, causas do testamento anterior, como fizerão patente os recorridos.

A differença profunda das disposições comparadas dos dous testamentos de 4 de Novembro e 16 de Dezembro, é argumento infeliz; visto como é justamente para fazer valer na familia a final deliberação e ultima vontade do defunto, que foi instituido o testamento, e sua segurança protegida pela garantia das solemnidades da lei.—LL. 1<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> Dig. *Qui testamenta facere possint*. E é da essencia do testamento ser revogavel e da liberdade de testar o direito de mudar de vontade—*usque ad vitæ*

*supremum exitum. L. 4<sup>a</sup> Dig. de adimend. vel transfer. legat.*

Ao tratar do testamento cerrado, mandando a Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 80, no principio do § 1, que assigne pelo testador a pessoa que lh'o escrever, *não sabendo assignar*, não cogitou de reservar essa fórma de testar sómente para os que souberem lèr, nem impôz nullidade pela assignatura a rogo, no caso de impossibilidade.

Semelhante faculdade de testar, se a lei a quizesse estabelecer, estaria no logar proprio no tit. 81 ; e em todo o caso faria a limitação ou interdicção positivamente expressa, e tambem expressa e clara a nullidade, por ser pena, a qual sem lei é effeito sem causa.

A praxe constante tem firmado a observancia pratica da lei, sempre se entendendo e julgando que tanto importa não saber, como não poder assignar o testador.

A identificação dos dous casos é instituida pela propria Ord. liv. 4, tit. 80, no seu principio, e em seguimento á parte citada do § 1<sup>o</sup>, de accordo com o disposto em outras Ordenações e com a legislação romana, que pronuncia a igualdade : « *Quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat.* »

Assignando o instrumento de approvação, por impedimento e a rogo da testadora, como o fez o

conego Joaquim Cajueiro de Campos, escriptor e subscriptor do testamento, e pela mesma razão presente ao instrumento com as cinco testemunhas ahí nomeadas, ficou perfeitamente satisfeito o intuito da lei e garantido o acto, acima da segurança exigida pela mesma lei.

Ora, o reforço de garantia nunca foi nullidade, e a intervenção de uma testemunha extranumeraria, em casos e para fins semelhantes, é positivamente permittida pelo Assento de 10 de Junho de 1817, ao declarar o penultimo requisito essencial da approvação : «5.º *Com a assignatura do testador ou de alguma testemunha por elle, etc.*» E nisto foi o Assento de harmonia com o principio identico do direito romano, na Lei 1ª § 1º, *Cod. de Testamentis*.

Portanto, e o mais dos autos, havendo por improcedente a acção e provada a reconvenção de fl. 64, julção de nenhum effeito, como falso e nullo, o testamento de 17 de Dezembro de 1864 (fl. 20 v). e perfeito e valido o de 16 do mesmo mez e anno (fl. 35 v.), feito por D. Antonia Teixeira do Sacramento, ficando virtualmente sem effeito o anterior de fl. 27 ; e pague a A. recorrente as custas da acção e da reconvenção, em que a condemnão. Rio de Janeiro, 21 de Abril de 1874.—*Pereira Monteiro*, presidente interino.—*Tavares Bastos*. Votei

pela declaração de ficarem respeitadas os direitos dos escravos libertados no testamento de 4 de Novembro, porque, cedendo este ao posterior de 16 de Dezembro, sómente por virtude do principio consignado no § 2 da Inst.—«*quibus modis testamenta infirmantur*», deve limitar-se esse principio, como limitão-se e cedem as *regras* geraes e o rigor do direito a favor da liberdade, como é positivo e expresso na L. 24, § 10, Dig. *de fidei libert.* no § 4º, das *Inst.*, *de donat.* e na Ord. liv. 4, tit. 11, § 4 pr.—*Azevedo.*—*Campos.*

#### IV

Liberdade conferida em testamento cerrado pôde ser revogada por codicillo posterior.

ACCORDÃO N. 11 DA RELAÇÃO DE S. PAULO.

*Appellante o Juízo ;*

*Appellados, D. Maria Leite de Camargo e outros.*

Accordão em Relação, etc.—Vistos, relatados e discutidos estes autos, confirmão a sentença appellada de fl. 40 pelos seus fundamentos, conformes a direito e ás provas dos mesmos autos.—S. Paulo, 17 de Julho de 1874.—*Norberto dos Santos*, presidente,—*Cerqueira Lima.*—*Trigo de Loureiro.*—*S. J. Pereira.*

A sentença appellada é a seguinte :

Examinados estes autos, etc. — Pede o A. Miguel, assistido por seu curador, ser declarado livre do captiveiro, porque seu senhor, José Custodio Leite, em testamento feito em Dezembro de 1870, conferio-lhe a liberdade, disposição esta que não podia ser revogada por um codicillo feito a 30 de Março deste anno, quando já se achava quasi moribundo, não só porque seu senhor deu publicidade áquella disposição testamentaria, como porque a Lei de 28 de Setembro de 1871, art. 4.º § 9.º, revogou a Ord. liv. 4.º tit. 63 § 7.º, que dava o direito de, por ingratidão, revogar-se a liberdade concedida, etc.

Entretanto, como as disposições testamentarias só começam a ter vigor depois da morte do testador, que as póde revogar a seu belprazer, até os ultimos momentos da sua vida, direito este que não fica prejudicado por terem-se tornado publicas de qualquer modo aquellas disposições ; e não tendo applicação para o caso de que se trata o art. 4.º da lei de 28 de Setembro de 1871, que revogou a Ord. Liv. 4.º tit. 63 § 7.º, porquanto esta trata das alforrias já concedidas, e de que os libertos já estavam de posse e gôzo ; entretanto que o autor esteve sempre na escravidão, e nunca mudou, ou

deixou esta condição, visto como a verba testamentaria que o tinha de favorecer em tempo opportuno não chegou a produzir effeito, caducou, e foi nullificada por quem o podia fazer, julgo o autor carecedor desta acção. Appello, porém, desta decisão para o tribunal da Relação, nos termos do art. 7º da Lei de 28 de Setembro do anno passado, e art. 80 do Regulamento de 13 de Novembro proximo findo. Itú, 27 de Dezembro de 1872.— *Joaquim Pedro Villaça.*

É digna de nota a seguinte promoção do Exm. Sr. Conselheiro Olegario Herculano de Aquino e Castro, como procurador da corôa :

« Officiando nesta causa tenho de attender a interesses diametralmente oppostos: o do escravo libertando, e o dos orphãos, seus pretensos senhores. Com relação a uns e outros, e sobre a questão de direito que se agita nos autos, direi que me conformo com a doutrina que se contém na sentença de fl. 40.

«O escravo libertado em verba de testamento cerrado não tem adquirido jus á liberdade, se mais tarde é a mesma revogada em codicillo, embora feito em notas de tabellião. E a razão é porque o testamento, como acto de ultima vontade só vigora depois do fallecimento do testador; até então as suas disposições, embora conhecidas, como aqui se diz que o

fôrão, são revogaveis *ad nutum*; não ha modo de faze-las effectivas; não ha direito adquirido, nem é o caso de se argumentar com a disposição legal que prohibe a revogação da liberdade por motivo de ingratição (Lei de 28 de Setembro de 1871, art. 4.º, § 9º).

O mesmo escriptor invocado pelo curador do escravo diz a respeito o seguinte :

« Assim como o senhor póde retirar arbitrariamente a liberdade que esteja na sua intenção conferir (*in mente reposta*), embora escripta em testamento cerrado ou codicillo, assim o póde fazer quando por carta ainda não entregue, exhibida ou mandada registrar; é apenas um acto intencional, puramente de consciencia, do qual nenhum direito vem ao escravo. Por fórma que só por morte se verificará, se ainda então o escravo se achar no patrimonio do senhor e *se existir* a disposição a seu favor ».

Quanto á allegação de haver o testador dado publicidade á disposição testamentaria antes de revoga-la, cumpre ainda notar que, quando mesmo vigorasse hoje esse modo menos solemne de manumittir (*inter amicos*), admittido pelo direito romano, nenhuma applicação favoravel ao escravo poderia ser feita na occasião, porque não ha a menor prova de semelhante allegação.

Isto quanto ao julgamento.

Quanto ao processo observarei:

1.º Que os herdeiros instituidos no testamento a fl. 7 são nove sobrinhos do testador; filhos de duas irmãs meras usufructuarias da herança; mas, correndo a acção com citação da viuva, mãe de sete herdeiros, e tambem do curador a estes dado pelo juiz da causa, assim como do pai dos dous herdeiros restantes, como tudo se vê a fl. 21, não se sabe se os ditos menores estão em idade de poder ser dispensada a citação pessoal como já entrou em duvida, ou se é o caso de applicar-se a disposição da Ord. liv. 3º, tit 41 § 8º.

2.º Que embora verse a causa sobre a condição de um supposto escravo, não tem applicação o preceito do art. 22 do Regulamento de 28 de Março de 1868, quanto á exhibição do conhecimento de matricula; porquanto, essa exigencia só póde ser feita ao senhor do escravo, a quem corre a obrigação de effectuar a matricula a bem do direito dominical, e quando é a acção da justiça provocada por elle, e não pelo escravo, como aqui se dá; a menos que se não queira estender indistinctamente a disposição da lei aos casos de ser o senhor autor ou réo, contra o que já foi uma vez julgado neste mesmo tribunal.

Nestes termos, parece que deve ser julgada im-  
procedente a appellação interposta *ex-officio* da sen-  
tença a fl. 40. São Paulo, 25 de Junho de 1874.—  
*Aquino e Castro.*

## V.

Compete ao juiz de direito julgar a redução á publica forma  
do testamento nuncupativo contendo reconhecimento de  
filhos naturaes e disposições de bens excedentes de  
500\$000.

## ACCORDÃO DA RELAÇÃO DE PORTO ALEGRE.

*Aggravante, João Paulo dos Santos Abreu.*

*Aggravado, O juiz de direito da comarca de  
Taquary.*

Accordão em Relação, etc.—Que não tomão co-  
nhecimento do presente agravo por não ser caso  
delle a decisão dada pelo juiz de direito em gráo  
de agravo interposto do juiz municipal para elle  
juiz de direito, que não proferio decisão sobre  
competencia, ou de natureza tal que puzesse fim  
ao feito.

Vê-se deste instrumento que o juizo municipal  
preparou e julgou por primeira e segunda sentença

um processo de acção de redução de testamento nuncupativo á publica fórma ; contendo reconhecimento de filhos naturaes, e disposições de bens de valor muito provavelmente excedente de 500\$, sendo a segunda sentença sobre embargos em que o embargante João Paulo dos Santos Abreu, filho do fallecido Paulo José de Abreu, a quem se attribue o testamento, allegava declinatoria do fóro de Taquary para o de Porto-Alegre, incompetencia de jurisdicção do juiz municipal para proferir a sentença, que competia ao juiz de direito, e improcedencia da acção por falta de provas.

Evidentemente o juiz municipal exerceu jurisdicção do juiz de direito, e assim ficou a parte privada dos recursos ou de appellação ou aggravo, qual no caso coubesse, do juiz de direito para a relação do districto, na fórma da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, e seu Regulamento n. 4824, e Decreto de appellações e aggravos n. 5456 de 1873, havendo assim uma inversão de jurisdicção,—caso grave, e de ordem publica. Mas este tribunal, devendo manter por sua parte as fórmas regulares de decidir, não toma conhecimento deste recurso, visto como, por um lado, o juiz de direito não proferio decisão sobre incompetencia, ou de natureza tal que terminasse o feito, e por outro lado o recurso do aggravante é aggravo de aggravo.

Nestes termos, deixando salvo á parte o uso dos meios ordinarios para obter a reparação dos erros, e da inversão de jurisdicção advertem ao juizo municipal que cumpra religiosamente o preceito da Lei, e condemnão o aggravante nas custas.—Porto-Alegre, 29 de Julho de 1874.—*J. B. Gonçalves Campos*, presidente com voto.—*Sampaio Mendonça*. —*Uchôa*.

## OBSERVAÇÃO

Do accordão não fica bem claro si a incompetencia é *ratione materiae*, ou em razão da alçada, por ser a causa de valor superior a 500\$000. O que é certo é que se não tratava de executar disposições de bens cujo valor excedesse de 500\$000 ; mas tão sómente de reduzi-las á fórma publica afim do testamento poder ser exequível.

## VI

O testamento nullo porque o testador não podia dispôr dos dois terços (legítima) sustenta-se na parte em que dispõe do terço dos seus bens.—A alforria conferida em testamento a todos os escravos do testador casado conforme o costume geral do imperio só aproveita aos que tocarem na sua meação.—Não chegando a terça do testador para se fazer effectiva a alforria conferida em testamento, na fórma do disposto no art. 4º da Lei de 28 de Setembro de 1871, vai constituir a formação de peculio para futura libertação.

## ACCORDÃO DA RELAÇÃO DO OURO PRETO.

*Appellante, O Juiz de direito da Campanha.*

*Appellados, Vicencia e outros, por seu curador.*

Accordão em relação, etc.—Que vistos e relatados estes autos na fórma da Lei, julgão procedente a appellação *ex-officio* da sentença de fls. 28, para a reformar como a reformão, na parte em que, julgando os autores, que pela partilha amigavel de fls. 14 couberão na meiação do testador, Manoel Antonio da Silva, carecedores da acção proposta, negou-lhes tambem o direito ao producto liquido da terça depois de satisfeitos os outros legados, como peculio, para obterem suas liberdades, nos

termos da Lei 2040 de 28 de Setembro de 1871, o que não se lhes devia negar, á vista da clara disposição testamentaria por certidão a fls. 5; por quanto, se é nullo esse testamento quanto á sua disposição sobre as duas terças partes da meiação do testador, visto, na falta de descendentes legitimos, ter ainda vivo seu pai, que tambem é seu herdeiro necessario, com tudo não deixou por isso de ser valido quanto á disposição da terça do mesmo testador, nos termos da Ord. Liv. 4º, tit. 82, §§ 3º e 4º; mui principalmente tratando-se de concessão de liberdade, em que se deve dar áquella disposição testamentaria uma interpretação mais favoravel e conforme á vontade do mesmo testador; portanto, reformando nesse ponto a sentença appellada para julgarem, como julgão, os indicados autores com direito ao producto liquido da terça do testador, como peculio para a futura obtenção de suas liberdades, confirmão a mesma sentença na parte em que julgou os outros autores carecedores da acção proposta; porquanto, não pertencendo elles ao testador não podião chamar a si o beneficio, que este concedeu aos escravos que pertencessem á sua meiação, como é expresso no indicado testamento; e julgando desta fórma, deixão de condemnar em custas, por serem destas isentos

semelhantes processos, segundo dispõe o art. 81 § 3º do decreto n. 5135 de 13 de Novembro de 1872.

Ouro Preto, 19 de Maio de 1874. — *Gonzaga*, presidente. Votepor desempate. — *Silva*, vencido. — *Martins Costa*.

A sentença da 1ª instancia é a seguinte :

Vistos estes autos de acção de Liberdade, A. A , Vicencia, crioula e seus filhos Vicente, Paulina e outros por seu curador, e R. R. Domingos José Gonçalves e João Alves Guimarães, pedem aquelles que seja proclamada sua liberdade em vista do testamento com que falleceu seu senhor Manoel Antonio da Silva, que dispoz, como se vê do mesmo testamento a fl. 5, que, cumpridas suas disposições, para cumprimento das quaes se arrematem alguns escravos, aquelles que restarem sirvão á sua senhora durante a sua vida, e por morte desta fiquem libertos no resto de sua meiação.

Contestão os R. R., senhores de Vicencia, Prudencio, Fabiana e Paulina, dizendo que o testamento é nullo, pois que Manoel Antonio da Silva, ao tempo em que o fez, não estava em seu juizo perfeito ;

Que quando não seja nullo no todo, o é quanto á instituição que invocão os A. A. ;

Que o testamento não faz menção do pai do

testador, pai legitimo, e que elle sabia que o tinha e que vivia ;

Que tal doação de liberdade importa um legado que excede ás forças da terça, etc., etc. ;

O que tudo visto e examinado, julgo os A. A. carecedores de acção pelas razões dos R. R., com as quaes me conformo e outras que dellas se deduzem .

A liberdade pedida importaria a liberdade de todos os escravos, como elles a pedem, o que é contrario ao mesmo testamento que dispõe que se arrematem os escravos para cumprimento de disposições ás quaes o testador dá preferencia .

Outrosim, esquecendo-se o testador do pai vivo, deixa livres aquelles escravos que restarem de suas disposições, e como, tirada a herança do pai, nada resta, nenhum direito assiste aos A. A.; e quando algum restante ficasse, não podia a liberdade ser demandada por todos .

Julgando os A. A. carecedores de acção, appello *ex-officio* . — Campanha, 5 de Outubro de 1874.  
— *Joaquim Caetano da Silva Guimarães* .

## VII

Compete ao juiz de direito das comarcas geraes o julgamento da reducção do testamento olographo.

ACCORDÃO N. 20 DA RELAÇÃO DO OURO PRETO.

*Appellante, Valeriano Francisco Pires.*

*Appellada, Maria Clara Barboza.*

Accordão em Relação, etc.—Que vistos, relatados e discutidos estes autos, comquanto fosse mais regular que do despacho a fl. 46 tivesse havido o recurso de agravo do que o de appellação da sentença de fl. 47, e não se tendo vencido a preliminar de não se tomar conhecimento da appellação de fl. 91, em razão da allegada incompetencia do juiz que proferio o despacho de fl. 99, porquanto não houve da supposta incompetencia o competente recurso de agravo; negão provimento á indicada appellação, e mandão que subsista a sentença appellada de fl. 84, na parte em que julgou valida e reduzida á publica-fórma a disposição constante do papel de fl. 3, não, porém, como testamento nuncupativo, para o que seria indispensavel que 6 testemunhas contestes tivessem deposto sobre todas as disposições feitas pelo testador, o que não temos

nestes autos, mas sim como testamento olographo; porquanto, excluidas as testemunhas 6<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> e tambem a 2<sup>a</sup> que foi quem, a rogo da testadora, escreveu e assignou o testamento, e incluída a 1<sup>a</sup> que tambem está assignada, ou em logar desta a 2<sup>a</sup>, como quer aquella sentença, temos 5 testemunhas, que todas depuzerão terem ouvido lêr o testamento, condição essencial para a reducção e publicação do olographo, reconhecendo todos os signaes e assignaturas proprias e dos autos (Coelho da Rocha §§ 680, 681 e 683) assim como declararão ter ouvido da testadora, que era na realidade aquelle o seu testamento e ultimas disposições.

Assim julgando, condemnão nas custas o appellante Valeriano Francisco Pires.

Ouro Preto, 25 de Agosto de 1874. — *Silva*, presidente interino. — *Faria*. — *Guimarães*. — *Salomé*.

A sentença appellada é a seguinte :

Vistos e examinados estes autos, etc. — A autora D. Maria Clara Barboza allegou na petição de fl. 2 que sua tia e madrinha D. Umbelina Pires de Miranda, achando-se gravemente enferma, porém estando com perfeito juizo, fizera no dia 28 de Agosto do anno findo o seu testamento aberto, particular, instituindo-a e a seus filhos por herdeiros

de todos os seus bens, e que fallecendo naquelle mesmo dia, requeria por isso a redução e publicação judicial, citadas as testemunhas para deporem como ensina Coelho da Rocha, § 681, sobre a disposição e mais formalidades especificadas no dito §, sendo tambem citados para o acto o collector, curador, herdeiros *ab intestato* e suas mulheres, e que, feita a redução ou publicação, subisse ao juiz de direito para julga-la por sentença.

Inqueridas as testemunhas com assistencia e opposição do procurador de um dos herdeiros citados, fôrão ouvidos o collector, que nada oppôz, e o Dr. curador, que a fl. 45 opina pela validade do testamento, como nuncupativo.

O Dr. juiz municipal, suscitando no despacho de fl. 46, a questão de competencia, resolveu não mandar os autos ao juiz de direito, julgando-se competente para decidi-los a final, e assim preparados, proferio a sentença de fl. 47, julgando improcedente a redução e publicação do testamento.

Desta sentença appellou a Autora, expondo na petição de fl. 55 a 56 as razões de incompetencia do juiz e da procedencia da redução e publicação do testamento, a que respondeu o mesmo juiz no despacho de fls. 58 v. a 61, sustentando o seu procedimento e mandando tomar o termo de appellação.

Subindo os autos a este juizo, a Autora offereceu, como razões de sua appellação, a materia dos requerimentos de fls. 54 a 55, e o réo, que se lhe oppõe, apresentou as allegações de fls. 76 a 81, procurando sustentar em todas as suas partes a sentença definitiva de fl. 47.

Suscitada no dito despacho de fl. 46 a questão da competencia, cumpre-me decidi-la preliminarmente, por ser a competencia a primeira condição do julgador, e assim, attendendo que as razões longamente desenvolvidas no despacho de fl. 58, e principalmente nas allegações de fl. 76 reduzem-se ás seguintes :

1.º Que a publicação judicial do testamento é uma simples justificação ; e não causa processavel em qualquer juizo, conforme o aviso de 23 de Outubro de 1872 ;

2.º Que pertence á provedoria, cujas attribuições como privativas não fôrão alteradas pela novissima reforma, a qual nem disso cogitou, como se conclue de um aviso do governo a respeito do juizo privativo dos feitos da fazenda;

3.º Que o testamento, como acto de ultima vontade, não soffre apreciação de valor, em sua reducção não póde haver questão de herança, tratando-se unicamente da effectividade e validade das disposições do testador, ahi nada se pede, não ha

questão de alçada, e é impossivel determinar-se valor ;

4.º Que, porém, quando fôsse possivel questionar-se sobre a alçada e determinar-se o valor, não era o papel de fl. 57 (uma relação particular especificando os bens e seus valores) sem nenhuma authenticidade e apresentado depois da sentença, que determinaria a alçada.

Considero que taes razões não provão a competencia pretendida ; por quanto, a 1ª, (além de estar em contradicção com a 2ª, pois si é simples justificação processavel em qualquer juizo, não póde ser de privativa attribuição do da Provedoria) amplia de um modo inadmissivel a intelligencia do Aviso citado, o qual declarando que na expressão—causas civeis—de que usa o art 24 § 1º da Lei n. 2033, não se comprehendem as justificações, teve principalmente em vista aquellas de que trata o art. 27, § 2 da mesma Lei, cujo fim ordinario é servir de documento, como prova judicial de alguma cousa.

Assim, pois, o Av. citado, em termos juridicos, não é applicavel a todo e qualquer acto, embora chamado justificação, como a publicação judicial de testamento, a qual é verdadeira causa, conforme define Pereira de Souza invocado a fl. 77 v., visto como perante o juiz agita-se a questão da publicação do testamento entre as partes como autores,

(no caso occorrente) a peticionaria de fl. 2 e seus filhos e réos citados, os herdeiros *ab intestato*, collector e curador (o mesmo Pereira de Souza, not. 1029) e da sentença cabe appellação (Manual do Proc. dos Feitos de Perd. Malheiro, § 647) que effectivamente se interpôz e que se não admittiria, se a sentença não puzesse fim á causa. (Dispos. Prov. art. 15.)

