



PRIMEIRAS LINHAS

SOBRE

O PROCESSO ORPHANOLOGICO

1

ca+

## A' VENDA NA MESMA LIVRARIA

DIDIMO JUNIOR.—Da tentativa e da cumplicidade, 1 v. in-4º	4\$000
— Da autoria, 1 v. in-4. . . . .	3\$000
— Lei do recrutamento, 1 v. in-4. . . . .	6\$000
TEIXEIRA DE FREITAS.—Consolidação das leis civis, 3ª ed., 1 v. in-4. . . . .	20\$000
— Additamento à mesma, 1 v. in-4. . . . .	16\$000
— Promptuario das leis civis, 1 v. in-4. . . . .	16\$000
— Additamento ao Codigo do Commercio, 2 v. in-4 . . . . .	32\$000
LAFAYETTE.—Direito das cousas, 2 v. in-4 . . . . .	16\$000
CORDEIRO.—Consultor geral do fóro, 4 v. in-4. . . . .	30\$000
Cada parte (Consultor civil, Consultor Criminal, Con- sultor commercial, Consultor orphanologico) fôrma 1 v. que se vendem separadamente a.	8\$000
— Codigo criminal do Imperio do Brasil, 1 v. in-4. . . . .	3\$000
— Director do juizo de paz, 1 v. in-4. . . . .	8\$000
CANDIDO MENDES.—Direito ecclesiastico brasileiro, 2 tomos divididos em 4 v. in-4. . . . .	30\$000
— O tomo 2º vende-se separadamente. . . . .	12\$000
CAMPOS PORTO.—Repertorio da legislação ecclesiastica de 1500 a 1874, 1 v. in-4. . . . .	12\$000
AUTRAN.—A lei judiciaria de 1871, 1 v. in-4. . . . .	4\$000
PAULA RAMOS JUNIOR.—Commentario ao Codigo criminal bra- sileiro, 1 v. in-8 . . . . .	4\$000
— Questões praticas do direito criminal seguidas das Nul- lidades do processo, 1º v. in-4. . . . .	6\$000
RODRIGUES.—Miscellanea juridica, 1 v. in-4. . . . .	10\$000
TRIGO DE LOUREIRO.—Instituições do direito civil brasileiro, 2 v. in-4. . . . .	16\$000
DIAS DE TOLEDO.—Lições academicas sobre artigos do Codigo criminal, publicadas por Montenegro, 1 v. in-4.	10\$000
MAFRA.—Jurisprudencia dos tribunaes, 3 v. in-4. . . . .	18\$000
RAMALHO.—Pratica civil e commercial, 1 v. in-4 . . . . .	9\$000
PIRES DE CARVALHO.—Repertorio das incompatibilidades, 1 v. in-4. . . . .	6\$000
— Novo regimento de custas, 1 v. in-8. . . . .	1\$000
SILVEIRA DA MOTTA.—Apontamentos juridicos, 1 v. in-4. . . . .	8\$000
VASCONCELLOS.—Consultor juridico, 1 v. in-4. . . . .	8\$000
URUGUAY.—Direito administrativo, 2 v. in-4. . . . .	12\$000
— Administração das provincias, 2 v. in-4. . . . .	14\$000
WARNKÖNIG.—Instituições de direito romano privado, 1 v.	8\$000
AZEVEDO CORREA.—Relatorio dos avisos do ministerio da justiça, 2 v. in-4. . . . .	14\$000
AZEVEDO CASTRO.—Lei do elemento servil, 1 v. in-4. . . . .	3\$000
— Repertorio da novissima reforma judiciaria, 1 v. in-4.	4\$000
— Novo regulamento do imposto de transmissão de pro- priedade, 1 v. in-4. . . . .	3\$000
BAPTISTA PEREIRA.—Codigo criminal do Imperio do Brasil.	3\$000
MIRANDA.—Dos direitos de usufructo, 1 v. in-4. . . . .	7\$000
LIBERATO BARROSO.—Contratos e obrigações mercantis, 1 v.	4\$000
— A letra de cambio, 1 v. in-4. . . . .	3\$000
— Questões praticas de direito criminal, 1 v. in-4. . . . .	4\$000
PIMENTA BUENO.—Direito publico brasileiro, 1 v. in-4. . . . .	10\$000
— Processo criminal brasileiro, 1 v. in-4. . . . .	9\$000
— Direito internacional, 1 v. in-4. . . . .	8\$000
— Considerações relativas ao beneplacito e recurso à corôa, 1 v. in-4. br. . . . .	1\$000
PORTELLA.—Repertorio da constituição politica do Imperio do Brasil, 1 v. in-4. . . . .	2\$500
— Lei da reforma da legislação eleitoral, 1 v. in-8. . . . .	3\$000

PRIMEIRAS LINHAS

BIBLIOTECA DO SENADO  
COPRE  
REPUBLICA DO BRAZIL

# O PROCESSO ORPHANOLOGICO

POR

JOSÉ PEREIRA DE CARVALHO

EXTENSA E CUIDADOSAMENTE ANNOTADA COM TODA A LEGISLAÇÃO  
JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAES SUPERIORES, ATÉ O ANNO DE 1878, E  
DISCUSSÃO DOUTRINAL DAS QUESTÕES  
MAIS CONTROVERTIDAS DO DIREITO CIVIL PATRIO COM APPLICAÇÃO  
AO JUIZO ORPHANOLOGICO

Pelo Juiz de Direito

DIDIMO AGAPITO DA VEIGA JUNIOR

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER--LIVREIRO-EDITOR

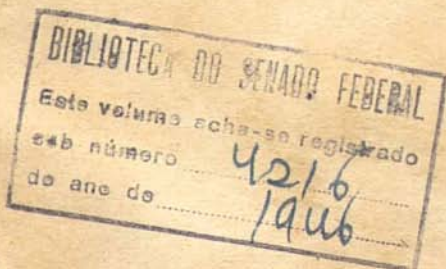
71 Rua do Ouvidor 71

2  
1879.

V  
342.165  
C331  
p  
1879-80  
3. ed.

Viduæ, et pupillo non nocebitis.  
Si læseris eos, vociferabuntur ad  
me, et ego audiã clamorem eo-  
rum; et indignabitur furor meus,  
percutiamque vos gladio, et erunt  
uxores vestræ viduæ, et filii vestri  
pupilli.

EXOD., CAP. XXII, v. 22.



## AO LEITOR

Ha por ahi muito quem olhe com somenos apreço e considere de exiguo valor scientifico o trabalho de annotador de obras alheias.

Conservar as produções de indiscutivel merito que nos legou o passado, adaptando-as ao estado actual da legislação, limando-lhes as asperezas, que ferem a susceptivel delicadeza da doutrina moderna, depurada, qual a tem feito, a progressiva elaboração da philosophia juridica, não é tarefa de pouca monta, digão o que quizerem, e nem se dedignarão de tomal-a sobre os hombros emeritos Jurisconsultos e praticos consummados.

Não recuando ante a nossa carencia de forças, emprehendemos a presente edição das Primeiras Linhas de Pereira de Carvalho, sem duvida o mais completo Manual de Direito Orphanologico de que temos conhecimento.

Em notas designadas por caracteres alphabeticos compendiamos toda a legislação e jurisprudencia applicavel á materia até á presente data.

Em alguns pontos alongamos-nos um pouco; venceu á brevidade obrigatoria do annotador o interesse de questões doutrinaes, que parecerão-nos dignas de mais detida elucidação.

Si andamos mal, ou se acertamos no alvitre tomado, dil o-hão os entendidos, a cujo julgamento entregamos o nosso insignificante trabalho.

DIDIMO JUNIOR.

# ADVERTENCIA

A' TERCEIRA EDIÇÃO

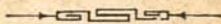
O benevolo acolhimento, que esta minha obra mereceu do publico, me impoz o dever de melhora-la quanto a mim coubesse nesta terceira edição. Cortei algumas cousas, que me pareceram superfluas; alterei a ordem das materias, aonde me pareceu conveniente; e corriji algumas opiniões, que tinha seguido. Julgo que está melhor alguma cousa; e se della resultar alguma utilidade, será este o melhor salario do meu trabalho.

J. P. C.

# PRIMEIRAS LINHAS

SOBRE

## O PROCESSO ORPHANOLOGICO



### CAPITULO I

#### DO PROCESSO ORPHANOLOGICO EM GERAL

##### § 1.º

Chama-se processo orphanologico aquelle em que se descreve (a), avalia (b) e reparte (c) o patrimonio dos que

(a) A descripção ou arrolamento dos bens do patrimonio cabe ao cabeça de casal. A Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º, manda que sejam apresentados a inventario todos os bens do casal com a mais escrupulosa exactidão; os moveis e semoventes devem ser descriptos com os signaes particulares que os distinguem uns dos outros, e os immoveis designando as suas posições, extensão e confrontações: cit. Ord. *Consolid. das Leis*, art. 1150; Pereira e Souza, *Linh. Civ.*, nota 1021; *Guerreir. de Invent.* cap. 2º, e *Peg. á Ord.* do liv. 1º, tit. 88, § 9º. Os bens alheios que porventura se achem em poder do inventariante devem ser igualmente apresentados; bem assim as dividas, e em geral todos os titulos e creditos existentes em mão do cabeça de casal. A falta de descripção de quaesquer bens, desde que se prove malicia, acarreta ao inventariante a pena de restituição em dobro daquillo que sonegai: Ord. cit., § 9. Se essa pena só pôde valer nos inventarios em que ha menores, ou se ainda mesmo naquelles em que ha sómente maiores, é questão que discutiremos em mais azada occasião. Os bens litigiosos devem igualmente ser incluídos no arrolamento e avaliados. Quando ha disputa sobre a natureza dos bens, e se ignora se elles são de capellas, prazos, etc., o juiz não deverá fazê-los partilhar, mas o inventariante tem obrigação de descrevê-los: *Menezes, Juizos Div.*, pag. 55, § 34. Devem ser igualmente apresentados os frutos colhidos depois da morte do inventariado.

(b) Os bens que forem descriptos deverão ser todos avaliados, como

deixarão por sua morte herdeiros menores (1) ou inca-

(1) Ord. do liv. 1º, tit. 88, e do liv. 4, tit. 96. Basta que um dos herdeiros seja menor para ter lugar este processo, ainda que todos os outros sejam maiores. Quando algum menor, apesar de não ser herdeiro, é comtudo interessado na herança, na qualidade de fidei-commissario, tambem tem lugar a disposição da citada Ord., e o juiz dos orphãos deve proceder a inventario, ainda que lh'o não requeiraõ. O mesmo acontece se algum menor fôr apenas legatario (d) de alguma

o manda a Ord., liv. 1, tit. 88, § 5º; os avaliadores, porém, são propostos pelas partes, em audiencia ou em petição, devendo neste ultimo caso o juiz, antes de approval-os, mandar que os interessados digão sobre as pessoas propostas ou proponhão outras. Sem avaliação não é possível chegar-se ao conhecimento da importancia dos bens que se tem a partir: ella é, pois, essencial em todos os inventarios. A falta da avaliação importa nullidade insanavel, e é fundamento para rescisão da partilha. *Phebo, parte II, aresto 40; Pereira e Souza, nota 1021; Acc. da Rel. da Fortaleza de 16 de Junho de 1874 (Dir. 10, pag. 304). Vide notas ao cap. 10.*

(c) Depois de avaliados os bens segue-se a partilha, que deve ser feita pelos partidores do juizo, e na falta destes por pessoas nomeadas pelas partes para esse fim. Convem, porém, que sejam as partilhas feitas sob as vistas do proprio juiz, para evitar prejuizos que muitas vezes provêm do pouco escrupulo com que alguns partidores cumprem com os seus deveres. Em alguns juizos temos visto dar o juiz uma nota particular, á vista da qual fazem os partidores a partilha; assim como tambem já vimos mandar dividir o monte partivel em tantos quinhões quantos são os herdeiros, e lançar depois o juiz cada quinhão ao competente herdeiro. Não aconselhamos, porém, esta pratica, porquanto, devendo ser attendidos quando razoaveis os pedidos dos herdeiros, por esta forma torna-se-hia impossivel fazê-lo. *Vide notas ao cap. 16 e 17.*

(d) A Ord., liv. 1º, tit. 88, § 7º, citada por Pereira e Souza na nota 1021, a que se refere o autor, diz o seguinte: « E mandará (o juiz) fazer inventario de toda a fazenda e bens, que a algum menor de vinte e cinco annos pertencer herdar. Entenderão os Art. que as expressões de que usa a cit. Ord. refere-se a uma quota de herança, e não a um legado de terminado, e ensinarão que quando o menor, orphão de pai ou mãe, fôr herdeiro de uma quota de herança, dar-se-ha o caso da Ord. cit., e portanto poderá, ou antes deverá o juiz de orphãos fazer o inventario. » O Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota 9ª ao art. 1149 da Cons. das Leis Civ.



pazes por algum outro motivo da administração de seus bens (2).

quota de herança; não, porém quando fôr de alguma coisa certa e determinada. Pereira e Souza, *Prim. Linh. Civ.*, parte IV, nota 1021. O que fica dito a respeito dos menores é applicavel a todos aquelles que por qualquer outro motivo pertencem á jurisdicção do juiz dos orphãos, e que serão objecto da nota seguinte. Não se considerão menores para este fim senão aquelles que, além de não terem completado a idade de vinte e cinco annos (e), são orphãos de pai ou de mãe. Peg. á Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 8.º, glos 47, n. 3; Vas. Alleg. 65, n. 11; e Pereira e Souza, cit. loc. Tambem se não considerão como taes os que obtiverão supplemento de idade, os que estão casados, os que têm alguma dignidade importante (f), os que forão emancipados por seu pai ou demittidos do patrio poder com os requizitos legais. Veja-se o § 7.º e as notas respectivas.

(2) Taes são os furiosos, mentecaptos, prodigos, desasizados, ausentes, surdos e mudos, e todos os outros a quem a lei

seguia a opinião de Pereira e Souza, apoiando-se além disso na doutrina do aviso de 28 de Novembro de 1834, que impede o juiz dos orphãos de fazer o inventario pelo facto de haver um orphão legatario. Mais abaixo diz, porém, o mesmo Sr. Dr. Teixeira de Freitas. *Salvo quando menores forem legatarios de uma quota da herança.* O inventario em que forem interessados orphãos ou interdictos não pôde ser feito extra-judicial ou amigavelmente: *Acc. da Rel. da côrte de 12 de Maio de 1874.* O Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 da lei n. 206 de 20 de Setembro do mesmo anno, dispõe no art. 83: « O inventario e partilha dos bens de defuntos que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos ou interdictos, é da competencia do juiz da provedoria. Na falta de testamento e de herdeiros orphãos ou interdictos, será feito o inventario e partilha pelo juizo commum. » Esta disposição fez nascer duvidas sobre a interpretação a dar á palavra—*orphãos*—duvidas cuja solução importa em firmar-se a competencia do juizo da provedoria ou a do dos orphãos para a factura do inventario.

Orphão—dizem alguns—é o menor que não tem pai; o que apenas não tem mãe, acha-se sob o patrio poder; as expressões da lei devem ser entendidas de accordo com a technologia juridica, a disposição do art. 83 do Regul. n. 4824 só autorisa o juizo dos orphãos a inventariar espolios em que sejam interessados menores sem pai. Acha-se, pois, revogado o preceito da Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 7.º Esta doutrina foi

## § 2.º

Da-se-lhe principio *ex-officio* ou a requerimento de parte(3).

manda dar curador. Ord. do liv. 1.º, tit. 78, § 4.º, tit. 90, e liv. 4.º, tit. 103. Todos estes são igualados aos menores, e por isso a sua fazenda deve ser posta em arrecadação pelos juizes dos orphãos, que farão todos os esforços para melhorarem a sorte de semelhantes individuos, applicando para esse fim os seus rendimentos, e mostrando aquelle zelo e interesse de que se fazem credores os nossos semelhantes, quando se achão em tão desgraçadas circumstancias. A respeito dos prodigos só lhes é applicavel o que fica dito, quando estão declarados taes por sentença, e inhibidos da administração dos seus bens por editaes affixados: cit. Ord., liv. 4.º, tit. 103, § 6.º; *Mor.* liv. 2.º, Cap. 20, n. 32, Part. de Donat., liv. 3.º, tit. 15, n. 34, e Almeida e Souza, Acc. Sum. § 626. A respeito dos ausentes, torna-se indispensavel que se duvide de sua habitação e da sua existencia, que não tenham deixado procurador, ou que sua morte se torne presumivel pela diuturnidade da ausencia. Veção-se as notas 286, 287, 331, e seguintes (g).

(3) Se o juiz não procede a inventario dentro do tempo de-

aceita pelo *aviso de 21 de Novembro de 1876*. Em contrario argumtão: Que a expressão *orphão* foi na pratica sempre comprehensiva dos menores sem pai ou sem mãe, como o attestão os praticos e orphanologistas em geral. *Phebo*, parte II, Dec. 140, n. 6; *Pegas á Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 7.º, n. 1*; *Guerr.*, trat. 1.º, ad Rubric., parte III, ns. 2 e seguintes, e o julgado referido por *Phebo na Dec. cit. n. 4*. Que ainda quando se queira restringir o sentido juridico da expressão *orphão*, não se póde de modo algum haver como revogada a disposição do § 7.º da Ord. cit., por não poder tal revogação provir do art. 83 do Regul. n. 4824, que, na qualidade de acto meramente regulamentar da lei n. 2033, tem a sua força dispositiva limitada pelo preceito do art. 102 da Constituição do Imperio, e pela autorisação que pela mesma lei n. 2023 foi concedida ao governo para poder firmar certos preceitos legislativos (art. 29, § 14 da lei), autorisação que não comprehende a revogação do § 7.º da Ord. do liv. 1.º, tit. 88. Esta opinião é a mais aceitavel, e tem por si o Accord. da Relação da córte de 10 de Agosto de 1875, publicado no *Direito*, vol. 8.º, pag. 249. Veja-se sobre a materia os *avisos n. 152 de 24 de Abril e*

## § 3.º

Este processo é summarissimo(4); pôde tratar-se em

terminado pela lei, devem requerê-lo os pais ou parentes dos menores, dentro de dous mezes: Ord. do liv. 1.º, tit. 88, §§ 6º e 8.º O pai ou avô que assim o não faz perde o direito de succeder a seus filhos e netos menores, e o usufructo de seus bens; e a mãe ou avó, além de incorrerem nas mesmas penas, não podem ser tutoras dos mesmos filhos ou netos: cit. Ord. Por este modo providenciou a lei os inconvenientes que resultão de se demorarem os inventarios, se bem que, apezar de todas estas providencias, se demorão ainda algumas vezes por annos e annos, e até não chegam a fazer-se (h).

(4) Ord. do liv. 1.º, tit. 88, e do liv. 4.º, tit. 96, §§ 12 e 22.

n. 360 de 8 de Outubro de 1873; Teixeira de Freitas, *Prompt. das Leis Civ.*, verbis *Inventario: quando houverem herdeiros menores, etc.*, e *juizes dos orphãos, cumpre-lhes fazer inventario de todos os bens, etc.*; Ramalho, *Instit. Orph.*, § 80, n. 5, nota 539; *Pract. das Correições*, pag. 382, etc.

(e) O Dr. Ramos, anotando estas palavras de Pereira de Carvalho, parece dar a entender que a resolução de 31 de Outubro de 1831, marcando a idade de vinte e um annos para termo da menoridade, declarou *ipso facto* que nesta idade ficava o menor emancipado. Quanto ao orphão de pai, nenhuma duvida existe; mas a Resol. nada mais fez do que marcar para 21 annos o termo da menoridade, que pelas Ord. era aos vinte e cinco annos. Dizendo que nessa idade o menor *tornava-se apto* para todos os actos da vida civil, a dita Resol. não estatuiu todavia que nessa idade entrava elle no goze dos direitos civis; o *tornar-se apto* da Resol. quer dizer ter discernimento bastante para pelos meios legaes entrar no gozo dos direitos civis. Tanto a Resol. de 31 de Outubro de 1831, não firmou a regra da emancipação pelo facto de alcançar o menor a idade de vinte e um annos (salvo o caso do orphão de pai), que o Cod. do Commercio, lei muito posterior á cit. Resol., declarou no seu art. 1.º, § 3º, segunda parte, que — o filho maior de vinte e um annos, que fór associado ao commercio do pai, e o que com sua approvação, provada por escripto, levantar algum estabelecimento commercial, será reputado emancipado e maior para todos os effeitos legaes nas negociações mercantis.

(f) Se é exacto o facto de haver a Constituição Política do Imperio no art. 199, § 16, disposto a abolição dos *privilegios*, a menos que não sejam inherentes aos cargos por utilidade publica, não é menos exacto que ha entre nós dignidades, ou ao menos titulos honorificos, que emancipão.

férias(5); exclue todas as questões que dependem de alta

Chama-se processo summarissimo aquelle, em que se procede sem estrepito, nem figura de juizo: Ord. do liv. 3º, tit. 48; *Mel. Freire*, parte IV, tit. 7º, § 5º, *Roch. Peniz*, Element. de Pract., tit. 5º, e *Alm. e Souza*, Acc. Summ., cap. 2 e 3. Apezar, porém, de ser summarissimo o processo orphanologico, não deve omittir-se nelle cousa alguma, das que essencialisão o processo natural, porque então degeneraria em tumultuario. E', portanto, erronea, e deve prescrever-se a pratica de alguns juizos, aonde os inventarios se processão mysteriosamente, não se dando vista delle aos coherdeiros, pratica esta, que não só está em opposição com os principios de direito e da legislação portugueza, mas que obsta a que possa fazer-se uma acertada partilha. *Mel. Freire*, liv. 3º, tit. 12, § 14.

Como poderá o juiz do inventario deliberar acertadamente a partilha, se não ouvir breve e summariamente aquelles que n'ella interessao, e que podem apresentar-lhe titulos de muita ponderação, ou desvanecer outros que á primeira vista parecião legaes (i)? Se os processos summarissimos excluem tudo aquillo que os póde complicar, não excluem o que é indispensavel para o conhecimento da verdade e para o bom acerto da sua decisão.

(5) Todas as causas, que pela sua natureza não admittem demora, podem expedir-se em tempo de ferias: Ord. do liv. 3º, tit. 18; o que se deve entender das férias humanas e não das divinas, porque n'estas não se póde praticar validamente acto algum judicial, ainda que seja de jurisdicção voluntaria, e com expresso consentimento das partes: cit. Ord., § inic., e *Mel. Freire*, parte IV, tit. 14, § 4º (j).

A propria Constituição no art. 92, § 1º, concede direitos politicos aos bachareis formados, clérigos de ordens sacras, etc., o que suppõe nelles o gozo de direitos civis. Não nos parece, pois, aceitavel o tom absoluto com que o Dr. Ramos negou que houvesse entre nós a emancipação pela dignidade a que attingisse o menor.

(g) Furiosos mentecaptos e desasizados, diz a nota do A.

A loucura offerece diversos grãos e se manifesta por diferentes modos; o direito, porém, tratando apenas de crear uma protecção para aquelles que cahem nesse estado, não busca estudar as multiplas especies de desarranjo mental: cuida de verificar a existencia desse

indagação(6); não admite recursos alguns suspensivos(7) nem excepções declinatorias(8).

---

(6) Ord., livr. 1<sup>ª</sup>, tit. 88, Guerreiro, trat. 2<sup>º</sup>, liv. 6<sup>º</sup>, cap. 13, n. 9; Peg. á Ord. do cit. tit. 88, § 3<sup>º</sup>, n. 66, 67, 244 e 245, e Almeida e Souza, Acc. Sum., § 317. Todas estas questões devem remetter-se para as acções ordinarias, sem se suspender o inventario e partilha. Não são, porém, excluidas deste processo, antes pelo contrario se devem tratar e decidir nelle, todas as questões consistentes em direito: Almeida e Souza, cit. loc., § 318. Taes são, por exemplo: 1<sup>ª</sup>, se a herança se deve dividir *in capita* ou *in stirpes*; 2<sup>a</sup>, se os bens descriptos no inventario são vinculados ou allodiaes; 3<sup>a</sup>, se são emphyteuticos, e qual a natureza do empraçamento; 4<sup>a</sup>, se deve dar-se pagamento, e até que quantia, á doação, que não foi insinuada; 5<sup>a</sup>, se deve attender-se á disposição do testador, quando ordena que a terça, de que dispõe, se faça em certos e determinados bens; 6<sup>a</sup>, se as despesas do funeral e bem d'alma, hão de pagar-se pelo monte, ou pela meação do defunto inventariado; 7<sup>a</sup>, se devem admittir-se licitações, e se admittidas ellas podem servir-lhes de objecto os dotes trazidos á collação. De todas estas e outras questões, que frequentemente occorrem neste processo, tratarei nos lugares competentes, dizendo a maneira porque deverão ser decididas. E' controverso se ha questões consistentes em direito, que devão reputar-se de alta indagação, e como taes excluidas do processo? Portug. de Donat., liv. 2<sup>º</sup>, cap. 32, n. 54, affirma que sim, e que por taes se devem reputar as intrincadas: o contrario, porém, e com melhores fundamentos, defendeu Guerreiro., Trat. 2<sup>º</sup>, liv. 8<sup>º</sup>, cap. 20, n. 16 eseguintes (k).

(7) Ord., liv. 4<sup>º</sup>, tit. 96, § 22.

Só suspenderá o progresso do inventario e da partilha o agravo de petição dentro das cinco leguas, por terem de remetter-se os proprios autos para o juiz *ad quem*, na fórma da ordenação do liv. 1<sup>º</sup>, tit. 58, § 25. Ainda neste caso poderá o juiz mandar escrever o agravo em separado, e sempre o deverá fazer quando vir que o dito agravo é frivolo e só tendente a demorar. *Pereira e Souza*, proc. civ., parte II, nota 652 (l).

(8) Ord. do liv. 1<sup>º</sup>, tit. 88, § 45 do liv. 3<sup>º</sup>, tit. 5<sup>º</sup>, § 3<sup>º</sup>, e

desarranjo. Desde, pois, que o individuo não possui em plena inte-

## § 4.º

Deve começar-se dentro de trinta dias, e acabar-se dentro de sessenta (9).

---

Peg. á Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 4.º, ns. 20, 21 e 29. Ainda que alguns dos coherdeiros ou dos interessados tenha privilegio de fôro, e dos incorporados em direito, não pôde declinar nem avocar do juiz dos orphãos o inventario a que lá se deu principio, e que é da sua competencia. Peg. cit. loc., glos. 1, n. 6.

(9) Que o inventario deve ser começado dentro de trinta dias

---

gridade o exercicio de suas faculdades mentaes está no caso da Ord. do liv. 4.º, tit. 103.

Ao juiz dos orphãos cabe dar curador aos dementes.

A curadoria dos dementes differe profundamente da dos prodigos; nesta o curador está no mesmo caso que o curador do menor pubere; naquella o curador correspondê ao tutor do impubere. O prodigo pôde praticar todos os actos que não tenham por objecto a propriedade o louco é inhabil para a pratica de todo e qualquer acto civil. A incapacidade do prodigo dimana da sentença, e por conseguinte só existe depois desta; a do demente provém da propria demencia, e portanto é anterior a sentença. Para annullar qualquer acto praticado pelo demente antes da sentença, que o declarou tal, é preciso provar a existencia da demencia na época do acto. O autor tem um capitulo especial em que trata das curadorias; reservamo-nos para nelle dar maior desenvolvimento á materia. Os ausentes são equiparados aos menores; a curadoria é dada, porém, unicamente aos bens neste caso. Divide-se em *curadoria simples* e em *curadoria ou successão provisoria*. A primeira é dada pelo juiz dos orphãos logo que se verifica a ausencia; a segunda quando se esgotão os prazos de dez ou dois e meio annos, depois dos quaes, segundo a hypothese, suppõe-se a morte do ausente. Regem entre nós a materia da curadoria e disposição dos bens do ausente o Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859. Veja-se art. 83 do Dec. n. 4324 de 22 de Novembro de 1871.

(h) A Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 6.º, ordena ao juiz de fazer dentro de um mez o inventario dos bens do individuo que houver deixado herdeiros menores. Este mez conta-se, ou do dia do fallecimento do inventariado, ou do dia em que chegar o factq da morte ao conhecimento do juiz. A Ord. do cit. liv. e tit. diz, no § 8.º, que a mãe ou pai, o avô ou avó são obrigados a fazer inventario dentro de dous mezes contados do fallecimento do outro conjuge, e que a falta de observancia deste pre-

## § 5.º

A sua marcha é em summa a seguinte: feita a nomeação

---

depois do fallecimento do inventariado é expresso na Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º; mas que elle deva ser ultimado dentro de sessenta, a contar do dia em que se lhe deu principio, é opinião dos doutores; *Guerreiro*, Trat. 1º, cap. 2º, *Valasc*, cons. 52, n. 9, e *Pereira e Souza*, parte IV, nota 1021. E' verdade que deve ultimar-se quanto antes, removendo-se, como já disse, todas as questões dependentes de alta indagação; mas tambem é verdade que os juizes dos orphãos não têm rigorosa obrigação de o concluirem dentro de sessenta dias, e que até seria muitas vezes inexequivel a lei que assim o determinasse. Tanto isto é verdade, que a Ord. do liv. 4º, tit. 92, §§ 12 e 13, manda proceder ao sequestro da herança quando o inventario se demorar por mais de um anno, reconhecendo por consequencia que este processo póde demorar-se muito mais de sessenta dias. Nem se diga que esta ordenação se refere aos inventarios dos maiores, porque do seu contexto se collige evidentemente que tambem trata dos que se fazem no juizo dos orphãos.

Não deve começar-se o inventario dentro dos nove dias do luto do inventariado, nem dentro dos nove dias da molestia de algum dos coherdeiros, sendo o juiz certificado della por um modo attendivel: Ord. do liv. 3º, tit. 9º, §§ 9 e 10. Não é da competencia do juiz dos orphãos o prorogar o termo, dentro do qual se deve dar principio ao inventario, e só póde fazê-lo o tribunal do desembargo do paço por motivos attendiveis. Alv. de 24 de Julho de 1713; *Valasc*, cons. 52, n. 9, e *Guerreiro* tract. 1º, liv. 1º, cap. 2º, n. 11. Ainda quando se obtenha esta prorogação, sempre se deve fazer a descripção dos bens, para se evitar o seu descaminho, suspendendo-se a partilha pelo tempo que a provisão determinar (m).

---

ceito acarreta a exclusão de successão dos filhos ou descendentes que a tal tempo tiver. Arts. 181, 1149 e 1153 da *Consol. das Leis Civ.*

O preceito da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 12, que sómente permite o sequestro da herança por demora no inventario, quando não se fizer a partilha no fim de um anno, parece autorisar a opinião dos que acreditão serem os prazos fixados na Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 6º e 8º, para

do cabeça de casal, é notificado para receber o juramento;

a iniciação, e não para a conclusão de tal processo, pois que o acto terminativo d'elle, qual a partilha, pôde ser feito dentro de um anno.

(i) E' praxe em todos os inventarios, depois de feitas as ultimas declarações e encerramento, dar vista aos interessados, incluindo sempre no numero destes o representante da fazenda nacional, que, com quanto seja notificado e possa assistir ás avaliações, tem todavia o direito de impugnal-as depois.

(j) O Dec. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853, declarando no art. 3º, quaes as causas que, por excepção, podem ser tratadas durante as férias, não enumera os inventarios, e o Tribunal da Relação da côrte, com justo fundamento, considerou nullidade de uma partilha judicial o ter sido ella feita em tempo de férias: *Acc. de 27 de Fevereiro de 1877 (Dir. vol. 12, pag. 695)*.

(k) O processo de inventario exclue por sua propria natureza, e pelo fim a que tende, todas as questões que, provocando grande discussão, possam trazer demora ao andamento da causa. Tratando-se no inventario de verificar a importancia e valôr dos bens do finado, e dividil-os por aquelles que têm direito a elles, a admissão de litígios de demorada discussão acarretaria graves prejuizos aos interessados. As heranças não constão unicamente de bens duraveis: ha nellas bens pereciveis e sujeitos á deterioração; a demora na partilha pôde ser causa de redução no valor dos bens do monte e portanto na porção de cada herdeiro. Foi, attendendo a estas considerações, que a lei afastou do inventario toda a questão que dependesse de prova estranha aos autos. A Ord. do liv. 4º, tit. 96, no § 11 prohibe que se *detenha* a partilha começada, sob o pretexto de entrega de qualquer cousa, e diz: *nem fará sobre isso demanda, até que a partilha seja acabada*. No § 12 ordena o sequestro dos bens inventariados desde que a pessoa que delles está de posse procura levantar discussão *antes da partilha e depois della feita*, se de caso pensado demora o inventario. No § 17 ordena que se não demore a partilha por causa da parte illiquida dos bens, devendo ser essa parte reservada para a sobrepartilha. *Consolid. das Leis Civ., nota 37 ao art. 1177, 3ª Edicç.*

Ha questões, porém, cuja solução pôde ser provocada mesmo no processo do inventario; entre ellas contão-se as que o autor enumera na nota 6. Lobão, no seu *Tratado das Acções Summarias*, vol. 1º, apresenta desde o § 317 ao § 329 as questões que julga poderem ser decididas no curso do inventario; não as enumeramos todas, porque o autor na sua nota deu-se ao trabalho de apresentar as principaes. Diremos, porém, que a questão primeira, que o autor apresenta, isto é, se a successão deverá ser deferida *in capita* ou *in stirpes*, sómente



declarados por elle os herdeiros, são tambem notificados

é intrincada no caso de concorrerem á herança *ab intestato* sobrinhos, pois que os demais casos têm solução na novella 118; *Lobão, Acc. Sum., vol. 1º, § 327*. No processo do inventario pôde occorrer, e nelle deve ser decidida, qualquer duvida sobre o *direito de accrescer* entre herdeiros e collegatarios. Em tempo opportuno estudaremos as duas questões. Em referencia á duvida suscitada pelo autor no final de sua nota, é mais aceitavel a opinião de Guerreiro, porquanto as questões de direito, por mais intrincadas que sejam, não dependem de prova estranha aos autos; antes, entendendo muitas vezes com a marcha do processo ou liquidação de direitos, que nelle têm de ser reconhecidos e firmados, não podem deixar de ser nelles resolvidos, sob pena de acarretar demora ao inventario, o que a lei propoz-se a evitar. E' sem duvida com este fundamento que os nossos tribunaes têm decidido não ser questão de alta indagação a que versa sobre a legitimidade do reconhecimento de um filho natural, e deve, por isso, ser tratada e resolvida nos proprios autos do inventario. *Accs. da Rel. do Maranhão de 6 de Dezembro de 1873 e de 22 de Junho de 1875, e do Sup. Trib. de Just. de 27 de Julho de 1875. (Dir., vol. 12, pag. 110)*.

A vista para embargos de terceiros não se nega, mesmo em inventario; porque, contendo defesa natural, a ninguém pôde ser recusada, ainda nos proprios autos. *Acc. da Rel. de Porto-Alegre, de 19 de Junho de 1874, (Dir. vol. 5º, pag. 421)*.

Embargos de terceiro não são o meio legal de suspender o curso do inventario e nelle propor questão de alta indagação. — *Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de Novembro de 1874, (Dir. vol. 6º, pag. 415)*.

Apezar do respeito que merece-nos a decisão da Rel. de Porto-Alegre, parece-nos que a admissão de um oppoente, armado de articulados e longos dizeres, no processo summarissimo do inventario, que não tem fórma nem estrepito de júizo, repugna á brevidade recommendada pela lei em taes causas, onde se liquidão interesses a que muito prejudicão a lentidão commum ás discussões ordinarias. O terceiro prejudicado, por ver incluídos no inventario bens que lhe pertencão, tem o recurso de appellar da sentença da partilha, ou mesmo da que recusar-lhe a exclusão dos bens, por causar tal despacho damno irreparavel (*Acc. da Rel. do Recife de 21 de Abril de 1874*).

(1) Podem occorrer questões prejudiciaes que retardem ou impeção a iniciação e o curso do inventario. As principaes, que achão-se mencionadas em *Sêcco, Orphanol Prat., arts. 23 a 27, notas 72 a 80*, são:

1.ª Contestação da qualidade hereditaria do que requer ser cabeça de casal, ou pede a partilha.

2.ª Acção de nullidade do testamento.

3.ª Allegação de haver renunciado a herança o que requer ser nomeado cabeça de casal.

para se louvarem em avaliadores; procede-se então na descrição e avaliação dos bens (n); na collação e avaliação dos dotes, no caso de os haver; ouvem-se os interessados verbalmente ou por escripto; e, deliberada a partilha por despacho, se procede a ella, e se julga por sentença (10).

(10) Estes termos são essencialissimos, e não podem omitir-se sem nullidade do processo. Póde, porém, occorrer nos inventarios mais alguma cousa, como, por exemplo, a licitação, a justificação das dividas, o encabeçamento dos prazos, etc. De tudo isto tratarei pelo decurso desta obra em capitulos separados, dizendo o que me parecer necessario para os que principião na magistratura e na advocacia, porque só para estes escrevo, compendiando o que tenho lido sobre a materia.

4.<sup>a</sup> Allegação do cabeça de casal de possuir os bens, que se dizem da herança, por titulo singular.

5.<sup>a</sup> Partilha já feita e acabada legalmente.

6.<sup>a</sup> Allegação, por parte do possuidor dos bens, de prescripção de 30 annos.

7.<sup>a</sup> A recusa do herdeiro doado em conferir a doação.

(m) A lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2.<sup>o</sup>, § 6.<sup>o</sup>, conferio a attribuição de prorogar o tempo dos inventarios ás relações dos districtos. Vide *Decr. de 3 de Janeiro de 1833, art. 9.<sup>o</sup>, § 11, e art. 62; e Decr. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, arts. 10, § 4.<sup>o</sup>, e 134*. A prorrogação não póde ser por tempo maior de seis mezes.

O meio de conciliar-se a disposição da Ord. do liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, § 4.<sup>o</sup>, com as dos arts. 45 do Regul. do 1.<sup>o</sup> de Dezembro de 1871 e 93 do de 13 de Novembro de 1872, é marcar o juiz dos orphãos um prazo, dentro do qual deva ser junta aos autos do inventario a certidão da matricula dos escravos, e na falta de cumprimento da ordem usar o mesmo juiz administrativamente, de conformidade com o art. 85 do Regul. cit. de 1872, do recurso do art. 8.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, da lei n. 2040, para o que é competente, salvo aos interessados o meio do art. 19 do Reg. do 1.<sup>o</sup> de Dezembro: *Av. de 9 de Setembro de 1876*.

(n) E' nullo o inventario em que não tiver havido avaliação e descrição de bens. *Acc. da Rel. da Fortaleza de 16 de Junho de 1874 (Dir., vol. 10, pag. 304)*.

O erro nas avaliações acarreta a nullidade do inventario. *Acc. da Relação de Porto-Alegre de 17 de Agosto de 1874*.

## § 6.º

Nem a expressa prohibição do defunto (11); nem a partilha, que elle tivesse feito com seus filhos (12); nem as

(11) A vontade particular de qualquer cidadão não pôde derogar, ou alterar a vontade publica, ou a determinação da lei, e por isso é insustentavel a opinião dos que dizem que o juiz dos orphãos não deve proceder a inventario quando alguma pessoa nobre e illustrada assim o determina no seu testamento. Entre os muitos privilegios da nobreza não encontro este, antes vejo que a Ord. do livro 1º, tit. 88, não exceptua tal caso. Se os inventarios dos nobres se não fazem algumas vezes é por criminosa condescendencia dos juizes e escrivães, e porque não tem havido um procedimento exemplar em semelhantes casos.

(12) Uma tal partilha seria em fraude da lei, que a desapprova expressamente, havendo herdeiros menores, ou por qualquer outro motivo sujeitos á jurisdicção do juiz dos orphãos; e por isso, apesar della, deve proceder-se a inventario (o).

(o) Algumas legislações têm admittido a partilha feita pelos pais entre os filhos, quer por acto *inter-vivos*, quer por testamento. O codigo civil francez regulou a materia nos art. 1075 a 1080, e sobre as suas disposições pôde-se consultar a excellente obra de Armand Bonnet, *Partages d'Ascendants, deux vols.*; Murlon, *Cod. Nap, vol. 2º, ns. 964 e seguintes*; Demolombe, *vol. 22, cap. 7º, ns. 665 e seguinte*; Zachari (Massé e Vergé) *vol. 3º, cap. 2º, §§ 505 e seguintes, etc.*

O codigo civil chileno, nos arts. 1318 e 1330; o italiano, nos arts. 1044 a 1049 (Vêde as annotações de Cattaneo e Borda), permitem igualmente a partilha dos ascendentes, que alguns outros codigos, entre os quaes o portuguez, recusarão sancionar com suas disposições. A origem e historico de taes partilhas pôde-se vêr em Bonnet, *Part. d'Ascendant, vol. 1º, n. 4 e seguintes.*

Algunas vezes os pais fazem em vida partilha dos bens que possuem, entre seus filhos, para proporcionar-lhes meios de começar a sua vida, reservando para si uma certa porção de bens, com que se mantenhão. Essa partilha não exclue o inventario no caso de deixar o pai filhos orphãos: tal é sem duvida a mente das disposições da Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 4º, 5º e 8º. Quando, porém, apesar de haver um filho menor, o pai tiver feito assim partilha de seus bens, muito antes

suspeições por mais attendiveis que sejam (13), podem excluir

(13) A determinação da Ord. do liv. 3º, tit. 21, não terá lugar a respeito dos juizes dos orphãos quando procederem a inventario nos casos do seu regimento, pois que sendo então averbados de suspeitos apenas devem tomar um adjunto, na conformidade da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 25.

Este adjunto, sendo na côrte, deve ser um dos juizes dos orphãos da mesma, e sendo nas outras cidades ou villas do reino, deve ser o juiz de fóra, juntamente juiz dos orphãos (o que hoje acontece necessariamente pela disposição do Alv. de 23 de Outubro de 1813); deve tomar por adjunto a um dos vereadores: cit. Ord. Aos adjuntos não se podem pôr suspeições algumas, por mais attendiveis que sejam. Esta legislação, que á primeira vista parece opposta á boa administração da justiça, vedando á recusação do juiz da partilha, é conforme com a natureza deste processo, e nada tem de prejudicial; porque ao mesmo tempo que evita as demoras dos inventarios, quasi sempre funestas, obsta aos excessos do juiz suspeito, pelo adjunto que lhe faz tomar, e deixa salvos os recursos, quando ainda se verifique alguma injustiça (p).

de fallecer, reservando para si a terça e administrando com grande interesse para o menor a parte que lhe houver cabido, morrendo o pai dever-se-ha fazer inventario e partilha unicamente dos bens que elle havia reservado para si, ou deverão todos as parcellas dadas aos filhos vir á collocação, como bens doados e conferiveis, para fazer-se o monte-mór? Vej. Valasco, *Partil. cap. 21*; Guerreiro, *De Division, liv. 1º, cap. 11, ns. 115 e seguintes*; Lobão, *Obrig. Recipr., §§ 312 a 320*.

(p) Quando os juizes dos orphãos reconhecem a procedencia da suspeição que lhes é opposta, a sua substituição faz-se segundo a regra geral observada nos casos de impedimento. E' assim que os juizes dos orphãos da côrte, que são juizes de direito, e cuja substituição regulava-se pelos Deers. n. 133 de 26 de Fevereiro de 1842, n. 1909 de 23 de Março de 1857 e n. 2872 de 31 de Dezembro de 1861, são substituidos na fórmula estatuida no Decr. n. 4824 de 1871, arts. 3º e 4º, e nas comarcas geraes pelos respectivos supplentes: *art. 6º do cit. Decr. n. 4824*.

Quando, porém, não reconhecem a suspeição, os juizes dos orphãos da côrte tomão para adjuntos os designados no Decr. n. 1676 de 14 de Novembro de 1855.

o inventario quando elle pertence ao juizo dos orphãos pela lei (14) ou pela dependencia (15).

(14) Pertencem-lhe pela lei todos os inventarios dos moradores do seu districto, ainda que morrão fóra d'elle, com tanto que deixem herdeiros menores, ou incapazes por algum outro motivo da administração dos seus bens, e isto ainda que as propriedades da herança estejam situadas em diverso districto. Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 4.º, e Peg. á cit. Ord., ns. 20, 21 e 29. Neste caso depreca-se ao juiz do lugar, aonde estão os bens, para os fazer avaliar competentemente. Veja-se a nota 131 (q).

(15) O juiz, que conhece do inventario e partilha feita por morte de um dos conjuges, deve conhecer da que se faz por morte do outro, se ao tempo della ainda houver herdeiros menores ou pertencentes por algum outro motivo ao juizo dos orphãos: *Prov. de 13 de Maio de 1534*; *Assent. de 17 de Junho de 1551*; *Peg.*, á *Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 4.º, n. 16*, e *Pereira e Souza*, parte IV, nota 1021.

Se, porém, todos os herdeiros forem já maiores ao tempo da morte do ultimo conjuge, cessa a jurisdicção do juiz dos or-

Os das comarcas geraes devem observar as seguintes regras :

Quando fôr suspeito o juiz dos orphãos, deverá tomar por adjunto o juiz municipal ou o juiz de direito, se estiver no termo: *Avisos n. 22 de 20 de Outubro de 1837 e n. 100 de 24 de Setembro de 1838*; e no caso de achar-se a vara municipal unida á de orphãos; e não estar o juiz de direito no termo, deve tomar o juiz de orphãos para adjunto o suplente do juiz municipal e de orphãos, por serem seus substitutos immediatos, como no dominio da *Ord.* erão os vereadores os dos juizes de fóra e de orphãos: *Av. n. 332 de 4 de Setembro de 1861*.

(q) As *Ords.* do liv. 1.º, tit. 88, §§ 4.º, 5.º, 7.º e 8.º, e do liv. 4.º, tit. 96, § 13, ordenão expressamente ao juiz dos orphãos que proceda a inventario, sempre que na successão sejam interessados menores. Já vimos ser necessario que o menor seja herdeiro ou legatario de quota incerta, e não de cousa certa: *Av. de 28 de Novembro de 1834*; *Pereira e Souza*, nota 1021, *Consol. das leis*, art. 1149 e not., e *Menez. Juiz. Divis.*, cap. 2.º, § 4.º, nota 1.ª. Vide nota (d) ao § 1.º — O juiz competente para o inventario é o do domicilio do fallecido: *Acc. da Rel. da côrte de 24 de Setembro de 1872 e de 15 de Julho de 1873*, e *Acc. do Sup. Trib. de Just. de 28 de Março de 1874*; *Acc. da Rel. da côrte de 19 de Novembro de 1875*, (*Dir.*, vol. 9.º, pag. 95), e a sentença publicada no *Dir.*, vol. 15, pag. 682.

## § 7.º

Não deve, porém, proceder-se a inventario quando a herança fôr de pequena ponderação (16); quando os herdeiros, apesar de menores, tiverem obtido supplemento de

phãos, e só se pôde proceder a inventario a requerimento de parte e no juizo competente (r).

(16) Como o inventario é para beneficio dos herdeiros, fica indubitavel não dever fazer-se quando a herança fôr insignificante, porque então será absorvida pelas custas: *Barb. á Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 3º; Pereira e Souza*, parte IV, nota 1021. Por mais pequena, porém, que seja a herança, sempre o juiz fará descrever os bens della, para no caso de apparecerem cre-

(r) O juizo, onde se processou o inventario do primeiro marido de uma mulher é o competente para nelle se processar o do segundo: *Acc. da Rel. da côrte de 27 de Fevereiro de 1374*. Concorda o art. 169 do Cod. do Proc. Civ. Portuguez com a doutrina deste *Acc.*—Juiz, que conheceu do inventario de um conjuge, deve conhecer do que se faz por morte do outro, mesmo quando não hajão menores do tempo da primeira partilha: *Acc. da Rel. da côrte de 24 de Setembro de 1873. (Dir., vol. 1º, pag. 362)*. A dependencia dá-se unicamente no juizo dos orphãos, e isto quando ao tempo do segundo inventario os herdeiros não são maiores *Acc. da Rel. do Recife de 19 de Maio de 1876, (Dir. vol. 10, pag. 594)*. *Vide Pegas, á Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 4º, ns. 15 a 18*. Comquanto deva ser mantida a pratica de serem processados no mesmo cartorio os inventarios dos conjuges fallecidos, é, todavia, certo que o segundo inventario tambem carece de distribuição, para o effeito de ser indemnizado o outro escrivão a quem competeria o dito inventario: *Av. n. 65 de 15 de Fevereiro de 1855*. — O Cod. do Processo Civil Portuguez assim dispõe: *Art. 23*—O juizo onde se proceder a inventario por obito de algum dos conjuges é o competente para o inventario a que tiver de proceder-se por obito do outro conjuge, ainda que seja diverso o lugar da abertura da sua herança. Vêde os §§ deste artigo. *Art. 161*—Não têm distribuição as causas de qualquer natureza, que fazem dependencia de outra já distribuida, incluindo os inventarios. — § 1.º Estas causas serão appensadas áquella de que forem dependencia. — § 2.º O inventario processado por dependencia não pederá, comtudo, proseguir depois do juramento do cabeça de casal sem estar registrado no livro da distribuição, mas não será lançado em conta ao escrivão.

idade(17), ou forem casados(18), ou emancipados por seu

dores se saber quaes erão; e sempre deverá nomear tutores aos orphãos, para cuidarem da sua educação. Veja-se a nota 217(s).

(17) Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 8º, e tit. 42. A respeito dos requisitos necessarios para se obter o supplemento de idade, e de tudo o mais que lhe é relativo, veja-se a nota 234 (t).

(18) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º, e liv. 3º, tit. 42, § 3º, veja-se as notas 232 e 323.

(s) A praxe tem admittido, de accordo com a opinião de muitos autores, que todas as vezes que o expolio fôr tão diminuto, que corra o perigo de ser absorvido pelas custas do inventario, o juiz deve dispensar este processo: *Pereira e Souza, nota 1021; Barbosa á Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º, n. 2; Guerreiro, de Invent., cap. 5, do liv. 1º, n. 13, Pêgas, á Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º, n. 54. Prat. das correições, pag. 383, etc.*

Não é sufficiente, porém, para que se dê a dispensa, como o têm acreditado alguns, que seja pequeno o espolio: é essencial que seja tão exiguo que possa ser absorvido pelas custas — *quando hæreditas est ade tenuis, ut expendatur plus inconsciendo, inventario, quam hæreditatis vis ferre possit*, como diz Guerr., e isto — *propter impensas plus damnipupillis afferentes*, como se exprime Pêgas, *loc. cit.* Tanto isto assim é, que o regimento das custas, nos arts. 13, 29 e 186, lei n. 2033 e o Reg. n. 4824 de 1871, nos arts. 23, § 2º, 27, 64, § 2º, 66, n. 1, e 71, e o Regul. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 32, suppõem a existencia de inventarios de valor inferior a 500\$, os quaes deverão ser julgados, nas comarcas geraes, em primeira instancia pelos juizes dos orphãos e em segunda pelos de direito, e nas especiaes por estes juizes, em primeira e ultima instancia. Para obter-se a dispensa o processo geralmente praticado é este: Deferido o juramento ao cabeça de casal que faz a declaração sobre a exiguidade dos bens, mencionados por elle os herdeiros, e feito arrolamento dos bens com os valores estimativos, lavra-se de tudo um termo, sobre o qual é ouvido o curador-geral, e concordando este na dispensa é esta concedida por simples despacho, no qual nomêa-se tutor aos orphãos.

(t) Sendo a emancipação por carta de supplemento de idade sujeita ás limitações das Ords. do liv. 1º, tit. 88, § 28; liv. 3º, tit. 42, § 2º, cujo sentido se pôde vêr explicado em *Pêgas, á Ord. liv. 1º, tit. 88, § 28, ns. 3 e seguintes*, e ás de que trata *Silva, á Ord. do liv. 3º, tit. 42, § 1º, ns. 3 e seguintes*, limitações que sujeitão o emancipado, quanto á pratica de certos actos, á jurisdicção do juiz dos orphãos, cuja auto-

pai (19), ou estiverem constituídos em alguma dignidade importante (20), e quando por provisão se commetter o dito inventario a outro magistrado (21).

### § 8.º

Finalizado pela partilha o processo orphanologico divi-

(19) Emquanto aos requisitos desta emancipação, e suas diversas especies, devem vêr-se as notas 317 e seguintes.

A demissão do patrio poder feita com os requisitos legaes equivale á emancipação e produz os mesmos effeitos: Prov. de 20 de Junho de 1750 e de 3 de Setembro de 1796.

(20) Quaes sejam as dignidades que equivalem á emancipação, e tudo o mais relativo a esta materia, se pôde vêr na nota 325.

(21) Quando por uma provisão especial se commette o inventario a qualquer magistrado, é elle quem deve fazê-lo, e não o juiz dos orphãos. Não perde, porém, este o direito dos respectivos emolumentos, porque todas as graças se entendem concedidas sem prejuizo de terceiro. Concluido o inventario pelo magistrado a quem foi commettido, deve remetter-se ao juizo dos orphãos competente, para nelle se nomear tutor aos menores, fazer tudo o mais que depois de ultimada a partilha manda fazer a Ord. do liv. 1.º, tit. 83 (u).

risação necessitam de impetrar para a validade de taes actos, não pôde deixar de correr perante este o inventario em que forem interessados menores emancipados nestas condições. Assim o determinou a provisão régia de 25 de Setembro de 1787: Sobre esta materia vide a nota ao n. 2 do § 170 desta obra.

(u) Não se dão entre nós essas commissões de juizes.

A competencia para os inventarios dimana de lei.

A existencia de menores, orphãos ou interdictos, interessados como herdeiros ou legatarios de quota incerta da herança, firma a competencia dos juizes dos orphãos: *Av. de 23 de Novembro de 1831, Acc. da Rel. da côrte de 10 de Agosto de 1875 e art. 83 do Regul. n. 4821 de 22 de Novembro de 1871.*



sorio, começa o processo orphanologico administrativo, que é uma consequencia delle (22).

### § 9.º

Pertencem a este processo as nomeações, excusas e remoções dos tutores e curadores; as contas, as emancipações, e a entrega dos bens e rendimentos (23).

## CAPITULO II

### DO JUIZ DOS ORPHÃOS

### § 10

Juiz dos orphãos é a pessoa constituida por autoridade régia para fazer os inventarios e partilhas em que interessão pessoas incapazes de administrar seus bens; para cuidar

---

(22) Seja-me licito o dar-lhe o nome de administrativo, pois me parece competir-lhe, porque designados pela partilha os bens pertencentes aos coherdeiros impossibilitados de os administrarem, pertence ao juizo dos orphãos o fazer-lh'os administrar, e pôr em arrecadação, sendo para esse fim que se nomêão os tutores; que se escusão os que allegão justos motivos; que se removem os que, tornão suspeitos e que se tomão as contas nos tempos competentes. De todas estas materias tratarei em capitulos separados, rematando com a curadoria dos ausentes, e com a successão provisoria que a respeito dos seus bens tem lugar quando a lei, pela diuturnidade da ausencia, os presume mortos.

(23) Vejão-se os capitulos 18 e seguintes, aonde todas estas materias se achão tratadas com aquella extensão compativel com o titulo desta obra.

da sua educação e destino (24), e para fiscalisar a boa administração e arrecadação da sua fazenda (25) (a).

(24) Aquelles, que pela sua idade, ou pelo desarranjo das faculdades intellectuaes, são incapazes de reger-se, precisão da continuada protecção da lei. Se o desenvolvimento das faculdades physicas é tardio, o das intellectuaes é ainda mais vagaroso; porque na idade em que já se desenvolvem forças e paixões, ainda falta a prudencia necessaria para regulal-as. Que seria da sociedade se aquelles, que dão os primeiros passos na carreira da vida, não encontrassem uma mão bemfezja que os dirigisse, e que suffocasse ou moderasse os seus impetuosos e desregrados desejos? E' nesta época da vida que o homem tem maior necessidade de um director, que possa defender a sua razão, apenas nascente, das seducções que a cercão por toda a parte. Se semelhantes pessoas fossem abandonadas, a sociedade se veria carregada de mendigos e criminosos, e na triste necessidade de punir delictos, que podia e devia evitar. Saibão os juizes dos orphãos que elles são responsaveis para com Deus, e para com a sociedade, de qualquer descuido que tenham na educação d'aquelles, que a lei commette á sua vigilancia, e que por isso não devem olhar com indifferença um objecto de tanta importancia.

(25) Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 22 e seguintes. Um magistrado,

(a) Segundo se vé do § inic. da Ord. do liv. 1º, tit. 88, era antigamente a jurisdicção orphanologica pertencente aos juizes ordinarios, aos quaes cabia prover á administração das pessoas e fazendas dos orphãos; cedo, porém, conheceu-se que os encargos que pesavão sobre os juizes communs não lhes permittião dispensar o zelo e cuidado que reclamavão os interesses de pessoas, que o infortunio collocára em situação precaria e que tinham jús á protecção que o Estado deve conceder a seus cidadãos. Tratou-se então de confiar a um juizo especial a administração dessas pessoas, e forão creados os encargos de juizes dos orphãos com escrivães privativos.

As Ordenações Phillipinas, em vigor entre nós pela lei de 20 de Outubro de 1833, art. 1º, contém grande numero de disposições tendentes todas a protegerem os interesses dos orphãos.

A obrigação imposta aos juizes de nomear-lhes tutor dentro de trinta dias do fallecimento do pai: *Ord. do liv. 4º, tit. 102, § inic., liv. 1º, tit. 62, §§ 29 e seguintes, etc.*; e de procederem a inventario no mesmo prazo; e de recolherem ao cofre o dinheiro e joias que lhes pertencerem; e de

a quem a lei encarrega tão importante commissão, não devia ser um homem leigo, e por isso o providente Alv. de 23 de Ou-

chamarem a contas os tutores, e de obrigarem os cabeças de casaes, em quehouverem orphãos, a fazerem inventario dentro de dous mezes, e não demorarem as partilhas sob pena de sequestro dos bens da herança : Ords. liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, §§ 5 a 9 e seguintes ; cit. Ord., §§ 32, 33, 34 e seguintes ; liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 102 em todos os seus paragraphos ; liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 96, §§ 12 e 13, e muitas outras providencias tomadas pelo legislador, indicação claramente o interesse que lhes inspirava a condição dos orphãos.

O juiz dos orphãos é, entre nós, nomeado pelo Imperador d'entre os doutores e bachareis formados, habilitados para serem juizes municipaes ; servem pelo mesmo tempo e são substituidos do mesmo modo : art. 117 e 118 da lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 1.<sup>o</sup>, § 3.<sup>o</sup>, da lei n. 2933 de 1871, e art. 6.<sup>o</sup>, §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> do Decr. n. 4824 do mesmo anno.

Têm tambem, em virtude do mesmo art. 117, alçada igual á dos juizes municipaes : Regul. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853, art. 7.<sup>o</sup> ; Decr. n. 4824 ; cit., arts. 61, ns. 2 e 71, e Decr. n. 5467 de 1873, art. 32.

O art. 473 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 declara que em regra geral o cargo de juiz dos orphãos deve estar ligado ao de juiz municipal, e no art. 474 firmou immediatamente a excepção de haver grande expediente, caso em que estarião os dous cargos separados.

O art. 20 da disposição provisoria marcou em geral as attribuições dos juizes dos orphãos, as quaes o art. 4.<sup>o</sup> do Regul. de 15 de Março de 1842 especializou mais em seus diversos paragraphos.

A legislação inaugurada pela lei n. 2933 de 29 de Setembro de 1871 trouxe modificações nas attribuições conferidas aos juizes dos orphãos pelas leis anteriores, e a lei n. 2949 de 28 de mesmo mez e anno, que reformou a condição do estado servil, creou nova competencia aos ditos juizes em relação ao estado de cousas por ella inaugurado.

Vejamos quaes as attribuições que lhes ficarão subsistindo e quaes as que forão creadas pelas novas leis.

Nas comarcas de que tratão os arts. 1.<sup>o</sup> da lei n. 2933 e 1.<sup>o</sup> do Regul. n. 4824, estando confiada a jurisdicção orphanologica a juizes de direito, que são processantes e julgadores dos feitos que perante elles se tratão, conservão os juizes dos orphãos em sua plenitude as attribuições que a taes magistrados conferem as antigas e novas leis.

O mesmo, porém, não acontece nas comarcas denominadas geraes, onde os juizes dos orphãos, em tudo equiparados aos municipaes, mui poucas attribuições conservão como julgadores, sendo, na maior parte dos feitos que perante elles se processão, meros preparadores dos termos da causa até final julgamento, o qual pertence aos juizes de direito.

São nas comarcas geraes competentes os juizes dos orphãos :

tubro de 1813 extinguiu, com geral satisfação dos portuguezes amantes do bem publico, os juizes dos orphãos perpetuos,

## §

Para julgarem os inventarios, contas de tutores e curadores, habilitações de herdeiros e causas destas provenientes até o valor de 500\$: *arts. 20 da disposição Provis. e 4º do Decr. de 15 de Março de 1842*, combinados com os *arts. 23, § 2º, da lei n. 2033, 64, n. 2, e 71 do Decr. n. 4824; Avs. n. 157 de 27 de Maio, n. 259 de 9 de Agosto e n. 384 de 15 de Outubro de 1872.*

## §

Processarem e prepararem taes causas desde que o valor dellas exceder de 500\$: *art. 23 cit., § 1º da lei n. 2033, art. 64, e n. 71 do Decr. n. 4824 cit.*

No preparo dos inventarios é da competencia dos juizes dos orphãos, como meramente interlocutorio, o despacho de deliberação de partilha: *Avs. n. 384 de 15 de Outubro de 1872, n. 92 de 13 de Março de 1873 e n. 295 de 8 de Agosto do mesmo anno*; e o julgamento da liquidação de contas de valor superior a 500\$, porque tal sentença não põe termo ao feito: *Av. n. 160 de 28 de Abril de 1873.*

## §

Conceder licença para casamento de orphãos, quando não se produza contestação, nem haja dependencia de prova, limitando-se ao processo administrativo vulgar. É verdade que os avisos n. 457 de 26 de Outubro e n. 465 de 27 do mesmo mez de 1875, fundando-se no art. 4º, n. 6, do Decr. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, declararão ser tal concessão da exclusiva competencia dos juizes de direito nas comarcas geraes; é, porém, inaceitavel tal doutrina. Firmada como estava antes da lei da reforma a competencia dos juizes dos orphãos em preceitos legislativos, quaes os do Regul. de 15 de Março de 1842, promulgado em virtude de autorisação da lei de 3 de Dezembro de 1841, e não tendo a lei n. 2033 cerceado as attribuições dos juizes dos orphãos, a não ser quanto aos julgamentos, deve ser a disposição do Decr. de 12 de Novembro de 1873, a que se refere o aviso, entendida como applicavel unicamente aos casos de licença para casamento, quando suppre o juiz o consentimento do pai ou tutor; casos unicos em que, devendo-se observar o processo estabelecido na lei de 6 de Outubro de 1784 (*Vid. Dir*, vol. 1º, pag. 320 a 322), produz se uma acção com contestação do recusante pai ou tutor, e ha julgamento proferido sobre

mandando unir aos juizes de fóra, a jurisdicção que elles exercião. Ainda, porém, não está completa a obra desejada, porque

a prova offerecida, em virtude do qual é ou não havida por procedente a razão de opposição, e supprido ou não o consentimento, para o matrimonio. O juiz dos orphãos, quando concede licença para casamentos á vista de simples respostas de accordo do tutor e curador-geral, e do interrogatorio do menor, obra administrativamente, e quando muito pratica um acto de jurisdicção civil graciosa e não contenciosa. Esta opinião, que se pôde vêr igualmente sustentada no *Direito*, vol. 9, pag. 40, tem em seu favor o *Acc. da Relação de Porto-Alegre de 28 de Março de 1876*, (*Dir.*, vol. 11, pag. 110).

Entre o aviso, fructo de apreciação rapida, e desde a origem eivado do funesto pendor que tem sempre o executivo para dilatar a esphera de seu poder em materia regulamentar, e as decisões dos tribunaes, que fórmão afinal a jurisprudencia, a melhor interprete das leis, como a appellida o assento de 10 de Junho de 1817, a *viva vox juris civilis*, como a chama *Demolombe*, paraphraseando o texto de Marciano (Lei 8, D. de Just e jura), não encontro vacillação na escolha.

### §

Julgar sobre a procedencia das dividas passivas, quando os credores requererem justifical-as, para serem pagos no acto da partilha: *Av. de 13 de Agosto de 1834*.

Não sendo os despachos, que julgão procedentes taes justificações e manda appensal-as aos autos dos inventarios, verdadeiras sentença: *Avs. n. 175 de 2 de Junho e n. 242 de 6 de Outubro de 1851, e Acc. da Rel do Ouro-Preto do 1º de Março de 1878*; tanto que os credores não ficão habilitados a fazer execuções por ellas, podendo apenas empregar-as como titulos corroborativos dos seus direitos em qualquer acção que queirão intentar: *Acc. da Rel. da córte de 12 de Setembro de 1871 e 13 de Maio de 1873 e Sup. Trib. de Just. de 27 de Setembro de 1876*. (*Dir.*, vol. 12, pag. 90); e sendo taes justificações admittidas unicamente com o intento de evitar aos orphãos e mais interessados custas e dispendios de uma acção, quando são inatacaveis os direitos dos credores pela certeza e prova da divida, podem os juizes dos orphãos julgar taes justificações, quaesquer que sejam os seus valores.

Nem deve fazer excepção a esta regra a disposição do periodo final do art. 48 do Decr. n. 2133 de 15 de Junho de 1859, disposição exclusivamente applicavel ao processo de inventario, arrecadação e liquidação dos bens dos ausentes, e isto no interesse da fazenda nacional. O preceito a que nos referimos é sujeito ao do primeiro periodo do citado art. 48, e, como elle, de applicação restricta a esses inventarios.

recabindo a jurisdição dos juizes de fóra quando estão ausentes ou impedidos, nos vereadores mais velhos, acontecem então

## §

Preparar os processos de supprimento do consentimento de pai ou tutor para casamento, e de supplemento de idade para emancipação até a sentença exclusivamente: *Leis de 22 de Setembro de 1828; Regul. de 15 de Março de 1842; avisos de 15 de Fevereiro de 1833, lei n. 2033, art. 23, § 1º; Decr. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 4º, n. 6, e art. 5º, e Av. n. 246 de 5 de Junho de 1873.*

## §

Concederem licença ás mulheres menores para venderem bens de raiz, consentindo os maridos, e em geral para a venda de bens de quaesquer orphãos: *Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 25 e 26; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 5º, n. 3; Av. de 15 de Maio de 1878.*

O Av. de 11 de Julho de 1877 declarou ser da competencia dos juizes de direito nas comarcas geraes o autorisar a alienação dos bens dos orphãos de que trata o § 26 da Ord. supra citada.

Nenhum fundamento encontrámos nas disposições dos arts. 4 e 5 do Regul. de 12 de Novembro de 1873, que autorise a doutrina do aviso citado. A attribuição que elle pretende tirar aos juizes dos orphãos é meramente administrativa.

## §

Dar tutores em todos os casos marcados nas leis: *Regul. de 15 de Março de 1842, art. 5º, § 4º.*

O Av. de 23 de Dezembro de 1834 doutrinou que em caso nenhum são os consules estrangeiros competentes para nomear tutores; porque pela nossa legislação a nomeação de tutores compete aos juizes dos orphãos, e esta disposição não foi alterada pela lei n. 1006 de 10 de Setembro de 1860, e muito menos podia sê-lo pelas convenções consulares.

Quando o subdito portuguez fallecido no Brasil deixar herdeiro menor, seja ou não caso de intervenção do consul na liquidação do espolio, tem o agente consular o direito de requerer á autoridade local nomeação para exercer as funções de tutor ou curador, a qual lhe será concedida. Feita a partilha, o funcionario consular arrecadará a quota hereditaria que couber aos seus representados e continuará na administração dos bens, assim como das pessoas dos menores e incapazes: — *Art. 17 § unico da convenção consular celebrada a 25 de Fevereiro de 1876 entre o Brasil e Portugal, e promulgada pelo Decr. n. 6236 de 21 de Junho de 1876.*

cousas que fazem estremecer. Astréa deixa nestas occasiões

## §

Processarem as justificações de idoneidade, que são obrigadas a darem as mãis e avós, que desejão ser tutoras de seus filhos e netos, até a sentença exclusivamente: *Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º, e Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873*. São os juizes de direito unicamente competentes para os julgamentos; não, porém, para ordenarem as demais diligências, como a renuncia do beneficio do veleiano, a inscripção da hypotheca legal, as quaes pertencem ás attribuições administrativas conservadas aos juizes dos orphãos pela legislação posterior á lei n. 2033.

Concederem aos tutores e curadores dispensa para obrigarem á fiança os seus proprios bens, ainda que estejam situados fóra do districto onde contrahirem a obrigação: *Lei de 22 de Setembro de 1822 e Regul. de 15 de Março de 1842, art. 2º, § 9º*

## §

Processarem as justificações para a interdicção por demencia e prodigalidade até a sentença exclusivamente: *Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873*; competindo-lhes, porém, a presidencia dos exames de sanidade, para a verificação da demencia, e a nomeação dos curadores depois de haverem os juizes de direito julgado procedentes as justificações.

## §

Fazerem recolher aos cofres os dinheiros pertencentes aos orphãos, quer sejam productos de bens postos em administração quer quinhões hereditarios, quer reposições que ficassem a cargo dos demais herdeiros. Não terá lugar esta providencia quando o menor tiver pai vivo, o qual na qualidade de administrador e usufructuario dos bens do filho, deve conserval-os em seu poder: *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º; Accs. da Rel. da côrte de 5 de Novembro de 1872 e 6 de Maio de 1876*.

## §

Enviar os orphãos desvalides para o arsenal de marinha, afim de serem alistados na companhia de aprendizes marinheiros: *Decr. n. 1517 de 4 de Janeiro de 1855, art. 10, § 2º; portaria de 23 de Agosto de 1835 e aviso circ. (n. coll.) de 18 de Julho de 1871*, e para os arsenaes de guerra: *Decrs. de 21 de Fevereiro de 1832, art. 49; de 11 de Julho do mesmo anno, art. 2º, e de 29 de Dezembro de 1837*.

cahir da mão a imparcial balança; e, não havendo então onde

## §

Nomearem thesoureiros para os cofres dos orphãos: *Av. n. 360 de 8 de Julho de 1833*; e quando não achar quem se preste a exercer o cargo, com fiança, officiar ao collecter ou agente fiscal, afim de confiar-lhe a guarda do cofre: *Av. n. 233 de 13 de Julho de 1857*.

## §

Nomear os officiaes de justiça necessarios para o serviço do seu juizo: *Decr. n. 4858 de 30 de Dezembro de 1871, art. 3º, e Avs. de 5 de Março de 1873 (n. collec.) e n. 365 de 13 de Outubro do mesmo anno.*

## §

Proverem interinamente, no caso de vaga, os officios de escrivães, partidores e curadores geraes. — *Decrs. do 1º de Julho de 1830, art. 1º e 2º; n. 817 de 30 de Agosto de 1851, art. 10; n. 4668 de 5 de Janeiro de 1871; avisos de 18 de Janeiro de 1862 (n. collec.); n. 420 de 16 de Setembro de 1865, n. 482 de 12 de Novembro de 1866, n. 253 de 19 de Agosto de 1867, n. 148 de 3 de Maio e n. 328 de 6 de Outubro de 1871, n. 240 de 30 de Julho e n. 464 de 12 de Dezembro de 1872, n. 196 de 28 de Maio de 1875, de 23 de Junho e 25 de Agosto de 1877, e de 7 de Outubro de 1878.* Designarem as substituições nos casos de impedimentos temporarios, e informarem e representerem aos presidentes das provincias nos casos de impossibilidade absoluta desses serventuarios, por excesso de trabalho, licença por tempo maior de seis mezes ou por enfermidade incuravel. — *Lei de 11 de Outubro de 1827, arts. 5º e 8º; Decr. n. 817 de 11 de Outubro de 1851, art. 6º, n. 2; Decr. n. 1294 de 16 de Dezembro de 1853, art. 1º; Decr. n. 4683 de 27 de Janeiro de 1871; Avs. ns. 412 de 24 de Novembro de 1834; n. 521 de 20 de Outubro de 1837, n. 208 de 26 de Junho de 1871, n. 241 de 30 de Julho de 1872 n. 13 de 9 de Janeiro de 1874 e de 7 de Outubro de 1873.* Os casos de abandono dos officios de justiça está comprehendido no *Decr. n. 1294 de 16 de Dezembro de 1863.* — *Decr. n. 3797 de 9 de Fevereiro de 1867.*

## §

Suspenderem correccionalmente os escrivães que perante elles servirem. — *Decr. n. 1572 de 7 de Março de 1855; Avs. n. 521 de 11 de Novembro de 1861, n. 175 de 15 de Julho de 1864, n. 105 de 18 de Março de 1873, n. 253 de 3 de Agosto de 1874, n. 34 de 25 de Janeiro n. 464 de 27 de Outubro de 1875.*



se pese a justiça, vende-se pelo grosso. Bem os conheceu o

## §

Providenciarem sobre a defesa dos filhos menores dos colonos, apesar do disposto no Regul. de 19 de Janeiro de 1867. — *Av. n. 249 de 23 de Junho de 1875.*

## §

Procederem á divisão e demarcação dos quinhões consistentes em terras, em execução de partilha feita no seu juizo. — *Avs. n. 87 de 26 de Julho de 1833, de 30 de Abril de 1851 e de 26 de Maio de 1876; Acs. da Rel. do Ouro-Preto de 9 de Abril de 1875 (Dir. vol. 8º, pag. 667); da Rel. de S. Paulo de 4 de Dezembro de 1874 (Dir., vol. 15, pag. 630).*

## §

Exigirem das autoridades policiaes e dos parochos as participações dos fallecimentos de pessoas que houverem deixado herdeiros sujeitos á jurisdicção dos juizes dos orphãos. — *Arts. 23 e 24 do Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.*

## §

Formarem culpa aos officiaes que perante elles servirem. — *Avs. de 26 de Agosto e de 24 de Novembro de 1834; mas não para julgarem. — Acc. do Supr. Trib. de Just. de 19 de Agosto de 1863.* Assim parece resultar da confrontação dos arts. 156 e 171 do Codigo do Processo, com o art. 25, § 5º, da lei de 3 de Dezembro de 1841, que sómente aos juizes de direito deu competencia para julgamento dos crimes de responsabilidade em que estivessem indiciados empregados publicos não privilegiados.