A 2ª, confundindo cousas distinctas, desaparece em vista de uma simples reflexão. O pensamento do legislador, quanto á parte civil da Novissima Reforma, foi tirar aos juizes temporarios e conferir aos juizes perpetuos o julgamento das causas de certa importancia; entretanto, que a Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841, restabelecendo o privilegio de fóro para as causas civeis da fazenda, encarregou o seu julgamento aos juizes perpetuos. Ora, sendo o fim da lei novissima restringir as attribuições dos juizes temporarios, nenhuma applicação póde ter ás causas que, sem distincção de valor, já erão da competencia especial e privativa dos juizes perpetuos, como os dos feitos da fazenda, tendo aliás inteira applicação aos juizes municipaes, ainda exercendo a provedoria de capellas, como explicou o Av. de 7 de Agosto de 1872, declarando que as contas de capellas excedentes a 500\$000 fóssem

preparadas pelos juizes municipaes e julgadas pelos de direito.

As ultimas razões allegadas são tão improcedentes como as duas primeiras, e para disto convencer-se basta simplesmente attender-se que—*ninguém faz testamento para instituir herdeiro do bom genio* (e se alguém disto se lembrasse, o testamento, qualquer que fôsse, não teria contradictores) é sempre para transmittir algum direito, o qual tem necessariamente algum valor, e é este o regulador da alçada.

Se assim não fôra, superflua seria a solemnidade, expressamente referida pelo appellado a fl. 78, dizendo que, para a publicação judicial do testamento, devem ser citados os herdeiros legitimos e suas mulheres, *havendo na herança bens de raiz*.

D'aqui necessariamente se conclue que o acto declaratorio da effectividade e validade do testamento se traduz no direito de haver os bens da herança, cuja apreciação ou avaliação é possível.

Se porém o A. descuidou-se de declarar o valor da causa, ao juiz cumpria, para firmar a competencia, antes da sentença definitiva, como em casos semelhantes determina a legislação vigente, exigir a respectiva declaração, ou mandar proceder a avaliação, que posteriormente se fez, sendo a causa avaliada em mais de dez contos de réis.

Do exposto segue-se a incompetencia do juiz que proferio a sentença de fl. 47, a qual julgo nulla; e competindo-me por isso conhecer da causa em primeira instancia, visto que o processado é sempre o mesmo :

Considerando que, comquanto o testamento de fl. 3 não possa valer como aberto particular, vistas as observações feitas pelo Dr. curador em relação ás test. 6<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup>, comtudo attendendo que ha prova sufficiente dos requisitos legaes para que valha como nuncupativo, não só porque a 1<sup>a</sup> test. inquirida a fl. 18, que, apesar de não ter assignado com as outras esteve presente e assistio á testadora fazer as suas disposições, que são as mesmas de fl. 3, como tambem porque a 7<sup>a</sup>, dando a razão natural de não ter presenciado a testadora fazer suas disposições, jura que assistio á leitura, e que, finda esta, « ouvio-lhe declarar ser isso mesmo o que dispoz, dizendo estar conforme ; »

Considerando que a redução ou publicação judicial assim feita é valida, como, além da opinião do Dr. curador, se vê em Coelho da Rocha, § 682, e principalmente em Correia Telles, Dig. Port., 3<sup>o</sup>, art. 1802, e por argumento da nota 276 ao § 133 da Dout. das Acções ;

Considerando que não procede a razão da suspeição allegada contra a 1<sup>a</sup> test., em vista da Ord. do

liv. 4, tit. 85 e que, excluidas as tests. 6<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup>, fica o numero legal de 6 para a validade do testamento ;

Julgo portanto valida e reduzida á publica-fórma a disposição constante do papel de fl. 3 como nuncupativa, para se lhe dar inteira execução, pagas as custas pelo réo, que se oppôz á redução.

Sabará, 5 de Julho de 1873.—*Elias Pinto de Carvalho.*

## VIII

Não é competente o juizo da provedoria para conhecer de questão de filiação natural.

REVISTA DO SUP. TRIB. DE JUST., N. 8595.

*Recorrente, Francisco Barboza Leite.*

*Recorrido, João Rodrigues da Costa.*

Vistos, expostos e relatados os presentes autos de revista civil entre partes recorrente, Francisco Barboza Leite, testamenteiro e inventariante de Domingos Joaquim da Costa, e recorrido, João Rodrigues da Costa.—Concedem a pedida revista constante do termo a fl. 427, por nullidade manifesta e injustiça notoria dos accordãos a fl. 405

e fl. 425 v. ; porquanto procedendo-se pelo juizo da provedoria ao inventario dos bens do fallecido Domingos Joaquim da Costa, em cumprimento do seu solemne testamento por certidão a fl. 4 (reproduzido a fl. 94), não era admissivel o meio de embargos de 3º senhor e possuidor, e mesmo outro que fôsse empregado pelo recorrido, para suspender o inventario, e tratar-se de uma questão de alta indagação, como a da filiação naquelle juizo, quando devera ter logar no fóro commum, e por acção ordinaria. Além disso, esse meio de embargos de 3º senhor e possuidor empregado pelo recorrido tendo cabimento só em certas circumstancias dadas, como de um julgamento sobre bens cuja posse e dominio se reclama, ou que este julgamento esteja sendo posto em execução, ou finalmente comparecimento do 3º embargante antes de ser immittido na posse o exequente, era por isso inadmissivel, e ainda mais por que sendo a embargada D. Maria Rita do Carmo, reconhecida como unica herdeira necessaria de seu filho já no testamento de fl. 4, já pela habilitação á fl. 19, é fóra de duvida que a posse civil com todos os effeitos da posse natural ficou incorporada na pessoa della embargada em virtude do Alvará de 9 de Setembro de 1754, e Assento de 16 de Fevereiro de 1786 : e tanto reconheceu isso o proprio embargante (o recorrido)

que logo em principio desse inventario, muito tempo antes de se apresentar em juizo com os embargos de 3º, autorisou a seu advogado para receber os legados que por aquelle testamento lhe fôrão deixados pelo testador, como se vê da procuração a fl. 15; conseguintemente, tão incompetente foi o juizo por onde corrêrão taes embargos, como o meio de que usou o recorrido. Agora, pelo que respeita á materia sobre a validade do testamento apresentado pelo recorrido, feito em data de 17 de Abril de 1855, onde consta o seu reconhecimento como filho natural do testador e que os accordãos julgãrão preferível ao de 10 de Agosto de 1869, por constar daquelle o reconhecimento da filiação, é o julgado contra lei expressa, porque foi este testamento de 1855 derogado pelo testamento solemne de fl. 4, de data de 1869, muito posterior, sendo esse o effeito das disposições de ultima vontade que é *deambulatoria* até á morte. Designão a relação da Bahia para a revisão e novo julgamento.

Rio de Janeiro, 18 de Novembro de 1874.—  
*Brito*, presidente.—*Veiga*.—*Barão de Montserrat*.—  
*Barão de Pirapama*.—*Pinto Chichorro*.—*Mariani*.—*Simões da Silva*, vencido.—*Leão*, votei pela nullidade.—*Cerqueira*.—*Barbosa*.—*Braga*.—*Valdetaro*.—*Costa Pinto*.—*Coito*.—*Figueira de Mello*.

Relator o Sr. Conselheiro Simões da Silva.—  
Revisores os Srs. Conselheiros Leão e Cerqueira.

## IX

Não pôde o pai adoptante adoptar ou instituir outro filho em testamento, prejudicando assim direitos adquiridos.—O filho adoptivo pode querellar do testamento do pai adoptante que sem causa legal e declarada o pretere.

ACCORDÃO N. 25 DA RELAÇÃO DE PORTO ALEGRE.

*Appellantes, Luiza Euphrazia da Silveira e outra.*

*Appellado, O tenente-coronel José Silveira de Souza Fagundes.*

Na primeira instancia se havia proferido a seguinte

*Sentença :*

Vistos estes autos entre partes autor o tenente coronel José Silveira de Souza Fagundes e rés D. Luiza Eufrazia da Silveira e a menor D. Maria Caetana, representada por seu tutor Eleuterio Pereira dos Santos e curador *ad litem* João Climaco Zuzarte, mostra-se no libello a fl. 3:

Que em 3 de Agosto de 1836, Luiz da Costa

Fagundes e sua mulher D. Jacinta Rosa de Jesus adoptarão como filho ao autor, seu sobrinho e afilhado, como se vê na carta de fl. 10, revestida de todas as solemnidades exigidas pela lei de 22 de Setembro de 1828 e regulamento de 15 de Março, que a ella se refere, pagos os competentes impostos; e assim adoptado, adquirio direito exclusivo á herança de seus pais adoptantes, como se seu filho legitimo fôsse ;

Que a escriptura junta por cópia á fl. 11, e o reconhecimento em testamento, constante de fl. 17, que fizerão os perfilhantes e testadores das rés como suas filhas, nenhum valor juridico têm, porquanto aquella carece das solemnidades da lei de 22 de Setembro de 1828, e este referindo-se á falsa supposição de julgar Costa Fagundes que semelhantes actos tinham a força de adoptar as rés, não é instituição, a qual quando houvesse, era inofficiosa, pois que o testador não mostrou a causa, pela qual assim desherdava o autor de parte de seus bens ;

Que devendo ser julgada nulla a adopção constante da pretensa escriptura e inofficiosa a instituição das rés, pede o autor que sejam as mesmas condemnadas a lhe restituirem os bens de que estão de posse, seus fructos, lucros cessantes e damnos emergentes.

Contrariando, á fl. 30, dizem as rés :

Que em 1º de Maio de 1865 forão perfilhadas por Luiz da Costa Fagundes e sua mulher, por escriptura publica, pagos os devidos direitos, de conformidade com a lei de 2 de Setembro de 1847, os quaes perfilhantes nesse mesmo dia testarão confirmando a perfilhação, que não dependia do consentimento do autor, visto como a carta de adopção á fl. 10 não lhe dá o direito de succeder *ab intestato*, nem podia dar, desde que os effeitos da adopção são sómente dar as honras e privilegios de filhos legitimos e o direito de pedirem alimentos; sendo que á perfilhação, que fez Fagundes, das rés foi que lhes deu direito á sua herança.

O autor replicou á fl. 36 por negação, e as rés não treplicarão.

Considerando, que consagrada a adopção pela Ord. liv. 2 tit. 35 § 12, e Lei de 22 de Setembro de 1828, é todavia, na falta de outras leis patrias, regulada pelo direito romano, fonte subsidiaria do nosso direito (Lei de 18 de Agosto de 1769);

Considerando que o autor foi adoptado solemne-mente por Luiz da Costa Fagundes e sua mulher D. Jacinta Rosa de Jesus, como se vê na carta de fl. 10, expedida de conformidade com a Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º § 1º, e como filho adoptivo de pessoa que não é ascendente succede a seu pai

adoptante *ab intestato*, ficando-lhe o direito salvo de herdar a legitima de seu pai natural, do qual é herdeiro necessario (Inst. liv. 1º, tit. 11 § 2º, liv. 3º, tit. 1º § 14; Cod. liv. 8º, tit. 48. liv. 10 § 1º; Ortolan, *Explications des Institutes*, tomo 2º, pag. 112; Du Caurroy, *Institutes*, tomo 1º, pag. 125; Borges Carneiro, liv. 1º, tit. 33, §§ 210 e 211; Mackeldey, *Manuel*, etc., pag. 274);

Considerando, que no mesmo caso não estão as rés que não exhibirão carta competente de adopção; porquanto a escriptura constante de fl. 11 carece essencialmente das solemnidades exigidas pela Lei de 22 Setembro de 1828, para que a adopção podesse produzir effeito juridico; sendo que a perfilhação muito embora confirmada pelo testamento constante a fl. . . , é de pleno direito nulla, visto como contém erro de direito em que se achava o perfilhante e o testador sobre a condição essencial á formação desses actos, qual é a qualidade de suas filhas illegitimas, que não têm as rés, não lhes podendo ter applicação alguma a Lei de 2 de Setembro de 1847, que regulou o reconhecimento dos filhos naturaes para o fim da successão de seus pais, nem igualmente todas as leis em vigor, que dizem respeito ao reconhecimento dos filhos illegitimos (Coelho da Rocha, tomo 1º, §§ 100 e 297; Perdigão Malheiro, *Commentario á Lei de 2 de Setembro*);

Considerando que, valendo juridicamente a instituição testamentaria do autor a quem seu pai adoptante, podendo nada lhe ter deixado por testamento, por não ser o filho adoptado por extranho, que não ascendente, herdeiro necessario e com direito á legitima, mas sómente herdeiro *ab intestato*, ou por instituição testamentaria do pai adoptante, todavia em seu testamento constante de fl. . . deixou-lhe livremente parte de seus bens ;

Considerando que, não tendo valor juridico a instituição das rés, cuja herança não podendo ser legalmente addida por ellas, fica o pai adoptante do autor intestado nesta parte de seus bens, que accrescem á herança do mesmo autor, a quem de preferencia se devolve a successão *ab intestato*, excluindo até o proprio pai do adoptante, caso existisse, só podendo concorrer os filhos havidos de justas nupcias dos adoptantes. Borges Carneiro, liv. 1º, tit. 23, n. 5, § 211 ;

Considerando que, tendo o autor direito indisputavel á herança, não póde comtudo pretender toda ella, porquanto não valendo o testamento quanto á instituição de herdeiros que fez ás rés, vale a doação, feita pelo testador, da escrava Constança á ré Maria Caetana, se couber na terça, que em todo caso era livre ao mesmo testador dispôr como lhe approvresse, devendo ao menos nesta parte ser

attendida a sua vontade ultima, á qual não se oppõe lei alguma em vigor ;

Considerando, que as rés achão-se de boa fé na posse dos bens, cuja restituição pede o autor, visto como os houverão em partilha judicialmente feita, reputando-os seus, sem saberem que são alheios, e portanto adquirirão para si os fructos, não sendo igualmente responsaveis pelos lucros cessantes e damnos emergentes, que esses bens tenham soffrido por sua propria natureza (Ord. liv. 3º, tit. 66 § 1º ; Inst., liv. 2º, tit. 11 § 35) ;

Considerando, finalmente, tudo mais que dos autos consta : julgo provada a intenção do autor e procedente a acção para mandar, como mando, que as rés restituão ao autor os bens que indevidamente houverão da herança de Luiz da Costa Fagundes, á excepção da escrava Constança, que continuará a ser da propriedade da Ré D. Maria Caetana, cabendo na terça que se liquidar ; pagas as custas pelas mesmas rés.

O Escrivão tenha esta por publicada em sua mão e faça ás partes as intimações necessarias .

S. Miguel, 9 de Junho de 1873.—O juiz de direito 1º substituto em exercicio, *Amancio Concesso de Cantalice*.

## 1º ACCORDÃO

Accordão em Relação, etc. Que menos bem julgado foi pelo juiz *a quo* na sentença de fl. 128, que reformão, vistos os autos ; porquanto, não sendo o appellado filho legitimo de Luiz da Costa Fagundes, nem gozando, como filho adoptivo deste, de todos os direitos por lei áquelles concedidos, não lhe era licito por isso, fundado unicamente no titulo de fl. 10, intentar, como intentou, a presente acção para excluir da herança de seu pai adoptivo, que inteira pretende, as Appellantes, cujo direito á parte da mesma herança se firma não na escriptura de fl. 11 v., mas na verba do testamento constante da certidão fl. 14 ; verba que pelos termos em que se acha concebida põe em relevo, torna bem clara a ultima vontade do testador, não deixa a menor duvida sobre sua intenção, quando declarou que fôsem seus legitimos herdeiros o Autor e as Rés ; o que incontestavelmente importa uma verdadeira instituição de herdeiros. Para nullificar-se, rescindir-se a partilha, já feita e julgada por sentença, dos bens deixados por Luiz da Costa Fagundes, e excluir-se da herança destes as Appellantes, que na mesma partilha fôrão contempladas como herdeiras, seria preciso que pudesse o Appellado

querellar do testamento em que com elle fôrão aquellas instituidas herdeiras. Tal direito, porém, não tem, não lh'o concede nem o direito patrio, e nem tão pouco o direito romano, que, na opinião dos jurisconsultos Borges Carneiro e outros, deve reger as adopções, hoje em desuso, como dizem Coelho da Rocha, nota ao § 296, e Lafayette, *Direitos de Familia*, nota a pag. 271.

Segundo o direito patrio, não é permittido ao filho adoptivo querellar do testamento do pai adoptante: é o que se deve deduzir da Ord.liv. 4º, tit. 82 § 1º, alterada pela lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847, que nega até esse direito aos perfilhados, como ensina Corrêa Telles no *DigestoPortuguez*, tom. 2º, n. 487 e no tom. 3º, art. 1579, em que ainda é mais explicito: « Os filhos bastardos, ainda que tendo sido perfilhados possuem succeder *ab intestato* ao pai que os perfilhou, comtudo, se este os preterir no testamento, não podem querellar delle por inofficioso.» (Netto, *De Testament.*, liv. 2º, tit. 4º, n. 22, e França a Mendes, pag. 2, liv. 1º, cap. 2º § 1º n. 7, e tomo 2º, pag. 3. Assim entende tambem Coelho da Rocha, vol. 1º, pag. 205, § 299.

Que do direito romano se não póde soccorrer o Appellado para conseguir o que pretende, é fóra de questão, em vista da opinião autorizada de Ortolan

e C. Demangeat. Este romanista tratando do Direito de Justiniano, diz o seguinte em sua obra de D. R., vol. 1º, pag. 625; « Si le testateur a donné son enfant en adoption, à moins que ce ne soit à un ascendant de cet enfant, le testateur reste obligé de l'instituer ou de l'exhérer. Et en ce qui concerne l'adoptant, toujours à moins qu'il ne soit un ascendant de l'adopté, il n'est point tenu d'instituer ou d'exhérer l'adopté; en effet, le principe est que l'adopté n'acquiert que du droit *ab intestat*. à la succession de l'adoptant. »

Ortolan exprime-se em sua obra intitulada *Explicação histórica das Institutas*, vol. 1º, pag. 570 :

« Il s'agit de la distinction entre les deux cas d'adoption : 1º, celui où un fils est donné en adoption à un étranger (*extraneo*); par étranger on entend quelqu'un qui n'est point ascendant ; 2º, celui où il est donné à un ascendant. Nous savons que dans le premier cas, l'adopté reste toujours sous la puissance, et par conséquent héritier sûr de son père naturel; c'est donc celui-ci qui est obligé de l'instituer ou de l'exhérer.

« Quant au père adoptif, nous savons que l'enfant n'acquiert sûr son hérité que du droit *ab intestat*. pour le cas où il n'y aurait pas de testament; mais s'il y en a un, il peut impunément y

avoir été omis. Le père adoptif n'est obligé ni de l'instituer, ni de l'exhérer. Le droit ancien se trouve donc interverti. Mais, dans le second cas, c'est à dire, lorsqu'il s'agit de l'adoption par un ascendant, le droit est maintenu tel qu'il était, et il faut appliquer alors ce qui a été dit des enfants adoptifs au paragraphe précédant.

Igual doutrina consagração Hein. § 175 §§ 81 e 83, nota ; Stryk. Liv. 1º, § 37 ; Mackeldey, pag. 274 § 584, nota 12 ; Borges Carneiro, Liv. 2º, Tit. 23, § 211 ; Loureiro, Inst. de Dir. Civ. Brasileiro, liv. 1º, tit. 4º, § 88.

Ora, o appellado não foi adoptado por um ascendente e sim por um parente collateral, que na hypothese em questão se deve considerar pessoa extranha, segundo Ortolan ; logo, a ser aceita a doutrina de que os casos occurrentes sobre adopções devem ser decididos por direito romano, não póde pelo facto de ter sido desfalcada a herança que toda lhe caberia, se *ab intestato* morresse seu pai adoptivo, privar os appellantes dos quinhões hereditarios que se lhes fez nas partilhas dos bens deixados por Luiz da Costa Fagundes ; porque lhe não assistindo, como aos herdeiros necessarios, o direito que os civilistas denominão de reserva, está por isso inhibido de intentar a acção

de querella contra o testamento, de que trata a certidão de fl. 14, por inofficioso.

Em vista, portanto, do exposto, do mais que dos autos consta, e disposição de direito, com que se conformão, dão provimento á appellação para reformar, como reformão a sentença de fl. 128, e julgar carecedor da acção que propôz o Appellado, a quem condemnão nas custas.

Porto Alegre, 29 de Setembro de 1874.—*J. B. Gonçalves Campos.*—*Pereira da Cunha.*—*Berenguer.*—*Mendonça Uchôa*, vencido.

## 2º ACCORDÃO.

Accordão em relação, etc.—Que recebendo os embargos de fl. 181, reformão o accordão embargado de fl. 177 para restabelecerem, como restabelecem, a sentença appellada de fl. 128; portanto, sendo certo que os direitos dos filhos adoptivos não differem dos legitimos a respeito do pai ou mãe perfilhante, em cujos bens succedem, quer por si sós, quer com os filhos legitimos, si ao depois os pais adoptivos os tiverão—Loureiro, *Direito Civil, Brasileiro*, liv. 1º §§ 84 e 100—resulta que, si o pai que tem filhos legitimos não pôde instituir alguém por seu herdeiro

sem causa expressa por que ao filho desherde, Ord. do Liv. 4º Tit. 82 § 2º, igualmente não póde elle, que tem filho adoptivo, adoptar ou instituir algum outro em testamento; porque do contrario não terião os adoptivos os mesmos direitos que os filhos legitimos, os quaes podendo annullar o testamento do pai que os pretere sem causa que a lei expressa, assim tambem o adoptivo cujos direitos são iguallados aos dos legitimos e póde querellar do testamento do pai adoptante, quando sem causa legal e declarada o pretere.

Consequentemente, com os mesmos direitos por que vêm *ab intestato* os filhos legitimos á successão dos pais, com os mesmos vem o adoptivo á do pai adoptante. A adopção é uma instituição de ordem publica como se vê em Dalloz, e tal que é nulla a convenção entre o pai adoptante e o filho adoptivo para que fique sem effeito. Contra os direitos do adoptivo, quando preterido em testamento do pai adoptante para *ad instar* dos bastardos perfilhados não poder querellar do testamento, não é tão corrente a doutrina, para esse fim invocada, de Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, tomo 3º, art. 1597; pois que se vê em Borges Carneiro, *Direito Civil*, liv. 1º, tit. 22 § 196 n. 2, que os filhos simplesmente naturaes perfilhados podem querellar do testamento do pai

perfilhante, quando preteridos. Pelo que reformão o accordão embargado para subsistir a sentença appellada, e condemnão as Embargadas nas custas.

Porto Alegre, 15 de Junho de 1875.—*J. B. Gonçalves Campos*, Presidente.—*Pereira da Cunha*.—*Mendonça Uchôa*.—*Queiroz Barros*.

## X

O testamenteiro que é legatario não tem direito á vintena, ainda renunciando o legado, maxime depois da acceitação da testamentaria.

REVISTA DO SUP. TRIB. DE JUST. N. 8750

*Recorrentes, Joaquim José de Azevedo Villarouca e outro.*

*Recorrido, Manoel de Azevedo Andrade.*

Vistos, expostos e relatados estes autos de revista civil, entre partes recorrentes Joaquim de Azevedo Villarouca, e Mathias de Azevedo Villarouca, e recorrido Manoel de Azevedo Andrade, concedem a revista pedida, por injustiça notoria e consequente nullidade dos accordãos fls. 128 e 147 v.; porquanto, sendo o Recorrido testamenteiro e legatario do testador Antonio de Azevedo Villarouca, conforme

consta do documento á fl. 11, não podia ter direito á vintena, attenta a disposição do Decreto de 3 de Julho de 1854, embora tivesse renunciado o legado; accrescendo que essa renuncia não foi feita no acto da aceitação da testamentaria a respeito do legado, como consta á fl. 21, e sim alguns dias depois e quando já tinha requerido o inventario na qualidade de testamenteiro.

Concedida, portanto, a revista, remettão-se os autos á Relação desta côrte, que designão para revisão e novo julgamento do feito.

Rio de Janeiro, 29 de Setembro de 1875.—  
*Brito*, presidente.—*Veiga*.—*Barão de Montserrat*, vencido.—*Marianni*.—*Simões da Silva*, vencido.—*Leão*.—*Barboza*.—*Valdetaro*.—*Albuquerque*.—*Coito*.—*Pereira Monteiro*.—*D. Francisco*.—Relator, o Sr. ministro *Barão de Montserrat*.—Revisores, os Srs. ministros *Marianni* e *Simões da Silva*.

A Relação revisora da Côrte não aceitou essa doutrina, e no accordão *infra* firmou a contraria, a saber:

## XI

O testamenteiro por ser tambem legatario não está inhi-  
bido de receber a vintena, si renuncia o legado.

## ACCORDÃO DA RELAÇÃO DA CÔRTE.

*Recorrentes, Joaquim de Azevedo Villarouca e  
outros.*

*Recorrido, Manoel de Azevedo Andrade.*

Accordão em Relação, etc., que, vistos e rela-  
tados os autos, reformão a partilha á fl. 73, na  
parte relativa á vintena, para que esta seja con-  
tada ao testamenteiro na razão de dous por cento,  
que lhe fica arbitrada, attenta a importancia da  
herança de que tem ella de ser deduzida, e o  
pouco trabalho com a sua liquidação. O Juiz  
substituto, fóra do caso do exercicio de plena ju-  
risdicção, não podia arbitrar, como fez á fl. 29,  
vintena ao testamenteiro, porque desse despacho,  
na fórma do final do art. 1º do Decreto n. 1405  
de 3 de Julho de 1855, cabia recurso, e os Juizes  
substitutos não podem proferir despachos sujeitos  
a recurso, *ex-vi* dos arts. 4º e 68 do Regulamento  
n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, dado para  
a Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871.

O facto de renuncia do legado á fls. 24 a 26, deixado á fl. 11 ao testamenteiro, não o impossibilita da vintena, pela qual protestou posteriormente á sua nomeação de inventariante, não só porque o já citado Decreto de 3 de Julho de 1854 não o prohibe, como porque elle não contém disposição alguma com relação ao tempo em que o testamenteiro deva protestar pela vintena.

O que o mencionado decreto não quer e nem permite é que o testamenteiro, sendo legatario, receba o legado e ao mesmo tempo a vintena *pro labore*; e nem da renuncia do legado pelo recorrido resulta prejuizo aos recorrentes; porque, tendo o testador á fl. 11 deixado sem onus ou condição alguma o legado de 4:000\$000, o recorrido podia, desistindo da testamentaria, receber o legado, e caber a vintena a quem o substituisse no cargo de testamenteiro, caso em que os recorrentes, como herdeiros dos remanescentes da herança, herdariam menos.

Assim julgando, e desprezando tudo mais que se allega por um e outro lado contra a partilha á fl. 73, em vista do parecer fiscal á fl. 104, com que se conformão, mandão que seja reformada a partilha na parte relativa á vintena e de accordo com o mesmo parecer fiscal; pagas as custas pelos recorrentes e recorrido proporcionalmente.

Rio de Janeiro, 6 de Dezembro de 1875.—  
*Travassos*, presidente.—*Paiva Teixeira*.—*Gouvêa*.  
 — *Alencar Araripe*.

## XII

O juizo da provedoria não tem competencia para conhecer contenciosamente de questões de nullidade de testamentos.

### ACCORDÃO DA REL. DA CÔRTE.

Accordão em Relação, etc.—Negão provimento ao presente aggravo, em vista dos fundamentos do despacho de que se aggravou, e que fôrão sustentados pelo juiz *a quo* em suas razões de fl. 106, de harmonia com a impugnação de fl. 82; e assim julgando, pague o aggravante as custas.

Rio de Janeiro, 22 de Outubro de 1875.—  
*Travassos*, presidente.—*Gouvêa*.—*Tavares Bastos*.

### *Despacho do juiz a quo:*

Senhor.—Parece-me que nenhum aggravo se fez com a decisão de fl. 102 v.

Trata-se da nullidade de um testamento, cuja questão só póde ser ventilada perante o juizo commum do civil, nos termos da lei de 3 de Dezembro

de 1847 e Regulamento de 15 de Março de 1842 ; o que é também de praxe, na opinião do distincto jurisconsulto brasileiro Dr. Perdigão Malheiros *Manual do Procurador dos feitos*, § 651, nota 1346.

O aggravante, portanto, pretende um absurdo quando exige que semelhante questão, inteiramente contenciosa, seja tratada perante o juizo da provedoria, que é privativo para os casos meramente administrativos, de execução e cumprimento de testamentos, como doutamente demonstrão asrazões de fl. 12.

E ainda o aggravante, que não se tem limitado a este agravo nos presentes autos, pede que Vossa Magestade decida do agravo no auto do processo, interposto á fl. 94 v., contra as prescripções do Regulamento de 3 de Janeiro de 1833, art. 41 e seg.

« O superior legitimo conhecerá desses recursos preliminarmente e na mesma occasião em que houver de julgar a causa por appellação. » (Dr. Paula Baptista, *Comp. de theoria e pratica do processo civil*, ult. edição, § 240).

Mas Vossa Magestade fará a costumada justiça.

Rio, 3 de Setembro de 1875.—*Julio Accioli de Brito.*

## XIII

É nullo o testamento que se prova ter sido revogado por outro que o herdeiro instituido subtrahio.

ACCORDÃO N. 73 DA RELAÇÃO DE PORTO-ALEGRE.

Accordão em Relação. — Que, vistos e relatados estes autos entre partes Appellantes Domingos Gomes da Cunha e a menor Maria por seu curador, e Appellados Boaventura Augusto dos Reis e outros, delles se mostra :

1.º Que José Joaquim Ferreira, fazendo seu testamento em 15 de Abril de 1869, cuja cópia é a de fl. 116, nelle instituo por seu herdeiro e testamenteiro o 1º appellante Domingos Gomes da Cunha, que passando a residir em companhia do testador, este lhe entregou o dito testamento (fls. 172 v., 427 e 503);

2.º Que depois apparecêrão graves dissensões entre o referido 1º appellante e o testador, a tal ponto de queixar-se este a seus parentes e a outros dos soffrimentos por que passava, resolvendo-se a revogar o testamento, excluindo o 1º appellante da instituição que fizera ; e do que elle sabendo prorompêra algumas vezes em ameaças contra o testador, que, procurando haver o testamento que lhe entregára,

e sendo illudido, afinal foi á Vaccaria fazer approvar o dito testamento, que posteriormente fez, declarando na vespera de tal approvação que nelle excluira o 1º appellante da instituição que lhe tinha feito (fls. 507 a 515, 427 v. a 54 v., 56 v., 63 v., 77 v., e outras);

3.º Que no dia seguinte ao daquella declaração, dirigindo-se á Vaccaria a fazer approvar o dito testamento, como foi approvado em 16 de Abril de 1872, e o dizem o escrivão e testemunhas instrumentarias de fls. 85 a 95, e de fl. 443 v., voltando com elle neste mesmo dia para sua casa, em caminho e já á noite foi assaltado e morto violentamente;

4.º Que assim morto, na mesma occasião foi o testamento, que trazia, subtrahido por Anacleto, escravo do testador, e entregue depois ao 1º appellante, por cujo mandado para essa empreza, com promessas de o libertar, seguira o testador, como consta dos interrogatorios do proprio Anacleto á fls. 119, perante a policia, e á fls. 180 v., perante o juiz municipal, muito embora o contrario declarasse perante o juiz á fl. 258 v.; declarações aquellas que fôrão ouvidas por diversas testemunhas constantes dos autos;

5.º Que Anacleto foi conhecido e visto, antes de escurecer, proximo ao logar em que se deu o facto, pelas testemunhas de fls. 63 e 66 v., notando

aquella, com quem elle fallou, que estava sôbre-excitado e enraivecido contra seu senhor, o testador.

O que tudo devidamente examinado, convence que o testador José Joaquim Ferreira revogou com effeito a instituição de herdeiro e testamenteiro, que em favor do 1º appellante fez em seu testamento de 15 de Abril de 1869, constante de fl. 116 por outro que foi approved em 16 de Abril de 1872, o qual, subtrahido pelo referido 1º appellante, contra quem exuberão as provas dos autos, é visto que não póde subsistir valido esse testamento de fl. 116; pois, si é certo, em face da Ord. liv. 4º, tit. 84, § 2º, que é nullo o testamento si o testador o quer revogar e o herdeiro instituido o impede, com mais forte razão o é quando o testador o revoga e o herdeiro instituido o suprime.

O direito, que em casos taes competia ao Fisco, cabe hoje ao interessado ou legitimo herdeiro. — Mendes de Almeida, notas ao *Codigo Philippino*, liv. 4º, tit. 84 *in princ.*; Coelho da Rocha, *Direito Civil*, § 726, *scholio*.

E seria immoral, si o não tivesse definido o art. 310 do *Codigo Criminal*, expresso para o caso, quando ninguem póde tirar proveito de seu proprio dóló: — *nemini fraus sua patrocinari debet*.

Julgão, portanto, nullo o testamento de fl. 116, quanto á instituição do herdeiro e testamenteiro

Domingos Gomes da Cunha, 1º appellante, passando a herança aos legitimos herdeiros do testador ; salvos os legados, que se achão nelle declarados, por não poderem nas circumstancias expostas ser prejudicados os legatarios, *ad instar* do que em casos taes doutrina Lobão, *Acções summarias*, tomo 1º, § 203, *Segundas linhas*, tomo 3º, diss. 6º, §§ 90 e 91 ; Ord. liv. 4º, tit. 82, § 1º ; confirmada assim em parte, e reformando em parte a sentença appellada, como confirmão e reformão do modo sobredito.

Condemnão o 1º appellante nas custas, menos a quarta parte dellas, em que condemnão os appellados.

Porto-Alegre, 2 de Julho de 1875.—*J. B. Gonçalves Campos*, presidente.—*Queiroz Barros*.—*Pereira da Cunha*.—*Mendonça Uchôa*.

## 2º ACCORDÃO.

Accordão em relação, etc. — Que desprezão os embargos de fl. 157, por serem de materia irrelevante. Porquanto é de evidencia que, como se manifesta á fl. 29, 35 v. e 38, não houve falta de conciliação na acção proposta ; pois, si com a citação para o contencioso (Paula Baptista, *Proc. Civ.*, 3ª edic., § 83, nota) é que começa o processo, é visto que o simples despacho á fls. 27 v. e 28 v.

para a citação do embargante, antes da tentativa de conciliação, não faz incorrer o processo na censura irritante do art. 161 da Constituição, quando feita a citação depois daquella tentativa; para cuja validade não importando a falta de outorga das mulheres dos embargados, e menos a falta de citação da mulher do embargante, (Moraes Carvalho, *Praxe Forense*, § 171, nota) por não ter havido conciliação verificada, resulta ainda que, quando a especie dos autos não mostrasse ser a acção pessoal para se dispensar com a mulher a conciliação, seria ainda esta desnecessaria mesmo em relação ao embargante, pela dupla qualidade de herdeiro e testamenteiro que é, como fazem vêr diversos julgados do Supremo Tribunal de Justiça, fundados no artigo 6º da Disposição Provisoria, em a revista n. 5929 de 15 de Dezembro de 1860, que se lê na *Revista Juridica* de 1868, tomo 2º, pag. 72, e em a revista n. 8599 de 1º de Dezembro de 1874, de que dá noticia o *Direito*, tomo 6º, pag. 430.

A qualidade de herdeiro dos cedentes, não articulada no libello, nem em tempo excepcionada pelo embargante, cuja omissão importava seu reconhecimento, não lhe póde aproveitar, pois limitando-se posteriormente á simples arguição pela qualidade não articulada, sem aliás contesta-la,

quando já negasse, importaria adduzir prova dessa negativa que destruisse a presumpção allegada, tanto mais necessaria quanto é semelhante presumpção roborada pela escriptura de fl. 4, e testamento fl. 117 v., por onde consta serem os cedentes irmãos e sobrinhos do testador.

Menos procede o disposto, invocado pelo embargante, na Lei de 11 de Setembro de 1830; pois, longe de ter mostrado que se achava preso na iniciação da acção, ao contrario, dos autos se manifestando (fls. 1, 24 v., 28 v., 69 e 186) que no curso della é que o fôra, resulta que em tal caso já não podia ter o favor da lei citada, cujas disposições assim o demonstrão.

Do mesmo modo é sem fundamento para invigorar, quer como lesivo, quer como pacto de *quota litis*, o contrato á fl. 4; pois, sobre ser incompetente o embargante para tal arguição fazer, e nem ter o character que lhe é attribuido, por outro lado não estão os cessionarios no caso da Ord. liv. 1º, tit. 48, § 11, cuja disposição, extensiva a pessoas diversas pelo Alvará do 1º de Agosto de 1774, foi elle (Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 468, nota) suspenso pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

Portanto, e nem se fundando a razão do Accordão para nullidade do testamento de fl. no mandato

da morte do testador, de que é accusado o embargante (Coelho da Rocha, *Direito Civil*, tomo 1º, § 344 ; Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, tomo 3º, art. 1536), cujo julgamento, como o do mandatario, o escravo Anacleto, ainda pende de decisão do jury, como se mostra á fl. 586 ; mas pelo facto de ter o embargante subtrahido o testamento revocatorio do de fl. em que fôra instituido herdeiro, ácerca de que não ha decisão criminal em contrario, para, em face do art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, impedir a razão do julgado.

Por tudo isso, sem embargo dos embargos, subsista o accordão embargado, e condemnão o embargante nas custas.

Porto Alegre, 3 de Setembro de 1875.—*J. B. Gonçalves Campos*, presidente.—*Queiroz Barros*.—*Pereira da Cunha*.—*Mendonça Uchôa*.

Manifestada a revista, foi negada por não haver injustiça notoria nem nullidade manifesta.

## XIV

Os filhos adoptivos podem demandar a nullidade do testamento dos pais adoptantes.—É nullo o testamento assignado a rogo do testador por pessoa diversa da que o escreveu.

ACCORDÃO N. 183 DA RELAÇÃO DE PORTO ALEGRE.

*Appellantes, Candido José Machado e sua mulher.*

*Appellados, D. Maria José Lopes de Carvalho e outros.*

Accordão em Relação, etc. —Que, vistos e relatados estes autos civeis entre partes appellantes Candido José Machado e sua mulher, e appellados D. Maria José Lopes de Carvalho e outros, reformão a sentença appellada para annullarem, como annullão, o testamento de fl. 26 com que se finou D. Maria da Conceição ; pois, sendo certo que os direitos dos adoptivos em nada differem dos legitimos a respeito de pai ou mãe perfilhante, em cujos bens succedem, quer por si sós, quer com os legitimos, se ao depois os tiverão os pais adoptantes, como vê-se em Loureiro, *Instituições do Direito Civil Brasileiro*, liv. 1º, §§ 48 e 100, adopção que consta de fl. 13 ter sido feita pela testadora e seu marido

em favor da mulher do appellante, e contra cujo titulo não procedem as razões allegadas, resulta que tem ella, como terião os filhos legitimos, si filhos legitimos sobreviessem á adoptante, o direito de succeder *ab intestato* ao pai ou mãi perfilhante, e, como aquelles, de intentar *jure proprio* a acção de nullidade do testamento de seu pai ou mãi, como no caso, sem que proceda a razão de não pode-lo fazer, *ad instar* dos filhos simplesmente naturaes perfilhados, porque sobre ser essa doutrina combatida por Borges Carneiro, *Direito Civil*, liv. 1º, tit. 22, § 196, n. 2º, e sem prestimo a citação que delle se fez no § 208, n. 16, do referido liv. e tit., por tratar elle ahi de hypothese diversa, é aquella doutrina hoje fóra de duvida pela nenhuma restricção que fez o decreto n. 463 de 1847.

E pois, cabendo ao appellante, como administrador de sua mulher, o direito de intentar a acção de nullidade do testamento á fl. 26, com que se finou sua mãi adoptante, e mandando a Ord. liv. 4º, tit. 80, § 1º, que, no caso de não poder ou não saber escrever o testador, assignará nelle quem escreveu, é visto que se mostrando á fl. 27 que outro foi que nelle se assignou a pedido da testadora, e não quem o escreveu, incorreu tal testamento em nullidade irrogada pela Ordenação citada. E, assim julgando, condemnão os appellados nas custas.

Porto-Alegre, 10 de Março de 1876.—*Queiroz Barros*, presidente. — *Pereira da Cunha*. — *Mendonça Uchoa*. — *Lima e Castro*.

## XV

É testamento aberto o instrumento publico lavrado nas notas do tabellião com as solemnidades prescriptas na Ord. liv. 4, tit. 80, pr., sem embargo do tabellião escrever na epigraphe « escriptura publica de reconhecimento de filiação paterna », e assim tambem classifica-lo o talão dos direitos pagos na citação fiscal.—Um instrumento nestas condições deve, enquanto não fôr devidamente annullado, produzir todos os effeitos legaes de um testamento aberto, entre os quaes o de sustar o andamento da arrecadação judicial a que se haja procedido, desde que não fôr posta em duvida a identidade dos interessados.

ACCORDÃO N. 85 DA RELAÇÃO DO OURO PRETO.

*Appellante*, o *Collector do Rio Novo*;

*Appellados*, *Amaro José de Oliveira e outros*.

Accordão em relação, etc.—Vistos, relatados e discutidos estes autos, julgão improcedente a appellação de fl. 29 ; porquanto o instrumento publico de fl. 19, feito com as solemnidades de um testamento aberto, escripto por tabellião no livro de notas, perante cinco testemunhas, varões

livres, maiores de quatorze annos, que todas assignarão com o testador, conforme a Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 80 princip., não perde a sua força e vigôr, e nem deixa de produzir os effeitos legaes, emquanto competentemente não julgado nullo, só porque o tabellião, como se arguiu, o denominou escriptura de filiação.

Assim, estando revestidos dos requisitos legaes o testamento de fl. 19, em que o testador, padre José Antunes de Siqueira, declarou os appellados seus filhos e herdeiros em todos os seus bens e direitos, por não ter herdeiros necessarios ascendentes, devia cessar, como ordenou o juiz *a quo*, a arrecadação começada, logo que os herdeiros testamentarios, cuja identidade não foi contestada, e antes reconhecida, se apresentarão reclamando o seu direito, visto o disposto no art. 3.<sup>o</sup> § 2.<sup>o</sup> do Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Portanto, assim julgando, mandão que os bens da herança do testador, padre José Antunes de Siqueira, sejam entregues aos appellados, herdeiros por força do testamento, conforme a Resol. de 11 de Agosto de 1831, para inventaria-los, ficando sujeitos aos direitos que fôrem devidos, pagas as custas *ex-cause*.

Ouro-Preto, 6 de Agosto de 1875.—*Brito*

*Guerra*, presidente.—*E. Pinto de Carvalho*.—*Bandeira Duarte*. Votaria da mesma fórma, ainda que fôsse o titulo considerado escriptura publica.—*Silva*.—Fui presente, *Camara Leal*.

## XVI

È valido o testamento do pupillo que institue herdeiro o seu tutor.

ACCORDÃO N. 102 DA RELAÇÃO DA CÔRTE.

*Appellante*, *Philadelpho de Souza Castro*.

*Appellados*, *João Bernardo Nogueira da Silva e outros*.

1º ACCORDÃO.

Accordão: Que, sem embargo dos embargos á fl. 330, que desprezão pela improcedencia de sua materia já apreciada e rejeitada, mandão que cumpra-se o accordão embargado de fl. 327, o qual, confirmando a sentença appellada de fl. 170, adoptou os seus fundamentos, e estes não fôrão destruidos pelas allegações dos embargantes, e nem contra os mesmos prevalecem os invocados Cod. Civ. Port. e Franc. no art. 907, visto como existe lei patria que rege a materia.

A Ord. liv. 1º, tit. 88, § 29, mandando que os tutores não comprem ou adquirão bens do pupillo por qualquer modo que seja, exceptua o caso de successão, e Borges Carneiro, além de outros praxistas, no seu Dir. Civ., liv. 1º, tit. 27, § 240, diz que a palavra *successão* comprehende tambem a testamentaria, não havendo fraude, o que está de harmonia com a Ord. liv. 1º, tit. 62, § 7º, a qual, tratando dos testamenteiros, a quem igualmente é prohibido comprar ou adquirir por qualquer modo, por si ou supposta pessoa, bens do testador, permite aos testamenteiros adquirir taes bens, uma vez que o testador lh'os deixe em seu testamento, ou que lhes devão pertencer por serem herdeiros do testador.

Quanto á capacidade juridica de D. Francisca Antonia Machado para testar, não póde haver duvida pelo facto de ser ella menor de 21 annos, por que expressa e terminantemente é a Ord. liv. 4º, tit. 81, princ., quando nega sómente aos menores de 12 ou 14 annos a faculdade de testar, e dos autos consta que a testadora era de mais de 18 annos; e nem a citada Ord. ou qualquer outra lei manda que a menor de 21 annos para testar deva impetrar previamente licença do Juiz e ser assistida de um curador, circumstancias estas que affectarião e prejudicarião a espontaneidade e liberdade da

testadora sobre actos que ella queria que só por sua morte fôsem sabidos.

Quanto á fraude, de que são arguidos os embargados, os factos que a ella se referem estão apreciados detalhada e sufficientemente, e desprezados por improcedentes pela sentença appellada á fl. 170, cujos fundamentos fôrão accetidos pelo accordão embargado de fl. 327, e por isso deixão agora de ser reproduzidos.

Quanto á nullidade do testamento por ter sido este feito por escrivão de paz não juramentado pela Camara Municipal, da qual trata a certidão de fl. 332, não tem ella procedencia; porque pelo art. 9º da Lei de 3 de Dezembro de 1841 e art. 42 do Regul. de 31 de Janeiro de 1843, os escrivães de paz são nomeados, titulados e juramentados pelos delegados, salvo o caso da 2ª parte do citado art. 42, cuja excepção não se deu na especie em questão, não foi provada pelos embargantes e contra ella prótosta o documento de fl. 358.