## §

Autorisarem os seus escrivães a terem escreventes juramentados, quando a accumulção do serviço o tornar necessario. — *Ord. do liv. 1º, tit. 97, § 10; lei de 23 de Setembro de 1828, art. 2º, § 1º, periodo final.*

## §

Juramentar os escrivães que forem nomeados para servirem perante elle. — *Art. 2º do Decr. n. 4302 de 13 de Dezembro de 1863 e Av. de 27 de Setembro de 1877.*

Os juramentos serão deferidos e prestados segundo a religião do juramentando. — *Decr. n. 7030 de 6 de Setembro de 1878.*

## §

Constrangerem os pais, tutores e curadores a fazerem a inscripção

Alv. de 5 de Setembro de 1774, quando, para lhes coarctar a

da hypotheca legal dos orphãos, menores e interdictos, no prazo marcado nos §§ 1º e 2º do art. 199 do Regul. n. 3456 de 26 de Abril de 1865, e fazer cumprir as disposições dos arts. 201 e 203 do cit. regulamento. — *Art. 206.*

## §

Processarem a especialização das hypothecas geraes dos menores e interdictos, nos casos em que convenha ter lugar, e julgal-a se o valor não exceder a 500\$, fazendo observar as disposições dos arts. 162, 163, 164, 167, 168, 170 a 177 e 179 a 181 do Regul. citado. — *Art. 157 do Decr. n. 3456 de 1865.*

## §

Na qualidade de juizes dos ausentes, cumprirem e fazerem cumprir as disposições dos *Decrets. n. 160 de 9 de Maio de 1842, n. 422 de 27 de Junho de 1845, n. 561 de e n. 2433 de 15 de Junho de 1859, e as da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38; regimento do Desemb. do paço, § 50; art. 4º do Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 e 8º do Decr. n. 5581 de 31 de Março de 1874.*

## §

A lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, que estabeleceu disposições modificadoras da condição do estado servil, conferio aos juizes dos orphãos as seguintes attribuições:

— No § 2º do art. 2º sujeita á inspecção dos ditos juizes, quanto aos menores, as associações autorizadas pelo governo, a que forem entregues os filhos dos escravos, para auferirem gratuitamente os seus serviços, com as condições estipuladas nos ns. 1, 2 e 3 do § 1º.

— No § 3º, do citado artigo dá-lhes a faculdade de inspecionarem e fiscalisarem o tratamento dos menores confiados ás casas de expostos, e ás pessoas encarregadas da sua educação, na falta de associações e estabelecimentos creados para esse fim.

— No § 3º, do art. 4º, sujeita á approvação dos juizes dos orphãos o contrato de prestação de serviços que com o consento do senhor houver feito o escravo, em favor da sua liberdade, por tempo não excedente de sete annos.

— No art. 5º sujeita á inspecção dos mesmos juizes as sociedades de emancipação que, na data da lei, já estivessem organisadas, ou que de futuro se organisassem.

— No § 4º do art. 6º, incumbe aos juizes dos orphãos de taxarem os alimentos, que o senhor é forçado a dar ao escravo que abandonar por invalido.

Compete-lhes tambem, em virtude das disposições dos regulamentos n. 4835 do 1º de Dezembro de 1871, e n. 5135 de 13 de Novembro de 1872:

jurisdição, deu por motivos os que se achão expendidos no seu

— Requirir, precedendo audiencia do senhor do escravo, a matricula dos ingenuos, quando não houver sido feita no prazo legal. — *Art. 7º do Reg. n. 4835.*

— Remetter aos encarregados da matricula, até os dias 31 de Janeiro e de Julho de cada anno, informações ácerca dos escravos que houverem soffrido transferencia de dominio ou mudança de condição durante o semestre.—*Art. 23, n. 1 do Decr. citado.*

— Impór as multas estabelecidas no art. 35 do citado Reg., quando lhe forem presentes contratos, que, por falta de exhibição das certidões da matricula de escravos, incorrerem na censura daquella disposição da lei.—*Art. 40, § 3º do Reg. n. 4835.*

— Ordenar a junção aos autos do inventario da certidão de matricula dos escravos avaliados.—*Art. 45 do Regul. cit. e 93 do Reg. n. 5135.*

— Taxar os alimentos que aos ingenuos deverão pagar os senhores das mãis, no caso de abandono, até que os menores sejam entregues ás associações, casas de expostos ou pessoas que se encarreguem de sua educação.—*Art. 6º do Reg. n. 5135.*

— Dar ou negar assentimento á cessão de ingenuos de que trata o art. 2º da lei n. 2040.—*Art. 8º do Regul.*

— Dar ou negar consentimento á transferencia dos serviços dos ingenuos maiores de 12 annos.—*Art. 16 do Reg. citado.*

— Ordenar o processo do arbitramento dos serviços do menor que se quizer remir do onus de servir mediante indemnisação pecuniaria, e nomear, neste caso, curador ao ingenuo.—*Art. 17, § unico do Reg.*

— Nomear depositario e curador aos menores, quando julgar que ha fundamento para uma acção, por máos tratos, castigos excessivos, privação de alimentos ou sujeição a actos immoraes, que aos mesmos menores inflijão os senhores das mãis. — *§ unico do art. 19 do Regul.*

— Tomar conhecimento das reclamações contra a classificação, apresentadas no prazo de um mez depois de concluidos os trabalhos da junta classificadora.—*Art. 34 do Reg.*

— Declarar libertos, em audiencia previamente annunciada, todos os escravos, que, segundo a ordem da classificação, possam ser alforriados pelo fundo da emancipação, e fazer-lhes entrega das cartas por intermedio dos senhores. — *Art. 42 do Reg.*

— Autorisar a ser recolhido a caixas economicas, bancos ou estações fiscaes, os peculios dos escravos.—*Art. 49 do Reg.*

— Expedir mandado, com cominação de sequestro, para retirar o peculio do poder do senhor ou possuidor do escravo, de estabelecimento particular onde se ache, sempre que não ha sufficiente garantia, e

preambulo, que nada tem de exagerado: elles ainda se não

obrigar a exhibir, sob pena de sequestro, o peculio de escravos, e ao respectivos jures, que estiverem sob administração de tutores e curadores. — *Art. 53, § unico do Regul.*

— Mandar á vista da declaração do senhor, lavrar auto da existencia de peculio do escravo fallecido, e partilha-o, sem mais formalidades, entre os herdeiros, ou, na falta destes, adjudical-o ao fundo da emancipação. — *Art. 60 do Regul.*

— Intervir afim de coagir a prestar serviços o liberto com essa clausula que se recusar a cumprir a. — *Art. 63 do Regul.*

— Confiar ás associações, casas de expostos ou particulares, os ingenuos cedidos ou abandonados pelos senhores, ou tirados do seu poder por máo tratamento. — *Art. 64 do Reg.*

— Mandar recolher aos cofres dos orphãos os peculios dos ingenuos, no caso do § 1º do art. 65 do Regul.

— Inspeccionar os contratos de serviços dos menores ingenuos para o fim do § 3º do cit. art. 65.

— Fazer escripturar em ordem os livros de que tratão os arts. 66 e 72 do Regul. cit., e que devem existir no juizo dos orphãos.

— Fiscalisar na fôrma do art. 67 do Reg. a instrucção primaria e educação religiosa dos menores ingenuos.

— Inspeccionar as sociedades emancipadoras. — *Art. 69 do Reg.*

— Processar a infracção do contrato de prestação de serviços. — *Art. 83 do Regul. Vid. Acc. da Rel. de S. Paulo de 8 de Out. de 1875. (Dir., 10, 77).*

— Declarar nulla a venda de escravos, quando fôr violado o preceito do art. 4º, § 7º da lei n. 2040 de 1871, procedendo para esse fim administrativamente, na fôrma do art. 85 do Regul. de 13 de Novembro. — *Av. de 8 de Out. de 1875. — O Av. de 14 de Fevereiro de 1876 manda que neste caso promova o curador geral a nullidade da venda por meio de uma acção regular.*

— Mandar passar carta aos escravos que nos inventarios exhibirem os seus valores. — *Art. 89, § 2º do Regul.*

— Impór multas aos seus subalternos, escrivães, curadores, depositarios e arbitradores nomeados, aos senhores e possuidores de menores livres e ás associações e casas de expostos. — *Art. 98 do Regul.*

### §

Têm os juizes dos orphãos tambem attribuições especiaes em relação ás pessoas e bens dos indios. — *Decr. de 3 de Junho de 1833.*

Segundo o *Av. de 13 de Agosto de 1834* compete-lhes aviventar os rumos e preencher os titulos dos arrendatarios dos terrenos perten-

emendação, e por isso o dia em que se instaurasse a disposi-

centes aos indios, quando estas medidas se poderem tomar administrativamente, com accordo dos confrontantes; no caso de discussão entre as partes deve remetti-las para o juizo commum.

Por Av. de 18 de Outubro do mesmo anno decidio se que devem ser applicados ao sustento e vestuario dos indios mais pobres, e na educação dos filhos destes os productos dos arrendamentos vencidos e não cobrados, e dos que se fossem vencendo para o futuro, devendo os juizes dos orphãos fazer a competente receita e despeza para darem contas.

## §

Os juizes dos orphãos são competentes para as execuções dos formaes de partilhas expedidas pelo seu juizo. Disp. prov., art. 20; Av. de 15 de Fevereiro de 1838; salvas as decisões definitivas ou com força de definitivas que pertencem aos juizes de direito.— *Art. 71 do Decr. n. 4824.*

## §

Nos termos populoses, em que estão separados os lugares de juiz dos orphãos e municipal, na conformidade dos arts. 117 e 118 da lei de 3 de Dezembro, e dos arts. 473 e 474 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro, também devem ser separadas as substituições, para no caso de acharem-se impedidos, ao mesmo tempo, ambos os juizes dos orphãos e municipal, occuparemos cargos os respectivos supplentes.— *Av. n. 93 de 14 de Out. de 1844.*

Os juizes dos orphãos podem casar com orphãs de sua jurisdicção, á vista da *Resol. de 14 de Dezembro de 1830.*

Recebem juramento e posse dos presidentes das provincias, dos juizes de direito e das camaras municipaes, aos quaes devem apresentar os seus titulos.— *Decrs. n. 4302 de 23 de Dezembro de 1868, n. 4067 de 5 de Janeiro de 1871, n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 5º n. 6235 de 9 de Agosto de 1876, n. 5030 de 6 de Setembro de 1878, e Av. de 27 de Setembro de 1877.*

Devem os juizes dos orphãos executar os seus cargos por si mesmos por não ser admissivel a transferencia de jurisdicção.— *Av. n. 99 de 13 de Setembro de 1828.*

Os conflictos de jurisdicção são decididos de conformidade com a lei de 3 de Outubro de 1834, art. 5º, § 11, e Decr. de 3 de Janeiro de 1833, art. 61. Estão sujeitos ás correções dos juizes de direito das respectivas comarcas. *Regs. de 31 de Janeiro de 1842, arts. 208 e 210, e de 2 de Outubro de 1851, art. 25.*

ção do cit. Alv., que se acha suspenso, seria para os bons portuguezes um dia de satisfação.

Os juizes de direito não têm competencia para dar-lhes instrucções que sejam obrigatorias, pois, além de muitas outras razões com que se poderia repellir essa competencia, vê-se que ainda o Regul. de 2 de Fevereiro de 1342 limita no art. 35 a autoridade dos juizes ás instrucções e esclarecimentos que forem necesarios para solver duvidas que occorrerem aos outros juizes na execução do dito Regul., limitação essa que firma a regra em contrario. *Av. n. 27 de 10 de Junho de 1843.*

### §

No caso de haver incompatibilidade de exercicio por causa de suspeição entre o juiz proprietario e o empregado proprietario vitalicio, se a razão da suspeição fór anterior á nomeação ficará privado do exercicio o ultimo nomeado, juiz ou empregado, porque é elle quem dá causa á incompatibilidade; sendo, porém, a suspeição superveniente á nomeação, recahirá o effeito da incompatibilidade sobre o empregado enão sobre o juiz, conforme a doutrina do Av. de 6 de Agosto de 1858.

Se a incompatibilidade fór entre o juiz proprietario e o empregado proprietario amovivel, ou o empregado supplente, deverá sempre ser preferido o juiz porque não se dão iguaes razões de justiça entre empregados amoviveis ou supplentes e empregados vitalicios, para que se respeite um direito que é concedido por toda a vida, e do qual só a lei póde privar.

Quando houver incompatibilidade entre o juiz supplente e o empregado proprietario vitalicio, deverá ficar inhibido de exercer o cargo o juiz supplente, á vista do aviso de 23 de Junho de 1843, devendo passar a vara ao immediato, por não convir que um funcionario supplente prejudique o direito de vitaliciedade de outro empregado.

Finalmente, no caso de incompatibilidade entre o juiz supplente e o empregado proprietario amovivel ou o empregado supplente, deve ser preferido o juiz em igualdade de circumstancias, ainda supplente, por ser essa a doutrina dos Avs. de 13 de Dezembro de 1853 e de 6 de Agosto de 1858.—*Av. n. 263 de 30 de Setembro de 1859.*

E' incompativel o cargo de juiz dos orphãos:

Com a profissão de advogado, salvo em causa propria ou de pessoa em relação á qual seja suspeito.—*Ord. do liv. 1.º, tit. 28, § 2.º*

Com a profissão de commerciante.—*Cod. Com., art. 2.º, § 1.º*

Com o emprego de lente de faculdade.—*Av. n. 403 de 13 de Setembro de 1855.*

Com qualquer cargo policial.—*Art. 1.º, § 4.º, da lei n. 2033, e art. 7.º do Decr. n. 4824.*

## § 11

Não pôde o juiz dos orphãos servir-se delles por sol-

Com o cargo de juiz de paz.—*Lei de 20 de Setembro de 1829, art. 1.º, e Av. de 13 de Outubro de 1831.*

Com o de parochó.—*Av. n. 110 de 6 de Novembro de 1844.*

Com o de procurador-fiscal da fazenda nacional.—*Lei de 4 de Outubro de 1831, art. 112; Av. de 20 Setembro de 1833 e Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850, art. 77.*

Com o de professor publico.—*Argum. dos Avs. n. 89 de 4 de Junho de 1847, n. 547 de 19 de Novembro de 1861, e n. 403 de 13 de Setembro de 1865.*

Com o de vereador.—*Av. n. 164 de 17 de Agosto de 1839; ainda que o juiz seja supplente: — Av. de 24 de Julho de 1878.*

Com o de deputado provincial, geral e senador, quanto ao exercicio, e quanto á eleição nas provincias em que exercerem, jurisdicção. — *Decrs. n. 842 de 19 de Setembro de 1855, art. 1.º, § 20, e 1082 de 18 de Agosto de 1860; n. 2675 de 20 de Outubro de 1875, art. 3.º, n. 5, e Decr. n. 6097 de 12 de Janeiro de 1876, art. 128, n. 5.*

E' incompativel por parentesco:

Com o advogado seu pai, filho, irmão e cunhado. — *Ord. do liv. 1.º, tit. 48, § 29; Decr. de 23 de Julho de 1678; Port. de 29 de Setembro de 1845 e Av. n. 611 de 20 de Dezembro de 1869; e com seu filho contador distribuidor e partidor.—Av. de 22 de Julho de 1878.*

Com qualquer empregado do fóro, em gráo prohibido. — *Ord. do liv. 1.º, tit. 79, § 45, e Avs. n. 49 de 28 de Junho de 1843, n. 266 de 3 de Dezembro de 1853 e n. 33 de 10 de Fevereiro de 1869.*

Com o escrivão seu sobrinho ou tio: *Ord. do liv. 1.º, tit. 79, § 45, e Avs. n. 263 de 30 de Setembro de 1859, n. 153 de 7 de Maio de 1863; sogro ou genro: Av. n. 93 de 10 de Fevereiro de 1869; primo co-irmão da mulher: Ord. cit. e Av. n. 74 de 23 de Fevereiro de 1871; cunhado e irmão — Av. n. 49 de 28 de Julho de 1843, e Av. n. 526 de 14 de Novembro de 1861 e casado com prima co-irmã da mulher do juiz, ainda que este seja supplente.—Av. de 12 de Setembro de 1878.*

Com juiz de direito seu irmão. — *Av. n. 109 de 26 de Abril de 1849.*

A Ord. do liv. 1.º, tit. 79, § 45 inclui na sua prohibição os parentes or affinidade dentro dos grãos correspondentes, aos de consanguinidade, á respeito dos quaes é expressa. — *Art. 1.º do Decr. n. 6741 de 16 de Fevereiro de 1878.*

dada(26), comprar-lhes os bens(27), conservar-lh'os em seu poder(28), dar a juro o seu dinheiro(29), arbitrar salarios a

---

(26) Ord. do liv. 1º, tit. 88 § 14. Costuma, porém, o desembargo do paço conceder provisão de dispensa, havendo motivos attendiveis, e arbitrando-se a soldada competente (b).

(27) Nem por si, nem por terceira pessoa: Ord. do liv. 1º, tit. 88 § 30, e liv. 4º, tit. 15. A mesma prohibição têm os provedores, os escrivães, e os tutores e curadores. Pôr este modo evitou a lei, com uma salutar severidade, as fraudes que se pôão fazer aos desgraçados orphãos (c).

(28) Sendo achadas em poder do juiz dos orphãos algumas cousas pertencentes a qualquer orphão da sua jurisdicção, incorre na pena de pagar o seu valor anoveado e de perder o officio: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 30 (*Veja-se a addição 16ª*).

(29) Veja-se a nota 313, aonde se acharão as excepções da regra, ou os casos em que o dinheiro dos orphãos se pôde dar a juro.

---

O compadresco não traz incompatibilidade. — *Av. n. 306 de 11 de Julho de 1865*. Vide a obra *Repertorio de incompatibilidades*, do Sr. Dr. Salvador Pires.

(b) Na Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 13 e seguintes, manda se dar por soldada os orphãos que não tiverem bens, que lhes garantão meios de subsistencia. O § 13 manda pôr em arrematação os serviços dos orphãos e fazer-se o contrato de soldada com o licitante que maior vantagem offerer. Erão sempre preferidos os mais proximos parentes até o quarto gráo, e sómente na falta delles aceitava-se lanços de estranhos. Esta disposição caducára, porém, em Portugal mesmo antes da promulgação do Cod. Civil, como o attesta Secco, que altamente condemna aquella pratica revoltante. — *Orphan. Prat., parte II, cap. 1º, secç. 1ª, art. 147, § 2º, n. 9, nota 336*. Entre nós os orphãos desvalidos são enviados aos arsenaes. — *Decrs. de 21 de Fevereiro de 1832, art. 49; de 11 de Julho do mesmo anno, art. 2º; de 29 de Dezembro de 1837 e n. 1517 de 4 de Janeiro de 1855, art. 10., § 2º*.

(c) Os arts. 143 e 147 do nosso codigo criminal consagrão esta disposição. O Decr. n. 84 de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 6º, autorisa os juizes de direito em correição a sequestrar os bens dos orphãos e pessoas semelhantes, comprados ainda que em hasta publica, ou havidos directa ou indirectamente pelos juizes, escrivães, etc., procedendo contra elles criminalmente.



seus officiaes(30) nem provêl-os por mais de tres mezes(31).

### § 12

Os salarios do juiz dos orphãos achão-se taxados pela lei(32).

---

(30) Decreto de 2 de Junho de 1695 e Alv. de 10 de Outubro de 1754 (d).

(31) Ord. do liv. 1º, tit. 97, § 8.º Findos os tres mezes, não devem admittil-os a servir, se não estiverem já promovidos legitimamente. A cit. Ord.. que concede aos juizes dos orphãos o poderem prover por tres mezes os seus officiaes, é só applicavel aos juizes dos orphãos que são ao mesmo tempo juizes de fóra (e).

(32) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 49, e lei de 7 de Janeiro de 1750. Estes salarios são os seguintes: dos inventarios e termos delles, não passando a importancia dos bens da quantia de trinta mil réis, pertence-lhes cem réis; de trinta mil réis até quatrocentos pertencem-lhes duzentos réis; de quatrocentos mil réis para cima pertencem-lhes quatrocentos réis, e nada mais. Das partilhas pertencem-lhes dez réis por milheiro até a quantia de

---

(d) Estes empregados vencem unicamente as custas marcadas no regimento que baixou com o Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874. Segundo o art. 201, § 3º, do cit. Regim., não podem os officiaes do juizo dos orphãos receber as custas logo após findos os actos, mas sómente no fim das causas em que funcionarem, sendo apenas exceptuados os preparos das appellações na segunda instancia.—*Av. n. 564 de 9 de Dezembro de 1865.*

Não podem, pois, esses officiaes reter os feitos por falta de pagamento de custas, como em geral o podem fazer os do juizo commum.—*Av. n. 76 de 11 de Fevereiro de 1875.*

(e) Os juizes dos orphãos são os competentes para nomearem os officiaes de justiça de que necessitarem.—*Av. n. 204 de 5 de Agosto de 1835; n. 146 de 14 de Março de 1837, n. 33 de 15 de Fevereiro de 1838, § 4º; n. 366 de 13 de Outubro de 1873 e Decr. n. 4558 de 30 de Dezembro de 1871, art. 3.º Podem ser nomeados para exercerem interinamente este cargo as praças do corpo policial.—*Av. de 28 de Julho de 1878.**

## § 13

Recorre-se delles para as relações dos respectivos districtos ou para os provedores das comarcas (33).

---

trinta mil réis, em que devem levar trezentos réis ; chegando a fazenda a quatrocentos mil réis, pertencem-lhes oitocentos réis ; chegando a um conto de réis, pertencem-lhes mil e duzentos réis ; chegando a dous contos, e dahi para cima, dous mil réis, e nada mais. De tomarem contas aos tutores pertencem-lhes sessenta réis até a quantia de trinta mil réis de rendimento ; chegando o rendimento a cem mil réis, pertencem-lhes duzentos réis ; chegando a trezentos mil réis, pertencem-lhes trezentos réis ; e dahi para cima quatrocentos réis, e nada mais, e isto ou sejam muitos orphãos, ou um só. Não podem levar caminhos por irem fóra fazer inventarios, nem de irem tomar conta aos tutores ou curadores, dentro de duas leguas de distancia ; nem ainda sendo esta maior podem levar caminhos se os ditos tutores e curadores as querem ir dar onde elles residem. Indo tomar contas fóra do lugar da sua residencia, nos casos em que o podem fazer, só podem levar por dia quinhentos réis, rateados por todas as contas que em cada dia tomarem. Tudo o que fica dito se entende dos juizes dos orphãos que são ao mesmo tempo juizes de fóra, porque os outros só podem levar os salarios e assignaturas da cit. Ord., § 49, e nenhuns outros : cit. lei (f).

(33) Se o recurso é de despacho definitivo, e por consequen-

---

(f) Os juizes dos orphãos têm os mesmos vencimentos que os municipaes (art. 117 da lei de 3 de Dezembro de 1841) ; o seu ordenado é de 600\$ annuaes ; a lei n. 1761 de 28 de Junho de 1870, art. 13, concede-lhes, porém, uma gratificação proporcional á lotação dos emolumentos ; forão em virtude della equiparados, quanto ao honorario, todos os juizes municipaes e dos orphãos do Imperio, e nenhum pôde actualmente receber menos de 1.800\$ annuaes.

Conservou-se o antigo ordenado, e mandou-se lotar os emolumentos nos diversos municipios, e segundo ella dá, o Estado o necessario para completar a quantia de 1.800\$ a que annualmente têm direito taes juizes. Se as varas municipal e dos orphãos se achão reunidas,

## CAPITULO III

## DO CURADOR-GERAL

## § 14

Curador-geral é a pessoa legitimamente nomeada (34)

cia de appellação, vai para a relação do districto; se é de despacho interlocutorio, e por consequencia de agravo, vai para a mesma relação ou para o provedor da comarca, segundo a escolha do aggravante. Se a relação ou provedor está fóra das cinco leguas, vai o agravo por instrumento; se está dentro dellas, vão os proprios autos: Ord. do liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 62, § 34. A alçada dos juizes dos orphãos, que se achava regulada pela lei de 26 de Junho de 1696, foi triplicada pelos Alvs. de 13 de Maio de 1813 e de 16 de Setembro de 1814 (g).

(34) Esta nomeação, que é privativa do juiz dos orphãos,

como acontece na maior parte dos municipios, é claro que recebe o juiz o mesmo ordenado e a mesma gratificação de 600\$; se estiverem separadas, cada juiz recebe o ordenado e a gratificação da lei. Os juizes recebem emolumentos pelos actos que praticão. Achão-se elles marcados nos arts. 32 a 34 do regimento mandado observar pelo Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874.

O art. 34 dispõe, quanto ás custas por actos não contemplados nesse capitulo, que se observe o que a respeito dos juizes do civil determinarão os arts. 3 a 20 do citado Regim.— *Veja-se os arts. 201, § 3.<sup>o</sup>, e 203.*

(g) Das decisões proferidas pelos juizes dos orphãos cabem os recursos de agravo e de appellação. Este ultimo, porém, somente tem lugar, para as relações dos districtos, nas comarcas especiaes, e nas geraes para os juizes de direito, das sentenças dadas em causas de valor inferior a 500\$.— *Arts. 65, n. 1 e 2, e 67 n. 3, do Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.*— Aggrava-se por petição ou instrumento, segundo o tribunal ou juiz de direito se acha dentro das cinco leguas do lugar onde se aggrava: art. 1.<sup>o</sup> do Reg. de 15 de Março de 1842; nos casos marcados no art. 15 cit. e seus paragraphos e no art. 6.<sup>o</sup> do Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873; fóra destes casos não deverão ser admittidos, *cit. Regul. art. 23*; são processados na fórma dos arts 19. e 24 do Reg. de 15 de Março cit., e 10 a 12 do Decr. n. 5467.

Das appellações trataremos em tempo opportuno.

para requerer por aquelles que são inhabeis para estar em juizo (35).

deve sempre recahir sobre um advogado de conhecida e experimentada probidade, e que tenha as luzes e os talentos necessarios para bem desempenhar um emprego de tanta consideração: Aquelle que desempenha dignamente as obrigações deste emprego merece a estima do publico e a contemplação do soberano. Se o interesse obriga muitas vezes a defender os direitos dos poderosos, só a virtude pôde fazer encarregar da defesa dos desvalidos, de quem nada se espera (a).

(35) Em todos os processos em que figurão menores ou pes-

A alçada dos juizes dos orphãos, que estava fixada em 200\$ pelo art. 7º do Dec. n. 1235 de 30 de Novembro de 1853, foi elevada a 500\$: *art. 23, § 2º da lei n. 2033*; se é que se pôde dar tal nome á fixação do valor da causa, para regular a competencia do juiz julgador, mas com recursos para o superior. A verdade é que, no rigor da expressão, não têm os juizes dos orphãos alçadas. A lei n. 2033 cit. só fixou, como alçadas, a dos juizes de direito das comarcas especiaes nas causas de valor de 100\$ a 500\$: *art. 67, n. 2, do Decr. n. 4824*; e a das relações nas causas até 2:000\$, que já estava fixada no Regul. de 1853.

(a) O cargo de curador geral dos orphãos, de que não se faz menção nas ordenações do reino, foi creado, para a cidade de Lisboa e lugares annexos, sob o nome de promotor do juizo dos orphãos, e foi-lhe dado regimento em 1541, sendo lhe marcadas as obrigações pelo alvará de 19 de Dezembro de 1542. Nos demais lugares, cidades ou villas, funcionava em cada processo, por parte dos orphãos, um curador nomeado pelo juiz dos orphãos. Ligou-se, porém, sempre no Direito Port. summa importancia a este cargo, *Secc. Orph. Prat., art. 149 e segs.*, e o moderno código civil daquella nação regulou as attribuições de taes funcionarios nos arts. 220 a 223, 215, 226, 158, etc.—Entre nós, nos lugares onde o cargo de curador geral dos orphãos houver sido creado legalmente, é elle considerado officio de justiça, e como tal provido nos termos dos *Decrs. n. 817 de 30 de Agosto de 1851, n. 4638 de 5 de Janeiro de 1871, n. 1294 de 16 de Dezembro de 1853 e n. 4333 de 27 de Janeiro de 1871*.

Quando, porém, não estiver creado por lei, pertence a nomeação aos juizes dos orphãos, os quaes devem fazel-a recahir de preferencia sobre os promotores publicos: *Avs. n. 115 de 27 de Abril de 1855, n. 133 de 31 de Maio de 1850, e n. 288 de 2 de Junho de 1860 e ao de 3 de Outubro de 1878*; estes, depois de nomeados, só serão dispensados á vista de impedimento legitimo: *Avs. n. 13 de 15 de Janeiro de 1858 e n. 514 de 5 de Novembro de 1862*; não pôde ter preferencia á nomeação, para excluir um já nomeado: *Av. n. 547 de 21 de Dezembro de 1863*.

## § 15

Deve deferir-se juramento ao curador-geral (36).

## § 16

Pertence ao curador-geral dos orphãos: 1º, louvar-se por parte delles e escolher entre os louvados dos ou-

soas incapazes de administrar seus bens deve-se nomear curador, e a falta de tal nomeação induz insanavel nullidade: Ord. do liv. 3º, tit. 41; e torna inexecuvel qualquer sentença: Ord. do liv. 3º, tit. 75 (b).

(36, Todos aquelles que servem officios ou empregos publicos devem prestar juramento: Ord. do liv. 1º, tit. 67, § 15. Este juramento deve ser pessoalmente prestado pelo curador e pessoalmente deferido pelo juiz: *Peg.* á Ord. do liv. 1º, tit. 1º, § 1º, glos. 35, n. 6; e deve ser lançado nos autos por um termo assignado por ambos (c).

(b) O curador geral que advoga contra os interesses dos orphãos não commette crime definido no codigo criminal. — *Acc. da Rel. de S. Luiz de 27 de Julho de 1875*: (*Dir.*, vol. 8º, pag. 513). E' incompativel o cargo de curador geral: — Com o de juiz de paz. — *Port. de 13 de Outubro de 1831*, e *Avs. n. 33* de 14 de Novembro de 1864 e n. 478 de 20 de Dezembro de 1872; — com o de juiz substituto. — *Av. n. 178* de 23 de Maio de 1874; — com o de promotor dos residuos. — *Av. n. 367* de 25 de Agosto de 1875. Não é incompativel: — com o de ajudante do procurador fiscal da fazenda geral. — *Av. n. 99* de 17 de Março de 1855; — com o de promotor publico. — *Avs. n. 13* de 15 de Janeiro de 1858, n. 136 de 31 de Maio de 1859, n. 514 de 5 de Novembro de 1862 e n. 517 de 21 de Dezembro de 1863; — com o de partidor, embora parente, por não estarem comprehendidos na disposição do § 45 da Ord. do liv. 1º, tit. 79. — *Av. n. 493* de 9 de Novembro de 1875; — com o de escrivão do juizo, seu sobrinho. — *Av. de 2 de Março de 1878*.

(c) Devem ser juramentados e empossados pelos juizes dos orphãos: *Art. 2º do Dec. n. 4302* de 23 de Dezembro de 1858 e *Av. de 27 de Setembro de 1877*; segundo a religião de cada um; *Decr. n. 7, 30* de 6 de Setembro de 1878; mas não podem sê-lo senão á vista do titulo de nomeação, que é o proprio decreto: *art. 20 do Decr. n. 4302 cit.* e *Decr. n. 6295* de 9 de Agosto de 1876.

tros(37); 2.º, licitar(38); 3.º, ser ouvido em tudo aquillo

---

(37) Como o curador faz as vezes de procurador daquelles a quem é nomeado, deve louvar-se em seu nome em quem haja de avaliar os bens descriptos no inventario, e escolher entre os louvados nomeados pelos co-herdeiros maiores os que lhe parecerem mais capazes: Ord. do liv. 3.º, tit. 17. Não tendo exacto conhecimento delles, deverá o juiz conceder-lhe tempo para fazer as necessarias averiguações, para que não aconteça recahir a louvação em pessoas incapazes (d).

(38) Uma vez admittida a licitação, cujos inconvenientes mostrarei quando tratar della, não ha razão para serem excluidos os orphãos que não podem licitar por si, e por isso deve o curador licitar por elles, portando-se a este respeito com toda a circumspeção e prudencia, e informando-se primeiramente do justo valor dos bens e daquelles que podem interessar mais a seus presumidos constituintes. O partido mais seguro em tal caso é impugnar o acto da licitação; e quando apezar disso se mande proceder a ella, aggravar no auto do processo ou por petição. Não querendo recorrer por algum destes modos, então deve requerer ao juiz do inventario que exclua da licitação tantos bens de raiz quantos forem necessarios para se perfazerem as legitimas dos coherdeiros de quem é curador. Ainda que os herdeiros maiores licitassem todos os bens, nem por isso os outros perderião o direito á respectiva parte que devia pertencer-lhes, porque aliás não haveria na partilha a igualdade necessaria (e).

---

(d) O curador geral é o advogado que a lei deu aos orphãos, para evitar-lhes, em qualquer pleito judicial em que sejam interessados, os danos que resultar-lhes-hião em caso de abandono. E', pois, dever do curador nunca opinar em sentido adverso aos orphãos, limitando-se á fórmula — *Fiat justitia* — sempre que lhe parecer duvidoso o direito de seus curatellados. Não deve ser facil em assentir, nos inventarios, ás pretensões dos herdeiros maiores, quando dellas puder resultar o menor damno aos orphãos; não deve receber nem ter em seu poder dinheiros ou outros bens pertencentes áquelles, devendo ser delles entregues os tutores, cuja administração tem o curador-geral o dever de fiscalisar, para requerer ao juizo qualquer providencia.

(e) Para o capitulo em que o autor trata especialmente das licitações reservamos o desenvolvimento de algumas questões que a esta materia se prendem.

em que os mesmos orphãos interessão, directa ou indirectamente (39).

### § 17

Devem-lhe ser intimados todos os despachos proferidos nos inventarios e processos em que elle figura (40).

### § 18

Os seus salarios não se achão taxados pela lei (41).

(39) Por uma constante pratica se manda sempre ouvir por escripto o curador-geral, não só nos inventarios, mas nas justificações das dividas: nas nomeações, excusas e remoções de tutores: nas emancipações, arbitramentos, abonações de fianças, reduções de testamentos, etc. (f)

(40) De outra sorte não lhe seria possivel recorrer dos despachos quando fossem injustos, e não satisfaria por consequencia as obrigações contrahidas pelo juramento. Enquanto os despachos se lhe não intimão, não passão em julgado.