Quanto aos documentos de fls. 333 a 352, estes nada têm com o testamento de que se trata, visto como dizem respeito á pessoa do embargado João Bernardo Nogueira da Silva, com relação a factos praticados como curador geral das heranças jacentes, sobre os quaes falla e explica o embargado na impugnação á fl. 356.

E, portanto, e mais dos autos assim desprezando os embargos de fl. 330, e mandando que cumpra-se o accordão de fl. 327, condemnão os embargantes nas custas.

(Seguem-se as assignaturas).

A sentença da 1ª instancia é a seguinte:

• Vistos, etc.—Pesados os depoimentos das testemunhas por uma e outra parte, os dos réos João Bernardo e sua mulher, e em vista das allegações finaes :

Considerando que a allegada incapacidade da testadora não está demonstrada nos autos, por isso que as deducções que tirão os autores dos depoimentos de suas testemunhas são contrabalançadas pelas que decorrem dos depoimentos contrarios de testemunhas maiores de toda a excepção ; torna-se fóra de duvida que a testadora, que falleceu de idade de 18 annos, era doente e melancolica, mas dispunha da necessaria intelligencia e de liberdade para testar ;

Considerando que o proprio testamento prova essa intelligencia, já pela sizudez com que beneficiou as pessoas a quem devia gratidão, já pelas disposições pias que recommendão sua memoria ;

Considerando que a retirada da fallecida testadora para logares de ares mais livres, como é

Theresopolis, explica-se naturalmente por exigências de sua notoria e reconhecida doença, aggravada nos ultimos periodos de sua vida, e não para que pudessem os réos conseguir a facção do testamento ;

Considerando que os autores bem podião visitar a testadora e exercer a pretendida fiscalisação, achando-se ella em logar tão proximo desta côrte e de facillimo accesso, como o reconhecem quando allegão a commodidade da viagem e da vinda da testadora aqui para fazer testamento ;

Considerando não provada a subordinação e dependencia das testemunhas do testamento ao 1º réo, em razão de serem homens de officios mecanicos e trabalhadores ;

Considerando que as duas testemunhas 7ª e 8ª, a cujos depoimentos ligão os autores grande importancia e alcance, são entretanto, no pensar dos réos, suspeitas pelo resentimento ou descontentamento de vêrem baldados pelo 1º réo os passos que davão para se casar a primeira com a testadora, e por isso pouca fé merecem seus depoimentos, sendo que a 7ª, tanto não julgava prova de idiotismo ou de desarranjo mental a alludida lembrança das flôres de lorangeira, porventura mal comprehendida, que, apezar disso, não desanimou e persistio no plano de casamento. De

mais, semelhante pretensão mostra ainda por outro lado que a testadora não era tida em conta de imbecil ;

Considerando que, em vista da disposição da Ord. liv. 1º, tit. 88, § 29, combinada com a do liv. 1º, tit. 62, § 7º, ao tutor não é vedado adquirir bens do pupillo por successão testamentaria a titulo de legado ou de herança, que o menor lhe deixe em testamento não havendo fraude (Borg. Carn., liv. 1º, § 240, n. 4, nota A), não procedem as deducções dos autores com o fim de pretenderem a applicação ao caso em questão do disposto no art. 907 do Cod. Crim. Franc., não obstante a limitação que o art. 909 faz em relação ao medico (*les dispositions rémunératoires*) ;

Considerando que essa limitação aproveitaria ao réo a que diz respeito, si as disposições daquelle codigo fôsses applicaveis ao caso em questão, regulado aliás por nossas leis relativas á successão testamentaria ;

Considerando que as divergencias que notão os autores nas declarações de algumas testemunhas, como as da mulher do 1º réo, varião sobre circumstancias accidentaes, que facilmente escapão da memoria, e são portanto de pequeno momento ;

Considerando que ao testamento não faltão

solemnidades internas nem externas que o prejudiquem ;

E considerando, finalmente, a concludencia das allegações dos réos de conformidade com a prova dos autos e disposições de direito applicaveis, julgo improcedente a presente acção e condemno os autores nas custas.

Rio, 31 de Março de 1874.—*Antonio Barboza Gomes Nogueira.* »

Embargado o accordão supra, officiou assim o Exm. Desembargador Procurador da Corôa :

« Adhiro plenamente ao parecer dado por meu antecessor á fl. 402, opinando pela incontestavel procedencia dos embargos de restituição á fl. 374. Em minha consciencia, dos esclarecimentos resultantes da prova feita nos autos, segundo as regras de direito, é forçoso concluir pelo dolo do appellido João Bernardo Nogueira da Silva, na confecção do testamento cuja nullidade é pedida no libello á fl. 10.

Não só por este fundamento, como tambem por entender que a excepção, consignada no § 28 da Ord. liv. 1º tit. 88, não é susceptivel da intelligencia que lhe assignala o accordão á fl. 368, mas exclusivamente restricta ao caso da successão legitima, é meu parecer, que devem ser recebidos

e julgados provados os ditos embargos de restituição á fl. 374, sendo, com a reforma dos accordões embargados e da sentença appellada de fl. 170, decretada a nullidade do testamento em questão.

Rio, 20 de Novembro de 1875.—*Sayão Lobato.*»

Não obstante, a Relação proferio o seguinte

2º ACCORDÃO :

Accordão em relação aos embargos de restituição *in integrum*: Que, sem embargo dos embargos á fl. 374, que desprezão por sua materia já muito discutida, apreciada e rejeitada pela sentença appellada á fl. 170, e accordões de fls. 327 e 368, mandão que cumpra-se o accordão embargado. Os documentos que o embargante junta a seus embargos não lhe aproveitão, porque ou são relativos sómente a actos praticados pelo embargado João Bernardo Nogueira da Silva, como curador de heranças jacentes, e por isso alheias á questão de que ora se trata; ou consistem na carta á fl. 379, firmada pelo depoimento á fl. 411, decretado pelo accordão de fl. 404, onde o seu autor em fl. 413, sendo reinquerido, destôa do que disse na referida carta, quando depõe que não foi convidado pelo embargado João Bernardo para fazer o

testamento da menor D. Francisca, e nem se lembrava da pessoa que o convidou ; que nunca fallou com a menor D. Francisca, e nem conhecia as testemunhas que assignarão o testamento. E, portanto, e mais dos autos, desprezando os embargos de fl. 374, mandão que cumpra-se o accordão embargado á fl. 368, e condemnão o embargante nas custas.

Rio de Janeiro, 3 de Março de 1876.—*Travassos*, presidente.—*P. Teixeira*.—*Marianni*.—*Gouvêa*.

## XVII

O testamento de mão commum é nullo si não é reciproco nas vantagens da instituição, mas sustenta-se quanto aos legados que couberem na terça.

REVISTA DO SUPR. TRIB. DE JUST., N. 8843.

*Recorrente, João Julio da Silva.*

*Recorrido, o Dr. João Carlos Garcia de Almeida.*

Por accordão de 22 de Março de 1876, o Tribunal Supremo negou a revista manifestada dos Accordãos da Relação da Côte, 1º e 2º, que, com o voto unanime dos Exms. Desembargadores Marianni, J. N. dos Santos e Gouvêa, confirmarão a

seguinte sentença do illustrado juiz de direito da 1.<sup>a</sup> vara civil da Côrte :

« Vistos estes autos, no libello á fl. 4 pede o autor Dr. João Carlos Garcia de Almeida que seja julgado nullo o testamento por certidão á fl. 9, com que falleceu sua irmã D. Amelia Carolina e Silva, casada com o réo João Julio da Silva, fallecendo sem descendentes, e que, em consequencia dessa nullidade, revertão os bens ao autor e mais herdeiros collateraes, mediante prévio inventario; e pede a nullidade desse testamento, porque, estando sua irmã sob sua tutela, por não ter a mente sã, casou-se com o réo, em 31 de Outubro de 1871, com autorização do juizo de orphãos, por virtude do exame medico, no qual declararão os peritos que poderia com seu casamento melhorar seu estado de saude; mas a prova de que não melhorou é esse testamento, em que declarou ser natural da freguezia do Sacramento, desta Côrte, quando nasceu na cidade do Recife; que declarou chamar-se sua mãe D. Carlota de Almeida Gomes Guerra de Aguiar, quando esta chamou-se e assignou-se em todos os actos da vida civil D. Carlota da Cunha Guerra de Aguiar; que deixou um legado aos surdos-mudos, declarando-os recolhidos á Santa Casa da Misericordia, quando o instituto dos surdos-mudos nunca foi dependencia

desta, e teve sempre uma existencia distincta e independente : mostrando assim que, por não ter a mente sã, tendo tido uma educação esmerada, ignorava o logar de seu nascimento, o nome de sua mãe e a organização de um estabelecimento publico tão conhecido ; e nem pelo seu casamento foi levantada a interdicção a que estava sujeita, visto estar pendente de embargos a sentença que a autorizou a casar-se; além de que, sendo de mão-commum, reciproco e co-respectivo esse testamento, em que a fallecida, deixando a terça a uma atilhada e ordenando alguns legados, instituiu a seu marido herdeiro dos remanescentes de seus bens, este por sua vez deixando a terça a seus pais e ordenando tambem alguns legados instituiu sua mulher herdeira dos remanescentes ; mas, sendo nulla esta instituição feita pelo réo, por serem seus pais seus herdeiros necessarios, e nullo por isso o seu testamento, nullo tambem deve ser o da fallecida, 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, revelando ainda a instituição nulla, feita pelo réo, um artificio com que abusou da mente insana da fallecida para obter em retribuição igual instituição, com a differença de que seria nulla a

feita por elle, uma vez que tem ascendentes vivos ; mas válida a feita por ella, uma vez que os não tem, nem é possível que consentisse ella nessa desigualdade, se tivesse sã a mente.

Na contrariedade á fl. 21 allega o réo João Julio da Silva que sua mulher, ao tempo em que testou, tinha capacidade para faze-lo, por isso que não estava mais sujeita á curadoria do autor, e, como casada que era, não podia nem devia ter o autor como seu curador ; além de que a interdicção que sobre ella pesava foi levantada antes do seu casamento, por sentença do juiz de orphãos de 16 de Outubro de 1871, julgando-a em estado de se reger e de administrar seus bens. Nem por oppôr-se o autor a esta sentença com embargos continuou, por isso, a ser curador da mulher do réo, pois só o fez depois de effectuado o casamento, em 31 de Outubro de 1871, quando já estava sob o poder de seu marido ;

Que o testamento de mão-commun, equivalente em direito a dous testamentos, póde ser revogado por qualquer dos testadores quando e como quizer, sem que a revogação de um induza a revogação de outro ; pelo que a nullidade de um não acarreta necessariamente a nullidade do outro, nem póde ainda o autor, em vida do réo, annullar o seu testamento só para obter a nullidade do da finada mulher ;

Que esta dispôz dos bens no pleno gôzo de sua liberdade, sem suggestões dolosas, e no uso perfeito de sua intelligencia, não podendo de pequenos enganos e erros de redacção concluir-se a ausencia do juizo são.

Replicada a causa por negação (fl. 34 v.), estando em prova, foi admittido, por assim o ter requerido, como assistente, para acompanhar a causa no estado em que se achava (fl. 45), o Conde de Mareuil, por parte de sua filha menor Maria Amelia Durand Mareuil, a quem foi deixado um legado no testamento que se pretende annullar; e nas razões finaes de fl. 115 v. aceitou o assistente as razões finaes de fl. 107. em que se estabelece, como preliminar, a nullidade de não terem sido chamados a fallar, nos termos da causa, todos aquelles a quem esta possa interessar,

Examinadas as allegações das partes e provas dos autos, e considerando que, si os que não têm a mente sã e estão interdictos da administração de suas pessoas e bens não podem testar, conforme a Ord. liv. 4º, tit. 81, pr. e § 4º, tambem não podem casar, pois são incapazes de todo o assentimento e contracto (Borges Carneiro, § 104, n. 9); e, portanto, si, pela sentença constante de fl. 27, foi a mulher do réo e irmã do autor julgada, em 16 de Outubro de 1871, em estado de se reger e administrar seus bens e habilitada para

casar-se, o que fez em 31 desse mez (fl. 24), levantada assim a interdicção, tambem habilitou-se para testar, devendo valer o seu testamento si fôr bem ordenado e com a formalidade da lei, conforme a citada Ord., § 2º ;

Considerando que os erros sobre o logar do nascimento, sobre um dos appellidos do nome de sua mãe (que aliás tambem na certidão do casamento de fl. 24 é differente do indicado pelo autor como exacto), e sobre não ser o instituto dos surdos-mudos filiado á Santa Casa de Misericordia, como em geral são, nesta côrte, os estabelecimentos de caridade protegidos pelo Estado, não passam de lapsos de memoria e intelligencia, que se podem dar em uma mente sã, e principalmente de senhora, embora de educação distincta, e o facto de não ter o tabellião, que approvou o testamento de mão-commum, declarado que tambem o recebeu das mãos da mulher do réo, quando declara que o recebeu deste na presença della, tendo ella declarado que havia por bom, não é fundamento bastante para nullidade do testamento, pois não deixou de ser cumprida a Ord. liv. 4º, tit. 80, § 1º, explicada pelos Assentos de 17 de Agosto de 1811 e de 10 de Junho de 1817, segundo tem estabelecido a jurisprudencia dos tribunaes (Mafra, vol. 1º pag. 296);

Considerando que a mesma jurisprudencia, attestada por Valasco, *Consulta* 7<sup>a</sup>, Gama, *Decisão* n. 231, tem admittido como não prohibidos pela nossa legislação os testamentos de mão-commum ; mas que, tendo sido combinado nos de fl. 9 a instituição reciproca, pois instituirão-se os conjuges reciprocamente herdeiros dos remanescentes dos bens, salvo a terça e alguns legados, é patente ter sido enganada a mulher do réo quando o instituiu herdeiro dos remanescentes, pois não podia elle validamente institui-la, em retribuição, tambem herdeira dos remanescentes dos seus bens, visto ter pais vivos, aos quaes, entretanto, só deixou a terça, e por ser tal disposição nulla, em face da Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 82, § 1<sup>o</sup>, burlada foi a mulher do réo quanto á reciprocidade das disposições dos dous testamentos ;

Considerando que este engano, em que foi induzida a testadora, quanto á reciprocidade combinada nos testamentos sobre a herança dos remanescentes dos bens, não affecta a disposição da terça, que a testadora distribuio em legados a suas afilhadas, em algumas esmolas pias e concessão de alforria a seus escravos (fl. 11), pois si é nullo o testamento quanto á instituição do réo como herdeiro dos remanescentes dos bens, por causa desse engano, nos termos da Ord. liv. 4<sup>o</sup> tit. 84, § 3<sup>o</sup>, são

válidos os legados, embora na terça, conforme a Ord. liv. 4º, tit. 82, § 1º (*Consol. das Leis Civis*, art. 1010; Coelho da Rocha, § 591); muito principalmente tratando-se também da concessão de liberdade, em que deve-se dar á disposição testamentaria interpretação mais favoravel, e conforme á vontade da testadora; pois não prevalece, no nosso direito, a regra do direito romano de que não póde haver disposição testamentaria válida sem instituição de herdeiro (Gouvêa Pinto, *Tratado de Testam.*; Cap. 11; Coelho da Rocha, § 693);

Considerando que não procede a nullidade de falta de citação inicial de todos os interessados, pois além de ser ouvida como assistente (fl. 45) a legataria da terça, accresce que o Sr. Marquez de S. Vicente, invocado pelo réo a fl. 107, etc., justamente no tit 3º, cap. 4º, § 1º, dos *Apontamentos sobre o Processo Civil*, explica que a obrigação da citação inicial refere-se sómente aos que têm interesse principal na causa, e exemplifica que, na questão de validade de um testamento, não é mister citar os legatarios; e em todo caso, tal nullidade só poderia ser invocada pelos que não fallarão na causa, se fôsem prejudicados pela decisão desta; prejuizo que só se verificaria se fôsem também invalidadas as disposições dos legados nas forças da terça:

Julgo provado o libello sómente para annullar a instituição do réo como herdeiro dos remanescentes dos bens, e mandar que, cumpridas as mais disposições do testamento da fallecida D. Amelia Carolina de Almeida e Silva, sejam partilhados os remanescentes pelos herdeiros collateraes, pagas as custas pelo réo.

Rio de Janeiro, 1º de Fevereiro de 1875.—  
*Caetano José de Andrade Pinto.*

## XVIII ·

O filho natural escravo pôde ser reconhecido em testamento, e é apto para succeder.—O inventario é logar competente para se liquidar a legitimidade de tal herdeiro.

REVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA N. 8935.

*Recorrentes, José Martins Pereira e outros.*

*Recorrido, Ildefonso Martins Pereira.*

*Sentença da 1ª instancia.*

Recebo e julgo provados os embargos sómente na parte em que o testamenteiro embargante, Nicoláo Martins, pede que se proceda á partilha dos bens do finado João Martins Pereira, afim de que

lhe seja entregue o quinhão da terça para cumprimento dos legados, pois considero tal o remanescente deixado ao embargante Ildefonso, seu irmão e avô ; portanto mando que os mesmos bens sejam divididos em dous quinhões : dous terços para os herdeiros englobadamente, e a terça para o fim já dito.

Não recebo, porém, os artigos de embargos referentes ao embargante Ildefonso Martins Pereira, na parte em que pede ser reconhecido herdeiro, como filho legitimo do finado João Martins Pereira ; porquanto, sendo sempre questão de grande importancia o reconhecimento de filhos naturaes, com pretensão de herdeiros necessarios (como no caso era a mãe do testador), não pôde ella ser ventilada, discutida e decidida por estreitos limites de um incidente de processo summarissimo como é o inventario, cujos termos são breves, maximè havendo urgencia de liquidar direitos da fazenda publica.

Mando, portanto, que subsista e se cumpra o despacho embargado, que remette o embargante Ildefonso para a competente acção de petição de herança, unica que tem logar quando se contesta ao autor a qualidade de herdeiro (*Doutrina das Acções*, §§ 122, 123, 147 e notas), cuja unica excepção é só a respeito do filho legitimo, a quem

calumniosamente se nega esta qualidade. (Baptista, *Prat.*, § 14 e sua nota.)

Condemno nas custas do retardamento o embargante Ildefonso e o embargado inventariante, cada um em metade.

Feita a avaliação da escrava, ou escravo, legado pela finada D. Thereza, a qual deve correr nestes autos, e pelos mesmos avaliadores, voltem conclusos para ser ordenada a extracção da guía, conforme a conta que fôr feita.

Belém, 4 de Setembro de 1872.—*José Francisco de Araujo Lima.*

#### ACCORDÃO DA RELAÇÃO DO MARANHÃO.

Accordão em relação. Que, vistos expostos e relatados estes autos, entre partes appellante Ildefonso Martins Pereira, e appellados José Martins Pereira e outros :

Menos bem julgado foi pelo juiz *a quo*, em sua sentença de fl. 108 ; porquanto, respeitando a lei de 2 de Setembro de 1847 o direito dos filhos naturaes ás heranças paternas, direito consagrado na Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 92, não fez mais do que equiparar os filhos dos nobres aos dos plebeos, para poderem herdar dos pais, e substituir por escriptura publica ou testamento a prova do reconhecimento

paterno, que até então não era essencial nas habilitações posthumas, pelo que muitas vezes estranhos e intrusos usurpavão as heranças dos pretensos pais, em fraude dos legitimos herdeiros do defunto.

Quem usa do seu direito a ninguem offende :  
*Quis jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

João Martins Pereira, reconhecendo testamentariamente seus filhos ao appellante e seu irmão, usou do seu direito, visto serem *ex soluto et ex soluta, id est*, havido de homem e mulher solteiros, entre os quaes não havia impedimento canonico para casarem, e, uma vez que não erão adulterinos, sacrilegos, ou incestuosos e de coito damnado, só poderião ser preteridos pela mãi do testador, se este morresse *ab intestato*, pouco importando que D. Thereza Caetana os reconhecesse, porque não era isso direito seu, e sim do pai do appella te.

E, posto que o appellante fôsse escravo ao tempo do obito de seu pai, nem por isso era inhabil para adquirir; assim que Gouvêa Pinto, no seu *Tratado de Testamentos*, cap. 12, enumerando as pessoas incapazes de serem instituidas herdeiras, não excluiu o escravo, e sendo a lei o direito consuetudinario, o costume que tem por fim o lapso de mais de cem annos, como é expresso na lei de 18 de Agosto de 1779, é fóra de duvida que, no Brazil, sempre foi costume, desde os tempos

coloniaes, os escravos resgatarem-se do captivoiro, indemnizando aos senhores com o peculio por elles adquirido.

Portanto, sendo a faculdade de adquirir mui distincta da de testar, e a disposição da Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 31, § 4<sup>o</sup>, que prohibe ao escravo fazer testamento, uma excepção do direito commum, que, segundo a hermeneutica juridica, têm interpretação restricta, segue-se que, prestando o direito autoridade e força de lei ás disposições de ultima vontade, e que estas se entendão de fórmula que sempre produzão effeito de conformidade ás leis vigentes, o direito do appellante á herança paterna é incontroverso : e nem se diga que a liberdade do appellante podia ser denegada, ou pelo menos questionada ; porquanto, na phrase da Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 11, § 4<sup>o</sup>, que nunca foi revogada, em favor da liberdade muitas cousas são outorgadas contra as regras geraes (\*), e, pela citada Ordenação, a razão escripta, ao escravo era facultado remir-se do captivoiro

---

(\*) Esta phrase da Ord. não é a enunciação de um principio, que seria subversivo no texto da lei ; é apenas a attestação de um facto. Em favor da liberdade muitas cousas são outorgadas contra as regras do direito, porque a escravidão já é de si um estado contrario a ellas. As expressões *propriedade esclava*, *usofructo*, *fideicommisso* em relação ao estado servil não podem ser entendidas senão em sentido translato. Reflectindo sobre isso, apanha-se facilmente o espirito daquelle phrase da Ord., tão citada, e tantas vezes mal comprehendida e ainda peor applicada.

contra o gosto do senhor, que a isso podia ser constrangido.

Isto posto, e uma vez que foi julgado valido o testamento de fls. 8 a 15, o appellante é o herdeiro do testador *ex-vi* do mesmo testamento, e, nesta conformidade, reformão a sentença appellada, que fez ao appellante duplo gravame :

1.º Negando-lhe a qualidade de filho natural de João Martins Pereira, reconhecido testamentariamente e instituído seu herdeiro ;

2.º Deixando o juiz *a quo* de proceder ao inventario de D. Thereza Caetana, requerido pelo appellante, a quem a testadora não podia esbulhar da legitima, ou quinhão hereditario, que lhe havia de caber como representante de João Martins Pereira, seu filho (Coelho da Rocha, liv. 1º, § 339 ; Borges Carneiro, tom. 2º, § 106, ns. 2, 5 e 6 ; Corrêa Telles, *Dig. Port.*, liv. 2º, secç. 2ª, § 864) ; por isso que o direito dos netos ás heranças avitas é um direito seu, que só da lei recebem.—*Quod filius succedit in locum patris, seu matris, quantum ad successionem avi, non habet a patre, sed ex dispositione legis.*

Maranhão, 6 de Dezembro de 1873.—*Albuquerque Mello*, presidente.—*Fernandes Vieira*.—*Torreão*.—*A. F. de Salles*.