(41) Nem todas as respostas têm as mesmas difficuldades, e por isso não era justo que a lei taxasse para todos o mesmo salario, que deve corresponder ao tempo e ás circumstancias do trabalho, segundo reconheceu o Alv. de 7 de Janeiro de 1750 e de 10 de Outubro de 1754. Entretanto, para se evitarem conti-

(f) Acerca das attribuições que competem aos curadores-geraes, quer nos actos do inventario, quer em outros: *Secco*, art. 150 da sua *Orphan. Pratica*, *Ram. Instit. Orphan*, § 77, e a nota (a) retro.

Compete ao curador-geral promover e fazer a inscripção da hypotheca geral dos menores e interdictos, sob pena de ficar sujeito á responsabilidade criminal ou civil que da omissão resultar: *lei n. 1237 de 21 de Setembro de 1864*, art. 9°, §§ 14 e 21, e *Reg. n. 3453 de 26 de Abril de 1855*, arts. 208 e 211. Deve ser ouvido no processo da especialisação das hypothecas geraes dos menores, de que tratão os arts. 157 e seguintes do *Reg. n. 3453 cit* — Nas remissões das hypothecas legaes especialisadas serve como curador geral o promotor publico: *art. 304 do Reg. cit.* Compete-lhe a obrigação prescripta no art. 23, § 1° do *Dec. n. 4835 de 1871*, e intentar a acção para o fim de obter a nullidade da venda effectuada com violação do preceito do art. 4°, § 7° da *lei n. 2040 de 1871*. — *Av. de 14 de Fevereiro de 1876*.

## § 19

Nem sempre é inhabil para curador-geral aquelle que o é para advogar em juizo (42).

## CAPITULO IV

## DO ESCRIVÃO DOS ORPHÃOS

## § 20

Escrivão dos orphãos é o official legitimamente constituido (43) para processar os inventarios e mais autos em

nuados arbitramentos tem-se adoptado a pratica de se contarem cem réis por cada resposta dada em requerimento, trezentos réis pelos que se dão nos inventarios de pouca consideração e seiscentos réis pelos dos outros. Esta pratica, porém, não obsta a que o curador-geral possa pedir maior salario, quando suas respostas dependerem de maior trabalho, pois que os honorarios dos advogados não se contão pela rasa. Uma resposta de poucas linhas pôde ser obra da meditação e estudo de muitos dias e digna de avultado salario (g).

(42) Ainda que os ecclesiasticos não podem, apesar de serem formados, advogar em juizo sem obterem provisão e prestarem fiança de pessoa leiga, Ord. do liv. 1º, tit. 48, e do liv. 3º, tit. 28, § 1º, podem comtudo advogar pelas pessoas miseraveis, e por isto estão nas circumstancias de poderem ser curadores.

(43) Não estando legitimamente constituido ou com encarte, sendo proprietario, ou com provisão ou provimento, sendo serventuario, é nullo tudo aquillo que processa; e o juiz que o consente a servir é responsavel por todas as perdas e danos que dessas nullidades resultão. Achando-se suspenso ou impe-

(g) Os emolumentos dos curadores geraes dos orphãos achão-se marcados no regimento de custas que baixou com o Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, nos arts. 90 e 91. — Vid. *Avs. n. 546 de 23 de Novembro de 1869, n. 407 de 31 de Outubro de 1874, n. 67 de 10 de Fevereiro de 1875, § 6º, e de 10 de Maio de 1876.*



dido o competente escrivão dos orphãos, nomêa o juiz, por tempo de tres mezes sómente, uma pessoa para servir por elle: Ord. do liv. 1º, tit. 96, § 8.º Não lhe compete, porém, essa nomeação se o escrivão tiver morrido, segundo diz o senador *Sardinha* na nota que se acha no repertorio da Ord., tomo 1º, pag. 229, fundado na Ord. do liv. 1º, tit. 1º, § 23; tit. 4º, § ultimo, e tit. 36, § ultimo, onde se faz differença entre o caso da morte e o do impedimento (a).

(a) Os escrivães dos orphãos são nomeados na fôrma dos Decrs. n. 817 de 30 de Agosto de 1851 e n. 4663 de 5 de Janeiro de 1871, e Avs. ns. 324 e 328 de 6 de Outubro de 1871, n. 240 de 30 de Julho e n. 464 de 12 de Dezembro de 1872, n. 196 de 28 de Maio de 1875, de 23 de Junho de 1877 e 25 de Agosto do mesmo anno. Devem ser juramentados, segundo a fôrma seguida na religião a que pertencerem, *Decr. n. 7030 de 6 de Setembro de 1878*, pelos juizes dos orphãos e não pelos de direito, e por elles empossados: *Decr. n. 4302 de 23 de Dezembro de 1868 e Av. de 27 de Setembro de 1877*; devendo, para isso, apresentar o respectivo titulo: *Decr. n. 6295 de 9 de Agosto de 1876*.

Nos seus impedimentos temporários serão substituidos uns pelos outros, conforme designação do respectivo juiz: art. 6º, § 2º do Decr. n. 817 de 1851; salvo se o impedimento fôr de licença por mais de seis mezes, ou o substituto, por sobrecarregado de serviço, não puder desempenhar a substituição, casos em que será nomeado pessoa idonea, que exerça a serventia, pelo presidente de provincia: *Art. 1º do Decr. n. 1294 de 1853, combinado com o art. 1º, § 1º, do Decr. n. 4683 de 1871; Av. n. 328 de 6 de Outubro de 1871*; nunca, porém, será substituido pelo escrevente juramentado.—*Av. de 7 de Outubro de 1878*. No caso de ser absoluta a impossibilidade de servir, por provir de idade avançada, cegueira, demencia ou outra molestia incuravel, segundo o juizo dos medicos, devem os serventuarios requerer a nomeação de successor, provando além da impossibilidade o seu bom serviço e a falta de outro meio de subsistencia para terem direito á terça parte do rendimento do officio, segundo a respectiva lotação: *lei de 11 de Outubro de 1827, art. 3º; Decr. n. 1294 de 1853, art. 2º*. E' então nomeado o substituto pelo presidente da provincia, na fôrma do art. 5º, § 6º da lei de 3 de Outubro de 1834.—*Decr. n. 4583 de 1871 e Av. n. 208 de 26 de Junho do mesmo anno*. O caso de abandono dos officios de justiça está comprehendido no Decr. n. 1294 de 1853.—*Decr. n. 3797 de 9 de Fevereiro de 1867*.

Os presidentes de provincia podem prorogar os prazos durante os quaes os empregados de justiça têm de entrar em exercicio, sujeitando essa prorrogação á approvação do governo.—*Av. n. 180 do 2 de Junho e n. 343 de 16 de Outubro de 1871*.

que figurão pessoas menores de vinte e cinco annos ou incapazes de administrar seus bens (44).

(44) Quaes sejam estas pessoas o declara a Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 45, e tit. 90, e a do liv. 4.º, tit. 103. Os ausentes em

Sendo temporario o impedimento de um serventuario de officio de justiça, que foi condemnado a seis annos de prisão com trabalho, deve durante o tempo da pena servir um substituto nomeado, na forma do art. 1.º do Decr. n. 1294 de 1853.—*Avs. n. 241 de 30 de Julho de 1872 e n. 13 de 9 de Janeiro de 1874.*

Os requerimentos dos pretendentes a officios de justiça devem ser remettidos ao governo para resolver sobre as nomeações provisórias.—*Av. n. 408 de 16 de Dezembro de 1871.*

Os presidentes das provincias só podem annullar os concursos quando não tiverem sido observadas as disposições dos Decrs. ns. 817 de 1851 e 4668 de 1871. Se entretanto houver sido feito com regularidade um concurso, e lhes parecer que nenhum dos candidatos é idoneo, devem sujeitar a decisão do caso ao governo imperial.—*Av. n. 319 de 5 de Outubro de 1871.*

O serventuario vitalicio de um officio não o perde pelo facto de ser nomeado para exercer provisoriamente outro, salvo o caso de incompatibilidade entre ambos, no qual, aceitando o serventuario a nomeação provisória, renuncia tacitamente a mercê primitiva, convindo, entretanto, que isto mesmo seja declarado no decreto imperial.—*Av. n. 319 cit.*

O escrivão dos orphãos pôde ter um escrevente nomeado e juramentado pelo juiz, na fórma do art. 2.º, § 1.º da lei de 23 de Setembro de 1828; mas este escrevente não pôde lavrar os termos, nem escrever nos actos de que fazem menção as *Ords. do liv. 1.º, tit. 24, § 3.º; tit. 97, § 10; lv. 3.º, tit. 19, § 12, e Av. de 23 de Outubro de 1850.*

A suspensão correccional imposta ao escrivão de orphãos não comprehende o escrivão de paz que exerce interinamente aquelle cargo: *Av. de 21 de Agosto de 1875*, nem está comprehendido na disposição do art. 2.º do Decr. n. 1884 de 7 de Fevereiro de 1857, pois de tal suspensão não cabe recurso algum, como já foi decidido, de accordo com o parecer da secção de justiça do conselho de Estado de 5 de Março de 1869.—*Av. n. 461 de 27 de Outubro de 1875.*

Existem em referencia aos escrivães dos orphãos as mesmas incompatibilidades, que em geral se dão com relação aos demais empregados.

Assim, são incompativeis com os cargos :

— De agente do correio.—*Av. n. 177 de 31 de Maio de 1831.*

— De deputado provincial.—*Av. de 17 de Março de 1877.*

lugar incerto, e de que não ha certeza se são vivos ou mortos,

— De juiz de paz.—*Av. n. 146 de 14 de Março de 1837 e n. 64 de 7 de Fevereiro de 1861.*

— De secretario da camara municipal.—*Av. de 26 de Abril de 1849, § 6.º*

— De vereador. — *Decr. n. 501 de 17 de Fevereiro de 1847, e Avs. n. 208 de 19 de Agosto de 1849, de 12 de Abril de 1854, n. 263 de 11 de Junho de 1862, n. 279 de 15 de Junho de 1869.*

Não é incompativel com o cargo de :

Jurado.—*Av. de 13 de Agosto de 1834.*

São incompativeis por parentesco :

Com os afins dentro dos grãos correspondentes aos de consanguinidade, á vista da expressa disposição da Ord. do liv. 1.º, tit. 79, § 45.—*Decr. n. 6841 de 16 de Fevereiro de 1878, art. 1.º*

Com o advogado, seu pai.—*Decr. n. 6849 de 16 de Fevereiro de 1878.*

Com o avaliador, seu cunhado.—*Ord. do liv. 1.º, tit. 79, § 45, e Decr. n. 6841 de 1878, art. 1.º, e Av. n. 163 de 7 de Julho de 1859.*

Com o contador, seu cunhado.—*Ord. e Decr. cits., e av. n. 465 de 11 de Outubro de 1865.*

Com o distribuidor, cunhado.—*Ord., Decr. e Av. cits.*

Com o juiz, primo co-irmão da mulher.—*Ord. cit. e Av. n. 74 de 23 de Fevereiro de 1871. Com o juiz supplente casado com prima co-irmã da mulher.—Av. de 12 de Setembro de 1878.*

Com juiz de direito, cunhado.—*Av. n. 150 de 31 de Maio de 1872.*

Com o juiz dos orphãos, em qualquer grão prohibido.—*Ord. cit. e Avs. n. 263 de 3 de Dezembro de 1853, n. 93 de 10 de Fevereiro de 1863, n. 261 de 2 de Setembro de 1870; irmão.—Av. n. 523 de 14 de Novembro de 1861; sobrinho e tio—Avs. n. 263 de 30 de Setembro de 1859, n. 153 de 7 de Maio de 1858; cunhado e tio.—Av. n. 49 de 28 de Julho de 1843; sogro e genro.—Av. n. 93 de 10 de Fevereiro de 1859 e Av. de 7 de Fevereiro de 1877.*

Com official de justiça, genro.—*Av. de 2 de Maio de 1878.*

Com o partidador, cunhado.—*Ord. e Decr. cits., Av. n. 163 de 7 de Julho de 1859; primo co-irmão.—Ord. cit. e Av. n. 153 de 7 de Maio de 1868.*

Não são incompativeis com :

Advogado, irmão.—*Av. n. 611 de 20 de Setembro de 1859, e Ord. do liv. 1.º, tit. 48, § 29.*

Escrivão do jury, irmão.—*Av. n. 412 de 21 de Dezembro de 1859.*

Juiz, compadre e concunhado. — *Av. n. 303 de 11 de Julho de 1865; Ord. do liv. 1.º, tit. 48, § 29 e Av. de 22 de Abril de 1876.*

Procurador de causas.—*Av. n. 115 de 27 de Abril de 1855.*

Promotor publico, sobrinho.—*Decr. n. 6836 de 9 de Fevereiro de 1878, art 1.º.*

## § 21

São expressas na lei as suas obrigações (45) e as penas em que incorrem no caso de faltarem a ellas (46).

só pertencem á jurisdicção do juizo dos orphãos quando não têm pai, mulher ou procurador constituido: *Guerreiro*, *Trat.* 1º, liv. 4º, cap. 14, n. 162; *Phéb.*, parte I, dec. 42, e *Cabed.*, dec. 197, n. 8.—Veja-se o *cap. 24 desta obra* (b).

(45) Ord. do liv. 1º, tit. 89. Os escrivães dos orphãos, além de deverem fiscalisar sobre a conducta dos tutores, para informarem o juiz, devem ter uma escripturação de tal sorte arranjada, que de um golpe de vista se possa saber, não só o numero dos orphãos, seus nomes, idades e destinos, mas os nomes de seus tutores e fiadores, a importancia de seus rendimentos liquidados ou a applicação que se lhes deu (c).

(46) A reparação do prejuizo causado e a suspensão são ordi-

Tabellião de notas, cunhado.— *Av. n. 211 de 20 de Agosto de 1853*; casado com a prima da mulher do escrivão.— *Av. n. 4 de 3 de Janeiro de 1855*.

E', porém, incompativel o escrivão de orphãos com o tabellião do judicial e notas, que é seu genro.— *Av. de 20 de Julho de 1877*.

(b) Vide *nota (a) do § 10*.

(c) Como fiscal dos processos que correm pelo seu cartorio, o escrivão tem restricta obrigação de velar para que nelles não se dêem faltas das solemnidades legais, devendo informar o juiz de qualquer irregularidade que appareça. O esquecimento desta obrigação, ou a connivencia nos abusos que porventura se possão dar, constituem materia sufficiente para ser responsabilizado o escrivão. Segundo vê-se na Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 3º, deve o escrivão ser muito diligente em activar os termos do processo dos inventarios que correm pelo seu cartorio. Todas as vezes que os inventarios estejam retardados sem causa que justifique a demora, é da restricta obrigação do escrivão representar ao juiz sobre o facto, fazendo-lhe os autos conclusos, para que elle tome as providencias necessarias.

Não podem os escrivães, sem incorrerem em culpa, deixar em poder dos advogados os autos de inventario por tempo indefinido, devendo cobral-os nos prazos da lei; nem podem confial-os a pessoas que não forem advogados ou procuradores, salvo com despacho do

## § 22

Não podem os escrivães dos orphãos: 1º, começar a ser-

nariamente as penas que a lei decreta: pela primeira se reme-  
dêa o mal passado, e pela segunda se evita o futuro (d).

juiz.— *Av. n. 103 de 2 de Outubro de 1838.* Devem escrever pessoalmente todos os autos, termos e mais peças do processo dos inventarios e seus incidentes: as habilitações de herdeiros, as justificações ou legalisação das dividas passivas, requerida pelos credores; os processos de remoção, e excusas dos tutores e curadores; os de emancipação; as justificações para licenças de casamento, etc.; poderão, porém, ser auxiliados por escreventes nomeados e juramentados pelos juizes, na fôrma do art. 2º, § 1º da lei de 22 de Setembro de 1838; este escrevente não pôde lavrar os termos de audiência, escrever nas inquirições e quaesquer actos que demandem segredo de justiça.— *Ord. do liv. 1º, tit. 24, § 3º; tit. 97, § 10, e liv. 3º, tit. 19, § 13.* Deverão cumprir dentro de quarenta e oito horas os despachos e sentenças dos juizes, cuja execução depender de sua promoção.— *Ords., liv. 1º tit. 24, §§ 7 e 19; liv. 3º, tit. 79, § 5º, tit. 80 §§ 10 e 11. Secco, Orphan. Prat. art. 154, § 2º.* Devem fiscalisar a conducta dos tutores na arrecadação dos bens e das vendas destes, no governo das pessoas dos orphãos, informando o juiz de tudo quanto a tal respeito souberem, assim como fazerem conclusos ao juiz os inventarios, quando falleção ou sejião removidos os tutores, para que seja nomeado quem os substitua. Deverão intimar os tutores nomeados para prestarem juramento; e aquelles cujas contas forão julgadas, para no prazo marcado entrarem com o alcance dellas para o cofre. Só devem fazer as citações por cartas nos casos em que assim os autorisão as Ords.; nos demais devem ser ellas feitas por mandado.— *Ords., liv., 1º, tit. 83, §§ 32 a 42 e tit. 89; Secco, Orphan. Prat., loc. cit., e Ram. Inst. Orphan., §§ 73 e 74.*

Têm os escrivães dos orphãos todos os deveres que as leis impõem aos escrivães em geral. E' assim que têm obrigação de servir pessoalmente o officio, salvo impedimento legal, no qual deverão ser substituidos, na fôrma dos Decrs. 817 de 1851, 1294 de 1853, 4683 de 1871, etc., etc. Devem tambem: Guardar os processos para delles darem conta, a todo o tempo.— *Ords. do liv. 1º, tits 24, § 25 e 84, § 23.* Ter um livro de protocollo, onde tomem por lembrança os requerimentos das partes e os incidentes que se derem nas audiencias. *Ord. liv. 1º, tit. 24, § 3º; Av. de 4 de Junho de 1823, § 1º.*— Assistir ás audiencias, chegando antes dos juizes.— *Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 5º; e quando por*

vir sem fiança(47) e sem serem casados(48); 2º, escrever

(47) Ainda que seja notoriamente rico e abonado: Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 1.º Esta fiança, que nas cidades e villas principaes devia ser de 200\$, e nas outras de 150\$ ou de 100\$, segundo a povoação ou grandeza dellas, deve agora ser triplicada, attenta a disposição do Alv. de 13 de Maio de 1813. Pertence aos officiaes da camara o arbitrar qual das fianças é necessaria: cit. Ord. (e)

(48) Ord. do liv. 1º, tit. 94, § 1.º Concede, porém, o desembargo do paço provisão de dispensa por tempo de um anno prorogavel: Regim. do Des. do paço, § 42.

impedimento não puderem comparecer, devem enviar o protocollo, para que outro escrivão escreva em seu lugar.— *Av. n. 629 de 11 de Dezembro de 1837.*

Como responsaveis pelos autos que se processão em seus cartorios, devem entregal-os pessoalmente aos juizes, quando estiverem sujeitos a despacho, na fôrma da Ord. do liv. 1º, tit. 24, § 22.— *Acc. da Rel. do Recife de 11 de Setembro de 1874 (Dir., vol. 5º, pag. 635).*

Em virtude da legislação hypothecaria, cabe-lhes:

Intimar os tutores no acto de assignarem os termos de tutella, e os pais quando prestarem juramento de cabeça de casal, para fazerem a inscripção da hypotheca legal. Desta notificação lavrarão certidão á margem do termo de juramento de tutella ou de inventariante.— *Art. 201 do Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1855.*

Cumprir o disposto no art. 203 do Regul. n. 3453 cit., sob as penas do art. 211. Escrever nos processos de especialisação de hypotheca geral de menores ou interdictos, de que tratão os arts. 157 e seguintes do Regul. cit.

Têm pela legislação reguladora do estado do elemento servil, as seguintes attribuições:

Enviar á repartição fiscal competente as relações dos escravos que, pelos seus cartorios, houverem soffrido transferencia de dominio ou mudança de condição.— *Art. 23, § 1º do Dec. n. 4835 do 1º de Dezembro de 1871.*

Escrepturar os livros que devem existir no juizo dos orphãos para a matricula dos ingenuos menores entregues ás associações, casas de expostos e particulares, e para a matricula dos escravos libertados por indemnisação de seu preço com a clausula do prestação de serviços, quer por sociedades emancipadoras, quer por individuos, fazendo a escripturação de taes livros nos termos dos arts. 66 e 72 do *do Regul. n. 5135 de 1872.*

em inventarios que lhes não sejam pertencentes pela distri-

Escrever nos processos para verificação de abandono do escravo, por invalido, afim de serem-lhe taxados alimentos pelo juiz dos orphãos.—*Art. 78 do Regul. cit. e Acc. da Rel. do Ouro-Preto de 30 de Outubro de 1874 (Dir., vol. 6º, pag. 73)*; e em todos os mais actos que as leis, que regulão o estado servil, incumbirão aos juizes dos orphãos.—*Regul. cit.*

Como escrivães dos ausentes, compete-lhes:

Escrever nas arrecadações, inventarios, habilitações, justificações e mais actos que se processarem no juizo dos ausentes em virtude das disposições do *Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859*,

Fazer a escripturação dos quatro livros de contabilidade do juizo a que se referem os arts. 13 e segs. do *Regul. cit.*—*Art. 77, n. 1.*

Extrahir dos livros da receita e despeza a cargo do curador, no principio de cada mez, a conta corrente de que trata o art. 44, e a guia explicativa do producto liquido arrecadado no mez anterior, com especificação do que pertencer á conta de cada uma arrecadação e administração, a qual será authenticada com a assignatura do juiz.—*Art. n. 87 do Regul. cit.*

Remetter no fim de cada anno, por intermedio dos juizes, ao the souro, ás thesourariss provinciaes, ás collectorias e mesas de rendas, uma relação das arrecadações de bens de ausentes, vagos e de heranças jacentes, que existirem no cartorio, com declaração da data da arrecadação, nome do finado, natureza e importancia dos bens arrecadados, especificando os recolhidos aos cofres e os que estiverem em administração; se são ou não conhecidos os ausentes a quem pertença ou devão pertencer os bens, se pende habilitação ou reclamação; nome do curador, estado das contas e saldo existente em seu poder.—*Art. 77 cit., n. 3.* Em compensação do seu trabalho têm, além dos emolumentos pelos actos que praticar, mais 1 % do producto que se arrecadar e apurar, depois de abatidas as despezas do custeio e expediente.—*Art. 82 do Regul. cit.*

(d) Vide Decr. n. 1572 de 7 de Março de 1855 e a Cons. do Cons. de Estado que o precedeu; Ays. n. 105 de 18 de Março de 1873, n. 34 de 25 de Janeiro e n. 464 de 27 de Outubro de 1875.

Estão além disso sujeitos a processo e accusação por qualquer dos crimes do cap. 1º, tit. 5º do codigo criminal.

(e) Devem os escrivães dos orphãos, no estado actual da nossa legislação e direito consueudinario, prestar fiança antes de entrarem em exercicio, ou cahio em desuso o preceito da Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 1º?

Por aviso n. 140 de 14 de Fevereiro de 1839 firmára o governo a doutrina da necessidade de prestação da fiança por parte dos escrivães dos orphãos, não se devendo, porém, considerar a quantia fixada pela

buição(49) ou pela dependencia(50); 3º, extrahir formaes

(49) A distribuição é absolutamente indispensavel, havendo mais do que um escrivão, para se conservar a igualdade: Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 21; a sua falta induz insanavel nullidade em todo o processo: Alv. de 23 de Abril de 1723. Ainda havendo um só escrivão, devem os processos ser distribuidos, porque de outra sorte não poderia constar legalmente que elle os tinha processado, para ser obrigado a apresental-os quando conviesse ou reformal-os á sua custa (f).

(50) O escrivão que processar o inventario por morte de um

Ord. como triplicada pelo Alv. de 13 de Setembro de 1814, cuja disposição só é relativa a multas e taxas especificadas.

Em aviso n. 29 de 9 de Março de 1850, dado sob consulta da secção de justiça do conselho de Estado, insiste sobre a mesma decisão do de 1839, doutrinando mais que na escriptura da fiança devia ser incluída certidão negativa do registro geral das hypothecas, e ser feito o registro do termo de fiança em um livro do juizo dos orphãos.—Que a taxa da Ord. devia se julgar triplicada pelos Alvs. de 12 de Maio de 1813 e de 16 de Setembro de 1814, acrescentou o Av. n. 59 de 6 de Fevereiro de 1855, reproduzindo quanto ao mais as doutrinas dos avisos anteriores.

Finalmente, o modo de decidir adoptado teve confirmação no Av. n. 55 de 10 de Fevereiro de 1871. Não é, porém, obrigado á satisfação o substituto designado nos termos do Decr. n. 1294 de 1853. *Av. de 7 de Outubro de 1878.*

No parecer que precedeu o Av. de 1850 opinou a secção de justiça do conselho de Estado pela dispensa da fiança dos escrivães dos orphãos, dispensa estabelecida por pratica constante e revocatoria da disposição do § 1º da Ord. do liv. 1º, tit. 89. O governo não conformou-se neste ponto com o parecer da secção, tanto que doutrinou no aviso, e fê-lo nos posteriores de 1865 e 1871, no sentido da subsistencia da disposição da citada Ord. Fosse, porém, qual fosse a opinião da secção de justiça do conselho de Estado, o facto das repetidas consultas dirigidas ao poder executivo revela não ser uniforme, como pareceu á secção, a pratica de isentar os escrivães dos orphãos da prestação da fiança, considerando assim abrogada pelo uso a disposição da Ord., abrogação aliás de legalidade mais que duvidosa em um paiz constitucional; *Demolombe, vol. 1º, ns. 35 e 13*:—A doutrina dos avisos, constantemente em sentido adverso á opinião emittida pela secção e apoiada em clara disposição de lei, qual o preceito da Ord., deve ser observada como o principio regulador nesta materia.



dos conjuges deve processar o do outro, se ainda ao tempo de sua morte existirem herdeiros menores, ou por qualquer outro motivo sujeitos á jurisdicção do juizo dos orphãos : Prov. de 13 de Maio de 1534 e assento de 17 de Julho de 1651. Alguns autores, e entre elles *Peg.*, á Ord do liv. 1º, tit. 88, § 4, n. 16 e 17,

Transcrevemos em seguida o parecer da secção do conselho de Estado a que nos referimos :

« Senhor. — Em officio de 16 de Agosto deste anno o presidente da provincia do Pará solicitou decisão do governo imperial sobre a duvida, que se suscitára, se as camaras municipaes têm ainda attribuição de arbitrar, na fórma da Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 1º, a fiança que devem prestar os escrivães dos orphãos para entrarem em exercicio ; e V. M. Imperial, a quem forão presentes, além deste officio, os pareceres motivados do juiz dos orphãos, do procurador-fiscal da capital daquella provincia, do referido presidente, que com esta se conformára, e do conselheiro procurador da corôa, soberania e fazenda nacional, foi servido ordenar que o mesmo officio e mais papeis se remetterssem á secção dos negocios da justiça do conselho de Estado, e que ella consultasse.

« Os quatro mencionados pareceres, do presidente da provincia do Pará, do procurador fiscal, do juiz dos orphãos e do conselheiro procurador da corôa, estão accordes emquanto a considerar em actual e inteiro vigor esta disposição da supracitada ordenação. « Os escrivães dos orphãos das cidades e villas principaes serão obrigados, antes de começarem a servir, a darem fianças de 200\$ e dos outros lugares « será a fiança de 150\$ ou de 100\$, e nos mais pequenos de 50\$. E a quantia da fiança, que hão de dar, ficará na estimação dos officiaes da camara, segundo a povoação e grandeza do lugar, » pelo que pertence á obrigação dos escrivães de prestarem fiança, como o declarára o aviso de 14 de Fevereiro de 1839.

« Discordão, porém, emquanto a determinar a autoridade perante quem essa fiança se deva prestar e ser previamente arbitrada ; porque se prevaleceu na provincia a opinião emittida pelo fiscal, e adoptada pelo presidente, de que as actuaes camaras municipaes ainda são as competentes, e as legalmente encarregadas de arbitrar e fazer registrar a fiança dos escrivães dos orphãos, em contrario pronunciarão suas opiniões o juiz dos orphãos da capital da provincia, e nesta côrte o conselheiro procurador da corôa, soberania e fazenda nacional, pela razão de não competir ás camaras municipaes o desempenho de uma attribuição, que, dada ou encarregada ás camaras municipaes anteriores pela ordenação, não só lhes não foi especialmente incumbida pela lei do 1º de Outubro de 1828, mas até mui expressamente lhes foi tirada pelo art. 90, que decretou a revogação de todas as leis, alvarás.

sustentão que, ainda sendo maiores todos os herdeiros, quando morre o ultimo cônjuge, deve o inventario delle fazer-se no juizo dos orphãos; mas esta opinião, sustentada tambem por *Guerreiro*, *Trat. 1º, cap. 14, liv. 1º, n. 79*, não me parece conforme com a *Ord. do liv. 1º, tit. 88*. Ainda que todos os her-

decretos e mais resoluções, que davão ás camaras outras attribuições ou lhes impunhão outras obrigações diversas das declaradas nellas.

«E manifesta-se, portanto, que a duvida sobre que se pretende a decisão do governo, é só relativa á autoridade que ora deve arbitrar a fiança de que se trata.

«A secção se apressaria a tomar em consideração esta materia, e desde já se occuparia exclusivamente de solver a questão sobre a competencia da autoridade a que ora incumbiria arbitrar a fiança dos escrivães dos orphãos, cingindo-se assim aos termos restrictos da ordem que teve para a consulta, se firme estivesse na persuasão de que ainda regula em inteiro vigor a *Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 1º*, que essa fiança decretára, e regras estabelecéra para seu arbitramento, prestação e registro; mas, porque entrando em duvida a este respeito, se sente propender para a parte negativa, julgou de seu dever (com permissão que implora de V. M. Imperial) expôr primeiramente as razões que a isso a inclinão, e pelas quaes entende que invigorosa, como abrogada, se acha a referida ordenação.

«A secção, Senhor, tem em seu pensamento firmada a idéa de que a *Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 1º* se acha no todo antiquada e já sem vigor, não só por um simples desuso, mas mesmo mais effectiva e separadamente por um uso contrario, pela pratica, que desde longos annos se encontra em directa opposição do que nella se determina, tendo-se permitido aos escrivães dos orphãos a posse e exercicio dos seus officios sem a prestação de uma fiança, tanto quanto tem acontecido e é constante a respeito dos tabelliães do judicial e notas, que a *Ord. do liv. 1º, tit. 80, § 2º*, obrigava a prestar fiança antes de começarem a servir, e que de tempo immemorial são providos e admittidos, sem ella, ao exercicio.

«Neste mesmo pensar têm estado evidentemente os juizes dos orphãos, que têm admittido e consentem em exercicio os seus escrivães sem terem dado fiança; os juizes de direito, que nas suas correções nada têm provido a este respeito; o governo imperial, que, apesar do que se declarára no aviso de 14 de Fevereiro de 1839, tem provido os officios dos escrivães dos orphãos sem a clausula de deverem dar fiança, e sem ella tem conservado os serventuarios, não os considerando, nem aos juizes, comprehendidos nos delictos dos arts. 138 e 156 do codigo criminal, para mandar fazer-lhes effectiva a responsabilidade, e a assembléa geral legislativa, que, a respeito desta fiança,

deiros sejam já maiores ao tempo da partilha, deve ella fazer-se no juizo dos orphãos se algum dos ditos herdeiros era menor quando o inventario se começou, pela regra de direito: *Ubi*

nada dispõe na lei de 11 de Outubro de 1827, no Decr. de 1º de Julho de 1830, na Disposição Provis., e na lei de 3 de Dezembro de 1841, porque tem providenciado sobre o provimento dos officios e administração de justiça; e mui provavel é que, para se introduzir e conservar esta pratica, tenha concorrido a bem fundada ponderação da insufficiencia ou plena nullidade, em relação aos fins para que fóra estabelecido, de uma fiança, cujo maximo não excede á quantia de 200\$, mais que insignificante nas actuaes circumstancias.

« Apezar disto porém (que merecerá ou não a approvação de V. M. Imperial), a secção consulta sobre a duvida, a que se refere a ordem imperial, com o seu parecer, de que os actos de regular o valor das fianças dos escrivães dos orphãos, conhecer da idoneidade dellas e fazel-as registrar, sejam considerados como attribuições ou como obrigações, deixarão de ser cargos das camaras municipaes depois da lei de 1 de Outubro de 1823, que não as tendo especificado em algum dos seus artigos, concluiu no art. 90 decretando a revogação de todos os alvarás, leis, decretos e resoluções que davão ás camaras outras attribuições, ou lhes impunhão outras obrigações diversas das declaradas-nella; e de que em taes circumstancias, se houver de vigorar a necessidade de dar fiança, ella se preste perante os respectivos juizes dos orphãos, observando-se o que está disposto na Ord., liv. 1º, tit. 89, § 1º, e no tit. 88, § 4º, a que se refere, com as alterações que ora são indispensaveis, conforme a legislação actual: primeira, de ser incluída na escriptura a certidão negativa do registro geral das hypothecas, relativas aos bens que se sujeitarem á fiança; segunda, de ser feito o registro da escriptura em um livro proprio do juizo, visto que o não deve ser na camara municipal, etc.—Sala das sessões do conselho de Estado, em 12 de Dezembro de 1849.—*José Antonio da Silva Maia.*—*Castano Maria Lopes Gama.*—*Antonio Paulino Limpo de Abreu.* »

(1) É facil de descobrir a razão que levou os legisladores a estabelecer a necessidade da distribuição das causas desde que no juizo haja mais de um escrivão: ella tem principalmente por fim igualar o serviço entre os escrivães, e firmar-lhes a competencia e responsabilidade para os termos dos processos e guarda dos autos respectivos.—*Cod. do Proce. Civ. Port., arts. 158 a 177.*—Quando ha um só escrivão não ha necessidade de distribuição.—*Decr. de 13 de Setembro de 1837.*—A falta de distribuição não acarreta a nullidade do feito.—*Disp. Prov., art. 26,* que revogou o Alv. de 23 de Abril de 1723 e resta beleceu as disposições das *Ords. do liv. 1º, is. 24, §§ 4º e 6º, 27, § unico, e 79, §§ 20 e 21.*—*Vide Cod. do Proc. Civ. Port., art. 130, § 4º e 160, § unico.*—*Vide Ram., Inst. Orph., § 75, n. 2.*

de partilhas sem lhes serem pedidos(51) ; 4º, retardar o ex-

*semel acceptum est iudicium, ibi et finem accipere debet.* A opinião contraria seguida pelo cit. *Guerreiro*, *Trat.* 1º, liv. 4º, cap. 14, n. 158, por *Peg.* á *Ord.* do liv. 1º tit. 70, § 13, n. 1 e 2, glos. 15, e por *Mend. a Cost.*, parte II, liv. 4º, cap. 3º, n. 16, parece-me insustentavel, apesar de se ter julgado por ella nos tribunaes superiores (g).

(51) Lei de 10 de Outubro de 1754. Ainda que esta lei é privativa para os Estados da America, ella é applicavel nesta parte a todo o reino, pois que a sua disposição já antes della era adoptada na pratica, segundo se vê da nota do senador *Themudo*, que vem no tomo 1º do *Repert.*, pag. 229, pela maneira seguinte: « Vi julgado que os escrivães dos orphãos não podem tirar cartas, folhas nem formaes de partilha, sem as partes lhes pedirem, e hão de fazer termo assignado, como lh'os pedem ; e não sabendo escrever se assignará o termo per duas testemunhas. » Ainda que lhes sejam pedidos os formaes de partilha pertencentes aos orphãos, não devem extrahil-os antes da emancipação : cit. lei de 18 de Outubro de 1754. O contrario, porém, de tudo isto é o que fazem a maior parte dos escrivães, que não só constangem os herdeiros maiores a tirar seus formaes ou cartas de partilhas, mas obrigam os tutores a extrahir e pagar os que pertencerem aos orphãos e menores ; e, se recusão annuir a isso fazem-lhes toda a qualidade de violencias. E' verdade que tambem ha escrivães honrados, e que tambem ha magistrados que sabem punir aquelles que o não são (h).