## XIX

Vintena do testamenteiro é marcada pelo juiz de direito dentro dos limites legais, e em dinheiro.

ACCORDÃO N. 125 DA RELAÇÃO DE S. PAULO.

*Appellante, D. Maria Augusta de Mendonça Doque.*

*Appellado, o padre Joaquim José Vieira.*

ACCORDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, e não vencida a preliminar de se não tomar conhecimento da appellação por ter subido a esta instancia com peças desentranhadas dos autos, que ficarão no juizo *a quo*, para nelle se proseguir nos ultteriores termos do inventario e partilha :

Accordão em relação, etc. Que dão provimento á appellação para reformar a sentença appellada, e mandar que, reduzida a 2 % a vintena devida ao appellado, na qualidade de testamenteiro do inventariado Antonio Francisco Guimarães, restitua elle o que de mais recebeu ; incluindo-se nessa restituição o immovel, que lhe foi adjudicado na

partilha contra o disposto na Ord. liv 1º, tit. 62, § 7º; visto que devêra ser em dinheiro o seu pagamento; e da restituição ordenada se proceda á sobre-partilha: pagas as custas pelo appellado.

S. Paulo, 11 de Fevereiro de 1876.—*Aquino e Castro*, presidente.—*J. P. Villaça* (vencido em parte).—*Faria*.—*Cerqueira Lima*.

## ADDITAMENTO

---

DECRETO N. 4355 DE 17 DE ABRIL DE 1869.

Art. 1.º A taxa de heranças e legados, a siza dos bens de raiz, a meia siza dos escravos, o imposto de venda de embarcações nacionaes e estrangeiras, e os novos direitos da dispensa da lei de amortização, de habilitação para heranças, de insinuação de doações, de licença para subrogação de bens inalienaveis ficão substituidos pelo imposto de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19).

Art. 2.º Este imposto recahe sobre a transferencia da propriedade ou usufructo de bens immoveis, moveis e semoventes, nos casos designados no presente Regulamento.

Art. 3.º É devido, na conformidade da tabella annexa :

1.º Das heranças por testamento e *ab intestato* e dos legados.

2.º Das doações *inter vivos*.

3.º Das compras e vendas e actos equivalentes de bens immoveis.

4.º Das compras e vendas e actos equivalentes de embarcações.

5.º Das compras e vendas e actos equivalentes de escravos.

6.º Da aquisição de immoveis pelas corporações de mão-morta, com licença do poder competente.

7.º Da constituição de emphyteuse ou sub-emphyteuse.

8.º Da cessão de privilegios, antes de realizada a empreza ou de seu effectivo gôzo, com excepção dos que a Lei de 28 de Agosto de 1830 assegurou aos inventores de industrias.

9.º Das vendas em leilão e da arrematação e adjudicação de moveis, não comprehendidos nos numeros anteriores.

10. Da subrogação de bens inalienaveis.

11. De todos os mais actos e contratos translativos de immoveis, sujeitos á transcripção, na conformidade da legislação hypothecaria.

Art. 4.º Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.

§ Unico. São tambem isentos do imposto de transmissão :

1.º Os actos translativos de bens de ou para o Estado, Provincias ou Municipios.

2.º Os actos de desapropriação para o Estado, Provincias ou Municipios.

3.º Os actos de transmissão de propriedade litteraria ou artistica.

4.º As vendas de immoveis a colonos, e a primeira venda por estes feita a outros colonos, que se estabelecerem no Imperio, sendo os bens situados fóra das cidades e villas ; bem como, nos mesmos casos, a constituição da emphyteuse e sub-emphyteuse.

5.º As heranças não excedentes de 100\$, não se comprehendendo nesta expressão as quotas hereditarias.

6.º Os contratos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os socios e outras pessoas.

7.º Os actos que fazem cessar entre socios ou ex-socios a indivisibilidade dos bens communs, salvas as disposições dos artigos das sizas de 27 de Setembro de 1476, cap. 6º § 4º, que é applicavel aos mesmos actos.

Art. 5.º São sujeitos ao imposto de transmissão:

1.º Os bens immoveis, moveis e semoventes situados ou existentes no Imperio.

2.º As apolices da divida publica interna : (Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868).

3.º Os titulos de divida publica estrangeira ; as acções de companhias nacionaes ou estrangeiras, e os creditos e dividas activas, que seguirão o domicilio, ou a pessoa do transmissor ou credor.

4.º Os direitos e acções relativos aos bens de que tratão os numeros antecedentes.

Art. 6.º Para o pagamento do imposto o valor dos bens transmittidos será :

1.º Nas heranças e legados, o dos inventarios.

2.º Nas doações, o valor declarado ou arbitrado.

3.º Nas compras e vendas, subrogações e actos equivalentes, o preço dos contratos, quer consista em dinheiro, quer em acções de companhias ou titulos da divida publica.

4.º Nas arrematações e aljudicações, o preço da arrematação ou o valor da adjudicação.

5.º Nas doações *in solutum*, o da divida que fôr paga.

6.º Na constituição de emphyteuse ou sub-emphyteuse, o valor do dominio util.

7.º Nas permutações de bens da mesma especie, o de um dos valores permutados, se fôrem iguaes, ou do maior delles, se o não fôrem.

Nas de bens de diversa especie, o valor de cada um delles.

8.º Nas cessões de privilegios, o preço da cessão.

9.º Nas renunciias, o preço pago ao renunciante ou cedente, ou o valor do objecto que elles receberem.

§ Unico. Quando a transmissão se effectuar por titulo gratuito, o imposto será sempre lançado sobre o valor della, liquido de dividas e encargos, nos termos dos Regulamentos actuaes.

Art. 7.º A liquidação do preço, quando este não puder ser calculado á vista da declaração das partes, ou havendo fundada suspeita de fraude contra a Fazenda, regular-se-ha pelas disposições seguintes :

1.ª O valor dos bens livres, em geral, será arbitrado por peritos.

2.ª O do dominio directo será a importancia de 20 fóros e um laudemio.

3.ª O do dominio dos bens emphyteuticos será o do predio livre, deduzido o do dominio directo, na fórma da regra antecedente ; e o dos bens sub-emphyteuticos, esse mesmo valor, deduzidas 20 pensões sub-emphyteuticas equivalentes ao dominio do emphyteuta principal.

4.ª O da posse será de metade do valor da propriedade.

5.ª O do usufructo vitalicio será o producto do rendimento de um anno, multiplicado por 10, e o do temporario, o producto do rendimento

de um anno multiplicado por tantos annos quantos os do usufructo, nunca excedendo de 10.

6.<sup>a</sup> O valor da nua-propriedade será o producto do rendimento de um anno multiplicado por 20, deduzido o valor do usufructo, na fôrma da regra antecedente.

7.<sup>a</sup> O das pensões vitalicias será o producto de uma pensão multiplicado por 10.

8.<sup>a</sup> O das acções de companhias e dos titulos da divida publica será o médio do do mercado.

§ 1.<sup>o</sup> O arbitramento do valor dos bens será feito por dous peritos, nomeados um pela parte interessada e outro pelo chefe da repartição fiscal, cabendo o desempate a um terceiro de nomeação da parte ou do mesmo chefe, em falta de accôrdo

§ 2.<sup>o</sup> Do arbitramento, bem como da liquidação, haverá recurso para o Ministro da Fazenda e Thesourarias, na fôrma das disposições em vigôr.

§ 3.<sup>o</sup> Os peritos perceberão das partes que os nomearem, inclusivamente da Fazenda Nacional, os emolumentos do Regimento das custas judiciaes, sendo civil e criminalmente responsaveis pelos prejuizos que causarem por dolo ou negligencia.

Art. 8.<sup>o</sup> O imposto de transmissão será pago por inteiro pelos adquirentes dos bens,—nas permutações por ambos os permutantes,—nas arrema-

tações e adjudicações, metade por conta do executado e metade pelo arrematante ou adjudicatario.

§ 1.º Sendo os bens immoveis, o imposto constitue onus real (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 6º, § 4º).

§ 2.º Os co-herdeiros respondem solidariamente pelo pagamento do imposto da transmissão *causa mortis*.

Art. 9.º Nas transmissões simultaneas de immoveis e moveis, ainda quando estes se não reputem immoveis por direito, o imposto será cobrado na razão da taxa dos bens de raiz sobre o valor ou preço total.

§ Unico. Exceptuão-se da disposição deste artigo:

1.º Os contratos e actos, em que se estipular designnada e especialmente preço para os moveis.

2.º Os contratos e actos que comprehenderem escravos, devendo pagar-se destes, em todo o caso, o imposto de transmissão de escravos.

Art. 10. Das transmissões secretas de bens por titulo oneroso cobrar-se-ha o imposto, quando os bens fôrem inscriptos nos arrolamentos da decima urbana, Geral ou Provincial, e de outros impostos, ou alugados e arrendados pelo novo possuidor, ou quando este praticar actos relativos á sua propriedade ou usufructo.

§ Unico. Fica salvo o direito á restituição do imposto no caso de reivindicação.

Art. 11. A taxa de heranças e legados de usufructo será paga por uma vez sómente, na fórma do art. 7º n. 5, não estando aberta a conta do usufructo na Recebedoria do Municipio ao tempo da publicação deste Regulamento.

§ Unico. Os devedores da taxa lançada na referida repartição serão admittidos a paga-la nos termos deste artigo, fechando-lhes a respectiva conta.

Art. 12. A disposição do art: 7º do Regulamento annexo ao Decreto n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 não é applicavel aos inventarios, em que só houver herdeiros necessarios.

Art. 13. O pagamento do imposto na transmissão *inter vivos* effectuar-se-ha antes de celebrado o acto que a opera, mediante guia dada pelos Tabelliães, Escrivães ou outros officiaes publicos, ou escripta pelas partes interessadas, e o da transmissão *causa mortis*, nos termos dos actuaes Regulamentos sobre a taxa de heranças e legados.

Art. 14. O imposto de transmissão não poderá ser restituído, salvo :

1.º Quando o contrato ou acto, de que se tiver pago o imposto, não chegar a effectuar-se.

2.º No caso de nullidade de *pleno direito* do contrato ou acto, formalmente pronunciada pela lei em razão de preterição de solemnidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (Decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 684 § 1º).

3.º Nos outros casos de nullidade absoluta do contrato ou acto, sendo decretada pela autoridade judiciaria, depois de regular e contradictoria discussão entre as partes

§ Unico. As reclamações deverão ser intentadas dentro do prazo de 5 annos; mas as questões judiciaes, de cuja solução ellas dependão, interromperão a prescripção.

Art. 15. Das decisões proferidas pelos chefes das Repartições Fiscaes sobre questões relativas ao imposto de transmissão de propriedade, e sobre as multas comminadas neste Regulamento, caberão os recursos facultados pelo Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, arts. 3º §§ 1º e 27.

§ 1.º Os Collectores e Administradores de Mesas de Rendas recorrerão *ex-officio* na Provincia do Rio de Janeiro para o Tribunal do Thesouro Nacional, e nas outras Provincias para as Thesourarias de Fazenda, das decisões favoraveis ás partes em materia de restituição do imposto ou das multas.

§ 2.º Os recursos, tanto voluntarios como necessarios, serão interpostos dentro do prazo de 30 dias, contados da intimação ou publicação das decisões, tendo effeito suspensivo os que versarem sobre restituição.

§ 3.º No caso de denuncia por sonegação do imposto, as partes interessadas deveráo justificar o facto em juizo, exhibindo depois os documentos necessarios perante a autoridade administrativa competente, que procederá como de direito fôr.

Art. 16. Os Tabelliães ou Escriptvães que tiverem de lavrar instrumentos, termos ou escripturas de contratos ou actos judiciaes, ou de extrahir instrumentos, que por qualquer modo operem ou venhão a operar transmissão de propriedade ou usufructo sujeita ao imposto, exigiráo prova de pagamento deste.

§ Unico. O conhecimento será transcripto litteral e integralmente na escriptura, no termo de convenção ou instrumento.

Art. 17. Não se poderá fazer inscripção ou transcripção de titulos sujeitos ao registro hypothecario, e dos quaes se devão direitos, sem que se mostre que estes fôrão pagos.

Art. 18. Os Tabelliães, Escriptvães e officiaes publicos, que infringirem as disposições dos arts. 16

e 17, incorrerão, além das penas comminadas na legislação em vigor, na multa de 25\$ a 50\$000.

Art. 19. O imposto de transmissão de propriedade será escripturado como renda do exercicio em que fôr pago.

Art. 20. Ficão revogados o art. 4º do Decreto n. 4113 de 4 de Março de 1868 e todas as disposições em contrario a este Regulamento.

Rio de Janeiro, em 17 de Abril de 1869.

*Visconde de Itaborahy.*

---

**Tabella annexa ao Regulamento que acompanha o Decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869.**

I. Transmissão por título successivo ou testamentario, no Município da Côrte:	
Em linha recta, sendo herdeiros necessarios.....	1/10 %.
Não sendo necessarios.....	5 »
Entre os conjuges por testamento.....	5 »
A irmãos, tios irmãos dos pais e sobrinhos filhos dos irmãos.....	5 »
A primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós e sobrinhos netos de irmãos.....	10 »
Entre os mais parentes até o 10º gráo, contado por direito civil.....	15 »
Entre os conjuges <i>ab intestato</i> .....	15 »
A religiosos professos e secularizados, qualquer que seja o gráo ou a linha de parentesco.....	15 »
Entre estranhos.....	20 »
II. Doações <i>inter vivos</i> :	
Em linha recta, sendo herdeiros necessarios.....	1/10 »
Não sendo necessarios.....	2 »
Entre conjuges.....	2 »
A irmãos, tios irmãos dos pais e sobrinhos filhos dos irmãos.....	2 »
A primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós e sobrinhos netos de irmãos.....	3 »
Entre os mais parentes até o 10º gráo, contado por direito civil.....	4 »
Entre estranhos.....	6 »
III. Compra e venda, arrematação, adjudicação, dação <i>in solutum</i> e actos equivalentes de immoveis, quer por sua natureza, quer por seu destino, quer pelo objecto a que se applicão.....	
	6 »

	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 »
	Da differença, se a houver, mais.....	6 »
IV.	Compra e venda, arrematação, adjudicação, dação <i>in solutum</i> e actos equivalentes de embarcações nacionaes ou estrangeiras.....	5 »
	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 »
	Da differença, se a houver, mais.....	5 »
V.	Compra e venda, arrematação, adjudicação, dação <i>in solutum</i> e actos equivalentes de escravos no Municipio da Côrte.....	2 »
	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 »
	Da differença, se a houver, mais.....	2 »
VI.	A aquisição de immoveis pelas corporações de mão-morta mediante licença do poder competente, além dos direitos que devidos fôrem do titulo de transmissão, na conformidade da presente tabella :	
	Por titulo gratuito.....	5 »
	Por titulo oneroso.....	4 »
VII.	A constituição de emphyteuse ou de sub-emphyteuse.....	1/10 »
	Da joia, se a houver, mais.....	1 »
VIII.	Cessão de privilegio de qualquer empreza com autorização do poder competente, antes de realzada a empreza ou de seu effectivo gôzo. excepto a dos assegurados pela lei de 28 de Agosto de 1830.....	10 »
IX.	Venda em leilão, arrematação ou adjudicação de bens moveis, não sendo escravos ou embarcações.....	1 »
	Se os bens pertencerem a massas fallidas.....	1/2 »

X. Da subrogação de bens inalienaveis, na conformidade das leis, por apolices da divida publica. . . . .	2	»
Sendo de bens não dotaes por outros bens. . . . .	10	»
Nes demais casos. . . . .	2	»
XI. Todos os actos translativos de immoveis sujeitos á transcripção na conformidade da legislação hypothecaria, além dos direitos que devidos fôrem do titulo de transmissão. . . . .	1/10	»

Rio de Janeiro, em 17 de Abril de 1869.—*Visconde de Itaboraahy.*

*Capitulo 6º § 4º dos artigos das sizas de 27 de Setembro de 1476, a que se refere o art. 4º § unico n. 7 deste Regulamento.*

Outrosim muitas vezes acontece entre os herdeiros, que herdão alguns bens de raiz, quando os querem partir, por vir a boa igualdade, e cada um haver directamente o que lhe pertence haver, tornarem uns aos outros dinheiros por alguma melhoria que hão em alguma parte da partição que assim fazem nos ditos bens: mandamos que em tal caso não haja ali siza de uma parte nem da outra; porque não é venda nem escambo. Porém, se os ditos bens fôrem partidos, sem ali entrar de uma parte á outra tornar dinheiro, e depois de tal partição feita alguma das partes se concertar com outra, que lhe deixe taes bens, e lhe dá por elles certos dinheiros, pague-se delles siza, porque é verdadeiramente venda. E se cada uma das partes se accordar com a outra, que lhe deixe esses bens, que assim houve em sua partição, por outros que lhe por elles dá, que são fóra da dita herança: ou antes que sejam partidos, se concertar que os não partão, e pelo quinhão que ali tem, dá outros de fóra da dita herança, ou dinheiros por elles, mandamos que em taes casos se pague delles siza; porque é direito, escambo ou venda. E se os ditos herdeiros depois da partilha ser feita entre elles trocarem alguns bens de raiz, ou moveis da dita herança, ou partilha, uns pelos outros, em tal caso haja ali tambem siza, porque é verdadeira troca.

## DECRETO N. 5581 DE 31 DE MARÇO DE 1874.

Dá regulamento para arrecadação do imposto de transmissão de propriedade.

Usando da autorização conferida pelo art. 11 § 11 da Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873:

Hei por bem que, na arrecadação do imposto de transmissão de propriedade, estabelecido pela Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 e Decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869, se observe o Regulamento que com este baixa, assignado pelo Visconde do Rio Branco, Conselheiro de Estado, Senador do Imperio, Presidente do Conselho de Ministros, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda e Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, que assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro, em trinta e um de Março de mil oitocentos setenta e quatro, quinquagesimo terceiro da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador.

*Visconde do Rio Branco.*

**Regulamento a que se refere o Decreto desta  
data n. 5581.**

## CAPITULO I

### DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO.

Art. 1.º O imposto de transmissão de propriedade, estabelecido pelo art. 19 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 e Decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869, recae sobre a transferencia da propriedade ou usufructo de bens immoveis, moveis e semoventes, nos casos que designa o presente regulamento e na fôrma da tabella annexa.

## CAPITULO II.

### DAS TRANSMISSÕES *causa mortis*.

Art. 2.º O imposto de transmissão de propriedade por titulo de successão legitima ou testamentaria (Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º, Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860, art. 1º) é devido:

1.º De bens moveis, immoveis e semoventes, situados ou existentes no municipio da Côrte ;

2.º De apolices da divida publica interna (Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868, art. 1º);

3.º De titulos de divida publica estrangeira, acções de companhias nacionaes ou estrangeiras, creditos e dividas activas, cujo transmissor ou credor tiver domicilio no municipio da Côrte.

Art. 3.º São herdeiros necessarios os descendentes e ascendentes successiveis *ab intestato*. (Decr. n. 1343 de 8 de Março de 1854. Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860, art. 3.º)

Art. 4.º 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. cit., art. 3º § 1.º)

Art. 5.º A herança ou legado de affim de qualquer gráo a conjuge sujeito ao regimen da communhão pagará taxa segundo o gráo de parentesco entre o instituidor e o instituido, cobrando-se a que fôr applicavel a estranhos quando o instituido fôr casado por outra fórma. (Decr. cit., art. 3º § 2º, combinado com o art. 19 da Lei de 26 de Setembro de 1867).

Paragrapho unico. Tambem se consideraráõ

estranhos, para os effeitos deste regulamento, os adoptivos. (Decr. cit., art. 3.º § 2.º)

Art. 6.º O fiduciario e o fideicommissario pagarão a taxa correspondente ao gráo de seu parentesco com o testador, sendo, porém, devida a correspondente ao gráo de parentesco entre os mesmos fiduciario e fideicommissario, quando este apenas tiver direito ao que restar, por ser facultado áquelle o direito de dispôr. (Ord. n. 289 de 12 de Outubro de 1870).

Art. 7.º Os filhos de pai ou mãe que passar a segundas nupcias, e succederem em bens hereditarios de irmão predefuncto (Orden. liv. 4.º, tit. 91 § 2.º) são sujeitos ao imposto como irmãos.

Art. 8.º Nos casos de curadoria e successão provisoria (Orden. L. 1.º tit. 62 § 38. Regimento 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)

Art. 9.º A doação *causa mortis*, por ser equiparada a legado, é sujeita a imposto ao tempo de tornar-se effectiva. (Decr. n. 2708 de 1860, art. 5.º)

Art. 10. Das deixas e legados commettidos em segredo, nas cartas chamadas de consciencia, a taxa será cobrada na fórma estabelecida pela

Resolução de 26 de Julho de 1813. (Decr. de 1860, art. 21.)

Art. 11. O imposto não é extensivo aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados e intestados. (Decr. cit., art. 22. Alv. de 9 de Novembro de 1754.)

Art. 12. O valor dos bens para pagamento da taxa será o do tempo em que o imposto se tornar exigivel. (Decr. cit., art. 23.)

### CAPITULO III.

#### DAS ISENÇÕES DO IMPOSTO NA TRANSMISSÃO *causa mortis*.

Art. 13. São isentos do imposto :

1.º Os legados de propriedade ou usufructo deixados á Santa Casa de Misericordia e aos Expostos, ao Recolhimento e Hospicio de Pedro II, como partes integrantes do seu Instituto, e ao Recolhimento de Santa Thereza (Decr. cit., art. 6º n. 1), com excepção dos legados pios não cumpridos (Ord. n. 90 de 18 de Agosto de 1845);

2.º Os premios ou legados aos testamenteiros, até

á importancia da vintena, sendo esta arbitrada na fórma do Decreto de 3 de Julho de 1854 (Resol. do 1º de Julho de 1817. Decr. e art. cit. n. 2);

3.º As heranças não excedentes de 100\$000, não se comprehendendo nesta expressão as quotas hereditarias (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19., Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, art. 4º n. 5);

4.º As alforrias ou doações de liberdade em testamento, e os legados para esse fim (Decr. cit., art. 6º n. 4. Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, art. 4º § 6º);

5.º Os legados de propriedade ou usufructo ás Caixas Economicas, Monte-pios ou de Soccorro e Sociedades de Soccorros Mutuos, organizadas na fórma da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860 (Decr. e art. cit. n. 5);

6.º Os legados e heranças de propriedade litteraria e artistica ;

7.º Os legados e heranças ao Estado, Provincia ou Municipio ;

8.º Os legados a estabelecimentos de emancipação de escravos, e de educação de menores ingenuos, filhos de escravas. (Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, arts. 64 e 69).

## CAPITULO IV

DAS TRANSMISSÕES *inter vivos*.