(g) Vide nota (b) á not. 15 do § 6º, e art. 169 do *Cod. do Proc. Civ. Port.*, onde se dispõe: *Os inventarios de maiores, que por qualquer circumstancia passarem a ser de menores, proseguirão no mesmo juizo e cartorio a que já estiverem distribuidos ; e o mesmo se observará quanto aos inventarios de menores que passarem a ser de maiores.*

(h) As sentenças de formal de partilhas deverão conter : primeiro, a autoação ; segundo, petição e auto de inventario ; terceiro, declaração de herdeiros ; quarto, collação do herdeiro em favor de quem se passa o formal ; quinto, procurações ; sexto, as declarações com que se encerra o inventario ; setimo, despacho de deliberação de partilha ; oitavo, citação dos herdeiros para verem proceder á partilha ; nono, auto e calculo da partilha, e pagamento respectivo ; decimo, sentença

pediente dos processões por qualquer pretexto(52); 5º, levar maiores emolumentos do que aquelles que lhes pertencem(53); 6º, receber dinheiro á conta das custas antes de

---

(52) Nem mesmo o de lhe não pagarem os seus emolumentos, pois que ainda neste caso devem os escrivães continuar com o expediente do processo, e requerer executivamente contra os devedores se não tiverem passado os tres mezes: Ord. do liv. 1º, tit 24, § 41; tit. 79, § 18, e tit. 84, § 30 (i).

(53) Ord. do liv. 1º, tit. 24, § 42. Quaes sejam os emolumentos dos escrivães dos orphãos o declara a Ord. do liv. 1º, tit. 89, se bem que forão augmentados alguns delles nos regimentos que os corregedores das comarcas fizerão provisoriamente por ordem régia, e que differem muito uns dos outros. Uma lei, que regule geralmente estes emolumentos, é muito necessaria (j).

---

que a julgar: *Art. 136 do Regim. de custas de 2 de Setembro.*—Devem ser nellas transcripto o conhecimento do imposto de transmissão de propriedade. — *Av. n. 40 de 27 de Janeiro de 1875*; e devem ser assignadas pelos juizes de direito, nas comarcas geraes nas partilhas que elles julgarem. — *Acc. da Rel. de S. Paulo de 11 de Abril de 1876 (Dir., vol. 12, pag. 119).*

(i) O *Av. n. 76 de 11 de Fevereiro de 1875*, que decidio resultar da confrontação dos arts. 199, 201, § 1º, 203, 2ª parte, e 204 do Regim. de 2 de Setembro de 1874, e Avs. de 3 de Outubro de 1855, 25 de Janeiro de 1856 e 13 de Outubro de 1858, a faculdade, para os escrivães e mais officiaes do juizo, de reterem autos e papeis por falta de pagamento de custas, exceptuou os escrivães dos orphãos, á vista do § 3º do art. 201.

(j) As custas a que têm direito os escrivães dos orphãos achão-se marcadas no cap. 4º do Regim. de 2 de Setembro de 1874.—Os que receberem custas mais elevadas do que as taxadas nesse capitulo, incorrem nas penas disciplinares decretadas no art. 193, as quaes serão impostas pelos juizes, sem recurso algum, nem mesmo o de *habeas corpus.*—*Av. de 20 de Março de 1876 e Acc. da Rel. de S. Paulo de 18 de Dezembro de 1875 (Dir., vol. 9º, pag. 331)*—Aos escrivães dos orphãos não compete pelas buscas, a requerimento de parte nos livros de entrada e sahida de dinheiro do cofre, o emolumento do art. 121.—*Av. de 29 de Abril de 1876, § 4º*

contados(54); 7º, servir-se dos orphãos por soldada(55) ou comprar-lhes seus bens (56).

(54) Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 16. Provando-se que antes disso recebêrão alguma cousa, ainda que fosse para o descontarem ao depois, perdem os officios para sempre. Esta lei, que teve em vista evitar as extorsões que se fazião aos miseraveis litigantes, que sempre estão em divida por mais que tenham dado, é presentemente mal executada em quasi todo o reino, sendo por isso frequentissimas as queixas daquelles que no fim das causas são obrigados a pagar por inteiro todas as custas, sem que lhes abonem as quantias que já tinham dado, mas sem recibo. Os magistrados que fizerem executar a cit. Ord., e que não perdoarem aos infractores della, além de cumprirem com o seu dever, serão abençoados pelos moradores do seu districto (k).

(55) Ord. do liv. 1º, tit. 89, § 8º l).

(56) Nem mesmo no caso de serem vendidos em hasta publica, pois que a Ord. do liv. 4º, tit. 89, § 8, não exceptua caso algum, e por isso geralmente deve entender se, accrescendo que os bens dos orphãos nunca podem vender-se senão em hasta publica, ou seja para pagamento de dividas, ou para os fins de que trata a Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 25 e 26 (m).

(k) Os escrivães dos orphãos não podem receber as custas que lhes competirem, senão depois de fiados os inventarios e mais feitos pelos quaes lhes sejião devidas. — *Art. 211, § 3º do Regim. de 1874*; e aquelles que as receberem antes, ainda que os inventariantes lhas queirão pagar, recebem custas indevidas e incorrem na disposição do art. 199: *Av. n. 413 de 27 de Setembro de 1890*; o que não se entende, porém, com o preparo das appellações: *Av. n. 564 de 9 de Dezembro de 1865*.

(l) *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 14; Secco, Orphan. Prat., art. 148, § 1º*

Segundo o Alv. de 24 de Julho de 1713, o tribunal do desembargo do paço podia dispensar essa prohibição; como, porém, a nossa lei de 22 de Setembro de 1838 nada determinou a semelhante respeito, não ha, segundo a legislação vigente, caso algum em que essa prohibição possa ser relevada.

(m) A violação deste preceito sujeita o escrivão ás penas do art. 146 do Cod. criminal; *Regul. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 6º; art. 293 da Consol. das leis civis e not.; Secco, loc. cit.; Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, tit. 88, § 30 e tit. 89, § 8º*

## § 23

Devem guardar os processos que lhes forem distribuidos(57) e assistir ás audiencias (58).

(57) Esta obrigação dura por tempo de trinta annos, que a respeito dos inventarios começam a correr desde a emancipação do ultimo dos herdeiros, e nos outros processos desde que a ultima sentença nelles proferida passou em julgado, porque só então se reputão findos. Desencaminhando-se os processos antes deste tempo, devem os escrivães reformal-os á sua custa, salvo provando que se desencaminhão por caso fortuito: Ord. do liv. 1º, tit. 84, § 24, e do liv. 1º, tit. 24, § 25.

(58) Esta obrigação, que comprehende geralmente a todos os escrivães, Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 5, deve ser especialmente desempenhada pelos escrivães dos orphãos, porque, além de que os litigios pertencentes a este juizo exigem mais prompta expedição, é no fim das audiencias que devem arrematar-se os orphãos por soldada, a cujo acto devem assistir os escrivães respectivos, para lavrarem os termos necessarios, na conformidade da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 13. Quando, porém, por legitimo impedimento não poderem ir pessoalmente, devem mandar o protocollo ao companheiro, assim como os livros e autos necessarios (n).

Levanta o Dr. Teixeira de Freitas a questão: Se esta prohibição procede ainda quanto ao escrivão que não funcionou no inventario? E responde affirmativamente, opinião que nos parece ser a unica sustentavel á vista da prohibição geral da Ord., liv. 1º, tit. 88, § 30.—Decidio o Tribunal da Rel. da córte em Acc. de 13 de Abril de 1866 que o escrivão dos orphãos pôde comprar bens de um inventario em que haja servido, com tanto que taes bens tenham sido lançados ao meeiro ou meeira, e não pertenção aos orphãos, decisão que conforma-se com o preceito da Ord., liv. 1º, tit. 88, § 30, que deve ser entendido virtualmente.

(n) Os escrivães têm obrigação de comparecerem cedo nos dias e lugares das audiencias, *de maneira que elles aguardem pelos juizes e não os juizes por elles: Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 5.º*

Vide Av. n. 629 de 11 de Dezembro de 1837 e nota (c) deste capitulo.

## CAPITULO V

## DO CABEÇA DE CASAL

## § 24

Nem sempre depende do arbitrio do juiz a nomeação do cabeça de casal (59).

(59) Por morte de um dos conjugues fica o outro na posse dos bens, e cabeça de casal por determinação da Ord. do liv. 4º, tit. 95 e tit. 96, §§ 6 e 9. Se aquelle que morre é viuvo, deve ser nomeado para cabeça de casal o co-herdeiro mais velho, se com elle vivia ao tempo do fallecimento, aliás um dos outros em quem se verificar esta circumstancia. Se nenhum delles vivia com o inventariado, deve o juiz nomear aquelle que tiver mais conhecimento dos bens e probidade. As questões suscitadas sobre a nomeação de cabeça de casal devem ser decididas summariamente pelo juiz do inventario, que concederá os recursos legitimos e sem suspensão. *Veja-se a nota 6 (a).*

(a) Chama-se cabeça de casal a pessoa que tem a posse dos bens da communhão e a quem os herdeiros vêm pedir partilhas *C. da Rocha, vol. 2º, § 474*. No caso de morrer alguém deixando herdeiros, era necessario que uma pessoa ficasse encarregada de promover o processo que a lei estatuiu para, por meio d'elle, fazer a divisão dos bens entre aquelles que tivessem direito de succeder ao finado.

O cargo de cabeça de casal ou é conferido pela lei, ou pelo juiz.

Quando morre o marido, a mulher fica sendo cabeça de casal; quando fallece a mulher o marido continúa na posse velha que já tinha.— *Ord. do liv. 4º, tit. 95, pr. tit. 96, §§ 1º, 7º, 8º, 9º e 14, e liv. 1º, tit. 88, §§ 4º, 6º e 8º.*

Nos casos de não haver conjugue sobrevivente, será cabeça de casal o herdeiro de probidade que com o finado residia; em falta de alguém nestas condições, outro qualquer, na conformidade do que ensina o autor na nota supra.

Para que o conjugue sobrevivente possa ficar como cabeça de casal é preciso que o matrimonio tenha sido consummado; que ao tempo em que se finou o premorto vivesse o sobrevivente com elle em casa teúdo e manteúdo. No caso de separação por sentença obtida em juizo competente, cessa a regra da Ord. do liv. 4º, tit. 95, para qualquer dos conjugues arrogar-se a posse do casal, se ambos motivarão o divorcio; e na hypothese de ser este proveniente da culpa de um só delles, sobre



esse recahe a perda do direito de ficar em posse da herança.—*Val., Partit., cap. 6º, n. 46 e segs., e Ram. Instit. Orphan., not. 608.* O matrimonio putativo produz os efeitos do regular, quanto a conferir ao conjuge sobrevivente a posse de cabeça de casal. — *B. Carn., vol. 2º, § 130, ns. 4, 5, 6 e 7. C. da Rocha, § 474; Men. Juiz. Divis., cap. 2º, § 5º; Pereira e Sousa, Linh. Civ., not. 1021 ao § 501; Secco, Orphan., Prat., parte I, cap. 3º, sec. 1ª, art. 77; Consol. das Leis Civ., arts. 148 e 149.* Não perde a mulher a posse da herança pelo facto de passar a segundas nupcias.—*Val., Part., cap. 6º, ns. 60 e 61.* Passa, porém, tal posse a ser exercitada pelo segundo marido, com quanto o facto de exigir-se a citação de ambos para o inventario do primeiro casal, praxe adoptada em alguns juizes, tenha parecido a alguns indicar a conservação da posse de cabeça do primeiro casal na mulher.—*Dir. 13, 768.* Sômente nos bens communs e partiveis tem lugar a posse da Ord. do liv. 4º, tit. 95: *Consol. da Leis Civ., art. 152, Ord. cit., § 4º;* de onde se segue que o conjuge sobrevivente não tem direito de ficar como cabeça de casal, quando o seu casamento com o finado houvesse sido realizado por dota e arrhas, ou com qualquer outro contrato exclusivo ou limitativo da communhão de bens: *Menezes., Juiz. Divis., loc. cit., not. 1ª; Secco, obr. e loc. cit., not. 195; B. Carn., loc. cit. ns. 8 e seguintes, Val.; Partit., cap. 6º, ns. 34 e 35;* salvo o caso de estipulação expressa nesse sentido feita na escriptura ante-nupcial.—*Val., loc. cit., n. 42, e Ram., Orphan. Prat., § 87, n. 1.*

Vidi tamen aliquando maximo connatu contendit inter viros doctos, quod ea clausula censeatur apposita, licet non apponatur in instrumentis, eo quod solita sit apponi de consuetudine notariorum ex illo generali, clausulas apponi solitos de stylo curiæ, censeri adjectos, licet ommittantur et notarius semper præsumitur rogatus a partibus, ut clausulas consuetas apponat.—*Val., Partit. cap. 6, ns. 43 a 45.—Vid. Phebo, parte I, aresto 18.*

O Dr. Secco na sua obra acima citada reclama contra a confusão que se tem feito das duas funcções de *cabeça de casal* e *inventariante*. Para se conhecer que estas expressões têm significações juridicas diversas, diz elle (nota 193), basta notar que cabeça de casal (o mesmo que chefe, o primeiro, o principal do casal da familia) não pôde ser um estranho, que não seja herdeiro e da familia desse casal, condição que não é necessaria no inventariante, cujo termo nada mais significa nem importa senão a pessoa incumbida de assentar os bens, de os dar á arrecadação, ao inventario, independente da qualidade de *herdeiro*, qualidade essa que é essencial no cabeça de casal propriamente dito, segundo se deduz da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4, e liv. 4º, tit. 95 e tit. 96, §§ 4º, 8º e 9º.... Todo o cabeça de casal é inventariante, mas nem todo o inventariante é cabeça de casal.

No caso de ser menor o unico herdeiro existente, quem deve ser nomeado cabeça de casal?

São os autores concordes em decidir que deve neste caso recahir a designação de inventariante e cabeça de casal sobre o tutor. — *Secco, loc. cit., art. 75, n. 5; Menez., ob. cit., §5º, e Cod. Civ. Port., art. 2069.*

O herdeiro que estiver na posse da herança deve ser mantido nella, podendo os outros requerer-lhe partilha, mas não com possessão material dos bens. Entende-se que isto procede no caso de igualdade de direitos, e quando o herdeiro que estiver na posse não fôr parente mais proximo, ou que estiver em melhores condições para ser cabeça de casal. é o que se deduz da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 14.

Quando o herdeiro, a quem competir ficar como cabeça de casal, fôr mulher e casada, ficará ella mesma, ou o marido, como inventariante?

O marido, diz *Secco*: 1º, porque é o chefe da casa e absorve os direitos da mulher; 2º, porque o marido, como meeiro ordinariamente, ou pelo menos interessado nos rendimentos da herança, quando meeiro não seja, sempre é herdeiro por cabeça da mulher; 3º, porque não é a mulher que ha de estar em juizo, mas o marido, que pelo menos a ha de assistir.

Tem, pois, o cabeça de casal a posse e administração dos bens da herança; são protegidas essa posse e administração pelos remedios possessorios, empregaveis mesmo contra o herdeiro que apossar-se de bens do espolio, sob o pretexto de serem equivalentes ao valor da sua quota hereditaria, que é aliás indeterminada, achando-se a herança *pro-indiviso*. Vid. nota 64.

Póde o cabeça de casal demandar e ser demandada independente da citação e assistencia dos herdeiros?

Distinguem os escriptores o caso de ser o marido o conjuge sobrevivente e cabeça de casal, do em que é cabeça de casal a mulher.

No primeiro caso entendem que sem a assistencia e citação dos herdeiros póde o marido, cabeça de casal, demandar e ser demandado, e isto porque na constancia do matrimonio é o marido quem representa os interesses do casal e defende judicialmente os seus direitos, sem para isso necessitar do assenso de pessoa alguma; ora, segundo as proprias expressões da Ord., liv. 4º, tit. 95, princ., o marido, na posição de cabeça de casal, continúa na *posse velha* que tinha na constancia do matrimonio; parece, pois, que deve continuar a exercitar os direitos que no estado de casado lhe dava a posição de chefe da sociedade conjugal, convindo notar que, quer demande, quer seja demandado, no caso de vencer o pleito, esta vantagem aproveita a todos os herdeiros, ao passo que, no caso de perda da demanda, não ficam aquelles obrigados pelo insuccesso da causa do cabeça de casal.

A mulher, porém, só entra na posse e administração dos bens por fallecimento do marido: não são, pois, identicas as circumstancias.

Não são uniformes os AA. na solução da questão.

C. da Rocha distingue a hypothese de acção nova da do proseguimento de acção já intentada ou iniciada em vida do conjuge fallecido.

No primeiro caso, diz elle, sendo demandado o cabeça de casal, homem ou mulher, por dividas *ou por outra qualquer acção*, pôde defendê-la; no caso de ser absolvido, a sentença aproveita a todos, mas no caso de condemnação esta não obriga os coherdeiros que não forão ouvidos. Emquanto ás acções, sustenta o mesmo escriptor que o cabeça de casal pôde intental-as, ainda que tenha unicamente por fundamento a utilidade do casal.

Quando, porém, as acções já estiverem pendentes no tempo do defuncto, para que o cabeça de casal possa proseguir nellas, faz-se preciso o assentimento dos demais herdeiros

C. da Rocha dá como fundamento desta opinião o facto de ser o cabeça de casal collocado pela lei, na posição de administrador da massa commum, posição essa que bem corresponde a de um procurador ou mandatario legal. — *C. da Rocha, 2º vol., not. U ao § 475.* Em seu apoio cita B. Carneiro, vol. 2º, § 131, n. 6 e segs., e Val., cons. 128, n. 4, ibi: *Et hinc excet practica regni, quod uxor, quæ manet in capite et possessione casalis, conveniri possit pro oneribus defuncti solvendis, etc.*

No seu tratado de Part. opina Val. do seguinte modo: *Ista verò possessio et caput familie non operatur, nisi illos tantum effectus, quos refert lex regia, non verò quod possit nomine omnium hæredum lites movere, et creditores convenire, vel ab illis conveniri, unò omnes citandi sunt, et ito servat verior praxis licet aliqui renitentur, et ad omnia uxores existentes in capite casalis admittant, tam ad agendum, quam ad respondendum, etc.*

*Moraes, Execut., cap. 6, n. 54,* estabelece a distincção reproduzida por C. da Rocha:

*Facienda est distinctio inter casum, quo lis fuit defuncto contestata, et inter casum quo lis de novo incipit adversus conjugem superstitem: et primo casu cum defunctus sit obligatus instantiæ, illaque in omnes ejus transierit hæredes cuncti citandi sunt; secus in secundó casu, in quo sufficet possessorem casalis convenire juxta distinctio-nem, etc.*

Veja-se igualmente Phebo, Aresto 1º e 18, parte I, e Guerreiro de Divis., liv. 6º, cap. 12, ns. 14 e 15, ibi: *ampliatur tertio, ut adeo vera sit, quod possit mulier, dum est in capite, et possessione casalis, exigere debito a debitoribus, et recipere fructus, etc.* — *Ampliatur quarto, ut adeo vera sit, ut possit uxor a creditoribus conveniri, ut docet.* — *Valasco.*

No entanto, B. Carneiro attesta ser praxe do seu tempo poder o cabeça de casal demandar e ser demandado independente de assentimento dos co-herdeiros: § 131, n. 6.

No modernò direito portuguez o cabeça de casal pôde accionar para cobrança de dividas, salvo a qualquer herdeiro o direito de intervir no processo: *Art. 2083 do Cod. Civ. Port.*; não poderá, porém, ser de-

mandado sem citação dos herdeiros, quer se trate de questão de domínio, quer de dividas da herança.—*Art. 2084, cit. Cod.*

O tribunal da relação da cõrte decidiu em *Acc. do 1º de Fevereiro de 1875* que o inventariante só pôde accionar e ser accionado *in solidum* nas acções possessórias. — (*Dir. 10, 541*). Em *Acc. de 20 de Maio de 1870* já havia decidido o mesmo tribunal que o inventariante não pôde ser accionado *in solidum*, pelas dividas do casal.

O testamenteiro, pessoa estranha á herança, nomeado inventariante e tutor de orphãos instituidos herdeiros, prefere, para o cargo de inventariante, ao herdeiro legitimo, que não se achava, porém, na posse da herança, nem em companhia do finado, na época da morte deste?

O estreito espaço de uma nota, na qual somos forçados a usar da maior concisão, não nos permittindo dar o necessario desenvolvimento á questão, limitar-nos-hemos a estabelecer algumas proposições, que procuraremos demonstrar succintamente.

1.<sup>a</sup> A lei garante ao conjuge sobrevivivo, e aos herdeiros na ordem successoria, o cargo de inventariante, como cabeças de casal: a vontade do testador é impotente para abrir excepção a este preceito.

2.<sup>a</sup> A posse deferida ao herdeiro por força do alvará de 9 de Novembro de 1754 é sufficiente para garantir-lhe a posição de cabeça de casal.

3.<sup>a</sup> O ter vivido com o finado, e achar-se em companhia d'elle na época do fallecimento, não estabelece, em referencia á posição de cabeça de casal e cargo de inventariante, direito de preferencia de um herdeiro sobre os outros.

4.<sup>a</sup> Tal preferencia firma-se, depois do *Alv. de 1754*, unicamente pela maior idoneidade do herdeiro.

#### PRIMEIRA PROPOSIÇÃO

Quanto ao conjuge:

Que a lei garante ao conjuge sobrevivente a posse da herança e o cargo de cabeça de casal, quer seja elle o marido ou a mulher, é preceito imperativo da *Ord. do liv. 4º, tit. 95*, com duas limitações apenas:

a) Quanto á mulher: — a de viver com o finado marido, ao tempo da morte deste, em casa teúda e manteúda. como marido e mulher.

b) Quanto a ambos: a de serem os bens communicaveis. — *Ord. cit. pr. e §§ 1º e 3.º* — *Veij. tit. 95 pr. e §§ 1º, 7º. 8º e 15; liv. 1º, tit. 88. §§ 4º, 6º e 8º: Val., Par'it. cap. 6º; Guerreiro, de Division, liv. 6º, cap. 12; Phebo, parte I, aresto 83, e parte II, aresto 11 e 12; Ram, Inst. Orphan., §§ 83 e 87; Prompt. das Leis Civ., verb. cabeça de casal; Seco, Orph. Prat., arts. 75 a 77 e notas; Cod. Civ. Port., arts. 2038, n. 1, etc., etc.*

Põde-se vêr o mais que expuzemos detidamente no começo desta nota, e o expellido pelo A. na nota 59.

Quanto aos herdeiros :

A lei ligou o cargo de cabeça de casal á qualidade hereditaria, como já e dissemos supra.—*Ord. do Liv. 4º, tit. 96; Val. Partit., cap. 4º, ns. 1, 2, 10, 14 e 21; Secco, art. 77, § 1º, ns. 2, 3 e 4; C. da Rocha, § 474; Cod. Civ. Port., arts. 2068 e 2070.*

Sómente na falta de herdeiros pôde caber o cargo a estranhos, por de signação do juizo ou quando o unico herdeiro nomeado houver incorrido em causa justa e provada de remoção.—*Secco, cit. loc., n. 6; Menez., Juizos Divis., cap. 2º, § 5º, notas; Ram. Inst. Orphan., § 89 e notas.*

Ainda quando nenhum herdeiro, mas sim um extranho, esteja na posse da herança, deve este ceder áquelle, o qual tem o direito de usar dos interdictos recuperatorios para haver a detenção material dos bens, dos quaes já se acha na posse legal.—*Alv. de 9 de Novembro de 1754 e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.*

Se a autoridade judicial não pôde alterar esta ordem e nomear estranhos para o cargo de inventariante e cabeça de casal, porque importa isso esbulho contra o herdeiro, que tem por lei a posse civil, com effeitos da natural, isto é, uma posse tão perfeita como se tivesse a detenção material, pois tem o uso dos interdictos (effeito da posse natural) e a usucapião (effeito da posse civil): *Savigny, Posse, § 10, pag 122, 7ª edicç.; Morillot, Cond. de l'Epoux Surv., pag. 130; Macheldey, § 245, ns. 1 e 2:* como pôde fazê-lo o testador, que em suas manifestações de ultima vontade tem, como limite á plena liberdade dispositiva, o conformar-se em suas instituições com os preceitos da lei, sob pena de serem ellas havidas como não escriptas? *Furgole, Trait. des Testam., vol. 2º, cap. 7º, secç. 2ª, n. 24; L. 112, D., de legat et fideicom; L., 14, D. de condit. Instit.; L. 37, D., de condit et demont.* Tão segura é a posse do Alv. de 1754, que os nossos tribunaes têm levado as conclusões della ao ponto de acreditar os herdeiros escriptos e legitimos, e a viuva meeira (*Ord. cit., tit. 95; lei de 17 de Agosto de 1767, § 7º*), autorisados em virtude della a hypothecar os bens da herança ainda *pro indiviso*. — *Accordãos da Rel. da côrte de 23 de Novembro de 1872 e de 2 de Dezembro de 1873, do Sup. Trib. de Just. de 17 de Junho de 1874* (que negou revista).

*Segunda proposição* — « A detenção nua, sem a vontade de ter a causa como propria, não dá a posse; nem tão pouco a vontade só, sem a detenção ». — *Lafayette, Dir. das Cous., § 12, vol. 1.º*

A posse só pôde, em regra, ser constituída pelos dous elementos, que são os seus meios de aquisição: o facto material da apprehensão (*corpus possessionis*), e o facto espirital da intenção de apropriar-se da cousa (*animus rem sibi habendi*). — *Lafayette, obra cit., § 9º; Savigny, Posse, § 2º, pag. 313; Didier Pailhé, Dir. Rom., cap. 4º, § 1º; Von Wetter, Dir. Rom., § 142, etc.*

*Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, neque per se corpore.* — *L. 3ª, § 1º, D. de adq vel amitt. posses.*

Possessionem adquirimus et animo et corpore, sed nudo animo quidem adipisci possessionem non possumus. — *Paul. Sent., liv. 5º, tit. 2º, § 1º*

Nos casos da abertura da successão, se estava ausente o herdeiro, dava-se o facto da vaccancia de bens, por estar finda a posse do defuncto, e não ter ainda começado a daquelle. Se um terceiro apparecia e se apossava dos bens, não tinha o herdeiro o recurso dos *interdictos*, pois não se dera tirada da posse; para recuperar o espolio, restava-lhe unicamente o recurso das acções de reivindicação e publiciana, meios lentos e de exito mais que duvidoso, por isso que visavão á prova da propriedade do herdeiro.

A desprotecção a direitos irrecusaveis era clamorosa, como se vé; por outro lado, porém, o rigor dos principios, tão zelosamente guardado então, não autorisava a concessão dos meios recuperatorios da posse. Recorreu-se a um dos muitos *desvios* de que se lançava então mão, para illudir a extrema severidade do direito; admittio-se que a usucapião, em favor de bens da herança, perdurava apesar da morte do possuidor e não existencia da nova posse do herdeiro, e concedeu-se a este a *hereditatis petitio*, que preenchia os fins de uma verdadeira acção possessoria. — *Ihering, Prot. Poss., trad. de Meulenaere, pag. 79 e 83.*

Na verdade:

a) Dirigia-se ella, não contra o terceiro, que detinha a herança por qualquer titulo, mas unicamente *pro herede vel pro possessore*. *Ihering, obra cit., pag. 82.*

b) Por meio d'ella visava o herdeiro não mais a prova da sua propriedade, isto é, do direito; mas da *detenção de facto*; não sómente da *posse juridica*, porém do simples *detentio*: — *Et non tantum hereditaria corpora, sed et quæ non sunt hæreditariæ, quorum tamen periculum ad heredem pertinent: ut res pignori datæ defuncto, etc.* — *L. 19, princ., D. de hæreditatis petitione.*

c) Em virtude della mantinha-se em favor do herdeiro a usucapião, que não se interrompêra com a morte do de *cujus* e era-lhe garantida a protecção possessoria. — *Ihering, obra cit., pag. 80 e 81.*

A posse correspondia aqui ao estado da integridade das cousas e bens componentes da herança. *Si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper in hereditate coloni manserit. L. 40, § 1º, D. de adq. vel amitt. posses.* Faltava a verdadeira posse, porém não a idéa da posse. *Ihering, loc. cit.*

Era, pois, considerada sob esta face, a *hereditatis petitio* um *interdicto adipiscendæ possessionis*.

Tornar-se-ha mais claro o pensamento de *Ihering* com a transcripção dos seguintes trechos:

Si le fermier est expulsé du vivant du bailleur, celui-ci a contre le *deficiens* l'interdit *unde vi*; si l'expulsion se fait après sa mort, son

héritier a la pétition d'hérédité. — Pour les deux actions la preuve de la possession suffit. . . Mais adiante, pag. 117, acrescenta elle: J'ai mis en relief, plus haut, la fonction possessoire de l'*hereditatis petitio*; ce que j'en ai dit s'applique aussi aux interdits *adipiscendæ possessionis* de l'héritier, c'est à dire a l'interdict *quorum bonorum, quod legatorum et au remedium ex lege ult. cod. de edicto Divi Hadriani tollendo*.

O herdeiro tinha, pois, remedios possessorios contra todas as pessoas que se apropriassem das cousas hereditarias; o interdicto *quod legatorum* contra o que se apropriasse, allegando direito a um legado pretendido ou real, a *hereditatis petitio*, o *interdictum quorum bonorum* e o *remedium ex leg. de edict.*, etc., contra os que se apropriassem em virtude de um pretenso direito hereditario, ou sem direito algum. Todos estes recursos são interdictos *adipiscendæ*, visando a posse do fallecido, que é o objecto da prova que tem a dar o herdeiro, e não a propriedade deste, como no antigo direito.

Convem notar, no entanto, que o fim da *hereditatis petitio* não foi unica e exclusivamente garantir ao herdeiro os effeitos dos remedios possessorios; o facto, porém, incontestavel é que ella facultava-lhe o mesmo resultado que estes, e, ainda mais, adquiria para o herdeiro, como já fizemos vêr, não sómente as cousas que estavam na posse do defunto, como ainda as que elle apenas *detinha alieno nomine*, como as emprestadas, penhoradas, etc. *L. 19, de hered. petit., cit.*

Sentimos profundamente que a estreiteza do espaço não nos permitta maiores desenvolvimentos sobre o assumpto. A obra de Ihering, incontestavelmente um dos primores da elaboração scientifica da Allemanha, está ao alcance de todos e pôde ser consultada.

As leis modernas concederão ao herdeiro a posse completa dos bens da herança, independente do acto material da apprehensão.

A generalidade dos codigos das nações cultas, á imitação do Codigo Napoleão, adoptou na transmissão da posse hereditaria o principio seguido pelo alvará de 9 de Novembro de 1754.

A esta transmissão da posse dos bens da herança, com todos os effeitos regulares, que se opéra na pessoa do herdeiro, independente de qualqueur acto de apprehensão material, chamarão os francezes *saisine héréditaire*.

Quer originaria do direito germanico, fundando-se na co-propriedade dos membros de uma mesma familia, quer obra dos legistas da média idade, para arrancar aos senhores feudaes a faculdade da investidura da posse dos bens dos vassallos fallecidos, que elles julgavão-se com direito a fazer nas pessoas dos herdeiros destes, com o fundamento de serem senhores directos de todõs os terrenos, dos quaes os vassallos apenas tinham o dominio util, seja como fôr, dizemos nós, a verdade é que em ambos os direitos, germanico e feudal, a principal razão da *saisine*, foi remediar o caso de ficar a propriedade sem repre-

sentante, quando fallecia o possuidor, até que aquelle que devia recolher a herança fosse publica e solemnemente empossado (*ensaisiné*) della, pela communa, na Germania; pelo senhor feudal, na França da idade média.

O meio foi lançar-se mão de uma ficção.

Na Germania consistio ella em suppôr-se que os parentes proximos do defunto erão immediatamente reconhecidos e empossados pela communa desde o instante da morte.

No direito feudal da França, segundo o qual a transmissão dos bens operava-se por tradição solemnne e fórmulas especiaes, e com autoridade do senhor feudal, como já o dissemos, consistia a ficção em suppôr-se que toda a pessoa que fallecia, transferia no leito da morte a posse de seus bens ao parente mais proximo apto para succeder-lhe, de onde proveio a maxima: — *le mort saisit le vif*.

Charondas explicava assim a regra: — *le mort saisit le vif, c'est á dire, le rend et le fait possesseur*.

Hæres succedit in possessionem defuncti, quæ transfertur in eum sicut et dominium, diz Paulo de Castres; e Tiraqueau, que escreveu um tratado sobre a citada maxima, diz: Mortuus facit possessorem vivum *sine ulla apprehensione*; o costume da Normandia dizia: *sans ministère de fait*.

Nesta época, porém, tinha ainda a *saisine* immediata da posse um character de ficção, com quanto admittida em quasi todos os *costumes* da França, e mesmo nas provincias de direito escripto.

O que ha de mais notavel é que, com quanto o direito romano não admittisse essa ficção, foi, todavia, argumentando com o § 2º da Instituta de hered. qualit. et diff. e § 3º de hæredit. quæ ab intest., que os legistas da idade média conseguirão subtrahir á investidura da posse do senhor feudal as successões em linha recta descendente. — *Demolombe, vol. 13, n. 128*.

A maxima *le mort saisit le vif* encontrou alguma resistencia nos jurisconsultos francezes, imbuidos do rigorismo juridico do direito; mas o principio da transmissão da posse hereditaria de que ella era, por assim dizer, o apophtegma, passou para o art. 724 do Cod. Nap., que, dando-lhe sancção legal, despio-a do character de ficção, que tinha no direito antigo. — *Ce n'est plus le mort qui est censé saisir le vif, c'est la loi elle-même qui de plein droit et de toute sa puissance saisit les héritiers qu'elle appelle*. — *Demolombe, vol. cit., n. 130*. Um dos effeitos que produz no direito francez a *saisine* de que trata o art. 724 do Cod. Nap., é a acquisição immediata, *à die martis*, da posse, sem factio algum de apprehensão: é este o effeito proprio e caracteristico da *saisine* legal hereditaria, pelo que pôde o herdeiro metter-se, immediatamente após a abertura da successão, na posse dos bens; ou plutôt, la loi elle-même, de *plein droit*, et lors même qu'il ignorerait l'ouverture de la succession et sa vocation héréditaire, l'investit de



l'hérédité; elle ne l'invite pas seulement à y venir, à y entrer....  
*ad... ire; elle fait plus! elle l'ytransporte! elle le place au milieu  
 même de la succession!—Demolombe, vol. 13, n. 133.*

Compete igualmente ao herdeiro o uso de todas as acções.

Même les actions possessoires; et ceci surtout est notable! car la possession, comme disait à ce sujet Pothier, est une chose de fait, qui ne peut pas s'acquérir san apprehension.

Mais c'est que la possession du defunt devient instantanément la possession de l'héritier lui-même, qui lui succède. Vide *Demol.*, vol. 13, ns. 124 a 133, e *Zachariæ*, Vergé et Massé, vol. 2º, § 376.

A transmissão da posse hereditaria, sem apprehensão, qual a estabelecceu o art. 724 do Cod. Nap. vé-se igualmente sancionada nas disposições dos arts. 722 do Cod. Civ. Chileno, 483 do Cod. Civ. Port., e 925 e 926 do Cod. Civ. Italiano.

L'erede succede *ipso jure*, ed a sua stessa insaputa, non solamente nella proprietà, má ancora nel possesso stesso che aveva il defunto; e puó in consequenza esercitare le azioni possessorie dal medesimo prima d'avere preso di fatto il possesso degli aggetti ereditarii.—*Cattaneo é Borda*, vol. 2º, pag. 635. Vej. sobre os cits. arts. do Cod. italiano as annot. destes AA.

O alvará de 9 de Novembro de 1754 não merece, pois, privilegio de inventor da theoria da transmissão da posse hereditaria, unicamente pela da posse civil, a qual terá todos os effeitos da posse natural, sem que seja necessario que esta se tome; ou como se diz no assento de 1786: *com toda a força de posse, tomada corporal e civilmente.*

O direito germanico, o direito costumeiro francez, e, segundo, o attestão Cattaneo e Borda (annot. ao Cod. Civ. Ital.), o direito de muitos lugares da Italia, desde 1560, a admittião.

Nem mesmo no direito portuguez tinha o cunho da novidade essa transmissão da posse por força da lei.

A Ord. do liv. 4º, tit. 95, deferia á mulher a posse dos bens do casal, no caso do fallecimento do marido, quando o casamento havia sido segundo o regimen da communhão. Nem se objecte que a lei exigia a presença da mulher (*verbis—se com elle ao tempo da morte vivia, etc.: Ord. cit.*), parecendo assim tornar necessaria por parte desta a apprehensão material dos bens para operar-se a transmissão da posse; o que o preceito da lei impunha como condição era que a mulher não estivesse divorciada do marido, de facto ou legalmente; a ausencia della do tecto conjugal não impedia a aquisição da posse *à die mortis*, e se alguém, aproveitando-se dessa ausencia, se apossasse da herança, tinha ella o remedio possessorio, independente da tomada material da posse dos bens.

E' esta a intelligencia consagrada na lei de 17 de Agosto de 1767, § 7º, que denomina essa posse que tem a viuva — *civilissima*. — Aqui a posse civilissima é tomada na accepção de posse que se adquire

por simples decreto da lei, sem necessidade da apprehensão material. *Lafayette, Dir. das Cousas, 1º vol., § 8º, not. 7.ª* Ora a mulher, pelo facto de viver em companhia do marido, e em contacto com os bens, não tinha a posse destes; logo, adquiria-a unicamente depois da morte do marido, o que só podia ter lugar por acto da lei, pois que, o fallecido não lh'a podia transmittir.

Em varias disposições da nossa legislação encentra-se referencia a essa *posse civil*, deferida, com os effeitos da *natural*, como, por exemplo, no art. 597 do Regul. n. 737 de 1850.

« O interdicto *adipiscendæ possessionis* é totalmente desconhecido no nosso direito, e nem d'elle carecemos.

« Alguns dos nossos escriptores entendem que é elle applicavel no caso da *posse civil* que do defunto passa aos herdeiros.

« Este modo de vér é incorrecto e está em manifesta contradicção com as disposições do Alv. de 9 de Novembro de 1754 e as declarações do assento de 16 de Fevereiro de 1786.

« A posse civil do defunto passa aos herdeiros, segundo a dita lei e Ass., com todos os effeitos da *posse natural*, sem necessidade de ser corporalmente tomada.

« E' portanto, fóra de toda a duvida que o herdeiro *adquire* a posse pelo simples facto da morte do autor da herança, de modo que a citada lei não faz senão crear um modo especial de *acquisição* da posse. Assim, que o herdeiro não tem necessidade de adquirir a posse por acto proprio, porque elle a *adquire* por força da lei.

« Desta intelligencia da lei, cuja verdade não pôde ser contestada, resulta:

« 1 — Que o interdicto *adipiscendæ possessionis* é absolutamente inapplicavel ao caso vertente, *porque o herdeiro já adquirio a posse pela morte do autor da herança*, e, pois, não carece de acção para adquiril-a: o dito interdicto não teria objecto.

« 2 — Que o herdeiro, tendo *adquirido* a posse civil com todos os effeitos do natural, *póde no caso de turbação ou esbulho, mesmo occorrido em vida do defunto*, invocar, como qualquer outro possuidor, os interdictos ou *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*.» — *Lafayette, Dir. das Cousas, not. 4ª ao § 18, 1º vol.*

Que completa e profunda exegese do alvará de 9 de Novembro de 1754!

A posse do Alv. de 1754, dando ao herdeiro os *interdictos* e a *usucapião*, é a unica posse necessaria para firmar no nosso direito a qualidade de cabeça de casal, e por consequinte a de inventariante que lhe é inherente.

#### TERCEIRA E QUARTA PROPOSIÇÕES

A convivencia do herdeiro com o finado, não produzia em favor

## § 25

Se não comparece, depois de nomeado e notificado, pôde o juiz constrangê-lo a isso pelos meios legitimos (60).

(60) Não comparecendo o cabeça de casal no termo que se

daquelle preferencia alguma ao cargo de cabeça de casal, mesmo no dominio do direito das OOrdd., quanto á transmissão da posse hereditaria, se elle por qualquer circumstancia, por ser incapaz, por exemplo, não podesse entrar na posse dos bens, exigida pela lei, *ord. do liv. 4º tit. 96, §§ 8º, 9º, 10, 14 e 15*; desde, porém, que o Alv. confere a todos os herdeiros a *compossessio*, isto é, a posse a cada um de uma parte abstracta do espolio *pro-indiviso*; *Mackeldey, § 247*; *Lafayette, Dir. das Cous., § 7º, not. 4ª*; a convivencia com o finado não é o *criterium* para a preferencia ao cargo de cabeça de casal e inventariante, mas sim a maior idoneidade do herdeiro. Temos visto allegar, que a razão da preferencia está na supposição de maior conhecimento dos bens da parte do que conviveu sempre com o finado. Esse conhecimento, que pôde ser adquirido em muito pouco tempo de administração, não firma preferencia, a menos que se não admitta que a deve trazer mesmo ao herdeiro menos idoneo, considerando-se tal facto como supprimento de idoneidade, o que seria uma excentricidade que a doutrina não pôde de modo algum aceitar.

Desde que a convivencia do herdeiro com o finado não dá áquelle compossessão dos bens, pois este só e unicamente é quem tem a posse, não pôdem deixar de ser aceitos, como verdadeiros, depois do alvará de 1754 e Ass. de 1786, os principios acima estabelecidos.

Tirar o juiz a posse ao herdeiro legitimo e mais idoneo, para dal-a ao testamentario sob o pretexto de haver sido nomeado inventariante no testamento, e tutor de orphãos, os quaes, na qualidade de herdeiros escritos tambem têm a posse do Alv., sem considerar que o primeiro exerce a posse por si, isto é, exercita pessoalmente o seu direito, ao passo que os menores vão fazê-lo por outrem, o que sómente é concedido, na contingencia possivel de passar a posse a estranhos: é um esbulho official, tanto mais deploravel e clamoroso, quanto a nossa legislação não concede, como a romana, ao esbulhado os recursos da *actio momentariæ possessionis* contra a tirada da posse feita por subreção, embora judicial, e o do interdicto *unde vi* contra as execuções illegaes da autoridade em materia possessoria.— *Ihering, Prot., Posses, pag. 107 a 108 e not. 122*

Em prol da opinião que deixamos expendida, como resposta á questão proposta, podemos citar o Acc. da Rel. da córte de 5 de Abril de 1870, e sent. inserta no *Dir.*, vol. 5º, pag. 73.

## § 26

Comparecendo, defere-se-lhe juramento (61), para fazer

lhe assigna, procede-se a sequestro nos bens da herança, o qual se não levanta, ainda no caso de se offerecer fiador idoneo: Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 13. Pela falta de comparecimento julga-se tambem a notificação por sentença; e, ou se procede á revelia, ou se nomêa outro cabeça de casal para descrever os bens (b).

(61) Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 4.º E' controverso se o cabeça de casal póde prestar este juramento por procurador? O nosso Guerreiro, no Trat. 1.º, liv. 1.º, cap. 8.º, n. 15, seguindo a Peg. á Ord. do liv. 1.º, tit. 87, assenta que não, fundado em que a cit. Ord. requer *profórma* que o inventariante jure em pessoa, para que o juramento lhe estimule a consciencia. O contrario, porém, defende o senador *Oliveira* em uma nota que traz o repertório, aonde, depois de citar aquelle lugar de *Guerreiro*, accrescenta: *A quo tamen cavendo censeo, dum sequendo sententiam Peg. censet ejusmodi juramentum non posse præstari per procuratorem, quod nullo jure probatur.* Esta razão do dito senador *Oliveira* é desmentida pela cit. Ord., que, bem reflectida, exige o juramento pessoal daquelle em cujo poder ficarem os bens; e por isso, e pelas outras razões dadas por *Stryk* de Cautel, *Juram.* parte II, secç. 1.ª, cap. 4.º, n. 313 e seguintes, é melhor e mais conforme com a lei, e com o direito, a opinião do cit. *Guerreiro*, tão bem sustentada com solidos fundamentos por *Almeida e Souza*, no *Fasc. de Dissert. Juridico Praticas*, dissert. 1. Se o cabeça de casal deve prestar pessoalmente este juramento, tambem o juiz lh'o deve pessoalmente deferir, porque sendo a pessoa eleita para semelhante acto não póde commettê-lo a

(b) E' appellavel o despacho de remoção de inventariante; nas comarcas geraes é elle, pois, da competencia dos juizes de direito, e nas especiaes da do que substitue cumulativamente outra vara, e não da do substituto desta.—*Acc. da Rel. da côrte, 26 de de Junho de 1877.* (*Dir.* 13, 718).

A destituição de inventariante não póde ter lugar depois de encerrado o inventario — (*Dir.* 14, 787).

E' appellavel, por causar gravame irreparavel, o despacho que destitue a viuva do cargo de inventariante.— *Accs. da Rel. de S. Paulo de 24 de Abril e de 28 de Agosto de 1877 e do S. T. de Just. de 28 de Junho de 1878, (Dir. 17—265).*

debaixo delle a descripção dos bens e as declarações indispensaveis (62).

outra qualquer: *Frag.*, p. 1, liv. 4º, disp. 10, n. 119; *Guerreiro*, *Trat.* 1º, liv. 1º cap. 8.; n. 8., *Peg.* á Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 8, n. 12. Deve, portanto, desterrar-se, como contraria á lei, a pratica de se commetter ao escrivão a faculdade de deferir este juramento, *Almeida e Souz.*, cit. dissert., § 9, ainda naquelles juizos em que isto está em costume, pois que um costume tal é dos que se achão justamente reprovados pela lei de 18 de Agosto de 1769 (c).

(62) O cabeça de casal deve declarar o dia do fallecimento do inventariado; se fez testamento; quaes os herdeiros que lhe ficarão, seus nomes, idades e estados. Todas estas declarações são de absoluta necessidade, e todas se devem escrever em um auto, ou termo lançado no inventario pelo escrivão, e assignado pelo juiz e pelo dito cabeça de casal.

(c)—O juramento, em regra, deve ser pessoal; sendo um grave compromisso de consciencia, parece que sómente a propria pessoa que o contrahe é apta para prestal-o: *Absurdum jurandi modum esse dicit, qui fit in animum vel conscientiam alterius, quoniam ipsum juramentum aliquod personalissimum est*, como diz *Ant. Math.* A razão de duvida, porém, é a seguinte:

Com quanto o juramento traga o compromisso para a pessoa que o presta, todavia tem-se admittido a prestação do juramento por procurador; neste caso exige-se, porém, o mandato especial para tal fim.

Ora, podendo todos os actos civis praticar-se por procuração, e podendo o juramento ser prestado por procurador, desde que este o seja com mandato especial, porque não se ha de observar o mesmo no juramento do inventariante?

Como se vê na nota supra do autor, as acreditadas opiniões de *Guerreiro*, *Pegas* e *Strykio* são pela negativa, apresentando-se pela affirmativa a do senador *Oliveira*.

A primeira destas opiniões é a que tem vigorado, e a que nos parece sustentavel em face da disposição da Ord. liv. 1º, tit. 88, § 4º. Diz ella: « E (o juiz) dará juramento á pessoa em cujo poder ficarem os ditos bens, que faça inventario de todos elles, bem e verdadeiramente, etc. »

Vê-se que a lei exige, que o juramento de inventariante deve ser dado á propria pessoa que estiver de posse dos bens, sem que em qualquer outra parte faça excepção ao rigor deste preceito; ao passo que, nos casos em que permite a prestação do juramento por procurador, o declara expressamente, como se vê no caso de juramento de calum-

## § 27

E' privativa do cabeça de casal a descripção dos bens (63), e fica na posse de todos elles até á partilha (64).

(63) Ord. do liv. 4., tit. 88, § 4.º Nenhum dos herdeiros tem direito a fazer descrever no inventario bens alguns contra a vontade do cabeça de casal, ainda que notoriamente pertença á herança. Não compete, porém, ao cabeça de casal a descripção dos dotes que os co-herdeiros receberão, pois que elles mesmos os devem descrever debaixo de juramento no acto da collação, segundo direi no lugar competente (d).

(64) Ord. do liv. 4.º, tit. 95. Se algum dos herdeiros, ou qual-

nia, de que trata a Ord. do liv. 3.º, tit. 43, aonde no § 3 se dispõe: que, se as partes não estiverem presentes, *poderãõ os seus procuradores fazer os ditos ujuramentos em nome dellas, referindo a ellas as palavras do dito juramento, como acima fica dito; e para isto se fazer è necessario que tenham especial mandado para jurar de calumnia.*

Que é esta a melhor opinião a seguir claramente attestão os mais notaveis escriptores, e a pratica estabelecida desde longa data. Strykio, depois de firmar a regra de que o juramento do inventariante é pessoal, procura apresentar as razões desse preceito da lei... *Quin et iudex facilius præcavere et dissuadere poterit perjurium, ubi ex ipsius principalis vultu et gestibus aliquam hæsitacionem, vel titubacionem animadvertit; malius quoque ipsum principalem de vitando perjuicio admonere potest; quæ admonitio præsentem principali facta magis ipsum movebit, quam ubi in ipsius absentia procurator ad jurandum admittitur. Siquidem procurator quidem principalis nomine jurat, sed non ejus nomine descendit in infernum, etc.*

... E para a factura deste inventario se dá juramento *à parte*, que dá o inventario assignado por ella, e se fór à sua revelia se dá o tal á que dá o inventario, para que debaixo do tal juramento se declarem os bens (Vanguerve, *Pract. Jud.*, parte I, cap 48, n. 12).

O juramento dos inventariantes pôde ser prestado por procurador? Deve ser pessoal (*Cons. das Leis Civ.*, not. 2.ª, ao art. 1142).

Paiva e Pona, na sua *Orph. Pract.*, cap. 2.º, ns. 33 a 40, resolve a questão, depois de citar as opiniões de Peg. á Ord., liv. 1.º, tit. 87, § 8.º, n. 12, e de Escob. de ration, cap. 2.º, n. 19, pelas seguintes palavras:

*Et nota quod per procuratorem non potest jurare qui inventarium conficere tenetur, ut inquit idem Peg. ubi supra vers. resultat, et tempus ad deliberandum, deve o juiz conceder por dez ou quinze dias sómente ob presumptam malitiam* (Loc. cit., n. 40).

## § 28

Não descrevendo exactamente todos os bens da herança,

quer outra pessoa, o perturbar na posse, pôde usar da manutenção ou do interdicto *Unde vi*, quando não queira antes desforçar-se *in continenti*: cit. Ord., § 1.º Perde, porém, o cabeça de casal a posse dos bens se suscitar questões que demorem a partilha por mais de um anno, Ord., liv. 4º, tit. 96, § 12, porque nesse caso é a herança posta em sequestro com todos os seus

Com sobeja razão, diz um autor, ensina Guerreiro, *De Invent.*, no liv. 1º, cap. 2º, n. 75, que o cabeça de casal deve prestar juramento pessoalmente, para que haja de dar á escripta os bens da herança, pois sendo admittido por procurador facilmente se annullarião os inventarios e partilhas. O mesmo mostra, julgado *Mac.*, na *Dec.* 25. Além que o procurador ou outro herdeiro mal saberá os bens que o cabeça de casal deva descrever, ou quaes sejam os propriamente da herança, ou aquelles em que o defunto só tinha parte; e daqui se podem originar mil questões, alheias de semelhantes materias, assaz melindrosas pelo seu objecto, como são os libellos de sonogados, os quaes só se podem intentar depois de sentenciadas as partilhas, etc. *Da Orphanologia*, parte I, cap. 2º, § 32, nota (a).

Não é tambem menos verdade que o juramento deve ser pessoalmente deferido pelo proprio juiz, e não pôde elle dar á pessoa alguma commissão para isso.

Não nos parece aceitavel a opinião de Escob., que cit. Pona, quando pretende mostrar que o que deve regular é a praxe do fóro; semelhante pratica é opposta á letra da Ord., liv. 1º, tit. 88, § 4º, e como tal deve ser condemnada.

Vej. *Ram. Inst. Orphan.*, § 90 e nota e *Leivas*, cap. 1º, § 49.

Vej. *Cod. Civ. Port.*, art. 2073.

(d)—A Ord. citada na nota impõe ao cabeça de casal a obrigação de descrever minuciosa e distinctamente todos os bens que existirem no casal por morte de inventariado, ainda mesmo os bens alheios, devendo, porém, quanto a estes, declarar os nomes das pessoas a quem pertencerem, e como vierão parar ao poder do defunto.

Vej. o *Cod. Civ. Port.*, arts. 2073 a 2078 e *Cod. do Proc. Cit. Arts.* 695 e 696.

E logo dará o juiz juramento dos Santos Evangelhos ao cabeça de casal, dizendo-lhe que bem e verdadeiramente nomêe, e declare todos os bens que nelle ficarão. *P. e Pona*, cap. 2º, n. 8; *Pereira e Souza*, nota 1021 ao § 504; *Vall. de Part.*, cap. 8º, n. 32; *Rot. dos orph.*, parte I, § 31 e nota.

incorre em penas que lhe podem ser demandadas pelos herdeiros (65) e pelos credores do defunto inventariado (66).

rendimentos até á decisão das ditas questões. Não tem lugar o dito sequestro se a demora da partilha fôr motivada pelos outros herdeiros, ou por virtude de provisão régia, concedida pelo tribunal do desembargo do paço, na conformidade da nota 9 (e).

(65) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9. O cabeça de casal que deixa de descrever alguns bens pertencentes á herança, incorre na pena de perder todo o direito que a elles tinha, e na de pagar o duplo de seu valor aos outros coherdeiros. Não incorre, porém, nas ditas penas, antes de comminadas por sentença proferida com conhecimento ordinario. Tambem não incorre nellas: 1º, se a occultação não foi maliciosa, mas filha da ignorancia: *Gama, dec. 184, e Vallasco, de Part., cap. 8, n. 38*; 2º, se os bens occultados, ou não descriptos, não estavam em poder do defunto ao tempo de sua morte, por ser esta circumstancia expressamente requerida pela cit. Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9º; 3º, se erão modicos, em relação á opulencia da herança: *Peg. á Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 9º, n. 25*; e *Guerreiro, Trat. 1º, liv. 1º, cap. 9º, n. 33*. O dolo nunca se presume, e por isso deve ser concludentemente provado. Em duvida, deve presumir-se que a occultação não foi dolosa, e qualquer escusa deve ser attendida: *Rocc., Select., cap. 47, ns. 5 e 21, Bagna, cap. 66., n. 350, e Guerreir., cit. loc.* Sendo com effeito dolosa a occultação, tem lugar as sobreditas penas, ou ella fosse de bens moveis, ou de raiz, ou de dividas activas, pois que todos estes bens fazem parte da herança, e todos elles são mandados descrever pela

(e) *Emtanto que se alguns dos herdeiros, ou legatarios, ou qualquer outra pessoa, tomar posse de alguma cousa da herança depois da morte do marido, sem consentimento da mulher, ella se póde chamar esbulhada, e ser-lhe restituída* (Ord. liv. 4, tit. 95, princ.).

O caso da Ord. liv. 4º, tit. 96, § 12, é uma garantia que a lei concede aos herdeiros, para não soffrerem estes os prejuizos de inventarios demoradissimos, como ha tantos por ahi.—*Cod. Civ. Port., arts. 2082 a 2085 e 2088.*—Veja a nota (a) e *Accs. da Rel. da córte de 23 de Setembro de 1873, de 10 de Fevereiro de 1874, e do Sup. Trib. de Just. de 4 de Julho de 1874.*



Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4.º Emquanto, porém, ás dividas, é necessario que os titulos dellas estivessem em poder do defunto ao tempo de sua morte. Pedem-se aquellas penas por acção ordinaria de sonogados, e com o libello se deve logo ajuntar uma certidão, por onde conste que se não descreverão no inventario os bens que se pedem, e que se dizem occultados maliciosamente: *Peg.* á cit. Ord., § 9º, n. 108, e *Pereira e Souza*, Proc. Civ., not. 1021. Esta acção, pelo que respeita á parte penal, não tem lugar contra os herdeiros do cabeça de casal, que só são obrigados a dar partilha daquillo que tiver augmentado o seu patrimonio indevidamente. Tem lugar nesta acção o juramento *in litem* todas as vezes que, provando-se plenamente a occultação maliciosa, se não provarem comtudo as quantidades occultas: *Vallasco, de Part.*, cap. 8º, n. 37. Não exime da pena, nem o offerecimento feito antes da contestação da lide, nem o protesto que ordinariamente costuma a fazer o cabeça de casal, de dar á carregação todos os bens que lhe forem lembrando. Se este protesto escusasse, jámais poderia ser applicavel a cit. Ord. Ainda que não figurem menores no inventario em que se fez a occultação maliciosa, sempre tem lugar a acção de sonogados em toda a sua extensão, porque a cit. Ord., apesar de tratar dos inventarios em que ha menores, ou pessoas da competencia do juizo dos orphãos, não exclue os outros, antes, por se dar nelles a mesma razão, deve verificar-se a mesma disposição: *Gam.*, dec. 122, e *Vallasco, de Part.*, cap. 8º, ns. 40 e 41. A opinião contraria, apesar de seguida por *Peg.*, cit. loc. n. 11, glos. 13, e ao § 13, n. 106, e por *Frag.*, de Regim. Reip., parte I, liv. 6º, desp. 15, n. 32, e por *Pereira e Souza*, not. 1021, não tem obtido lugar no fôro. Além das sobreditas penas incorre o cabeça de casal na de perjuro, mas é necessario que lhe seja demandada nos termos da Ord. do liv. 5º, tits. 54 e 117. Veja-se *Corrêa Telles.*, Trat. das Acç., §§ 155, 156, 157, e as competentes notas (f).

(66) Como pela occultação dos bens se prejudicão os credores da herança, quando os bens descriptos não chegão para o pa-

(f)—Aquelle que fica de posse e cabeça de casal é um depositario de bens, dos quaes tem de fazer entrega a seus respectivos donos em tempo proprio; ora, como tal, deve com a maior verdade declarar quaes os bens que á sua guarda estão confiados; a occultação de qualquer delles, redundando em prejuizo de terceiro, deve ser punida.

gamento das dividas, fica indubitavel terem elles direito para accusar essa occultação por acção ordinaria. E', porém, controverso se, provada com effeito a occultação maliciosa, perde o cabeça de casal o beneficio do inventario, ficando responsavel *ultra vires hæreditatis*, ou se fica só obrigado ao dobro do valor

Attendendo á posição especial do cabeça de casal, e confiando na boa fé, que em todos se deve presumir, emquanto não existem provas em contrario, a lei cercou o cabeça de casal das regalias de um administrador, que gere as fortunas e bens de outros que tem em suas mãos.

E' assim que, como já vimos anteriormente, ninguem, ainda que herdeiro e interessado, pôde obrigar o cabeça de casal a inscrever no inventario e apresentar á avaliação quaesquer bens, ainda pertencentes ao monte.

Os bens que tem sob a sua guarda elle os defende contra qualquer esbulhador, servindo-se dos remedios possessorios.—*Ord.*, liv. 1º, tit. 95.

Devendo, porém, apresentar esses bens a inventario, o cabeça de casal é obrigado a offercêl-os todos, e quando occultar por má fé alguns, perdêl-os-ha para si, em favôr dos orphãos ou menores que houverem, aos quaes deverá restituil-os em dobro.

A occultação deve, porém, ser maliciosa.

A *Ord.* do liv. 1º, tit. 88, § 9º, não faz semelhante consideração, e trata apenas de inventariante que sonegar bens; não se pôde, porém, entender senão que a lei quiz fallar daquelle que, assim procedendo, o fizesse com má fé pois seria clamorosa injustiça punir um acto praticado sem consciencia de sua maldade.

« E depois do cabeça de casal dar inventario, diz Vanguerve, se sonegar bens, cahe na pena, e se lhe pedem por via ordinaria os bens que sonegou.—*Pract. Judic.*, parte I, cap. 48, n. 14; e parte IV, cap. 27, ns. 1 e 2.

« Quia vero sæpe contingit, ut is qui facit inventarium, non scribat aliqua bona, vel ita obscure ponat, quod veritas rerum haberi non potest, et de hoc ordinantur multi processus, et infinitæ lites, scire oportet in hoc articulo de bonis non scriptis in inventario, destinandum esse, an non scripserit hozes per dolum, et dolosè occulterit, surripuerit vel celaverit, vel amovendum aliquid curaverit, et tunc convictus duplum refundet vel hæreditatis quantitati computare compelletur, etc. . . . Sin verò absque dolo, sed per ignorantiam justam non scripsit, aut alia justa de causa, minime punietur.—*Vall. de Part.*, cap. 7º, ns. 36 e 38.

Questiona-se: se a pena de sonegados sómente tem lugar nos inventarios em que ha menores, ou se tambem deve ella ser applicada ao inventario em que todos os herdeiros são maiores?

daquillo que occultou em fraude dos credores? A primeira opinião é seguida por muitos e graves DD., referidos por *Conciliar.*, de *Hæredit.*, art. 1º, n. 390; e por *Carv.*, de *Testam.*, p. 2, ns. 223, 224 e 225; por *Bagna*, cap. 66, n. 326, e por *Portug.*, de *Donation.*, liv. 3º, tit. 19. n. 27. A segunda é de-

A Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9, falla unicamente do caso de haver menores mas a maioria dos autores seguiu a opinião firmada na nota supra.

Cessa a pena dos sonegados: 1º, quando houve mero esquecimento, e não dolo, o qual se não presume: *L. 6, Cod. de dolo, etc.*; 2º, quando os bens, ainda que existissem, não estavam em poder do defunto ao tempo da morte; *Pereira e Sousa, nota 104.*—*Vide C. da Rocha, vol. 2º, § 476.*

Vide *Menez. Juiç Dir.*, cap. 5º, § 9º, pag. 149.

A razão é que, no caso de serem todos os herdeiros maiores, a sonegação de bens é um acto condemnavel tambem, e a lei se o pune é porque importa em um furto.

.... pœnam amissionis rei cœlatæ cum dupla, impositam esse ei tantum, qui occultavit bona in inventario ad orphanos attinente, ut in allegato § 8, incipit, e o *pai ou mãi*, secus autem quando res est cum majoribus cœtate, tunc enim non reperitur pœna aliqûa a lege regia imposita, cœlanti res scribendas in inventario. Cœterum hæc opinio non est tenenda, et ab e a recessit noster insignis Gama, dec. 122, asserent etiam, in majoribus servandam esse dispositionem text. *ind. § licentiam*, qui in illis non reperitur cœrrectus. *Nec obstat præallegata ordinat. in § 8 quæ pœna dupli meminit loquendo in minoribus, quia hac forsân, quoniam in minoribus istud frequentius accidit, ut illis bona occultentur, et quod dicitur in uno casu qui frequentius contingit, non mutat juris dispositionem in alio casu eandem rationem habente.*—*Vall. de part, cap. 8, ns. 40 a 42.*

Parece-nos esta opinião a preferivel; no emtanto, cingindo-se com extraordinario apego á letra da lei, alguns AA. sustentão que a pena de sonegados, imposta pela Ord., liv. 1º, tit. 88, § 9, sómente tem lugar nos inventarios em que ha menores.

Por *Acc. de 24 de Outubro de 1868* decidio o Supr. Trib. de Just. que o preceito da Ord. só é applicavel aos inventarios em que ha menores.

Os arestos têm variado igualmente. Vid.—*Cons. das Leis*, not. ao art. 1155; *Vang. Pract. Jud.*, loc. supra cit.; *Paiva e Pona*, cap. 2º, n. 8.

Diz o autor, na nota, que não dêve ter lugar a pena de sonegados quando os bens occultados forem pequenos em relação á importancia da herança.

fendida pelo mesmo *Carv.*, n. 427, 428 e 429; por *Guerreiro*, *Trat.* 1.º, liv. 1.º, cap. 9, n. 129, e pelo *Card. de Luc.*, de *Hæred.*, dec. 20, n. 9. Os codigos modernos das nações cultas e civilisadas tambem não são conformes a este respeito. O de Sardenha no liv. 5.º, tit. 8.º, § 13, determina o seguinte: «Será reputado por herdeiro puro e simples aquelle que occultar, ou deixar de escrever scientemente no inventario cousas, e effeitos pertencentes á herança, sem que o protesto de descrever os que ao depois lhe occorrerem possa valer-lhe.» Em Hamburgo ha estatutos semelhantes, segundo diz *Stryk*. *Us. mod.*, liv. 28, tit. 8, § 8. O *Cod. Civ. da França*, no art. 801, diz assim: «O herdeiro que se faz culpavel de occultação de bens, ou que omittio scientemente e de má fé alguns effeitos da successão, não os descrevendo é privado do beneficio do inventario.» Pelo contrario, o *Cod. Freder.*, parte II, liv. 7, tit. 15, art. 2.º, § 40, só condemna na pena do dobro o herdeiro que não descreveu no inventario alguns bens hereditarios. Concorda com este codigo o estatuto de Eugubio, liv. 2.º, rub. 34. Em tanta variedade de opiniões parece dever seguir-se a ultima, já porque mais conforme ao direito natural, segundo o qual nunca os herdeiros são responsaveis *ultra vires hæreditatis*: *Hein. Elem. Jur.*, nat., liv. 1.º, § 305; já porque mais conforme á *Ord.*, liv. 1.º, tit. 88, § 9, que ainda no caso de occultação maliciosa só commina a pena no dobro. Acresce ter sido esta a constante pratica de julgar nos tribunaes deste reino, porque ainda que *Peg.*, *For.*, tom. 6.º, cap. 11, pag. 819, refere um aresto, em que parece seguir-se a primeira opinião, este mesmo aresto se vê revogado em gráo de revista por outro, que refere o mesmo *Peg.*, tom. 6.º, cap. 172, n. 59, e no n. 78, e nas deliberações

Ainda que sejam diminutos os bens sonegados, o crime do inventariante é o mesmo.

A não serem aquelles bens que a lei permite que o cabeça de casal salve para si, tudo o mais deverá ser apresentado em inventario.

Não é o cabeça de casal outra cousa mais do que um administrador, e como tal deve dar restricta conta do que tem em seu poder.

Não é exacto que a disposição do art. 169 do *Cod. Crim.* haja revogado a do § 9.º da *Ord. cit.* Naquelle artigo pune-se apenas o *testemunho falso* ou o perjurio das testemunhas: *Silva Ferrão, nota ao art. 238 do Cod. Penal Port.*, vol. 5.º, pag. 258 a 266; antes por força do art. 310, 2.ª parte do nosso *Cod.*, está em pleno vigor a pena da *Ord.—Cod. Civ. Port.*, arts. 2079 a 2081.

ou tenções dos ns. 65, 79, 83 e 84. Veja-se sobre tudo *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tom. 2º, dissert. 4ª, de onde foi extrahida esta nota (g).

(g)—Não é unicamente aos herdeiros, mas, por igualdade de direito e de razão, tambem aos credores do inventariado, que compete a acção de sonogados contra o cabeça de casal que sonegou bens.

A sonegação de bens, da herança do fallecido, pôde fazer com que esta deixe de ser sufficiente para satisfazer os debitos que aquelle deixou; os credores, em vez de receberem integralmente o pagamento de suas dividas, podem, dando-se a sonegação, ser forçados a aceitar em pagamento uma quantia insignificante, que em rateio lhes venha a caber; dahi nasce o direito que têm de reclamar, por meio da acção competente contra a subtracção de bens, que porventura faça o inventariante.

A acção que lhes pertence está em tudo no mesmo caso da que cabe aos herdeiros: é uma acção perpetua, que não prescreve, em relação ao cabeça de casal que sonegou os bens, e que pôde mesmo ser intentada contra os herdeiros deste, dentro do prazo de trinta annos. *Vall. Part.*, cap. 8º, n. 50., *Men. Juiz. Dir.*, cap. 5, § 9º, n. 5.

Sendo assim, é claro, que o inventariante, que sonegou bens em prejuizo de credores, está sujeito ás penas daquelle que sonegou em prejuizo de herdeiros menores ou maiores.—*Ord.*, liv. 1º, tit. 83, § 9.

Supponha-se, porém, o caso de haver o cabeça de casal sonegado, em prejuizo de credores, bens de uma herança que não bastava para satisfazer as dividas deixadas pelo inventariado; pergunta-se: o cabeça de casal, que assim proceder, comprovada má fé e malicia, será obrigado a satisfazer, além das forças da herança, aos credores, que pretendeu lesar? ou a unica pena a que fica sujeito é a da *Ord. cit.*?

E' esta a duvida que o autor refere na nota; para elucidal-a, porém, é preciso saber se o herdeiro, que não usa do beneficio do inventario, é responsavel para com os credores *ultra vires hereditatis*.

A nossa lei, ou antes a legislação portugueza que nos rege, é completamente omissa neste ponto; para elucidarmos a questão temos que recorrer ás leis que nos são subsidiarias, e entre estas, em primeiro lugar ao direito romano, o qual a lei de 18 de Agosto de 1769 julgou vigente entre nós nas lacunas das leis patrias.

Os romanos acreditavão, em seu caprichoso systema de avaliar da dignidade do homem, ser um factio ignominioso o morrer alguém sem deixar uma pessoa que lhe succedesse, que entrasse na posse dos bens deixados e os administrasse, continuando assim de algum modo a pessoa que acabava de finir-se.

O herdeiro era o representante do morto, e cabia-lhe impedir que o expolio deste fosse dilacerado por credores pressurosos de se co-

## § 29

Não pôde o cabeça de casal alienar bens alguns da he-

brarem de seus creditos, ou de legatarios avidos de entrarem na posse das doações que lhes erão feitas.

Quando não tinham successores legitimos, ou parentes a quem deixassem como herdeiros, instituião herdeiro a algum escravo, que por este facto adquiria a liberdade e era obrigado a aceitar a herança.

Esta era muitas vezes um encargo pesadissimo, por isso que, estando de tal modo onerada de dividas, que os bens que a compunhão não chegavão para satisfazê-las, e sendo o escravo, assim instituido, obrigado a pagar integralmente os credores, isto é, responsavel pelas dividas *ultra vires hæreditatis*, era muitas vezes forçado a trabalhar durante toda a vida para preencher essa difficil tarefa pagando por tão alto preço a liberdade que obteve, e a honra de succeder a seu senhor e represental-o.

Os pretores, fieis ao seu plano de modificar o rigor dos preceitos do antigo direito, concedêrão aos escravos o *direito de separação da herança*.

Consistia este direito na faculdade que lhes era dada de aceitar a herança, mas deixal-a para ser accionada pelos credores, reservando elles para si o que ganhassem com seu trabalho particular.

O escravo *separava* da herança que *adia* o producto do seu trabalho.

Este *direito de separação* entendia, porém, unicamente com os escravos instituidos herdeiros, mas não com as pessoas livres que fossem tambem instituidas, e estas vião-se muitas vezes obrigadas a aceitar uma herança, que vinha comprometter os bens particulares que ellas possuião; pois, sendo forçadas a satisfazer com seus proprios haveres os encargos da herança recebida, arruinavão-se.

Para obviar a esta injustiça foi que os pretores concedêrão aos herdeiros instituidos um prazo para *deliberarem* e resolverem-se então a aceitar a herança.

« *Ait prætor, si tempus ad deliberandum petet dabo.* » L. 1ª, D. de jure deliberandi.

Este prazo ficava ao arbitrio do pretor, não podendo, porém, ser menor de cem dias.

« *Itaque pauciores centum dierum nunquam sunt dandi.* » L. 2ª, D. buj. tit.

Na lei 3ª do mesimo titulo *de juri deliberandi* ainda acrescenta Ulpiano:

« *Necnon illud sciendum, nonunquam simul, nonunquam sæpius diem ad deliberandum datum esse, dum prætori suadetur, tempus quod primum aditus præstituerat, non sufficisse.* »

E na lei 4.<sup>a</sup> acrescenta: « *Sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa.* »

Justiniano na lei 22 do Cod., *de jure deliberandi* marcou o prazo de um anno quando a concessão fosse feita pelo Imperador, e de nove mezes quando o fosse pelo juiz.

Se acontecia fallecer o herdeiro durante o prazo, transmittia-se ao seu successor o direito de deliberar. No caso de deixar o herdeiro esgotar-se o prazo, entendia-se que aceitava a herança, e respondia então por todos os encargos.

Nessa mesma lei foi finalmente estabelecida por Justiniano o *beneficio do inventario*.

Usando deste *beneficio*, o herdeiro podia aceitar a herança, e não era responsavel pelos encargos de que ella viesse onerada senão até as forças della.

Lobão, na Dissert. 3.<sup>a</sup>, do 2.<sup>o</sup> vol. dos Acc. Sum., tratando extensamente da questão que ora nos propomos a elucidar, procura mostrar que o herdeiro, que *in bona fide* aceitou a herança sem o *beneficio do inventario*, não é obrigado *ultra vires hereditatis*.

Para chegar ao seu fim busca provar:

1.<sup>o</sup> Que o preceito do direito romano, que tornava-o herdeiro que aceitava a herança, sem o *beneficio do inventario*, responsavel pelos encargos além das forças desta, baseava-se na ficção em voga naquelle direito, de que o herdeiro *representava* o defunto, e como que *continuava* a sua pessoa na sociedade civil, ficção essa que não pôde ser aceita por ser condemnada no proemio da lei de 9 de Setembro de 1769.