Art. 14. É devido o imposto :

1.º Das doações *inter vivos* ;

2.º Das compras e vendas, ou actos equivalentes, de bens immoveis situados no Imperio ;

3.º Das compras e vendas, ou actos equivalentes, de embarcações nacionaes ou estrangeiras ;

4.º Das compras e vendas, ou actos equivalentes, de escravos, no Municipio da Côrte ;

5.º Dos direitos e acções relativos aos bens de que tratão os numeros antecedentes ;

6.º Da aquisição de immoveis pelas corporações de mão-morta com licença do poder competente ;

7.º Da constituição da emphyteuse ou sub-emphyteuse ;

8.º Da cessão de privilegios, antes de realizada a empreza, ou de seu effectivo gôzo, com excepção dos que a Lei de 28 de Agosto de 1830 assegurou aos inventores de industrias ;

9.º Da subrogação de bens inalienaveis ;

10. De todos os mais actos e contratos translativos de immoveis, sujeitos á transcripção em conformidade da legislação hypothecaria.

Art. 15. São immoveis para este effeito.

1.º Os bens de raiz por sua natureza (Provisão de 8 de Janeiro de 1819. Instrucções do 1º de Setembro de 1836. art. 5º, Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853);

2.º Os reputados taes por destino (Provisão e Instrucções citadas. Ord. n. 143 de 4 de Outubro de 1847);

3.º Os que, pelo objecto a que se applicão, participão dessa natureza. (Disposições citadas.)

Art. 16. Nas permutações de bens da mesma especie, em igualdade de valor, pagar-se-ha o imposto na proporção sómente de um dos valores permutados. (Lei n. 1507 de 26 Setembro de 1867.)

§ 1.º Da differença dos valores entre bens da mesma especie cobrar-se-ha a taxa estabelecida para os contratos de compra ou venda.

§ 2.º Quando os bens permutados fôrem de diversa especie, cobrar-se-ha a taxa correspondente á especie e ao valor de cada um delles. (Ord. n. 42 de 16 de Janeiro de 1836.)

Art. 17. Nas transmissões simultaneas de immoveis e moveis, ainda quando estes não se reputem immoveis por direito, o imposto será cobrado na razão da taxa dos bens de raiz sobre o valor ou preço total.

Quando na transmissão se comprehenderem navios, será observada a mesma regra, cobrando-se a taxa de maior valor.

§ 1.º Exceptuão-se da disposição deste artigo :

1. Os contratos ou actos em que se estipular designada e especificadamente um preço para os moveis ;

2. Os contratos ou actos que comprehenderem escravos, devendo pagar-se destes, em todo o caso, o imposto de transmissão de escravos.

§ 2.º Estão comprehendidos na disposição deste artigo os contratos de compra e venda de direito e acção de heranças.

Art. 18. Quando houver transmissão secreta de bens, inscrevendo-os o possuidor nos arrolamentos da decima urbana geral ou provincial e de outros impostos, arrendando-os, ou por qualquer modo exercendo actos relativos á propriedade ou usufructo, cobrar-se-ha o imposto de compra e venda. (Ord. n. 283 de 10 de Outubro de 1835.)

Paragrapho unico. Fica salvo o direito á restituição do imposto, no caso de reivindicação.

Art. 19. Da adjudicação a herdeiros de qualquer especie, que tenham remido ou se obriguem a remir divida do casal, ou para indemnização de legados e despesas, é devido o imposto de transmissão correspondente á compra e venda.

Paragrapho unico. Este artigo é applicavel aos conjuges meeiros, sendo, no caso de remissão de dividas, deduzido o imposto da metade do valor dos bens adjudicados.

Art. 20. O imposto de permutação de immoveis das corporações de mão-morta por apolices da divida publica será de metade, sempre que o valor se realizar logo em apolice. (Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845, art. 44).

Art. 21. É devido o imposto da cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, ou actos equivalentes.

Paragrapho unico. Exceptua-se a indemnização de bemfeitorias pelo proprietario ao locatario. (Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869).

Art. 22. Nas doações *inter vivos*, a parentes affins, cobrar-se-ha o imposto segundo a regra do art. 5.º

## CAPITULO V

### DAS ISENÇÕES DO IMPOSTO NA TRANSMISSÃO *inter vivos*.

Art. 23. São isentos do imposto :

1.º Os actos translativos de bens de ou para o Estado, Provincia ou Municipio ;

2.º Os actos de desapropriação para o Estado, Provincia ou Municipio;

3.º As tornas ou reposições em dinheiro, pelo excesso de bens lançados a um herdeiro ou socio; excepto se os bens fôrem partiveis, ou se houver concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão, pagando-se nestes casos o imposto de compra e venda (Cap. 6º § 4º dos artigos das sizas de 27 de Setembro de 1476);

4.º A aquisição feita por algum herdeiro no acto da partilha dos bens do espolio, como indemnização do pagamento do imposto, de que trata o art. 2º deste regulamento (Decr. de 28 de Abril de 1842, art. 5º, Decr. de 15 de Dezembro de 1860, art. 12);

5.º As vendas a colonos, e a primeira venda por estes feita a outros colonos, que se estabelecerem no Imperio, de immoveis situados fóra das cidades e villas; bem como nos mesmos casos a constituição da emphyteuse e sub-emphyteuse;

6.º Os contractos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os socios;

7.º Os actos que fazem cessar entre socios ou ex-socios a indivisibilidade dos bens communs, salva a disposição do n. 3 deste artigo;

8.º As compras de jangadas e barcos de pesca-ria nacionaes (Alv. de 20 de Outubro de 1812, § 4º.);

9.º As de barcas de vapor, ainda que construídas no estrangeiro, destinadas ao serviço de companhias autorizadas por lei e existentes no Imperio (Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841, art. 27);

10. As de quaesquer embarcações, que, por lei especial, gozarem de isenção ;

11. A primeira venda de embarcação construída em estaleiro nacional (Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873, art. 11 § 5.º.);

12. Os actos de transmissão de propriedade litteraria e artistica ;

13. As alforrias, quer gratuitas, quer a titulo oneroso (Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, art. 4.º § 6.º);

14. A compra de terrenos para corporações, a quem esta isenção tenha sido concedida por lei ;

15. A arrematação e adjudicação de immoveis para pagamento de sociedade de credito real (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 13 § 12);

16. A aquisição de terreno para estabelecimentos de emancipação de escravos, e de educação de menores ingenuos, filhos de escravas. (Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, arts. 64 e 69).

## CAPITULO VI.

## DO VALOR DOS BENS PARA O PAGAMENTO DO IMPOSTO.

Art. 24. Para o pagamento do imposto o valor dos bens transmittidos será :

1.º Nas heranças e legados, o dos inventarios;  
2.º Nas doações, o valor declarado ou arbitrado;  
3.º Nas compras e vendas, subrogações e actos equivalentes, o preço dos contratos, quer consista em dinheiro, quer em acções de companhias ou titulos de divida publica;

4.º Nas arrematações e adjudicações, o preço da arrematação ou o valor da adjudicação;

5.º Nas dações *in solutum*, o dos bens dados em pagamento;

6.º Na constituição da emphyteuse ou sub-emphyteuse, o valor do dominio util;

7.º Nas permutações de bens da mesma especie, o valor de um dos bens permutados, se fôrem iguaes e mais o da differença, se o não fôrem;

Nas de bens de diversa especie, o valor de cada um delles;

8.º Nas cessões de privilegios, o preço da cessão;

9.º Nas renunciias, o preço pago ao renunciante ou cedente, ou o valor do objecto que elle receber.

Paragrapho unico. Quando a transmissão se effectuar por titulo gratuito, deduzir-se-ha do valor liquido a importancia das dividas passivas e a do imposto das pensões a que ficar obrigada a pessoa para quem fôr feita a transmissão.

Art. 25. A liquidação do preço, quando este não puder ser calculado á vista dos titulos de aquisição, ou das declarações da parte, ou havendo fundada suspeita de fraude, regular-se-ha pelas disposições seguintes :

1.ª O valor dos bens livres em geral será arbitrado por peritos ;

2.ª O da constituição da emphyteuse ou sub-emphyteuse será a importancia de 20 fóros e da joia, se a houver ;

3.ª Do dominio directo, o de 20 fóros e um laudemio ;

4.ª Dos bens emphyteuticos, o do predio livre, deduzido o do dominio directo ; e dos bens sub-emphyteuticos, esse mesmo valor, deduzidas 20 pensões sub-emphyteuticas, equivalentes ao dominio do emphyteuta principal ;

5.ª Do usufructo vitalicio, o producto do rendimento de um anno multiplicado por 5 ; e do tem-

porario, o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos quantos fôrem os do usufructo, nunca excedendo de 5;

6.<sup>a</sup> Da propriedade separada do usufructo, o producto do rendimento de um anno multiplicado por 10 ;

7.<sup>a</sup> Das pensões vitalicias, o producto da pensão de um anno multiplicado por 5 ;

8.<sup>a</sup> Das acções de companhias e dos titulos da divida publica, o médio do mercado .

Art. 26. O arbitramento do valor dos bens será feito por dous peritos, nomeados um pela parte interessada e outro pelo Chefe da Repartição fiscal.

Se houver empate, decidirá um terceiro, por accordo do Chefe da Repartição fiscal e da parte ; e, na falta deste accordo, o perito que fôr tirado á sorte dentre dous nomeados pela fórmula indicada.

§ 1.<sup>o</sup> Do arbitramento, bem como da liquidação, haverá recurso para o Ministro da Fazenda e Thesourarias, na fórmula da lei.

§ 2.<sup>o</sup> Os peritos perceberão da parte que os nomear, inclusivamente da Fazenda Nacional, os emolumentos do Regimento das custas judiciaes, sendo civil e criminalmente responsaveis pelos prejuizos que causarem por dolo ou negligencia.

## CAPITULO VII.

## DISPOSIÇÕES GERAES.

Art. 27. O imposto de transmissão será pago por inteiro pelos adquirentes dos bens; nas execuções, será pago metade por conta do executado e metade pelo arrematante ou adjudicatario.

§ 1.º Sendo os bens immoveis, o imposto constitue onus real. (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 6º § 4º.)

§ 2.º Os coherdeiros respondem solidariamente pelo pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*.

Art. 28. O pagamento do imposto realizar-se-ha:

1.º Da compra e venda, ou actos equivalentes, de immoveis, na Estação fiscal do logar em que estes fôrem situados, excepto se os contratos versarem sobre bens que estejam em differentes districtos, ou se a transmissão effectuar-se judicialmente, casos em que poderá ser pago em qualquer dos ditos districtos, ou onde lavrarem-se os contratos e actos ;

2.º Da compra e venda de escravos, ou actos equivalentes, que celebrarem-se no Municipio da Côrte, na Recebedoria do Rio de Janeiro (Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860, art. 6º);

3.º Da transmissão *causa mortis* de immoveis, moveis e semoventes, situados ou existentes no dito Municipio, na Recebedoria do Rio de Janeiro (Decr. cit. de 1860, art. 42);

4.º Da transmissão *causa mortis* de apolices da divida publica interna, no logar da Repartição encarregada da transferencia, ou no do inventario (Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868, art. 2º);

5.º Da transmissão *causa mortis* de titulos de divida publica estrangeira, acções de companhias nacionaes e estrangeiras, creditos e dividas activas, cujo transmissor ou credor tiver domicilio no Municipio da Côrte, na Recebedoria do Rio de Janeiro, ou na Estação fiscal do districto em que proceder-se ao inventario ;

6.º Nos demais casos, em qualquer Estação fiscal.

Art. 29. O imposto de transmissão de heranças e legados de usufructo será pago por uma vez, cessando, do 1º de Julho deste anno em diante, a cobrança effectuada por meio das contas abertas na Recebedoria antes da execução do Regulamento n. 4355 de 17 de Abril de 1869.

Art. 30. A disposição do art. 7º do Regulamento

de 15 de Dezembro de 1860 não é applicavel aos inventarios em que só houver herdeiros necessarios.

Art. 31. A favor da Fazenda Publica contar-se-hão os juros legaes desde que decorrer um anno completo do fallecimento do testado ou intestado, salvo se houver maior prazo para o cumprimento do testamento, ou se fôr prorogado o tempo da conclusão do inventario.

Parapho unico. Os juros do imposto da propriedade separada do usufructo são devidos depois de um anno da extincção do usufructo; no caso de fideicomisso, depois de igual prazo, contado do dia em que a propriedade passar do dominio do fiduciario para o do seu successor.

Art. 32. O testamenteiro ou inventariante moroso é pessoal e solidariamente responsavel pelo imposto e respectivos juros, guardada a disposição do artigo antecedente. (Decr. cit., art. 25. Res. de 21 de Maio de 1821).

Art. 33. O pagamento do imposto na transmissão *inter vivos* effectuar-se-ha antes de celebrado o acto que a realiza, mediante guia dada pelos tabelliães, escrivães e outros officiaes publicos, ou escripta pelas partes interessadas; e o de transmissão *causa mortis*, nos termos do Regulamento de 15 de Dezembro de 1860, na parte que continúa em vigôr.

Art. 34. O imposto de transmissão, quando devidamente cobrado, não poderá ser restituído, salvo :

1.º Quando o contrato ou acto, de que se tiver pago o imposto, não se effectuar ;

2.º No caso de nullidade de pleno direito do contrato ou acto, formalmente pronunciada pela lei em razão de preterição de solemnidades, visível pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 684 § 1.º);

3.º Nos outros casos de nullidade absoluta do contrato ou acto, sendo decretada pela autoridade judiciaria, depois de regular e contradictoria discussão entre as partes.

§ 1.º As reclamações devem ser intentadas dentro do prazo de cinco annos, interrompendo-se, porém, a prescripção pelas questões judiciaes que sobrevierem.

§ 2.º A decisão é da exclusiva competencia da autoridade administrativa.

Art. 35. Das decisões proferidas pelos Chefes das Repartições fiscaes, sobre questões relativas ao imposto, e ás multas de que trata este Regulamento e o de 15 de Dezembro de 1860, arts. 30, 32 e 46, caberão os recursos facultados pelo Decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, arts. 3.º, § 1.º, e 27.

Parapho unico. As multas, em que incorrem

os Juizes, conforme o citado Decreto de 1860, art. 29, serão impostas pelo Ministro da Fazenda, com recurso para o Conselho de Estado.

Art. 36. Os Collectores e Administradores de Mesas de Rendas recorrerão *ex-officio*, na provincia do Rio de Janeiro, para o Tribunal do Thesouro Nacional, e nas outras provincias para as Thesourarias de Fazenda, das decisões favoraveis ás partes em materias de restituição do imposto ou das multas.

Os recursos, tanto voluntarios como necessarios, serão interpostos dentro do prazo de 30 dias, contados da intimação ou publicação das decisões, tendo effeito suspensivo os que versarem sobre restituição.

Art. 37. No caso de denuncia por sonegação do imposto, os interessados deverão justificar o facto em juizo, exhibindo depois os documentos necessarios perante a autoridade administrativa competente, que procederá como de direito fôr.

Art. 38. Os tabelliães e escrivães, que tiverem de lavrar instrumentos, termos, ou escripturas de contratos ou actos judiciaes, ou de extrahir instrumentos, que por qualquer modo effectuem ou venhão a effectuar transmissão de propriedade ou usufructo, sujeita ao imposto, exigirão prova do pagamento deste.

Parapho unico. O conhecimento do imposto será transcripto litteralmente na escriptura, no termo de convenção ou instrumento.

Art. 39. Não se poderá fazer inscripção ou transcripção de titulos sujeitos ao registro hypothecario dos quaes se devão direitos, sem que se mostre que estes fôrão pagos.

Art. 40. Os Tabelliães e Escrivães, sob as penas comminadas nas Leis n. 779 de 6 de Setembro de 1854, art. 16, e n. 939 de 26 de Setembro de 1857, art. 11, são obrigados a remetter, de Janeiro a Junho de cada anno, no municipio da Côrte e provincia do Rio de Janeiro ao Director Geral da tomada de contas do Thesouro Nacional, e nas outras provincias ás Thesourarias de Fazenda, certidões do pagamento do imposto das transmissões de immoveis por titulo oneroso, lavradas nos seus cartorios no anno antecedente.

Art. 41. Os Tabelliães, Escrivães e outros Officiaes publicos, que infringirem as disposições dos arts. 38 e 39, incorreráõ, além das penas estabelecidas na legislação em vigor, na multa de 25\$000 a 50\$000.

Art. 42. A defraudação do imposto será punida com a multa de 10 % a 30 % do valor dos bens, repartidamente entre o comprador e o vendedor, e

nos mais casos entre os interessados, que tenham concorrido para a fraude.

Parapho unico. No caso de imposição de multa por sonegação do imposto de transmissão de heranças e legados, não se pagaráõ os juros de que trata o art. 31.

Art. 43. O imposto de transmissão de propriedade será escripturado como renda do exercicio em que fôr pago.

Art. 44. Ficão em vigor os capitulos 3º e 4º do Regulamento de 15 de Dezembro de 1860, na parte relativa ao processo de arrecadação e fiscalisação do imposto de transmissão *causa mortis*.

Art. 45. São revogadas as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, em 31 de Março de 1874.

*Visconde do Rio Branco.*

---



	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 %
	Da differença, se houver, mais.....	6 »
IV.	Compra e venda, arrematação, adjudicação, dação <i>in solutum</i> e actos equivalentes de embarcações nacionaes ou estrangeiras.....	5 »
	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 %
	Da differença, se houver, mais.....	5 «
V.	Compra e venda, arrematação, adjudicação, dação <i>in solutum</i> e actos equivalentes de escravos, no Municipio da Côrte.....	2 »
	As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se fôrem iguaes.....	1/10 »
	Da differença, se houver, mais.....	2 »
VI.	A aquisição de immoveis pelas corporações de mão-morta mediante licença do Poder competente, além dos direitos que devidos fôrem do titulo de transmissão na conformidade da presente Tabella:	
	Por titulo gratuito.....	5 »
	Por titulo oneroso.....	4 »
VII.	A constituição de emphyteuse ou de sub-emphyteuse.....	1/10 »
	Da joia se houver, mais.....	1 »
VIII.	Cessão de privilegio de qualquer empreza com autorização do Poder competente, antes de realizada a empreza ou de seu effectivo gozo, excepto a dos assegurados pela Lei de 28 de Agosto de 1830.....	10 »
IX.	Da subrogação de bens inalienaveis, na conformidade das leis, além dos direitos que devidos fôrem da transmissão.....	2 »

- Sendo de bens não dotaes e a subrogação destes  
não se fizer por apolices..... 10 %
- X. Todos os actos translativos de immoveis sujeitos  
á transcripção, na conformidade da legislação  
hypothecaria, além dos direitos que devidos fôrem  
de titulo de transmissão..... 1/10 »

Rio de Janeiro, em 31 de Março de 1874.

*Visconde do Rio Branco.*

---

Palacio do Governo da provincia do Rio de Janeiro. Nitherohy, 23 de Fevereiro de 1875.

Accuso recebido o officio de 18 do corrente, em que V. S. me communica que deu as providencias precisas para que fôsem executados os §§ 6º e 7º da Lei n. 2,095 de 24 de Dezembro ultimo, e submete á approvaçãõ desta presidencia as instrucções que expedio para execuçãõ da Lei n. 2,099, de conformidade com a Portaria presidencial de 25 de Janeiro findo.

Em resposta declaro-lhe que approvo essas instrucções e louvo o reconhecido zêlo que sempre V. S. patentêa em bem do serviço publico. Deus guarde a V. S.—*Francisco Xavier Pinto Lima.*—  
Sr. Director de Fazenda.

---

**Instrucções para execuçãõ da Lei n. 2,099  
de 26 de Dezembro de 1874**

Os Srs. collectores das rendas provinciaes do Rio de Janeiro cobrarãõ o sello ou decima de heranças e legados pelas taxas e conforme as prescripções da Lei provincial n. 2,099 de 26 de Dezembro

ultimo, regulando-se quanto ao modo de liquidal-os respectivos inventarios pelo Regulamento provincial de 24 de Novembro de 1846, que continúa em vigor em todas as suas partes, excepto :

1.º Quanto ás disposições do art. 1.º, que estão prejudicadas pelas da citada lei ;

2.º Quanto ás do art. 6.º, na parte que se refere á Lei provincial n. 105 de 22 de Dezembro de 1837, que foi derogada pela nova Lei art. 10 e seus §§, menos quando se verificar a hypothese do art. 11 da citada Lei n. 2,099, caso em que continuarão em vigor as determinações dos arts. 3.º a 6.º da supra-citada Lei n. 105 de 22 de Dezembro de 1837 ;

3.º Quanto ás do art. 13, que como medida transitoria e referente ao tempo em que foi expedido o Regulamento não tem mais razão de ser ;

4.º Finalmente quanto á do art. 23, visto que as isenções do imposto fôrão novamente determinadas pela Lei n. 2,099 de 26 de Dezembro de 1874, art. 16.

Como complemento das medidas fiscaes tendentes ao processo da liquidação e arrecadação do imposto de que se trata, terão os Srs. collectores em vista as disposições dos caps. 3.º e 4.º do Regulamento geral n. 2,708 de 15 de Dezembro de 1860, Ordens do thesouro e Avisos que as explicarão, entre outras o Aviso do ministerio da fazenda de n. 173 de 27

de Abril de 1863, e Regulamento n. 5,581 de 28 de Março de 1874, arts. 25 e 27 §§ 1º e 2º, 31, 32 e 34 §§ 1º e 2º, 37 e 43, em tudo o que não fôr de encontro ás prescripções da Lei provincial n. 2,099 de 1874, de cuja execução se trata, e ao Regulamento provincial de 24 de Novembro de 1846.

Neste proposito notarão, por exemplo, os Srs. collectores:

1.º Que as disposições dos art. 7º a 9º do citado Regulamento geral correspondem aos arts. 3º, 4º e 5º do Regulamento provincial, mas o completão, permitindo o § unico do art. 7º do Regulamento geral que se possa effectuar amigavelmente a partilha dos bens, satisfeito préviamente o imposto, disposição que não contraria nenhuma das prescripções da Lei e Regulamentos provinciaes, e que deve ser, portanto, cumprida, verificado que seja, por louvado nomeado por parte da fazenda provincial, o valor dos bens, assim como examinadas pelo exactor as declarações e tudo o mais que convier aos interesses dos cofres provinciaes;

2.º Que da mesma fórma o art. 24 do citado regulamento corresponde á disposição do art. 14 da Lei provincial n. 2,099, por isso que tanto a Lei como o Regulamento mandão cobrar juros a favor da fazenda logo que se complete um anno depois do fallecimento do testador ou intestado, sem que

se tenha pago o imposto ; mas o Regulamento geral § unico estatue que os referidos juros serão cobrados conjunctamente e do mesmo modo que o imposto, assim como o art. 25 declara que o testamenteiro e inventariante moroso é pessoal e solidariamente responsavel pelo imposto e seus juros, guardada a disposição do artigo antecedente, regras estas que completão e servem de sancção á disposição citada da nova Lei provincial.

Desta fórma, e em todos os demais casos semelhantes, os Srs. collectores, harmonizando as disposições do citado Regulamento geral com as do Regulamento provincial, trataráõ de liquidar e fiscalisar o imposto, tendo sempre em vista e por base as prescripções da lei provincial, cuja execução lhes incumbe, e as particularidades que distinguem a fazenda provincial da geral.

No art. 18 do Regulamento geral, por exemplo, se estabelece que o administrador da recebedoria é o competente para nomear louvados quando se trata de arbitrar o usufructo, cujo laudo depois deve ser por elle confirmado com recurso para o tribunal do thesouro, o que sómente póde ter logar em relação ao imposto provincial, nomeando os Srs. collectores nos seus respectivos municipios, e o procurador fiscal na capital, os louvados, competindo-lhes confirmar ou não os seus laudos, com o

recurso para o director de fazenda e deste para o presidente da provincia.

Quando se tratar do sello ou decima de usufructo salvo o caso especial em que, constituido este em bens immoveis considerados taes por destino, o usufructuario preferir, usando da faculdade que lhe confere o art. 11 da Lei provincial n. 2,099, paga-lo em prestações annuaes, o processo para liquidação, fiscalisação e arrecadação da taxa será o mesmo que, para as heranças e legados consistentes em propriedades, estabelecem os Regulamentos provincial de 24 de Novembro de 1846 e geral n. 2,708 de 15 de Dezembro de 1860.

Naquelle caso especial, os Srs. collectores continuarão a observar, como até agora, as prescripções da Lei provincial n. 105 de 22 de Dezembro de 1837 e o Regulamento geral n. 2,708, na parte concernente ao assumpto, que não fôrem de encontro ás disposições da Lei provincial n. 2,099 de 26 de Dezembro de 1874.

Para que os Srs. collectores melhor comprehendão a disposição do art. 9º e da Lei provincial n. 2,099 de 26 de Dezembro de 1874, já antes consignada pelo art. 21 do Regulamento geral n. 2,708 de 1860, cumpre que procurem lér a Resolução de 26 de Julho de 1813, citada nestes artigos, e que

se encontra no appendice do *Manual do Procurador dos Feitos* do Dr. Perdigão Malheiro, pag. 85, sendo que essa Resolução manda que os exactores da fazenda estejam pelo juramento dos testamenteiros quando se trate do cumprimento de qualquer carta de consciencia annexa ao testamento, para que cobrem o imposto, se os testamenteiros declararem que se trata de algum legado, ou para se absterem de o exigir, se o juramento fôr em contrario.

O art. 15 da Lei provincial n. 2,099 estabelece como regra que o valor dos bens para pagamento do imposto seja o do tempo em que este se tornar exigivel, se elle se effectuar um anno depois da avaliação judicial dos mesmos. Devem, portanto, os Srs. collectores, sempre que o imposto não fôr arrecadado dentro de um anno depois da avaliação do inventario, requerer nova avaliação, e pelo valor desta cobrar o imposto.

Por esta occasião e para melhor comprehensão das novas disposições da Lei provincial, relativa ao imposto do sello ou decima de heranças e legados, observo aos Srs. collectores :

Que por direito :

O parentesco é o nexó que existe entre individuos unidos pelo mesmo sangue, ou pelo de seu consorte.

Á primeira dessas especies de parentesco se chama em direito consanguinidade ou cognação ; á segunda afinidade.

É legitimo, ou illegitimo, ou conforme provém de matrimonio ou de ajuntamento illicito.

O parentesco conta-se por linhas ou grãos. Linha é a serie de pessoas provindas do mesmo progenitor, a que se denomina o tronco ; gráo é a distancia de uma a outra geração.

A linha é recta, quando se conta directa e seguidamente dos procreadores para os procreados ; collateral, quando se comparão pessoas que provindo do mesmo tronco, não provém, entretanto, directamente umas das outras.

Na linha recta quando se parte de uma pessoa dada para os seus procreadores, se a denomina ascendente ; para os procreados, toma a denominação de linha descendente.

Na linha recta contão-sê tantos grãos quantas fôrem as gerações.

Na collateral, por direito civil ou romano, que é o que a lei provincial manda seguir, contão-se os grãos, contando-se tantas gerações quantas existem da pessoa dada até o tronco de que ellas procedem, e acrescentando-se todas as outras gerações que existirem desde o mesmo tronco até

o parente cujo gráo em relação á referida pessoa se procura conhecer.

Exemplos :

Quanto á linha recta ascendente :

Qualquer individuo está em relação a seu tataravô em 4º gráo, porque d'elle para esse progenitor contão-se quatro gerações directas.

Quanto á linha recta descendente :

O bisneto está, pelo mesmo motivo acima indicado, no 3º gráo, em relação a seu bisavô.

Quanto á linha collateral :

Meu primo é meu parente em 4º gráo, assim como o filho de meu sobrinho, porque no primeiro caso de mim a meu avô ha um gráo, de meu avô a meu pai ha um segundo gráo, de meu pai a meu tio um terceiro gráo e de meu tio a meu primo um quarto gráo ; no segundo caso, de mim a meu pai existe um gráo, de meu pai a meu irmão um segundo gráo, e de meu irmão a meu sobrinho um terceiro gráo, etc.

Na affinidade, que, segundo acima se disse, é a relação que liga um dos conjuges aos parentes do outro, em regra, não se podem contar gráos, por analogia, porém se tem entendido que uma pessoa é affim dos parentes de seu conjuge no mesmo gráo em que este o é pela consanguinidade.

Fiduciario é o herdeiro que recebe os bens com o encargo de os transmittir ou por sua morte, ou em outro caso determinado.

Fideicommissario aquelle para quem elles devem passar.

Sobre a differença entre o fideicommissario e o uso-fructuario consultem os Srs. collectores, além dos escriptores de direito, a ordem do thesouro n. 136 de 28 de Maio de 1864.

Directoria de Fazenda da provincia do Rio de Janeiro, 10 de Fevereiro de 1875.

O Director,

*José Joaquim Vieira Souto*

---



# INDICE

## DOS CAPITULOS E PARAGRAPHOS

	PAG.
Advertencia. ....	V
CAP. I. A que parte da jurisprudencia pertence a successão...	1
CAP. II. Da origem e uso dos testamentos desde que se conhecêrão até ao principio da nossa monarchia.....	5
CAP. III. Uso e antiguidade dos testamentos entre nós.....	14
CAP. IV. Que qualidade de direito regulou as successões, tanto testamentarias como legitimas, e a qual devão a sua origem. ....	17
CAP. V. O que seja testamento, e diferentes especies que delle temos em uso, comparadas com as estabelecidas por direito romano e de outras nações civilisadas e vizinhas..	30
§ I. Do testamento aberto.....	50
§ II. Do testamento cerrado.....	55
§ III. Do testamento nuncupativo.....	62
CAP. VI. Abertura, publicação e redução dos testamentos.....	67
CAP. VII. Dos testamentos privilegiados.....	80
1.º O testamento do soldado.....	80
2.º O testamento rural.....	90
3.º O testamento de pai para filho.....	92
4.º O testamento feito no tempo de peste.....	94
5.º O testamento marítimo.....	96
6.º O testamento <i>ad pias causas</i> .....	101
CAP. VIII. Solemnidades internas dos testamentos.....	106

	PAG.
CAP. IX. Solemnidades externas dos testamentos.....	110
1. <sup>a</sup> Rogação das testemunhas.....	111
2. <sup>a</sup> Assignatura ou subscripção do testador.....	112
3. <sup>a</sup> Em um acto e contexto.....	114
4. <sup>a</sup> Assistencia de testemunhas habeis.....	116
CAP. X. A quem não é permittido fazer testamento.....	120
CAP. XI. Instituição de herdeiro, e regra a seu respeito.....	135
CAP. XII. Que pessoas se não podem instituir por herdeiros..	138
CAP. XIII. Que pessoas se devem instituir ou desherdar expres- samente, ....	146
CAP. XIV. Causas por que os pais podem desherdar os filhos.	151
CAP. XV. Causas por que os filhos podem desherdar seus pais.	152
CAP. XVI. Causas por que o irmão póde desherdar o irmão....	161
CAP. XVII. Por quem deve ser provada a desherdação.....	163
CAP. XVIII. Em que tempo se requer a capacidade no herdeiro..	165
CAP. XIX. Das condições das instituições.....	169
CAP. XX. Da instituição contumeliosa, captatoria e conferida ao arbitrio de outro.....	178
CAP. XXI. Dos pactos successorios.....	182
CAP. XXII. Das substituições dos herdeiros.....	186
CAP. XXIII. Do testamento nullo e injusto.....	191
CAP. XXIV. Do testamento rôto.....	196
CAP. XXV. Do testamento irritito.....	201
CAP. XXVI. Do testamento inofficioso.....	203
CAP. XXVII. Do testamento destituito.....	205
CAP. XXVIII. Dos codicillos.....	208
CAP. XXIX. Da clausula codicillar.....	212
CAP. XXX. Modos de adquirir a herança.....	214
CAP. XXXI. Obrigações do herdeiro que adio a herança.....	222
CAP. XXXII. Do tempo que tem o herdeiro para deliberar.....	227
CAP. XXXIII. Modo de proceder ao inventario.....	229
CAP. XXXIV. A quem pertence a execução do testamento.....	247
CAP. XXXV. Noções de legado e fideicommisso.....	253
CAP. XXXVI. Que pessoas podem deixar legados, e a quem....	257
CAP. XXXVII. Que cousas se podem legar.....	259
CAP. XXXVIII. Do erro no nome do legado, e da falsa demonstra- ção ou causa.....	265

	PAG.
CAP. XXXIX. Quando se podem pedir os legados.....	267
CAP. XL. Acções por que se podem pedir os legados.....	269
CAP. XLI. Da repudição e renuncia dos legados.....	271
CAP. XLII. Das successões legitimas ou <i>ab-intestado</i> .....	273
§ 1.º Da successão dos descendentes.....	275
§ 2.º Da successão dos ascendentes.....	285
§ 3.º Da successão dos collateraes.....	287
§ 4.º Da successão dos conjuges.....	288
§ 5.º Da successão do reino.....	290
§ 6.º Da successão dos bens da corôa.....	293
§ 7.º Da successão dos vinculos ou morgados e capellas.....	299
§ 8.º Da successão dos bens emphyteuticos ou prazos em as suas differentes especies.....	304
§ 9.º Da successão do fisco e corôa.....	309
§ 10. Da successão dos mosteiros, corporações e religiosos ainda egrossos.....	318
CAP. XLIII. Da computação dos grãos de parentesco para as successões, e a que grãos deste se entende passada a posse natural com os effeitos de civil.....	346
CAP. XLIV. Dos grãos de successão <i>abintestado</i> conforme ao direito das nações mais vizinhas e policiadas.....	352
§ 1.º Direito de Hespanha.....	352
§ 2.º Direito de França.....	356
§ 3.º Direito da Prussia.....	365
§ 4.º Direito de Sardenha.....	374
§ 5.º Direito de Inglaterra.....	378
§ 6.º Relativamente á Russia.....	392
CAP. XLV. Em que se descreve o Ass. da Casa da Supplicação de 10 de Junho de 1817, tomádo sobre a intelligencia da Ord. Liv. 4, tit. 80, §§ 1 e 2, e Ass. de 17 de Agosto de 1811, e se fazem algumas explicações uteis.....	39
CAP. XLVI. Da fórmula de um testamento cerrado, ou modo pra- tico de o fazer e approvar.....	406
APPENDICE I. Á nota de pag. 471 sobre as licitações nos in- ventarios.....	413
APPENDICE II. Com o teor de tres Ass. da Casa da Supplicação sobre a successão dos vinculos.....	427

APPENDICE III. Duas cartas de lei: uma permittindo aos secularisados egressos de ordem religiosa, e aos mesmos religiosos e religiosas das ordens extinctas, testarem e herdarem; e a outra estabelecendo um imposto sobre as transmissões de propriedade por titulo benefico...	438
ADDITAMENTO. Jurisprudencia dos tribunaes do Imperio ácerca dos testamentos.....	447
I Assignatura do testador no testamento e no auto da approvação, sabendo ou podendo elle escrever.....	447
II Fórmulas substanciaes dos testamentos.....	450
III Assignatura de terceiro a rogo do testador.....	465
IV Liberdade conferida em testamento e revogada por codicillo.....	474
V Competancia para julgar testamento nuncupativo reduzido á fórma publica.....	479
VI Testamento nullo sustentado na terça: alforria de escravos que excedem á meação, etc.....	482
VII Competencia para julgar testamento olographo reduzido á publica fórma.....	486
VIII Competencia para conhecer da questão de filiação natural	494
IX Querella do testamento do pai adoptante pelo filho adoptivo preterido.....	497
X Vintena do testamenteiro que é legatario.....	509
XI (O mesmo assumpto).....	511
XII Competencia para conhecer contenciosamente de questões de nullidade de testamentos.....	513
XIII Nullidade do testamento revogado por outro que o herdeiro instituido substituiu.....	515
XIV Querella do testamento nullo do pai adoptante pelo filho adoptivo, etc.....	522
XV O que é testamento aberto: seus effeitos.....	524
XVI Testamento do pupillo que institue herdeiro o seu tutor.	526
XVII Testamento de mão-commun.....	534
XVIII Capacidade passiva do filho natural escravo: competencia do processo para se liquida-la.....	542

	PAG.
<b>ADDITAMENTO XIX</b> Vintena do testamenteiro: quem marca, como e em que especie.....	548
Decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869.....	550
Tabella annexa ao Regulamento que acompanha o De- creto n. 4355 de 17 de Abril de 1869.....	561
Decreto n. 5581 de 31 de Março de 1874, dando regula- mento para a arrecadação do imposto de transmissão da propriedade.....	564
Tabella annexa ao Regulamento acima.....	586
Instruções para execução da Lei n. 2099 de 26 de Dezem- bro de 1874.....	589
Approvação das mesmas Instruções.....	589

---



# INDICE ALPHABETICO

ou

## REPERTORIO

DOS PRINCIPIOS E MATERIAS PRINCIPAES QUE SE CONTÊM  
NESTE TRATADO



### A

	PAG.
Aberto se pôde fazer o testamento . . . . .	50
Abertura do testamento, como, quando, e por quem deve ser feita . . . . .	67
» não é acto de jurisdicção voluntaria (Nota 63) . . . . .	71
Acceptação da herança de que modo deve ser feita. (Nota 163) . . . . .	218
Accções por que se podem pedir os legados . . . . .	269
Acto ou contexto do testamento o que seja. (Nota S1) . . . . .	415
Accusação criminal do filho contra o pai é causa de desherda- ção. (No a *) . . . . .	452
Accusar pôde o filho a seu pai, quando se trata de crimes con- tra o Estado . . . . .	451
Addição da herança. (Nota ** e 163). . . . .	3, 216 e 219
Adjudicação de bens como deve ser feita. (Nota 177) . . . . .	243
Adquirir a herança o que seja . . . . .	214
Adulterinos.—Veja Filhos.	
Aforamento. . . . .	304
Aggravar ou appellar se pôde da sentença que julgou as partilhas no inventario. (Nota 178) . . . . .	244
Agnação do posthumo rompe o testamento . . . . .	196
Alforria conferida em testamento cerrado pôde ser revogada por codicillo posterior. . . . .	474
» excedente à quota hereditaria de quem a confere . . . . .	482
Alienação da cousa legada, se extingue ou não o legado (Nota 192). . . . .	263

	PAG.
Antiguidade dos testamentos em geral . . . . .	5
» dos ditos entre nós . . . . .	14
Apostata não pôde fazer testamento. (Nota *). . . . .	123
» não pôde ser instituido por herdeiro (Nota * e **) . . . . .	142
Arbitradores.—Veja Avaliadores, Louvados.	
Arrecadação dos bens dos ausentes fallecidos nos dominios ultramarinos como se faz . . . . .	311
Arrendamentos de longo tempo como se devão hoje reputar (Nota 164). . . . .	222
Ascendentes como e quando succedem <i>ab intestado</i> . . . . .	285
Assento de 10 de Junho de 1817 como se deva entender . . . . .	395
Assentos da Casa da Supplicação sobre a successão dos vinculos. . . . .	427
Assignação de dez dias é acção competente para pedir legado . . . . .	269
Assignatura quando seja necessaria no testador . . . . .	112
» de cruz não tem logar no testador. (Nota 80) . . . . .	114
Assistencia do juiz ás partilhas. (Nota 176) . . . . .	241
» » » ao inventario. (Nota ***) . . . . .	230
» de testemunhas habeis é necessaria nos testamentos. . . . .	106
Ausentes bens (de) são inventariados pelo juiz dos orphãos. . . . .	232
Auto de conta e partilha como e quando se deve fazer . . . . .	242
Avaliadores devem ser peritos. (Nota 171) . . . . .	235
» de um inventario não devem ser partidores no mesmo. (Nota 176) . . . . .	243
» quem os nomeia . . . . .	235
Avaliação de bens como deve ser feita. . . . .	236
Avós devem ser instituidos, ou desherdados expressamente pelos netos. . . . .	148
» quando succedem aos netos . . . . .	285

## B

Beneficio de deliberar o que seja . . . . .	228
» de inventario quando aproveita. (Nota 166) . . . . .	223 e 227
Bens adventicios quaes sejam. (Nota 174) . . . . .	240
» castrenses ou quasi castrenses. . . . .	ibid.
» de raiz, da corôa, morgado e prazos, como se determinará na partilha a respeito delles. (Nota 174). . . . .	242

	PAG.
Bens da corôa, sua successão . . . . .	298
Bispos em que caso podem testar, e de que. . . . .	183
» têm por alternativa obrigação de fazer executar os testamentos . . . . .	247
» quem faz seus inventarios. (Nota 170) . . . . .	233

## C

Cabeça de casal fica em posse dos bens . . . . .	233
Capacidade activa e passiva se requer no testador. (Nota 85) . . . . .	120
» civil se requer no testador . . . . .	109
» no herdeiro em que tempo se requer. . . . .	163
» passiva do filho natural escravo. . . . .	542
Capellas como se succede nellas. . . . .	299
» quando succede a corôa nellas. . . . .	313
Captivos se podem ou não testar. . . . .	125
» na guerra não são escravos. (Nota 88). . . . .	127
» » » podem testar e herdar. (Nota o) . . . . .	127
Carinhos ou palavras brandas não fazem invalidos os testamentos feitos em consequencia dellas. . . . .	193
Causas por que os pais podem desherdar os filhos . . . . .	151
» por que os filhos podem desherdar os pais. . . . .	159
» por que o irmão pôde desherdar o irmão . . . . .	161
Cavalleiros das tres ordens militares podem testar. . . . .	132
» de Malta em que caso podem testar. . . . .	132
» como succedem <i>ab intestado</i> . (Nota 209). . . . .	281
Cêgo não pôde servir de testemunha em o testamento. . . . .	118
» de que modo pôde testar. (Nota 87). . . . .	125
Cerrado, como se faz o testamento . . . . .	55
» e cozido se entrega ao tabellião para o approvar (Nota 303) . . . . .	397
Clausula codicillar o que seja, e de que modo pôde ser feita . . . . .	212
Clerigos de que modo podem testar. . . . .	129
» não podem ser instituidos por outro clerigo para ter a herança mais de um anno. . . . .	143
» podem servir de testemunhas nos testamentos. (Nota 84). . . . .	119
» podem succeder a seus pais como os outros filhos (Nota 209) . . . . .	281

	PAG.
Codicillo, o que seja, e que solemnidades requer . . . . .	208
Collação, o que se deva trazer a ella nas partilhas . . . . .	238
Collateraes como e quando succedem <i>ab intestado</i> . . . . .	287
Collegios ou corporações se não podem instituir por herdeiros.	144
» não podem succeder <i>ab intestado</i> . . . . .	320
Commendadores das tres ordens militares podem testar dos bens das ordens . . . . .	133
Competencia para julgar testamento nuncupativo reduzido a fórma publica . . . . .	479
» para julgar testamento olographo reduzido a fórma publica. . . . .	486
» para conhecer da questão de filiação natural . . . . .	494
» » julgar contenciosamente de questão de nullidades de testamento . . . . .	513
» » marcar a vintena do testamenteiro. . . . .	548
» » deliberar a partilha. (Nota *). . . . .	244
Computação dos grãos.—Veja Grãos.	
Concubinato simples não é caso de devassa. . . . .	153
Condemnados á morte simplesmente podem ser instituidos herdeiros. . . . .	142
» em que casos e de que podem testar. . . . .	128
Condições que se podem juntar ás instituições . . . . .	171
» que vicião a instituição, ou que se tem por não escriptas . . . . .	171 e 173
» que se podem juntar aos legados. . . . .	173
Conferencia de dotes como se faz . . . . .	238
Confrarias.—Veja Collegios.	
Conjuges quando succedem <i>ab intestado</i> . . . . .	288
» que pena têm quando não fazem inventario . . . . .	233
Contas devem dar os tutores ou curadores dados aos orphãos ou menores. (Nota 180) . . . . .	245
» dos testamentos quem presta . . . . .	248
» » » o seu foro é o do domicilio do testamento	248
Corôa quando succede . . . . .	309
Corpo de mão-morta o que seja, e se póde ou não succeder.	319
Côrtes de Lamego, sua disposição. (Nota 218). . . . .	290
Cousas que se podem deixar em legado. . . . .	254
Curador se deve dar aos bens vagos . . . . .	231
» aos bens do ausente. . . . .	231
» suas contas. (Nota 180). . . . .	245

## D

	PAG.
Degradados ou desterrados em que caso podem testar . . .	141
Deliberar deve o herdeiro acerca da aceitação da herança. . .	227
Demonstração falsa não vicia o legado . . . . .	265
Denúncias de bens vagos ou da corôa, quando e de que bens têm logar. (Nota 268). . . . .	317
Descrição de bens como deve ser feita nos inventarios . . .	236
Desherdção por quem deve ser provada. . . . .	163
Desnaturalizado não pôde testar. (Nota 88 e n). . . . .	127
» não pôde ser instituido por herdeiro. . . . .	141
Despacho não é a deliberação da partilha. . . . .	241
« de deliberação da partilha não é susceptivel de appel- lação nem de agravo. (Nota 176 e *) . . . . .	241
Destitudo.—Veja testamento.	
Determinação das partilhas como se deve fazer. . . . .	242
Diferença não ha entre filhos para adquirir a herança. (Nota 187). . .	214
Direito que regulou as successões tanto testamentarias como legitimas . . . . .	17
» de testar é concedido ao homem. . . . .	21
» de accrescer dos Romanos não tem uso entre nós (Nota 202)	272
Direitos personalissimos não passam do defunto ao herdeiro. . .	223
Distribuição ha sobre a execução dos testamentos. . . . .	247
» dos inventarios. (Nota 170) . . . . .	232
Dividás do defunto, sendo legalizadas, se devem abater no monte- maior da herança. . . . .	243
» se podem legar ao devedor. . . . .	263
Doações quaes devem ser insinuadas. (Nota 174). . . . .	239
» como se devem conferir. (Nota 174) . . . . .	238
Dolo máo é causa da nullidade dos testamentos. . . . .	192
Dominio da cousa legada quando passa para os herdeiros do legatario. (Nota 187). . . . .	259
Dotado que direito tenha na conferencia do dote. (Nota 174). . .	239
Dotes como se devem conferir. (Nota 174 e 177) . . . . .	238, 243