2.<sup>o</sup> Que, por contrario ao direito natural e repugnante á sã consciencia, merece tão pouco ser aceito entre nós o preceito da lei romana, que os escriptores Reiuicolas, aliás cégos idolatras do direito romano, abrirão tantas excepções áquella disposição, que bem claramente revelião o quanto ella lhes parecia pouco em harmonia com o progresso da sciencia, e que sómente um supersticioso respeito os impedia de ataca-la abertamente de frente.

Quanto á primeira proposição de Lobão, a sua falsidade resalta ao mais ligeiro exame.

Tudo o que este autor expóz em sua argumentação, em vez de vir-lhe em auxilio, parece-nos abalar profundamente a serie de seus raciocinios.

Não era a ficção da representação do defunto pelo herdeiro a base do preceito da lei romana, mas sim a supposição de má fé da parte do herdeiro, que adia a herança sem *beneficio de inventario*.

Na realidade, como poderia aquelle, que aceitava e recebia a herança de outrem, dizer aos credores do finado que não lhes podia satisfazer integralmente os creditos, por não bastarem os bens da herança, sem mostrar quaes erão esses bens e em quanto montavão, e sem provar que não havia outros, e que os existentes erão insufficientes para a satisfação dos onus do espolio?

E qual o meio de fazer os credores e legatarios conhecerem as forças da herança senão o inventario?

Como poderia o herdeiro convencer aos interessados de que não havia sonogado bens?

E quanto á representação: pois o herdeiro universal não representa o defunto, quanto aos direitos e obrigações que este deixou-lhe com o seu patrimonio?

A base da disposição romana não é, pois, a ficção da representação, mas sim a necessidade do inventario para provar que as forças da herança são inferiores aos encargos de que ella está onerada.

A razão por que o herdeiro, que aceita a herança sem o beneficio do inventario, é obrigado além das forças della, é, porque sendo este beneficio o remedio que a lei concedeu-lhe para evitar o prejuizo, quando elle não o quer pôr em pratica e o despreza é porque, recusando o favor da lei, sujeita-se ás consequencias dessa recusa.

Veamos a segunda proposição de Lobão.

As excepções abertas á lei romana pelos escriptores citados na Dissert., escriptores aliás respeitaveis, mas cujas opiniões neste assumpto não forão as aceitas como as mais consentaneas com o direito, não provão, como quer Lobão, que a disposição do direito romano fundava se na ficção da representação, mas sim que a razão de ser do inventario é tornar conhecida a força da herança, para evitar a occultação maliciosa da parte do herdeiro.

Na verdade, a opinião em que mais se apoia Lobão é a de *Bagna*, cap. 66, n. 273; ora, este autor diz no lugar citado:

« Hæres qui inventarium non confecit, non tenetur ultra vires hæreditarias, QUANDO HÆREDITAS CERTA EST. »

Isto é, quando é conhecido o valor da herança, porque então já está antecipadamente feita a tarefa do inventario, e não ha possibilidade de sonegar o herdeiro bens em prejuizo dos credores, sem que estes o saibão immediatamente.

— *Veluti, quando hæreditas est sola dos matris.* Caso em que tambem se conhece a força da herança.

— *Vel quando bona hæreditaria erant immobelia tantum, ET NOTORIE NOTA, ETC.*

Vel quando *UNA TANTUM RES* in hæreditate fuit reperta.

Neque quando *NOTORIE CONSTAT, QUOD CERTA TANTUM BONA* IN HÆREDITATE RECADERE POSSUNT.

*Bagna* só julga, pois, dispensavel o inventario no caso de já serem os bens conhecidos.

Que a disposição do direito romano estava em vigor no tempo em que escreveu *Vallasco*, vê-se do seguinte trecho:

« *Est etiam valde utilis confectio inventarii, diz este escriptor, quia heres qui adivit cum confectioe inventarii, non tenetur ultra vires*



*hæreditatis; et expers manet cujus cumque damni, quod ex adita hæreditate possit resultare.*—Vall., de Part., cap. 8, n. 3.

*Quod si omnino hæres omisit conficere inventarium rem periculi sui magni fecit, quia tenebitur ultra vires hæreditatis creditoribus et legatariis.* Idem, n. 15.

Finalmente na Cons. 52, n. 3, diz ainda o mesmo autor: « *Verum, quia hujusmodi constitutiones non omnino generaliter heredibus adeuntibus consulebant, lata est generaliter constitutio, d. l. si qua cavetur, si quis heres adeat inventario confecto secundum formam d. l. fin. § 1º, tutè et intrepidè posse adire, quia non tenebitur ultra vires hæreditatis, creditoribus, nec legatariis.*

*Et nota*, diz Paiva e Pona, *que o herdeiro que aceita a herança a beneficio de inventario, não deve pagar aos credores e legatarios em maior quantidade do que puder sahir e tirar-se da herança. L. fin., § Et si prosatam, Cod. de juri deliberandi, etc.*—Orph. Prat., cap. 2º, n. 56.

— Feito o inventario, não querendo o herdeiro aceitar a herança, senão a beneficio do inventario, se faz termo nos mesmos autos de inventario; e querendo os credores haver as dividas da herança, mandão citar ao tal herdeiro, e este logo nomêa os bens do inventario para pagamento, e assim vai correndo a causa; e alcançando o credor sentença, faz penhora nos bens nomeados, e os taes herdeiros *non tenentur ultra vires hæreditatis.*—Vang. Prat. Jud., parte II, cap. 37, n. 5.

Tal é a doutrina juridica que nos parece mais aceitavel.

O direito romano está incontestavelmente em vigor neste ponto, mas na pratica tem-se estabelecido a regra de contentarem-se os credores e legatarios com o que produz a herança.

O herdeiro de uma herança onerada de dividas faz o inventario, e paga os debitos rateando entre os credores, conforme a força da herança, independentemente de declarar por um termo que aceitou a dita herança a *beneficio de inventario*.

No caso, porém, de haver uma pessoa rica sido herdeira de uma herança assim onerada, julgamos prudente declarar n'um termo que a aceita, a *beneficio de inventario*, porque o desejo, aliás justo, que terão os credores de cobrar integralmente as suas dividas, leval os-hia a tentar haver da fortuna particular do herdeiro esse pagamento.

Vej. *Cod. Civ. Port.*, arts. 2044 a 2047; *Cod. Civ. Chileno*, arts. 1247 a 1252 e 1257 a 1263; *Cod. Civ. Franc.*, arts. 793 a 800 e 803 a 810; *Cod. Civ. Austr.*, arts. 802, 805 e 807; *Cod. Civ. da Pruss.*, arts. 413, 422, 423 a 426, 433, 434 e 444; *Cod. Civ. Italiano*, arts. 955 a 979. — Convem notar que todos estes codigos exigem a declaração expressa do herdeiro da aceitação da herança a beneficio do inventario, concedendo o *Cod. Ital.*, art. 961, o prazo de quarenta dias para o herdeiro deliberar sobre a aceitação com ou sem beneficio de inventario.

A aceitação da herança a beneficio do inventario, pôde ser feita por herdeiros maiores em qualquer tempo, porquanto não marcando a lei

tempo para o inventario em que sómente são interessados herdeiros maiores, o por elles feito em qualquer época, exime-os da responsabilidade das dividas *ultra vires hereditatis*. *Accs. da Rel. de S. Paulo de 5 de Dezembro de 1876 e de 3 de Julho de 1877 e do S. T. de J. de 11 de Março de 1878*. Dir. 17--279.

Vejamos agora se o cabeça de casal, que occulta bens maliciosamente e com fraude provada, perde o beneficio do inventario e torna-se responsavel *ultra vires hereditatis*, para com os credores e legatarios, ou se fica unicamente sujeito á pena da Ord., liv. 1º, tit. 88, § 9º, isto é, ao pagamento de dobro daquillo que occultou em fraude dos credores?

Esta questão tem sido assaz debatida.

Alguns autores entenderão que o herdeiro que tal fizesse devia perder o beneficio do inventario, e não ser condemnado á pena do dobro da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9º; e fundavão-se principalmente na seguinte consideração, que não deixa de parecer valiosa.

O *beneficio do inventario* foi um favor concedido pela lei ao herdeiro, e contra os credores; a unica razão da sua concessão foi considerar-se uma grande injustiça, o ter o herdeiro de satisfazer á custa dos proprios bens as dividas de outrem: e porque? Apenas porque esse outro transmittio-lhe uma herança onerada, e já de ante-mão absorvida pelos encargos que trazia. Ora, sendo o *beneficio de inventario* um favor especialissimo feito pela lei ao herdeiro para protegê-lo os bens proprios, qual a pena que deve soffrer o herdeiro, quando, não satisfeito com o prejuizo que em virtude da protecção da lei dá aos credores, pretende defraudal-os ainda mais, tirando-lhes esse pouco que a lei lhes deixou? Como servirá o *beneficio* para acobertar a mais negra fraude? Pois a lei concedendo esse *beneficio* não o fez unicamente no caso de um *inventario* fiel da herança?

Se o herdeiro, não contente com o favor da lei, quizer ainda subtrahir o pouco que o finado deixou para satisfação dos seus compromissos, não será justo retirar-se-lhe este favor, de que elle se mostrou indigno?

E demais, o *beneficio do inventario*, não pôde ser alcançado com aquillo que não é *inventario*, mas sim uma defraudação.

O inventario consciencioso, verdadeiro e fiel é o unico que pôde produzir o beneficio.

Tanto é isto assim, continuão os defensores desta opinião, que os autores, que pugnaõ pela applicação da pena do dobro, não podem deixar de, arrastados pela consciencia, fazer excepções em favor da opinião adversa á que sustentão.

Bagna diz:

Hæres ob omissionem descriptionis aliquorum bonorum non amittit beneficium inventarii, NISI CUM OMISSIONE CONCURRAT DOLUS EVIDENTER PROBATUS.

E acrescenta:

Dolosa autem dicitur omissa descriptio aliquorum bonorum in inventario, QUANDO FIT ANIMO FRAUDANDI CREDITORES, AUT LEGATARIOS.

O proprio Lobão, acerrimo defensor da opinião contraria, vem no final da diss. 4ª, 2º vol. das Ac. Sum., conciliando as duas opiniões, e procurando firmar, como regra, a pena da perda do beneficio de inventario, para o caso em que a sonegação feita pelo herdeiro o seja em bens consideraveis, ou mais preciosos da herança, e a do pagamento do dobro dos bens sonegados, para o caso de haver sido a sonegação em bens de pequeno valor.

Contra estes fundamentos nos parece offerecer a opinião contraria, argumentos muito solidos.

Somos daquelles que acreditão que o herdeiro, que, aceitando a herança a *beneficio de inventario*, occulta bens fraudulentamente, com prejuizo dos credores, não deve perder o dito *beneficio*, mas sim ser condemnado a pagar o dobro dos bens que sonegar, e isto pelas seguintes razões, que nos parecem assaz ponderosas:

A Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9º, dispõe que *o pai ou mãe, ou qualquer outra pessoa, que por mandado de justiça fizer inventario, e nelle sonegar bens de qualquer especie que sejam, perca os bens sonegados, e seja além disso obrigado a pagal-os em dobro aos menores, etc.*

Que esta disposição entende não sòmente com o pai ou mãe, mas com qualquer outra pessoa que fizer inventario, dil-o a propria lei e Vall. verbis.—*Et ista poena non solum habet locum in patre et matre bona occultante, sed etiam in quacunque alia persona, quæ inventarium confecerit ul probatur d. § 8, ibi; qualquer outra pessoa que inventario fizer, etc.*—Part, cap: 8º, n. 12.

Que esta disposição abrange tambem o inventario em que só ha maiores, já o fizemos vér na nota anterior.

Ora, ampliando a Ord. cit. á suas disposição a todo e qualquer inventariante, segue-se que todo o inventariante que sonega bens, sòmente poderá ser condemnado a pagar o dobro dos bens sonegados, por ser esta a unica pena imposta pela lei em tal caso.

Como, pois, o herdeiro que faz inventario para soccorrer-se do beneficio deste, e nelle sonega bens, pôde ser condemnado á pena diversa daquella imposta pela Ord. cit. ?

Não é elle um inventariante igual aos outros ?

Os adeptos da opinião contraria chamão a cada momento a attenção sobre a negrura da *fraude* no caso do *beneficio do inventario*.

Mas a pena do § 9 da Ord. cit. só tem lugar no caso de sonegação fraudulenta, e para que possuão os credores e legatarios que recorrerem á acção de sonegados reclamar a applicação da pena, devem provar a fraude.

Accresce que no caso de *beneficio do inventario* os credores nada perdem com a applicação da pena do dobro imposta ao herdeiro, porquanto, sendo este obrigado a pagar o dobro do que sonegou á herança,

rança antes de feita a partilha (67), e nem pôde accionar ou ser accionado *in solidum* pelas dividas (68).

(67) A lei, que autorisa o cabeça de casal para ficar na posse dos bens até a partilha, não lhe dá autoridade alguma para poder alienar-os sem o expresso consentimento de todos os coherdeiros, quando elles são habéis para poderem prestal-o. Acresce que, não podendo verificar-se a alienação sem a certeza do dominio daquelle que aliena, esta não pôde existir de sorte alguma antes da partilha, por ser ella que designa os bens pertencentes a cada coherdeiro. Se apezar, porém, disto o cabeça de casal alienar alguma cousa pertencente á herança, deve o juiz fazê-la entrar no juizo divisorio, e imputal-a em pagamento do quinhão hereditario do alienante pelo seu justo valor, para se evitarem litigios (h).

(68) *Mel. Freire*, parte III, tit. 7, § 11, e *Vallasco*, de Part.,

de cujos bens os credores têm de ser pagos, em vez de soffrer diminuição, augmenta, visto como o herdeiro não restitue sómente o que sonegou, mas sim o *dobro*.

Os credores têm a acção de sonegados contra o herdeiro que fraudulentamente occultou bens: *Vang.*, *Prat. Jud.*, cap. 27, ns. 1 e 2; *Menez.*, *Juiz. Dir.*, cap. 5º, § 19; *P. e Pona*, cap. 2º, § 8, etc.: não estão garantidos assim os seus direitos?

Os tribunaes têm julgado sempre no sentido desta segunda opinião, como se pôde vêr em *Pegas*, *Forense*, no lugar citado na nota do autor, e não deve servir de peso o caso isolado offerecido por *Vanguerve* em sua *Pratica Judicial*, parte II, cap. 37, n. 9, pois em contrario a esse offerece o dito *Pegas* muitos arestos.

Entre nós é esta tambem a opinião corrente, tanto mais quanto é geralmente estabelecido pela pratica que o herdeiro em caso nenhum responde além das forças da herança que recebeu.

No emtanto os codigos mais modernos das nações cultas têm sujeitado o herdeiro beneficiario, que sonega bens da herança, á perda do beneficio do inventario, *Cod. Civ. Fr.*, art. 801; *Cod. Civ. It.*, art. 967; *Cod. Civ. Chil.*, art. 1256; *Cod. Civ. Port.*: art. 2053.

(h) O cabeça de casal não pôde alienar bem algum da herança, sem licença especial do juiz do inventario, e para obter esta licença deverá apresentar em favor da alienação, que pretende fazer, uma causa justa: *Lobão*, *Fasc. de Diss.*, diss. 2ª, § 1º; *C. da Rocha*, nota U, no fim do 2º vol.; *B. Carn.*, vol. 2º, § 131, n. 10; *Guerr.*, *Trat.* 2º, liv. 6º, cap. 12, ns. 61 e 62, e *Val.*, *Cons.*, 69.

A razão desta prohibição está em que, antes de feita a partilha, os

cap. 6º, n. 14. Póde, porém, accionar ou ser accionado pela

bens da herança, estando *pro indiviso*, ninguem é delles proprietario *in solidum*, mas o são todos os herdeiros, cada um de uma parte abstracta; e como a nenhum delles é dada a faculdade de escolher no monte os bens que quizer para a sua parte, e importando o facto da venda de bens da herança, na escolha prohibida, não póde o cabeça de casal realizar sem licença do juiz semelhante venda.

Apezar, porém, de não ser a alienação permittida, póde acontecer que o cabeça de casal a tenha feito: e, neste caso, o que se deverá fazer?

Os escriptores dividirão-se neste ponto.

Lobão no seu *Fasciculo de Dissertações* estabelece na dissertação 2ª, varias hypotheses, procurando comprehender nellas os casos de alienação que mais frequentemente se dão.

Tudo, porém, quanto este escriptor extensamente expendeu na cit. diss., póde reduzir-se ao seguinte:

Quando a herança contiver muitos bens iguaes ao que foi alienado, de tal sorte que os herdeiros nenhum prejuizo soffressem com a alienação feita, esta deve ser sustentada, lançando-se o bem alienado na parte do cabeça de casal que o alienou.

Se, porém, da alienação houver resultado prejuizo aos co-herdeiros, ou porque o cabeça de casal tivesse alienado o que de melhor havia na herança, ou porque houvesse alienado bens excedentes á parte que lhe poderia caber em partilha, em qualquer dos dous casos, suppondo-se má fé da parte do cabeça de casal, deverá a venda ser annullada e elle obrigado a apresentar os bens á partilha.

Na cons. 69, n. 23, emittio Vallasco a opinião seguinte:

« Non omittam, hic etiam inferre aliam questionem, de qua fuis pè interrogatus, et quotidie accedit, pater vel mater superest defuncto altera ante partitiones factas, et ante cum filiis iudicium familiæ eriscundæ acceptum, vendidit aliquod prædium, vel domum hereditatis: demum patre alienante mortuo, vel matre, vel etiam vivo, filius cui competeat legitima in aliis bonis, vult vindicare rem illam á tertio emtore, afferens sibi legitimam ex substantia et singulis bonis parentum deberi, et consequenter ex illa domo. vel prædio vendita, *l. sci-mus, etc.*, atque adeo debetur ex substantia, quod non licet patri legitimam filio relinquere solvendam pecunia, ut per Bart., etc.

« Unde pro sua legitima filio vindicationem illius rei competere, plenum videtur, quia pro ea parte dominium ad illum transivit ex additione, juxta *l. cum heredes, etc.*, vel jura suitatis, si suus heres fuerit, et cum illa res tempore, quo fuit alienata, erat sibi communis cum patre alienante. et adhuc pro indiviso, ipsi filius in ea censetur habere partem in qualibet minima partem, et consequenter audiendus. Sed pro contraria parte apponebatur, quod cum non essent factæ partitiones, et datum filio prædium illud pro legitima, non habet fun-

parte correspondente ao seu quinhão hereditario, bem como todos os outros coherdeiros (i).

datam intentionem in tali proedia, quia forsan in partitionibus faciendis poterit contingere alteri fratri, vel heredi. Et idcirco reus debet à tali vendicatione absolvi, utpote actore petente rem, de qua non est certum, an sit omnino futura sua, et potest in partitionibus alteri, quom esti filio adjudicari pro arbitrio judicis, et ut quis obtineat in vendicando, tenetur probare dominium certum ex parte sua. »

No n. 27 da mesma Cons. firma a seguinte regra :

Item sicut filius gravatus a patre, bona sibi relicta restituere aliis, si ante deductionem suce legitimos et restitutionem factam fidei commissariis alienavit aliquot corpora hereditaria, tenetur computare illa bona alienata in sua legitima, ita etiam pater qui alienavit, teneatur rem alienatam in suam portionem computare.

E no numero 28 :

.... quod si heres alienaverit non bona fide, sed in fraudem fidei commissarii, non valeat alienatio, e retractetur, veluti quando vendit meliora et servavit deteriora. Nam tunc res reducitur ad hereditatem, nec computabitur in portionem alienantis, quoniam, ut alienatio valeat, debet esse remota ab omni fraude, et facta ex necessitate oris alieni solvendi, vel judicis autoritate, aliàs non tenebit, nec imputabitur in partem alienantis, etc.

Paiva e Pona, cap. 3<sup>o</sup>, n. 19, entende que não se deve annullar a venda de qualquer propriedade da herança feita antes da partilha, mas deve o juiz imputar na parte do cabeça de casal vendedor o preço da propriedade que elle tivesse vendido, pois assim não se segue prejuizo algum.

A practica moderna tem seguido, com pequena differença, a opinião expendida por Lobão.

Desde que o cabeça de casal alienou bens iguaes á sua meiação, ou que nella possão ser comprehendidos, lanção-se taes bens na parte que lhe competir em partilha.

Se, porém, da alienação feita pelo cabeça de casal resultar prejuizo para os co-herdeiros, por haver elle alienado mais bens do que os que lhe poderião caber em legitima, a venda deve ser annullada, visto como o vendedor vendeu cousa que não lhe pertencia, em prejuizo e fraude de terceiros. Em geral a restituição da quantia por que vendeu o objecto feita pelo cabeça de casal vendedor, sana o prejuizo; salvo, porém, se o herdeiro quizer justamente haver o objecto vendido, e que lhe foi lançado em partilha.

Acreditamos, que não é, pois, unicamente no caso de haver sido o objecto deixado pelo testador a um dos herdeiros, aquelle em que o cabeça de casal não o poderá vender; mas, sim, sempre que o objecto vendido não lhe possa ser imputado na parte, por excedê-la. Vej. art. 2085 do Cod. Civ. Port.

## § 30

Deve dar conta de todos os fructos (69), e responder por todos os prejuizos que podia evitar (70).

## CAPITULO VI

## DOS HERDEIROS

## § 31

Chamão-se herdeiros aquelles que têm direito á successão, com exclusão de quaesquer outros (71).

(69) Ou elles sejam naturaes, ou industriaes, ou civis, pois que todos elles pertencem á herança, e todos por isso se devem repartir pelos coherdeiros. Devem-se-lhes, porém, levar em conta todas as despezas feitas na cultura e reparo das propriedades do casal; não assim as de mero luxo, que em direito se chamão voluptuosas.

(70) O cabeça de casal, por isso mesmo que a lei lhe concede exclusivamente a posse dos bens da herança até á partilha, deve zelar a sua conservação, como o faria um pai de familia; e por isso, se elles se perderem ou deteriorarem por culpa sua, deve satisfazer aos outros coherdeiros todo o damno.

(71) Os herdeiros ou são legitimos, ou testamentarios: aquelles succedem por virtude da lei; estes por virtude do

Nos inventarios em que ha orphãos, o cabeça de casal nada pôde vender sem o expresso consentimento do juiz; e em regra nunca os inventariantes fazem estas vendas sem requererem-n'a ao juiz do inventario, allegando uma razão forte, como, por exemplo, que os bens são sujeitos á facil deterioração, ou estão em estado de perderem-se, podendo unicamente salvar-se nelles alguma cousa por meio de uma venda, etc.—Vide *Acc. da Rel. de S. Luiz. no Dir., vol. 14, pag. 48.*

O inventariante não pôde arrendar por tempo indeterminado bens de raiz, que ainda existem *pro indiviso*, sem ser com assentimento de todos os interessados.—*Accord. da Relaç. do Rio.*

O cabeça de casal, marido ou mulher, não pôde hypothecar bens que excedão de sua meiação.—*Parecer dos advogados C. Alberto Soares, e conselheiro Nabuco.*

## § 32

Na ordem dos herdeiros legitimos preferem :

1.º Os descendentes (72).

testamento. Pertencem á primeira classe todos aquelles que estão em gráo mais proximo de parentesco com o defunto, ou pela sua pessoa, ou representando a de seus pais. A representação, que entre os descendentes é até ao infinito, só regula a respeito dos collateraes entre irmãos e filhos de irmãos. Novel. 118, cap. 3.º A disposição desta novella foi geralmente recebida, por se conformar com a razão natural: *Grot.*, de Jure bell. et pac., liv. 2º, cap. 7º, § 6º, e *Mel. Freire*, parte III, tit. 8, § 5º na nota. Conformou-se com a sua disposição, a respeito da successão dos morgados, a Ord. do liv. 4º, tit. 100.

(72) Nesta classe se comprehendem, não só os filhos, mas os netos, bisnetos e todos os que se achão nesta linha, até ao infinito, sem differença de sexo, familia gráo ou idade, e isto ou sejam havidos de legitimo matrimonio, ou naturaes, salvo se forem de pais nobres: Ord. do liv. 4º, tit. 92 (a). Não são,

A viuva e herdeiros podem hypothecar os bens do casal *pro indiviso* porque o alvará de 9 de Novembro de 1754, conferio aos herdeiros escriptos a posse civil com os efeitos da natural.—*Acc. do Rel. da côrte de 26 de Novembro de 1872 e de 2 de Dezembro de 1873, e do Sup. Trib. de Just. de 17 de Junho de 1874.*

(i) Veja-se sobre este ponto o que dissemos na nota ao § 24. E os Accs. da Rel. do Maranhão de 19 de Dezembro de 1876 e de 18 de Maio de 1877, e da Rel. da côrte de 20 de Maio de 1870.—(*Dir.* 14, 581 e 15, 375.)

(a) A successão dos filhos naturaes soffreu entre nós uma grande modificação, á vista do disposto no Dec. de 2 de Setembro de 1847.

Segundo o direito das ordenações philippinas, variava a successão dos filhos naturaes, segundo provinham estes de pais nobres ou plebeus.

Os filhos de plebeus, não sómente erão admittidos á successão dos pais, como tambem a ella concorrião com os legitimos, tendo apenas o pai, conforme a regra que rege a successão no caso de herdeiros necessarios, o direito de dispór da terça.—Ord., liv. 4º, tit. 92, pr.

Quando, porém, ao tempo do nascimento dos filhos naturaes o pai era nobre ou cavalleiro, não sómente não erão elles chamados a concorrerem á herança com os descendentes ou ascendentes legitimos que seu pai houvesse deixado, como além disso não podião succeder, quando o pai morria *ab intestato*, caso em que erão chamados á suc-



porém, classificados entre os herdeiros, ainda que estejam no mesmo gráo: 1º, os desnaturalizados ou proscriptos, não assim

cessão os parentes mais proximos do finado, na falta de descendentes ou ascendentes legitimos.—Ord. cit., § 1.º

Além disso o pai nobre, desde que não tivesse herdeiros legitimos, mas apenas tivesse filhos naturaes, podia dispôr de seus bens em favor de quem quizesse, assim como tambem podia deixa-los a seus filhos naturaes.—Ord. cit., §§ 1º e 3.º

Se, porém, ao tempo do nascimento dos filhos naturaes o pai fosse plebeu e não nobre, não perdião os ditos filhos o direito de succeder-lhe, pelo facto de haver seu pai passado a cavalleiro, antes erão chamados á herança legitima, na fôrma do § inic. da Ord. cit.—Ord., § 3.º

Taes erão os preceitos que regulavão no direito portuguez a successão dos filhos naturaes.

Entre nós, depois do Dec. de 2 de Setembro de 1847, regula-se ella por modo diverso.

Quanto á differença entre nobres e plebeus a constituição politica do Imperio já a tinha abolido; tornando effectivo o preceito constitucional o Dec. acima citado dispöz no art. 1º que ficavão extensivos aos filhos naturaes dos nobres os mesmos direitos hereditarios que pela Ord., liv. 4, tit. 92, competião aos filhos naturaes dos plebeus.

Passando a regular o modo de successão dos filhos naturaes, dispöz que, para os filhos naturaes concorrerem á herança paterna com os legitimos, é necessario serem reconhecidos por escriptura publica antes do casamento de que provêm os ditos legitimos.

Todas as vezes, pois, que não houver sido feito pelo pai o reconhecimento na fôrma prescripta, os filhos naturaes não herdarão com os legitimos, embora hajão sido reconhecidos em testamento.

Para que os filhos naturaes succedão ao pai, quando não tenham de concorrer com os legitimos, é necessario que sejam reconhecidos por escriptura publica ou testamento.

Vê-se que o Dec. cit. reformou nos principaes pontos a Ord., liv. 4º, tit. 92:

1.º Equiparando os filhos naturaes dos nobres aos dos plebeus.

2.º Só admittindo a successão desses filhos quando houverem sido reconhecidos por escriptura publica ou testamento.

3.º Exigindo, para que os filhos naturaes concorram á herança com os legitimos, o reconhecimento por escriptura publica, feita antes do casamento de que provêm os legitimos.

A prova de filiação por escriptura publica, diz o Sr. Dr. Teix. de Freitas, nota 1ª ao art. 961 da *Consolid. das Leis Civis*, só diz respeito á successão *ab intestato*. Quando a successão consta de testamento é caso de successão testamentaria.

os degradados, Thomaz, nota ao tit. de cap. deminut.; 2º, os

E' claro isto, e a lei de 2 de Setembro nada tem com o caso de successão testamentaria.

Sucedem *ab intestato*, não sómente os filhos naturaes successiveis (segundo o cit. Dec.), como tambem os netos naturaes successiveis.

Quaes sejam estes netos, mostra o mesmo Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota cit., e são:

1.º Neto, que é filho legitimo, sendo seu pai filho natural reconhecido, nos termos da lei de 2 de Setembro.

2.º Neto, que é filho natural reconhecido nos termos da citada lei, sendo seu pai filho legitimo.

3.º Neto, que é filho natural reconhecido nos termos da citada lei, sendo seu pai tambem filho natural assim reconhecido.

Na mesma nota propõe o Dr. Teixeira de Freitas duas questões de facil solução:

1.ª Se deve succeder ao pai o filho natural havido antes da lei?

2.ª Se o filho natural nascido antes da lei está sujeito ao reconhecimento paterno que ella exige?

Quanto á primeira, responde elle que sim, se o pai fallecer depois da promulgação da lei e reconhecer o filho na conformidade della; no caso contrario, não.

A' segunda, sim, se o pai falleceu depois da lei; não, se antes.

Conhecida assim a disposição da lei de 2 de Setembro, vamos expender algumas duvidas, que sobre a sua interpretação se têm offerecido na pratica.

Em relação ao art. 2º, tem se proposto as seguintes questões:

Procede o art. 2º da lei de 2 de Setembro, quando o concurso á herança paterna se der entre os filhos naturaes e os legitimados por subseqüente matrimonio?

Esta questão, proposta pelo autor do *Commentario* á citada lei, é resolvida pelo Sr. Dr. Teixeira de Freitas affirmativamente, ao passo que o é negativamente pelo primeiro.

Não sabemos qual o fundamento para esta ultima solução.

Os filhos legitimados por subseqüente matrimonio são em tudo iguaes aos legitimados; porque *este legitimado é em tudo perfeitamente legitimo*: Ord., liv. 2, tit. 35, § 12. *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti, post illum contractum legitimi habeantur*; sendo assim, o concurso dos naturaes com os legitimados por subseqüente matrimonio, é o mesmo que com os legitimados, que é a hypothese do art. 2º da lei citada.

Pergunta-se mais, na questão 23 do *Commentario*:

Procede o art. 2º da lei quando o casamento fôr putativo?

E' inquestionavel a resposta affirmativa dada pelo Sr. Dr. Teixeira de Freitas, porquanto os filhos havidos de um casamento putativo são tidos como legitimados.

hereges : Ord. do liv. 5º, tit. 1º : 3º, os apostatas : cit. Ord. ,

Pergunta-se ainda na questão 21 do cit. *Commentario* :

Se concorrem á herança os filhos naturaes, cujo pai, tendo-se casado depois da promulgação da lei não teve filhos legitimos, ou teve-os, mas fallecerão antes d'elle ?

O proprio autor dô *Commentario* responde que sim.

Finalmente, pergunta-se ainda: se o filho natural de nobre, havido antes da lei, pôde concorrer com os legitimos havidos antes ou depois da lei ?

O Sr. Dr. Teixeira de Freitas responde pela affirmativa, se o pai falleceu depois da lei, e na conformidade della reconheceu o tal filho natural; não, se o pai fallecer antes da promulgação da lei, ou depois sem reconhecer o filho na conformidade della.

Em relação ao art. 3º, suscitárão-se tambem algumas duvidas.

Como entender-se as expressões *nos outros casos* de que usa a lei neste artigo ?

O Sr. Dr. Perdigão Malheiros entendeu que, á vista do disposto no art. 2º, as expressões *nos outros casos*, querem dizer nos casos em que os filhos naturaes não tenham de concorrer á herança com os legitimos, e funda-se em que a lei de 2 de Setembro de 1847 curou unicamente do reconhecimento dos filhos naturaes em relação á successão hereditaria, e não para os demais effeitos de direito, para os quaes ella não teve como fim regular a materia de legitimação ou reconhecimento de filhos naturaes, deixando isso ás leis que região a materia, as quaes em nada innovou.

E tanto assim é, diz elle, que a sentença obtida em acção de alimentos é incontestavelmente uma prova de filiação, que não serve para a successão, é verdade, á vista do art. 2º da lei, mas que nem por isso devia ser prova da filiação, não sendo, no entretanto, nem *escriptura publica*, nem *testamento*, o que mostra que não são estas ultimas as unicas provas de filiação existentes entre nós, o que aliás se deveria concluir se as expressões *outros casos*, de que se serve o art. 3º da lei de 2 de Setembro, quizessem significar *outros casos* de reconhecimento de filhos naturaes.

O Sr. Dr. Teixeira de Freitas sustenta, pelo contrario, que *nos outros casos* quer dizer alguma coisa mais do que *no caso* de não concorrerem filhos naturaes com legitimos: quer dizer em *todos os outros casos* de provas de filiação esta não pôde ser provada senão pelos meios estabelecidos no art. 3º da lei.

Segundo esta opinião, estão extinctas as acções de filiação entre nós; e o distincto jurisconsulto leva a sua conclusão ao ponto de recusar qualquer outra prova de filiação, a não ser a do art. 2º, mesmo em favor da liberdade.

Parece-nos que a opinião a seguir na presente questão é a segunda.

A lei de 2 de Setembro é lei de successão e lei de prova.

§ 4º e liv. 3; Cod. de Apostat.; 4º, os criminosos de lesa-ma-

Dispondo no art. 2º sobre a prova para o concurso da prole illegitima, propriamente natural, com a legitima, é lei de prova, quando marca o tempo e o meio desta, e lei de successão, taxando que, provada a filiação pelo modo e na época exigidos, a quota successoria do filho natural seja igual á do legitimo, e não inferior, como na legislação franceza e em outras

No art. 3º, porém, ella dispõe unicamente como lei de prova; mas o seu preceito é comprehensivo de todos os casos desta.

Assim, não ha possibilidade de provar-se a filiação natural actualmente, para qualquer fim diverso do providenciado no art. 2º, a não ser pelos meios do art. 3º.

A filiação para alimentos deve ser, pois, demonstrada por escriptura publica ou testamento.

O contrario repugnaria a um dos fins que teve a lei, qual o de abolir entre nós a investigação da paternidade.

Na expressão *nos outros casos* comprehendem-se, não só a adversativa da disposição do art. 2º, isto é, a prova da filiação natural para a successão, sem a concurrencia com a prole legitima, mas todos os mais casos da prova dessa filiação.

Isto é irrecusavel.

A opinião do Sr. Dr. Perdigão Malheiros colloca-o, além do mais, em perfeito antagonismo com a sua exegese do art. 2º, como demonstraremos mais adiante.

O art. 3º da lei de 2 de Setembro dispõe que: *a prova de filiação natural só se poderá fazer por escriptura publica ou por testamento.*

Pergunta-se: o assento de baptismo suppre a falta da escriptura publica?

O Sr. Dr. Perdigão Malheiros, na Quest. 2ª do seu *Commentario* resolve affirmativamente, fundando-se em que os assentos feitos nos livros ecclesiasticos têm o valor de escriptura publica para a prova de baptismo, casamento e obito, e que principalmente se, no caso em questão, constar do assento de baptismo a declaração do pai reconhecendo livremente o filho, assignado pelo proprio pai e testemunhas.

Vimos, ha ainda pouco tempo, esta opinião sustentada por um notavel advogado da corte, o qual procurou tirar argumentos em favor de sua decisão do que se disse na discussão havida, principalmente na camara dos deputados.

Do resumo, porém, da discussão, pelo proprio advogado publicado na imprensa, deduz-se claro e facilmente o contrario do que d'elle se pretendeu concluir; porquanto os deputados que combatião a emenda apresentada por Souza França, a qual é hoje lei, censuravão justamente o ella exigir para a prova da filiação unicamente a *escriptura publica*, excluindo o *assento de baptismo*, que devia ser aceito como

gestade divina ou humana, seus filhos ou netos : Ord. do liv. 5º,

prova, mórmente quando acompanhado da declaração do pai e duas testemunhas.