## E

	PAG.
Emphyteuse quantas especies ha dellas . . . . .	304
» sua successão. . . . .	ibid.
Engano faz invalidar os testamentos. . . . .	192
Erro no nome do legado não o vicia. . . . .	265
Escravidão faz irrito o testamento. . . . .	201
Escravo não pôde ser testemunha em testamento. . . . .	118
» não pôde fazer testamento. . . . .	125
Escripturas.—Veja titulos.	
Escrivão do inventario sempre fica sendo, ainda que haja juiz de commissão. (Nota 170). . . . .	233
Escusa de tutores, como se toma della conhecimento. (Nota 180).	245
Espurios, ou filhos <i>vulgo quesitos</i> , como succedem á mãe, e quaes são. (Nota 204) . . . . .	277
Execução dos testamentos a quem pertence . . . . .	247

## F

Facção de testamento não é conforme a simplicidade natural. . . . .	18
» é conforme contudo ao direito das gentes, ou natural secundario. . . . .	20
Factos que inculcão a adição da herança. . . . .	219
Falsa causa não vicia o legado. . . . .	265
Familias são como umas sóciedades particulares. . . . .	23
Femea menor de doze annos não pôde fazer testamento. . . . .	122
» » » » » » ser testemunha de testa- mentos . . . . .	118
Fideicomisso o que seja, e de quantos modos é . . . . .	253
Filha que casa sem consentimento de seu pai a que se sujeita. . . . .	156
» se se faz meretriz publica. . . . .	156
Filho-familias não pôde testar, ainda que seu pai lh'o consinta. . . . .	123
» mas pôde dos bens castrenses, etc. . . . .	ibid.
» pôde servir de testemunha no testamento de seu pai ou mãe . . . . .	118
» pôde por si adir a herança tendo idade legitima. (Nota 163)	219
» do peão como succede a seu pai. (Nota 205) . . . . .	278
» natural escravo é habil para ser instituido herdeiro . . . . .	512

	PAG.
Filhos devem ser instituidos ou desherdados expressamente. . .	146
» legitimados quaes sejam e como succedem <i>ab-intestado</i> (Nota 204) . . . . .	275
» illegitimos, naturaes, esurios, legitimados, adulterinos, incestuosos e sacrilegos, quaes sejam, e de que modo succedem . . . . .	ibid.
» se os esurios podem ser instituidos por herdeiros . . . . .	139
» se os de damnado coito podem ser instituidos herdeiros. <i>ibid.</i>	
» legitimados como succedem. (Nota 206). . . . .	279
» do primeiro matrimonio concorrendo com os do segundo. <i>ibid.</i>	
» naturaes como succedem . . . . .	ibid.
Fisco quando succede nos bens vacantes . . . . .	310
» nos bens dos religiosos egressos . . . . .	314
» » » » » » indignos e dos incapazes. (Nota 263) . . . . .	311
» » » » » » dos que impedem a facção dos testamentos . . . . .	314
» » » » » » encapellados ou vinculados . . . . .	315
Fôrma de um testamento cerrado, ou modo pratico de o fazer e approvar . . . . .	406
Formulas substanciaes dos testamentos. . . . .	450
Frades podem ser testemunhas nos testamentos. (Nota 84) . . . . .	119
Freires das tres ordens militares podem testar. . . . .	132
Funeral ou sua despeza se deve abater no monte-maior da herança. (Nota 177). . . . .	243
Furioso não pôde fazer testamento. . . . .	122
» não pôde servir de testemunha . . . . .	118
» pôde adir a herança por procurador ou seus pais. . . . .	248

## G

«Ganhos do filho, quaes devem vir á collação nas partilhas (Nota 174). . . . .	239
«Grãos de successão.—Veja Successão.	
» de parentesco como se contão por direito civil e canonico. . . . .	346

	PAG.
Herança o que seja, e modos de a adquirir. . . . .	214
» se se pôde adir toda ou parte. (Nota 163). . . . .	219
« adquirem os filhos <i>ipso jure</i> , sem ser necessario facto da adição. . . . .	216
» <i>ab-intestado</i> sem certeza do herdeiro, toma della conta o juizo dos residuos. . . . .	310
» como vai ao fisco no caso de vacancia, e de contravenção aos testamentos, qualificada por direito com nota de in- dignidade. (Nota 263) . . . . .	311 e 313
Herdeiro o que seja, e differentes especies que temos delles (Nota 157) . . . . .	214
» quando adquire a herança <i>ipso jure</i> , sem ser necessario facto . . . . .	ibid.
» escripto não pôde ser testemunha nesse testamento . . .	118
» é obrigado a cumprir todos os contratos que o defunto tinha celebrado. . . . .	222
» pela adição da herança fica obrigado a todos os encargos da mesma . . . . .	222
» <i>ab-intestado</i> como entra na posse da herança quando se julga nullo o testamento . . . . .	311
Herdeiros, que pessoas o não podem ser . . . . .	138
» Veja religioso e egresso.	
Herege não pôde fazer testamento . . . . .	123
» nem ser instituido herdeiro . . . . .	142
Homem tem direito a designar successor para seus bens. 21	
» hem como o de testar . . . . .	ibid.
» é obrigado a empenhar todos os seus talentos e todas as suas faculdades para se conservar, e aperfeçoar a si e aos outros. . . . .	22
Hospicios.—Veja Misericordias.	
Hospitaes.—Veja Misericordias.	

## I

Igrejas.—Veja Collegios.

Ilegítimos.—Veja Filhos.

Incapazes de succeder quaes sejam. (Nota 263) . . . . . 312

	PAG.
Incestuosos.—Veja Filhos.	
Indignos de succeder quaes sejam . . . . .	312
Inhabilidade do testador annulla o testamento. . . . .	491
Injusto.—Veja Testamento.	
Inofficioso.—Veja Testamento.	
Insinuação.—Veja Doações.	
Instituição de herdeiro não é necessaria para a validade do testamento . . . . .	135
» póde ser feita puramente ou debaixo de condição. . . . .	169
» contumeliosa não vicia o testamento. . . . .	178
» captatoria não vicia o testamento. . . . .	ibid.
» conferida ao arbitrio de um terceiro é válida. (Nota *). . . . .	180
Instrumento de aprovação do testamento como deve ser feito. . . . .	407
Interpretação nunca se deve fazer a favor das ultimas vontades, mas sim das successões legitimas . . . . .	175
Inventario como se deve fazer. . . . .	229
» em que casos deve ser feito. . . . .	230
» a que justiça pertence a sua factura. . . . .	230
» é necessario para não ficar o herdeiro obrigado ás dividas além das forças da herança. . . . .	223
» dos bispos pertence ao corregedor da comarca. . . . .	233
» é processo competente para se disputar e decidir da legitimidade hereditaria do filho natural escravo . . . . .	512
Irmandades não podem succeder <i>ab-intestado</i> ou por testamento. . . . .	340
Irmão como póde querellar do testamento do irmão. . . . .	203
» póde desherdar seu irmão sem declarar a causa por que o desherda. . . . .	161
» quando succede um ao outro. . . . .	287
Irrito.—Veja Testamento.	

## J

Juiz dos orphãos que obrigações tem a respeito da factura do inventario . . . . .	230
Juiz deve <i>ex-officio</i> mandar fazer testamento aos que o não podem fazer por medo. . . . .	411

	PAG.
Juiz a quem deve nomear curador <i>in litem</i> . . . . .	235
Juramento ao cabeça de casal quando se deve dar. . . . .	234
Jurisdição dos mamosteiros para quem passou. (Nota 169). . . . .	231
Jurisprudência dos tribunaes do Imperio ácerca dos testamentos . . . . .	447

## L

Legado o que seja, e uso que tem entre nós o direito que regula esta materia. . . . .	253
» quando se póde pedir. . . . .	267
» quando cede, ou vem o dia delle. . . . .	ibid.
» póde ser deixado debaixo de condição. . . . .	ibid.
» por que acções se póde pedir. . . . .	269
» deixado ao mosteiro a que pertence o religioso que o escreveu, não vale. . . . .	419
» deixado aos parentes do clerigo que fez o testamento, em que termos é válido. . . . .	ibid
» de alimentos se póde deixar ao religioso. . . . .	441
» Veja religioso e egresso.	
» póde-se repudiar ou renunciar . . . . .	271
Legando-se muitas cousas, perecendo umas, se devem as restantes (Nota 192) . . . . .	263
Legar se podem as cousas não só proprias do testador e existentes, mas as futuras, as alheias, as empenhadas, etc. . . . .	259
Legitimação como se pede e impetra. . . . .	279
Legitimados podem ser os filhos de tres modos. . . . .	ibid.
Lei mental, sua disposição. . . . .	295
Leis naturaes não dão ao homem um poder illimitado para poder dispór de seus bens. . . . .	25
» da amortização quaes sejam em Portugal. . . . .	324
» das outras nações. . . . .	325
» sobre a successão dos filhos de pessoas illustres . . . . .	275
» sobre a successão dos filhos do segundo matrimonio. . . . .	282
» sobre a execução dos testamentos . . . . .	247
» sobre a successão dos morgados, bens da corôa e prazos . . . . .	293, 299 e 304
» sobre as successões das nações vizinhas e mais cultas. . . . .	352
Liberdade de vontade se requer no testador para validade do seu testamento. . . . .	407

	PAG.
Liberdade de testar, que alterações teve pelas leis extrava- gantes. . . . .	137
» se requer no testador quando dispõe . . . . .	191
Liberdade.—Veja Alforria.	
Licitação quando tem lugar . . . . .	240
» como deve ser entendida no fóro . . . . .	413
Louvados devem ser peritos . . . . .	235
Luctuosa o que seja, e o que vem aos bispos a titulo della (Nota 209) . . . . .	282

M

Mamosteiros dos captivos fóra abolidos. (Nota 169). . . . .	231
Medo faz invalidar os testamentos quando são feitos em conse- quencia delle . . . . .	192
Melancolicos, se podem ou não testar. (Nota 85). . . . .	122
Menor de quatorze annos não póde fazer testamento. . . . .	122
» não póde ser testemunha em testamento . . . . .	118
» de vinte e cinco annos póde mudar de vontade ácerca da aceitação da herança. (Nota 162). . . . .	219
Mentecapto não póde fazer testamento. . . . .	122
» póde adir a herança por procurador ou por seu pai. . . . .	220
Misericordias se comprehendem nas leis da amortização. . . . .	337
Modo de fazer um testamento.—Veja Fôrma.	
Modos differentes de adquirir a herança. . . . .	214
Morgados, como se deve haver nelles o juiz quando partilha os bens de um casal. (Nota 176) . . . . .	243
» como se succede nelles. . . . .	229
Mosteiros não podem succeder <i>ab-intestado</i> . . . . .	318
» não podem ser instituidos por herdeiros . . . . .	443
Movéis, o que se deve entender por elles quando são legados (Nota 191). . . . .	262
Mudo de que modo póde fazer testamento. . . . .	124
« não póde ser testemunha em testamento. . . . .	118
Mulheres, em que testamentos são admittidas por testemunhas. <i>ibid.</i>	

## N

	PAG.
Naturaes.—Veja Filhos.	
Netos devem ser instituidos, ou desherdados expressamente (Nota 103) . . . . .	146
» succedem na falta de filhos . . . . .	284
» de réos de lesa-magestade não podem ser instituidos her- deiros. . . . .	143
Nobreza, o que se entende por ella para effeito de lhe não succederem os filhos naturaes. (Nota 205) . . . . .	278
Noviços podem fazer testamento. (Nota 89) . . . . .	428
Nullo fica o testamento quando o pai não desherdou ao filho expressamente. . . . .	447
» é o testamento revogado por outro que o herdeiro insti- tuido subtrahio . . . . .	518
» é o testamento de quem, sabendo e podendo escrever, não o assigna. . . . .	447
» é o testamento em cujo auto de approvação não consta o logar onde foi approvado . . . . .	450
» é o testamento do que adoptante que sem causa legal e declarada pretere o filho adoptivo . . . . .	497
» é o testamento assignado a rogo do testador por pessoa diversa da que o escreveu . . . . .	522
» é o testamento de mão commum se não é reciproco nas vantagens da instituição . . . . .	534

## O

Objectos da lei quaes seião em summa. . . . .	1
Obrigaçào de fazer inventario quem a tem. . . . .	233
Obrigações do herdeiro que adio a herança quaes seião. . . . .	222
Officios, quem succede nelles. (Nota 269). . . . .	317
» se se podem denunciar. . . . .	ibid.
Ordens militares.—Veja Collegios.	

## P

	PAG.
Pactos de <i>succedendo</i> e de <i>non succedendo</i> são reprovados por direito. . . . .	182
Pais não podem a seu arbitrio desherdar seus filhos . . .	151
» devem ser instituídos, ou desherdados expressamente. 146 e	159
» quando succedem aos filhos . . . . .	285
Palavras do testador se devem pesar, e vêr o sentido em que fôrão ditas por elle . . . . .	265
Parentes proximos são successores legítimos. . . . .	303
Partilha quando e como se faz . . . . .	242
» o juiz delibera e os partidores fazem. (Nota *) . . .	241
» do despacho da sua deliberação não ha recurso. . .	ibid.
» amigavel. . . . .	246
Peculios como venhão á collação (Nota 174) . . . . .	238
Perfeição de juizo se requer no testador. . . . .	106
Pessoas que podem ser instituídas por herdeiros. . . . .	138
Pessoas que se devem instituir ou desherdar expressamente. .	146
» que podem deixar legados, e a quem. . . . .	257
» Veja Religioso e egresso...	
Petição de herança quando tem logar. (Nota 150) . . . . .	204
Posse tomão os herdeiros em virtude do formal de partilhas. .	245
» como passa aos herdeiros por virtude da lei. . . . .	349
Pratica dos inventarios. . . . .	234
Prazo quando vai ao filho natural. (Nota 205). . . . .	278
» como se deva conferir nas partilhas. (Nota 174). . . .	239
Prazos, sua successão nas differentes especies . . . . .	304
Prestação do legado o que seja. (Nota 187) . . . . .	259
Prisão não ha por dividas civéis. (Nota 111) . . . . .	154
Procurador pôde adir a herança do herdeiro . . . . .	218
» da fazenda falla primeiro que o da corôa. (Nota 268). .	347
» da corôa responde nas denunciãs, e da Fazenda ibid.	
Prodigo não pôde ser testemunha no testamento. . . . .	118
» em que caso pôde fazer testamento. . . . .	123
Prova da desherdação por quem deve ser feita . . . . .	163
Provedores têm por alternativa obrigação de fazer dar á execução os testamentos. . . . .	248
Publicação do testamento como deve ser feita, e por quem (Nota 65) . . . . .	74
Pupillo pôde adir a herança por procurador ou por seus pais. .	218

## Q

	PAG.
Qualidades que deve ter o testador quando faz o seu testamento.	106
» diferentes, que ha de filhos. (Nota 204).	275
Quarta Falcidia, ou Trebelianica não tem logar entre nós. (Nota 185)	255
Quereia de nullidade de testamento quando tenha logar. (Notas 144 e 322).	194
» do inofficioso testamento quando tenha logar. <i>ibid.</i> 204 e	497

## R

Real corôa, sua successão.	309
Reducção de testamento aberto em que tempo se deve fazer, e de que modo.	66
» do testamento nuncupativo, como se deve fazer.	72
Registro do testamento onde se faz. (Nota 182).	70 e 247
Regra geral sobre a validade dos testamentos.	53
» sobre a instituição de herdeiro.	135
» Catoniana, qual seja e quando tem logar. (Nota 123).	166
Regra sobre a computação dos grãos de parentesco.	346
Religioso professo não pôde testar.	128
» não pôde ser instituido por herdeiro. (Nota 102).	145
» nem succeder <i>ab-intestado</i> .	322
» mas pôde ser testemunha em testamento. (Nota 84).	119
» e pôde receber legado de alimentos. (Nota 99).	141
» <i>eggresso</i> não podia herdar nem testar.	337
» podem herdar e testar, pela lei novissima.	438
Repudiar se não pôde a herança uma vez aceita.	219
» ou renunciar se podem os legados.	271
Rescripto pontificio não tem validade sem acceder o beneplacito regio. (Nota 93).	133
Revogar se pôde o testamento por outro.	197
Rogação das testemunhas não é necessaria nos testamentos, excepto nos dos soldados.	111

## S

	PAG.
Sacrilegos.—Veja F.lhos.	
Secularisado (Religioso), não podia herdar nem testar. (Nota e 337). . . . .	129 e 335
» póde herdar pela lei novissima . . . . .	438
Senatusconsulto Trebeliano e Pegaziano, que uso tenham entre nós as suas disposições. (Nota 185) . . . . .	255
Sentença sobre partilhas como deve ser dada e quando tem lugar . . . . .	244
Soldados, que privilegio têm a respeito da facção do testamento.	80
Solemnidades internas dos testamentos quaes sejam. . . . .	106
» as externas quaes sejam. . . . .	410
Subscrição do testador quando é necessaria. . . . .	412
Substituição de herdeiro o que seja, e de quantos modos se póde fazer . . . . .	486
Successão é um meio de adquirir a propriedade das cousas. . . . .	2
» de quantos modos se verifica. . . . .	3
» deve a sua origem ás leis que regularão as sociedades civis. . . . .	17
» legitima é conforme com os principios da razão e direito natural . . . . .	21
» é uma especie de continuação do dominio que tinha o defunto . . . . .	48
» legitima ou <i>ab-intestado</i> , por que direito se regula entre nós. (Nota 203). . . . .	273
» dos descendentes que pessoas comprehende. . . . .	275
» dos ascendentes que pessoas comprehende. . . . .	285
» dos collateraes quando tem lugar, a que pessoas chega. . . . .	287
» dos conjuges quando tem lugar. . . . .	288
» do reino como se defere. . . . .	290
» dos bens da corôa . . . . .	293
» dos morgados . . . . .	299 e 427
» dos prazos nas suas diferentes especies. . . . .	304
» do fisco quando tem lugar. . . . .	309
» <i>ab-intestado</i> como se defere pelo direito dos codigos das nações vizinhas. . . . .	352

	PAG.
Successão <i>in capita</i> ou <i>in stirpes</i> , qual seja. (Nota 212). . . . .	284
» de mosteiros, corporações, etc. . . . .	337
Surdo não pôde ser testemunha em testamento. . . . .	118
» em que caso pôde testar. . . . .	124
Suspeição posta aos louvados, quem toma della conhecimento. . . . .	235

## T

Tabellião deve pôr o seu signal publico em todas as folhas do testamento quando o approvar. (Nota *) . . . . .	59 e 60
» que fez um testamento como particular, pôde approva-lo como pessoa publica. (Nota 60) . . . . .	60
» como deve fazer o instrumento de approvação de um testamento . . . . .	407
Tempo que tem o berdeiro para deliberar ácerca da aceitação da herança . . . . .	227
Terça de seus bens pôde o pai deixar a quem bem lhe parecer (Nota 105). . . . .	148
» se tira sómente dos bens da meiação do defunto. . . . .	243
Testador pôde dividir toda a herança em legados ou fideicommissos. . . . .	436
» quando não pôde fazer testamento por medo, requer ao juiz da terra para o poder fazer. . . . .	411
Testamento o que seja . . . . .	30
» sua origem. . . . .	5
» que especie delles tiverão os Romanos. . . . .	9 e 33
» seu uso, e antiguidade entre nós. . . . .	14
» que especie delles se conhecem pelo direito de Hespanha . . . . .	36
» pelo direito de França. . . . .	37
» pelas leis inglezas. . . . .	38
» pelo direito de Sardenha. . . . .	45
» pelo direito da Prussia. . . . .	46
» aberto, de quantos modos se pôde fazer. . . . .	46
» cerrado, que solemnidades requer. . . . .	47
» nuncupativo, quando tem logar e que solemnidades requer. . . . .	48
» do soldado que solemnidades deve conter. . . . .	48

	PAG.
Testamento rural que solemnidades deve ter. . . . .	90
» de pai para filbo . . . . .	92
» feito no tempo de peste. . . . .	94
» dos maritimos. . . . .	96
» <i>ad pias causas</i> . . . . .	101
» de mão-commum. (Nota 74 e 534). . . . .	102
» privilegiado é só o do soldado . . . . .	103
» para ser válido não é necessario que se faça em um só acto, ou context . . . . .	114
» póde só constar de legados. . . . .	136
» nullo qual seja . . . . .	191
» injusto qual se chama assim . . . . .	194
» rôto qual assim se diga. . . . .	196
» irritado qual seja. . . . .	201
» inofficioso qual é. . . . .	203
» posterior rompe o primeiro. . . . .	196
» destitudo, de quantos modos se póde assim chamar. . . . .	205
» caduco. . . . .	ibid.
» A quem não é permittido fazê-lo. . . . .	120
» do pupillo que institue herdeiro o seu tutor. . . . .	526
» nullo quando sustenta-se na terça. . . . .	482
» revogado por outro que o herdeiro instituido subtrahio é nullo. . . . .	515
Testamenteiros, que obrigações tenham sobre o cumprimento das ultimas vontades. (Nota 183). . . . .	248
Testemunhas quantas se requerem no testamento cerrado e solenne . . . . .	57
» devem assignar no fim do instrumento de approvaçãõ do testamento . . . . .	60
» que se requerem no testamento nuncupativo. . . . .	65
» no do soldado . . . . .	81
» habeis para os testamentos quaes sejam. . . . .	116
» quaes sejam prohibidas . . . . .	117
Titulos ou escripturas deve examinar o Juiz dos Orphãos na factura dos inventarios. (Nota 172 e *) . . . . .	236
Transmissão da herança para os herdeiros quando tem logar . . . . .	216
» do legado o que seja . . . . .	192
» sujeita a imposto pela lei novissima . . . . .	440
» do legado o que seja. . . . .	192

	PAG.
Tutores como e quando devem dar contas da sua administração (Nota 180) . . . . .	245
Tutoria da mãe quando tem lugar, e como deve ser feita. (Nota 179) . . . . .	245
<b>U</b>	
Um acto ou contexto o que seja. (Nota 81) . . . . .	114 e 145
Uso dos testamentos nos primeiros povos. . . . .	5
» entre nós. . . . .	14

**V**

Vinculos como se succede nelles. . . . .	299
Vintena do testamenteiro que é tambem legatario. . . . .	509 e 541
» do testamenteiro quem marca, como e em que especie. . . . .	548
Virtude é o fundo dominante da sociedade . . . . .	23

## FIM DO INDICE ALPHABETICO

# Errata



Paginas	Linhas	Em vez de :	Leia-se :
20	16 nota	pala	pela
34	4 » (α)	ro troactivo	retroactivo
53	2 » (55)	uti	util
61	17 » (*)	49	56
68	11 » (*)	1844)	1844
—	12 » —	tribunaes	tribunaes)
71	4 » (*)	dos funeraes	do funeral
235	2 » (**)	testador	tutor
304	2 » (*)	Diss. t.	diss. 1ª
—	» » »	<i>aliti</i>	<i>alibi</i>
407	1 » (**)	No fim dos testamentos, se costuma	No fim dos testamentos logo antes ou depois da nomeação dos testamenteiros, se costuma