Esta opinião acha-se, além disso, hoje refutada pelo Sr. Dr. Teixeira de Freitas, com argumentos, ao nosso vér, valiosissimos, na nota 2ª ao art. 212 da *Cons. das Leis Civis*.

Diz o Sr. Dr. Teixeira de Freitas que recusa a opinião:

1.º Porque os assentos de baptismo não são *escripturas publicas*, posto que pertença á classe dos instrumentos publicos.—*Pereira e Souza*, *Linh. Civ.*, § 215.

2.º Porque a constituição do arcebispado da Bahia, que regula estes assentos, não exige no liv. 1º, tit. 20, n. 73, quanto ao baptizado de filho que não fôr havido de legitimo matrimonio, nem assignatura do pai, nem de testemunhas, permittindo sómente que se declare no assento o nome do pai, se fôr cousa notoria e sabida, e não houver escandalo, nem perigo de havê-lo.

3.º Porque, ainda quando taes assentos contivessem as assignaturas do pai e testemunhas, os parochos não dão fé de conhecer as partes e as testemunhas, como o dão os tabelliães nas escripturas publicas.—*Ord.*, *liv. 1º, tit. 78, § 6º, e art. 386, § 3º Cons. das Leis Civis*.

4.º Porque é de regra que, nos casos em que a lei exige uma determinada especie de instrumento, o acto não se póde fazer por outra especie de instrumento.

5.º Porque uma cousa é o assento de baptismo ou registro do nascimento, e outra cousa é o acto de reconhecimento paterno. O que prova a filiação paterna de um filho natural não é o assento de baptismo ou o registro do nascimento, como acontece com os filhos legitimos, é o acto do reconhecimento do pai, ou conste de escriptura publica, ou conste dos livros do registro do estado civil.

No sentido da opinião do Sr. Dr. Teixeira de Freitas já foi julgado pela Rel. da córte em *Accs. de 16 de Setembro de 1873 e de 3 de Fevereiro de 1874 (Dir. 4, 284)*, e *Accs. de 22 de Outubro de 1872 e de 29 de Junho de 1873 (Dir. 2, 352)*. Vej. um excellente artigo no *Dir.*, *vol. 4º, pag. 633*.

Supprirá os meios de prova exigidas na lei a confissão judicial do pai, ou do herdeiro, na falta daquelle?

A do pai, sim, a do herdeiro, não.

O reconhecimento dos filhos naturaes das pessoas nã catholicas póde ser feito pelo pai no registro dos nascimentos de que estão incumbidos os escrivães de paz.—*Art. 45, § 5 do Regul. de 17 de Abril de 1863*.

Convem notar que a prova de filiação, de que trata o art. 3º da lei de 2 de Setembro de 1847, é unicamente da paterna, segundo o dispóz o aviso n. 279 de 17 de Dezembro de 1853, pois quanto á filiação natural materna prova-se pela certidão de baptismo, que produz effeito de

tit. 6º, § 13; não assim as filhas; cit. Ord.: § 14, e Mel. Freire

habilitação.—*Prov. de 23 de Fevereiro de 1848; aviso de 17 de Dezembro de 1853; Consolid. das Leis Civis, arts. 213 e 963, e respectivas notas.*

O reconhecimento dos filhos naturaes tambem pôde ser feito por testamento.

A lei na palavra testamento comprehende todas as especies de testamentos, e por consequente tambem o *nuncupativo* feito *in extremis*.

Pergunta o autor do *Commentario á lei de 2 de Setembro de 1847*: se o reconhecimento feito em testamento pôde ser revogado? E decide que não.

Esta decisão não nos parece baseada em fundamento aceitavel.

O testamento só tem valor depois da morte do testador: é um acto de ultima vontade e de character de ambulatorio até á época do fallecimento; ora, a revogação do testamento quer dizer revogação das disposições nelle feitas, e portanto do reconhecimento dos filhos naturaes.

Nem estes têm direito algum a allegar, porque, sendo unicamente valioso o testamento achado por morte do testador, ninguem tem o direito de inquerir dos outros que elle porventura houvesse feito, os quaes são como se não existissem.

Merlin, *Repert* na palavra *filiação*, diz no numero 7: Se o testador revogar o testamento em que reconheceu o filho natural é valido o reconhecimento?

« Parece-nos fóra de duvida que a revogação do testamento faz calir o reconhecimento. »—Veja *Demol.*, vol. 5º, ns. 455 e seg.; *Morill.*, Cond. des Enf. nés hors mariage, pag. 307; *Zachariae*, vol. 1º, pag. 327.

Esta é tambem a opinião que, em contrario á do autor do *Commentario*, seguiu o Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota 2ª ao art. 212.

Por *Acc. de 19 de Junho de 1860*, decidiu a Rel., de Pernambuco, que o reconhecimento feito em testamento não pôde ser revogado por outro testamento, sem motivo declarado, e estando ambos os testamentos cerrados depois da morte do testador.

Se o testamento fór *nullo*, será tambem *nullo* o reconhecimento nelle feito?

O autor do *Commentario* distingue o caso de *nullidade de fórma* do de *nullidade substancial* ou *viceral*.

No primeiro caso, diz elle, e a nosso vér com boa razão, que o reconhecimento prevalece; no segundo, porém, deixando de parte as distincções que fez o citado autor, entendemos que annulla-se tambem o reconhecimento.

Assim, no caso de haver faltado a assistencia de uma das testemunhas do testamento, não se annulla o reconhecimento; annulla-se, porém, no caso de ter o testamento sido feito por pessoa incapaz de testar.

No caso de *testamento rôto* pela agnação do posthumo, o filho natural sómente poderá herdar se tiver sido reconhecido por escriptura publica antes do casamento, de que proveio o posthumo, e nada

parte III, tit. 5º, § 31 b): 5º, os filhos incestuosos, ou de pu-

vale o seu reconhecimento em testamento, visto como o nascimento do filho legitimo fez mudar a face das cousas.

No caso do *testamento irritado* do condemnado á morte, entende o autor do *Commentario* que não se prejudica o reconhecimento nelle feito, por isso que a lei manda devolver a herança aos herdeiros *ab intestato*, e aos filhos naturaes succedendo estes *ex vi legis*.

Mas sendo os filhos naturaes successiveis unicamente quando reconhecidos na fórma da lei de 2 de Setembro de 1847, e não estando elles, no caso vertente, reconhecidos deste modo, visto como o testamento é *irrito*, por força de que lei podem elles succeder, se a lei em vigor é justamente quem os repelle da successão?

O reconhecimento, ainda quando feito em escriptura publica ou testamento, pôde ser contestado, porquanto o reconhecimento procede sendo esses meios verdadeiros, e deixa de existir desde que fór provada a falsidade da escriptura publica ou do testamento. *Acc. da Rel. da Bahia de 24 de Maio de 1878.*—(Dir. 17-544).

Escriptura, pela qual dotou-se alguém declarando que era seu filho, não é instrumento habil para que o dotado possa reclamar a herança do dotante, dizendo-se filho natural legalmente reconhecido.—*Acc. do Sup. Trib. de Just. de 4 de Dezembro de 1875 (Dir. 9, 298).*

Convem notar que, para o filho natural succeder na herança paterna, não é por si só bastante a escriptura publica do reconhecimento: é essencial que elle se habilite, provando que é filho simplesmente natural do finado.

Esta disposição da ordem n. 180 de 13 de Julho de 1849 pareceu por demais rigorosa ao Sr. Dr. Teixeira de Freitas, por isso que, diz o distincto jurisconsulto, sendo pelo Dec. de 11 de Agosto de 1831 permittido o reconhecimento de toda a especie de filhos illegitimos, qual a razão porque se procura cercear assim o reconhecimento paterno, não o admittindo como aproveitavel em todos os casos; qual a razão porque não se ha de confiar na declaração do pai sobre o facto de ser seu filho simplesmente natural, e exigir ainda deste a prova dessa qualidade?

Os interessados na herança podem dispensar o filho, reconhecido por escriptura publica, da habilitação feita pela prova de sua qualidade de simplesmente natural, mas isto unicamente no caso de não ser a herança arrecadada pelo juiz dos orphãos.

O filho natural deve, porém, habilitar-se pelo juizo de orphãos no caso de ter havido arrecadação, e pelo dos feitos no caso contrario.—*Resol. de 2 de Julho de 1819, e ordens de 19 de Dezembro de 1839 e de 13 de Julho de 1849.*

Sobre a grave questão que se prende á disposição do art. 2º da lei de 2 de Setembro de 1847: Se os filhos havidos e reconhecidos pelo pai no estado da viuvez podem concorrer, com os legitimos preexistentes, á herança paterna:

nível e damnado coito : Ord. do liv. 4º, tit. 93 (c); 6º, os reli-

veja-se no fim desta obra a dissertação 1ª, para onde reservamos a elucidação desta questão.

(b) Os desnaturalizados ou proscriptos, os hereges, os apóstatas e os criminosos de lesa-magestade divina ou humana, não estão inibidos de succeder, visto que aquelles que se naturalisão em paiz estrangeiro não são prohibidos de succeder a seus pais; quanto aos hereges, etc., não podem ser perseguidos por motivo de religião desde que respeitem a do Estado e não offendão a moralidade publica. Art. 179 da Const., § 5.º Muito menos estão impedidos de succeder a seus pais os filhos dos criminosos de lesa-magestade, porquanto *nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, nem a infamia do réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo que seja.*—Cit. art. da Const. Polit., § 20.

(c) A Ord. do liv. 4º, tit. 93, diz que aos filhos de damnado ou punível coito não podem succeder seu pai ou sua mãe, e vice-versa, no caso de morrer o dito filho *ab intestato*; mas em seguida permite a successão *a quaesquer outros parentes e dividas por parte de sua mãe, conjunctos*. O filho de coito damnado só succede ao pai quando instituido em testamento na falta de legitimos e na conformidade da Resol. de 11 de Agosto de 1831; não pôde, porém, succeder a seu pai intestado, ainda juntando escriptura de reconhecimento, que não é o meio de garantir-lhe a successão, pois a Resol. cit. não revogou a Ord. do liv. 4º, tit. 93.—*Accs. do Sup. Trib. de Just. do 1º de Agosto de 1868 e da Rel. da côrte, revisora, e do Sup. Trib. de Just. de 9 de Setembro de 1874 (Dir., 5, 602 a 608.*

Estas expressões da citada Ord. fizerão nascer entre os autores a questão: se entre esses *outros parentes*, de que falla a Ord., se devem comprehender os avós?

A discussão foi renhida, como se pôde vér em Guerreiro, quest. 93, e o maior numero de autores, entre os quaes Portugal, Pegas e Pereira, sustentárão que os avós devião succeder.

Fundavão-se esses escriptores em que a Ord., como se conclue de suas expressões, sómente quiz prohibir neste caso a successão dos pais, como uma especie de castigo; mas sendo esta disposição de character repressivo, não pôde ser ampliada, e as expressões *quaesquer outros parentes*, de que usa a Ord., indica claramente que, a não serem os pais, todos os mais parentes podem succeder, e por conseguinte tambem o podem os avós.

Apezar de apadrinhada por notaveis AA., entendemos que esta opinião não pôde ser sustentada em face das leis.

Em primeiro lugar é systema de nosso direito que, quando o filho succede ao pai, succede tambem o neto ao avô, e vice-versa, e quando o filho é prohibido de succeder ao pai, é o neto prohibido de succeder ao avô, e vice-versa.



giosos professos : Ord. do liv. 4º, tit. 84, § 4º; pôdem, porém, succeder no legado deixado para alimentos, nos termos da lei de 25 de Junho de 1766, § 10, e do decreto de 17 de Julho de 1778 (d). Ainda que os filhos naturaes dos nobres não succedem a seu pai, succedem comtudo á sua mãe, posto que nobre seja, não tendo descendentes legitimos : estão na mesma razão os esurios, Mel. Freire, tit. 8, § 13 (e). Os legitimados por

Em segundo lugar, se o avô podesse succeder ao neto neste caso, o neto devia poder succeder-lhe tambem; mas assim não é, porquanto na linha recta descendente a successão dá-se pela representação; ora, o filho de coito damnado e punivel não pôde succeder ao pai morto *ab intestato* como, pois, poderão, seus descendentes represental-o em semelhante successão se elle não tinha direito a ella, por isso que a lei prohibira de succeder a seu pai?

Vallasco na consulta 29 apresenta ainda uma questão, que, comquanto nenhuma razão de ser tenha, á vista da letra da Ord., liv. 4º, tit. 93, todavia julgamos devê-la fazer conhecer dos leitores.

A prohibição da Ord., liv. 4, tit. 93, comprehende os filhos havidos de homem casado com mulher solteira?

O coito do homem casado com mulher solteira é reprovado pela moral e pelo direito, por isso é *damnado*; mas não é *punivel*, porquanto as leis, punindo a mulher que commette adulterio com qualquer homem, só pune o homem que tem manceba em casa *teída e manteída*.

Dissemos que a questão não tem razão de ser, porque a Ord. falla de filhos de coito *damnado ou punivel*; e o proprio Vallasco no final da consulta citada reconhece que, á vista da alternativa de que usa a ordenação, não havia lugar semelhante questão.

(d) O religioso professo não pôde succeder *ab intestato* a seus ascendentes, por isso que pela sua entrada no convento elle fica *desnaturalizado da familia*, segundo a expressão dal ei de 9 de Setembro de 1769, porque *morre para o mundo*.

Accresce que qualquer successão em nada lhe aproveitaria, porquanto, pelo voto de pobreza que faz, fica inhibido de possuir bens de qualquer especie que sejam.

As expressões de que usa a lei de 9 de Setembro de 1769, dizendo que o professo *morre para o mundo*, corresponde a uma ficção juridica que produz effeitos reaes, porque effectivamente, desde que o monge professa, faz-se obra pelo seu testamento, como se elle houvesse fallecido.

(e) Já fizemos vér na nota (a), qual a nossa legislação sobre successão de filhos naturaes, quer sejam os pais nobres ou plebeus. Quanto aos filhos esurios, só podem succeder ao pai sendo por este instituidos herdeiros em testamento, na forma do Dec. de 11 de Agosto de 1831.

subsequente matrimonio estão na razão dos legitimos, sem differença alguma: Ord. do liv. 2º, tit. 35, § 12; (f) não assim os legitimados por provisão régia ou por qualquer outra maneira, pois que não succedem *ab intestato*, e são excluidos da successão, não só pelos filhos legitimos, mas até pelos col-

(f) Os filhos legitimados por subsequente matrimonio são equiparados aos legitimos, *tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Entretanto para que isto se dê é preciso que os filhos sejam taes que por direito possam ser legitimados.—Ord. liv. 2º, tit. 35, § 12; *Consol. das Leis Civ.*, art. 216.

Quaes são, porém, esses filhos?

E' ao direito canonico ou ao commum que se referem as expressões *por direito*, de que usa a Ord. acima citada?

Estas questões provocarão grande discussão entre os reinicolas e entre os canonistas de seculo XVIII.

A opinião que prevaleceu entre nós é a que sustenta que, á excepção dos filhos incestuosos e adulterinos, todos os mais podem ser legitimados pelo subsequente matrimonio dos pais.—*Alm. e Souza.*, nota á Mel., vol. 2º, tit. 5, §§ 14, 15 e 16; *Pinh. de testam.*, disp. 5ª, sec. 3ª, n. 343; *Teixeira de Freitas*, nota 1ª, ao art. 216 da *Cons. das Leis Civis*; *Lafayette*, *Dir. de Fam.*, § 109 e nota 11, etc.

Quanto á segunda questão, entendeu a maioria dos escriptores, que a Ord., liv. 2, tit. 35, § 12, na expressão *por direito*, referia-se ao direito romano e não ao canonico.

Procurando resolver conjunctamente estas duas questões, que se achão tão intimamente ligadas, a ponto que a solução de uma importa a solução da outra, vamos expôr em resumo o que de mais notavel se tem dito sobre esta materia.

No direito romano sómente erão legitimaveis por *subsequente matrimonio* os filhos *ex soluto et soluta*, e especialmente os havidos por qualquer homem de sua *concubina*.

O concubinato, não sendo um estado approved pela lei, e não lhe concedendo esta effeitos alguns juridicos, a não ser justamente a faculdade de poderem ser legitimados os filhos nascidos desde que o pai destes se casasse com a *concubina* de quem os tivesse havido, todavia era um estado *tolerado* em Roma.

Desde, porém, que entre os pais não houvesse o *concubinato*, e que entre elles existisse qualquer impedimento como os de *parentesco*, de *casamento existente (ligaminis)* e de *estupro* não podião os filhos ser legitimados por subsequente matrimonio.

O direito canonico modificou este systema.

Em primeiro lugar, em facedo direito das decretaes, o que se requer é que o filho seja havido *ex soluto et soluta*, porquanto não reconhe-

lateraes: Gam. dec. 11, 134, 183; Cabed., parte II, dec. 69, e Mel. Freire, tit. 8º, § 14. A respeito dos religiosos é controverso se os secularizados ou egressos devem ser considerados na classe dos herdeiros? Os que sustentão a affirmativa dis-correm assim: a inhabilidade decretada pela Ord. do liv 4º,

cendo o direito canonico outra união a não ser a do casamento, o concubinato, punido e não tolerado, pelo proprio direito civil, não pôde dar aos filhos nelle havidos a qualidade de *legitimaveis* por seguinte matrimonio dos pais, senão quando entre estes nenhum impedimento houver para o casamento.

O direito canonico não considera o *estupro* impedimento para o casamento, e os filhos havidos desta união são legitimaveis. Quanto, porém, aos *adulterinos* e *incestuosos*?

Os *adulterinos* não são legitimaveis por seguinte matrimonio, salvo se, tendo sido gerados emquanto entre seus pais existia o impedimento *ligaminis*, havia este impedimento desapparecido na época do nascimento dos ditos filhos; ou quando, existindo entre os pais esse impedimento na época do nascimento, não existia na época da concepção.

São estes os principios firmados por Benedicto XIV, condemnando a theoria de Bohemero.

Este escriptor sustentou que todos os filhos espurios erão legitimaveis por subsequente matrimonio, desde que este se podesse realizar, e baseava-se no principio do cap. *Tanta est vis matrimonii, etc.*,

Esta opinião já era sustentada por Strykio como a que em maior voga estava na Allemanha no seculo XVII, e diz este escriptor que, desde que os pais obtenhão licença para celebrar um matrimonio valido, não havia razão para que se tirasse a este matrimonio a força de legitimar os filhos anteriores. *Si enim parentibus tandem permissum, ut legitimi conjuges fiant, cur non liberis, ut ex tali connubio legitimitatem consequantur?*

Quanto aos *incestuosos*, observa-se o mesmo principio de Benedicto XIV: se não existia o impedimento do parentesco, quer na época do nascimento, quer na da concepção desses filhos, são elles legitimaveis por subsequente matrimonio.

« *Per subsequens matrimonium non legitimatur proles, quando copula habita est inter impeditos et proles nata est, eo impedimento perseverante Si vero constet prolem natam esse sublato impedimento, dobitetur verò, num conceptus sit eodem impedimento perseverante; tunc in favorem prolis judicium ferendum est.*

Mão grado as argumentações de Strykio e de Bohemero, esta doutrina da *Authenticà* de Benedicto XIV foi a adoptada, conforme o attesta Berardo, em contrario a Rièger.

Do que fica exposto vê-se que actualmente tanto vale que a Ord.

tit. 84, § 4º, e pelo Alv. de 25 de Junho de 1766, § 10, parece limitada aos que se achão ligados pelos tres votos religiosos e solemnes, vivendo debaixo de uma regra approvada pela igreja, em cujos termos não estão os secularisados. O voto de castidade que subsiste, não pôde inhabilital-os, porque então

do liv. 2º, tit. 35, § 1º, se tenha referido ao direito romano, como ao canonico, porquanto aquelle, para ser admittido como auxiliar, deve sê-lo na fôrma da lei de 18 de Agosto de 1769, isto é, corrigido pelo *uso moderno*; ora, este tem firmado que são legitimaveis os filhos havidos *ex soluto et soluta*, e não os *adulterinos* e *incestuosos*, observando se quanto a estes a distincção estabelecia por Benedicto XIV na sua *Authentica*, distincção essa que foi aceita pelos nossos escriptores de direito civil.

Tendo, porém, de dizer a qual dos dous direitos se referia a Ord. citada, entendemos que ao romano, e isto porque:

1.º Quando as ordenações referem-se em geral ao *direito* entende-se sempre, como diz Pêgas, á Orl., tom. 5., pag. 578, que se referem ao proprio direito patrio ou ao romano.

2.º Porque, tratando-se de effeitos puramente civis, quaes os que provem da legitimação dos filhos por subseqüente matrimonio, não é aceitavel, como subsidiario, o direito canonico—Lei de 18 de Agosto de 1769, § 12; *Lafayette*, Dir. de Fam., nota 11.

Referindo-se a Ord. do liv. 2º, tit. 35, § 12, ao direito romano, corrigido pelo uso moderno, não podem ser legitimados por matrimonio subseqüente os filhos adulterinos e incestuosos.

Esta opinião que sustentamos tem todavia como antagonistas Mello Freire e Lobão.

Este ultimo escriptor, comquanto pareça a principio sustentar que os filhos adulterinos e incestuosos não podem ser legitimados por subseqüente matrimonio, todavia, commentando o tit. 5º, §§ 14, 15 e 16 de Mello Freire, diz no n. 4º do seu *commentario* que são legitimados por subseqüente matrimonio os filhos havidos de consanguineos ou afins nos grãos prohibidos, desde que o casamento seja celebrado com dispensa, porquanto as bullas de dispensa trazem sempre a clausula. — *Prolem susceptam, si qua sit, et suscipiendam exindé legitimam decernimus.*

Quanto aos filhos adulterinos, comquanto julgue elle mais conforme com a nossa lei, a opinião sustentada por Berardo, de accordo com a de Benedicto XIV, todavia, na nota ao n. 5º, entende que podem ser legitimados pelo matrimonio os adulterinos, quando, havendo entre os pais o impedimento *criminis*, fôr este levantado por *dispensa*, porque então a bulla da dispensa autorisa a legitimação, usando das palavras *prolem susceptam. . . legitimam decernimus.*

C. da Rocha, advogando sempre o progresso na sciencia do direito,

todos os ecclesiasticos serião inhabeis; o da pobreza desaparece pela secularisação, porque de outra sorte não poderião os secularisados ter patrimonio; o da obediencia religiosa tambem acaba, de tal sorte que o prelado religioso incorre em excommunhão se mais continuar a reconhecer o secularisado por seu subdito. Apesar, porém, dessas razões expendidas, nas quaes se observão alguns erros, sendo principal—que pela secularisação desaparece o voto da pobreza—o que é falso, pois que tão sómente se relaxa, parece achar-se decidido o con-

sustenta as opiniões de Strykio e de Bohemero, porque parece-lhe pouco justo, que possão os pais, unicos culpados da união criminosa que tiverão, contrahir em seguida um casamento legal e perfeito, e os filhos, innocentes da culpa de outros, não poderem ser legitimados pelo casamento de seus pais.

« Se a lei, diz o Sr. Dr. Teixeira de Freitas, pôde, em favor do casamento e da legitimade cobrir o vicio do nascimento de um filho e offerrecer o meio de reparal-o, não deve comtudo sancionar a obra do adulterio e do incesto. »

Em face da lei escripta, á vista da Ord., liv. 2º, tit. 35, § 12, é esta sem duvida a verdade; mas a equidade não pôde deixar de condemnar que o casamento seguinte entre os adulteros possa apagar o crime por elles commettido, e não possa apagar a mácula que pesa sobre o innocente producto desse crime!

A possibilidade de um casamento entre os adulteros e incestuosos deve importar na legitimação dos filhos do adulterio e do incesto; é isto ao menos o que pede a justiça. Como pôde o filho natural provar a sua legitimação pelo subseqüente matrimonio de seus pais, e se a posse de estado é prova, veja-se *Dir. vol.*, 16, pag. 33.

O Cod. Civ. Port. regula a legitimação por subseqüente matrimonio nos arts. 119 a 121. Seguio elle os principios do direito canonico, pois permite a legitimação dos espurios, que aliás prohibe sejam perfilhados: art. 122. Os Cods. Civs. Franc. (art. 331 a 333), Italiano (arts. 180, 194 e segs.), Chileno (arts. 202 e segs.) e Venezuelano (arts. 214 e segs.), seguirão o direito romano e recusão a legitimação pelo matrimonio dos pais aos filhos adulterinos e incestuosos. O Cod. Civ. Chileno nega o effeito da legitimação ao casamento putativo (art. 203). A não ser no caso de ter o filho nascido no estado do matrimonio, comquanto concebido antes, em todos os mais o Cod. Chileno só concede ao casamento o effeito de legitimação se o filho houver sido reconhecido antes pelos pais, como naturaes (art. 207), ou fôr expressamente mencionado em instrumento publico (art. 208) no acto de casamento. Conferem *Cod. Civ. Franc.*, art. 331; *Cod. Civ. Port.*, art. 119, n. 1; *Cod. Civ. Ital.*, art. 127; *Cod. Civ. Venez.*, art. 216, etc.

## 2.º Os ascendentes (73).

trario na Resol. régia de 26 de Dezembro de 1809 e no aviso de 1.º de Dezembro de 1812 (g).

(73) Na falta, ou inhabilidade dos descendentes, devolve-se a successão legitima aos ascendentes, com exclusão absoluta de quaesquer outros: Ord., liv. 4.º, tit. 91. Preferem sempre os mais proximos aos mais remotos, porque na ordem dos ascendentes não tem lugar a representação: Nov. 118, cap. 2.º, Mel. Freire, parte III, tit. 8, § 16. Se os ascendentes não são legitimos, succedem da mesma fórma que seus descendentes lhe succederião a elles em iguaes circumstancias, por ser reciproco o direito da successão E' portanto applicavel aqui o que dissemos na nota antecedente (h).

(g) Os religiosos, ainda egressos e secularizados, não podem ser chamados á successão legitima, de seus ascendentes, por isso que, ficando elles, pela sua entrada no convento, desnaturalizados da familia (lei de 9 de Setembro de 1769), não tornão a entrar para ella pelo facto da secularisação.

Accresce que o direito de successão é reciproco; ora, o egresso, se ajuntar alguns bens depois de sua sahida do mosteiro, pôde dispôr delles em testamento em favor de quem quizer, excluindo seus ascendentes

Não é exacto, como pretende Pereira e Souza, que o monge egresso não possa adquirir bens; pôde, pois que, tendo sido relaxado o seu voto de pobreza, não continúa a anterior prohibição.

(h) O direito portuguez modificou a disposição da novella 118 quanto á successão de ascendentes e collateraes.

Essa Novella chamava juntamente á successão, em falta de descendentes do defunto, os ascendentes deste com os irmãos germanos que elle houvesse deixado.

Entre nós são chamados depois, e em falta dos descendentes, os ascendentes, e sómente na falta destes é que se recorre á linha collateral.

A successão dos ascendentes soffreu no direito das ordenações uma notavel limitação

A Ord. do liv. 4.º, tit. 91, § 2.º e 4.º dispoz. que o pai ou mãe que contrahir segundas nupcias, tendo filhos das primeiras, não herdará os bens que os ditos filhos do primeiro casamento deixar, sendo esses bens havidos da legitima paterna ou materna, mas apenas haverá o usufructo delles, e por sua morte serão elles repartidos entre os filhos de primeiro matrimonio, não havendo parte nenhuma delles os filhos do segundo.

Como se vê, é semelhante disposição de direito singular, pois vai de encontro ás regras geraes da successão dos ascendentes

São necessarias, porém, tres condicções para que se dê o caso previsto na cit. Ord.

1.<sup>a</sup> Que um individuo contraia segundo casamento tendo filhos de um primeiro.

2.<sup>a</sup> Que antes ou depois de contrahido o segundo casamento tenha fallecido um dos filhos do primeiro matrimonio deixando bens havidos da legitima do pai ou mãe morto.

3.<sup>a</sup> Que na época do fallecimento do conjuge binubo exista ao menos um filho do primeiro matrimonio.

Diversas questões se têm suscitado a respeito da disposição desta ordenação, e algumas dellas devemos mencionar por nos parecerem dignas de analyse.

Pergunta-se: se o que a Ord. cit. dispõe em relação aos filhos do primeiro matrimonio não se deverá também entender em relação aos do segundo, isto é, se assim como sómente entre os filhos do primeiro matrimonio se devem partir os bens deixados por qualquer delles, que haja fallecido, sem que nesses bens possuão ter parte alguma os filhos do segundo matrimonio, da mesma sorte, quando fallecer algum filho do segundo matrimonio, deixando bens havidos de legitima materna ou paterna, estes bens não devem unicamente ser divididos entre os ditos filhos do segundo matrimonio sem que os do primeiro tenham nelles parte alguma?

Comquanto a affirmativa tenha sido adoptada por alguns escriptores, entendemos todavia que é insustentavel, e isto pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar a Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 91, § 2.<sup>o</sup>, trata exclusivamente de filhos do primeiro matrimonio, e sendo esta disposição de direito singular não pôde ser entendida além da letra da lei.

Em segundo lugar não ha razão para ser concedido aos filhos do segundo matrimonio esse privilegio que a lei concedeu aos do primeiro.

Estes tinham, antes de nascerem os filhos do segundo matrimonio, a propriedade dos bens que compunhão a legitima de seu pai ou mãe fallecido, bens esses que sómente a elles podião e devião pertencer, e que, a observarem-se as regras regulares da successão, devião caber ao pai ou mãe binubo, e por morte deste augmentar a herança dos filhos que sobreviessem

A disposição da lei não é em odio aos filhos do segundo matrimonio, como suppuzerão alguns AA., mas sim, para assegurar os direitos da prole do primeiro leito e não animar as segundas nupcias, quando ha filhos. No direito romano erão sujeitos a certas limitações os direitos dos conjuges de segundo leito: *Morillot, Cond. de l'ép. surv.*, pag. 219 e seg. Honrava-se a mulher que só casava uma vez, e a expressão

*univira* era synonymo de *castissima*. No entanto a *Lex Julia e Pappia Poppea* obrigavão a contrahir segundas nupcias!

Quanto á successão dos bens que pertencem aos filhos do segundo matrimonio, que houver fallecido, têm direito de participar della os filhos do primeiro leito, porque em relação a elles regula o principio geral da successão.

O bem profecticio de um filho do primeiro leito, alienado pelo pai binubo e depois rehavido por este, por meio de troca com um bem adventicio do mesmo filho, deve ser partilhado entre os filhos do primeiro e segundo matrimonio.—*Acc. da Rel. do Ouro-Preto de 2 de Junho de 1874 e de 27 de Outubro do mesmo anno, e do Sup. Trib. de Just. de 20 de Outubro de 1875 (Dir., 8, 644).*

Uma questão que nos parece de maior importancia é a de saber se, no caso de fallecer, não um, mas dous ou mais filhos do primeiro matrimonio, os bens que o segundo filho fallecido tiver herdado do que fallecer em primeiro lugar, devem tambem ser conservados pelo pai ou mãe binuba, para por sua morte dividirem-se entre os filhos sobreviventes do primeiro matrimonio, ou se o pai ou mãe binuba deverá ser herdeiro desses bens, e serem elles por sua morte partilhados entre todos os filhos, tanto do primeiro, como do segundo matrimonio?

Lobão, com justa razão estabelece que o pai ou mãe binubo, sendo pela lei privado da herança do filho do primeiro matrimonio unicamente quanto aos bens da legitima do pai ou mãe fallecida, não deve ser esta disposição applicada á herança dos bens que o dito filho tenha esse havido por qualquer meio adventicio, ou que constitua seu *peculio castrense* e quasi *castrense*.

No caso, porém, da questão que pretendemos elucidar, estabelece elle as duas opiniões existentes, uma que sustenta que deve nesta hypothese ser observado o preceito da ordenação, liv. 4, tit. 91, §2º, porquanto esses bens que o segundo filho morto herdou do primeiro provierão da legitima paterna ou materna; e outra, que decide que taes bens devem ser herdados pelo pai ou mãe binuba, por isso que já não forão immediatamente herdados do pai ou mãe fallecido; depois de assim estabelecer as duas opiniões decide-se elle pela ultima dellas, por ser ella, segundo o seu pensar, a mais conforme com o direito romano, que é a fonte da ordenação acima citada.

Barbosa, *Lei Post. dotem*, 2º vol., n. 76, já havia antes de Lobão seguido a mesma opiniao, fundado em argumentos que offerecem apparencia de verdade.

No n. 76, diz o referido escriptor:

..... Sed his non obstantibus, opinio Pauli verior, et magis conformis juris principii est: *nam hæreditas paterna postquam acquisita est filio, non consideratur amplius tanquam hæreditas paterna, sed tanquam hæreditas adeuntis.*



*Neque obstant adducta in contrarium: nam ad primum respondeatur quod dum doctores considerant a quolinea bona provenerunt, intelligendi sunt, scilicet immediate pervenerunt aliquo bona materna, vel ex linea materna, hæc bona tanquam materna, ad aviam maternam pertinebunt, vel è contra. Si autem ponas, filium aliquem decessisse, qui habebat bona paterna, ei successisse matrem, hæc bona pertinebunt ad aviam matrem, quia licet attenda origine fuerint bona paterna, tamen non pervenerunt ad matrem, tanquam bona paterna, sed tanquam bona filii, et similiter ad nepotem supervenientem, et de cujus hæreditate nunc agitur, pervenerunt tanquam bona materna: ergo pertinebunt ad aviam maternam.*

Como se vê, Barbosa, e com elle os autores que sustentão a sua opinião, entendem que os bens que o segundo filho fallecido herdou do primeiro já não são bens havidos da legitima do pai ou mãe fallecido, por isso que na successão attende-se para o ponto mais proximo é não para a mais remoto; ora, não estando esses bens na classe daquelles, cuja successão a Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 91, § 2<sup>o</sup>, vêda ao pai ou mãe binuba, deve ser este o herdeiro, e por sua morte serem elles partilhados entre todos os filhos existentes, quer sejam do primeiro, quer do segundo consorcio.

Para decidir esta questão parece-nos necessario distinguir: se o pai e a mãe binuba succede no usufructo dos bens do filho do primeiro matrimonio, ou se esses bens passam a elles na qualidade de *fidei commissis*, devendo por morte do mesmo pai ou mãe binuba ser entregues aos filhos do primeiro matrimonio que sobreviverem.

A Ord. citada usa das seguintes expressões: — *haverá sua mãe* (ou pai: § 4<sup>o</sup>) *o uso e fructo sómente dos ditos bens, etc.*; parece, pois, que o conjuge binubo tem com effeito durante sua vida o usufructo, devendo por sua morte passarem os bens aos filhos do primeiro matrimonio; mas o usufructo é um desmembramento da propriedade, e que suppõe esta existindo em alguém: quem é, porém, no caso em questão o proprietario dos bens?

O pai ou mãe binuba? E' claro que não.

Os filhos sobreviventes do primeiro matrimonio? Tambem não, porque a propria ordenação diz, que elles sómente terão a propriedade de taes bens por morte do pai ou mãe; verbis: — *E por fallecimento dellas os haveráõ livremente os filhos do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãe ficarem vivos, etc.*; ora, se fossem os filhos já proprietarios desses bens, não precisaria a lei dizer que por morte de sua mãe ou pai os *haveráõ livremente*, antes julgaria transferida a elles a propriedade: como o faz nos casos de legitimas maternas ou paternas.

A considerar, pois, a mãe ou pai binubo como usufructuario neste caso, teremos o absurdo de haver alguém o usufructo de bens de que ninguem tem a propriedade.

## 3.º Os collateraes (74) (i).

## § 33

Os herdeiros ou succedem *in capita* (75), ou *in stirpes* (76).

(74) Na falta dos descendentes e ascendentes, succedem os collateraes.

Os irmãos germanos e os filhos delles excluem os uterinos e consanguineos. Na falta de irmãos e filhos de irmãos germanos, succedem indistinctamente os unilateraes e seus filhos, e na falta delles devolve-se a herança aos parentes mais proximos do defunto, a respeito dos quaes já não têm lugar a representação.

(75) Na successão *in capita*, divide-se a herança em tantas partes iguaes quantos os herdeiros. Succedem desta maneira todos aquelles que, por estarem no mesmo gráo, não precisão de representação, v. g., quando sómente concorrem á herança filhos ou irmãos do defunto.

(76) Na successão *in stirpes*, divide-se a herança em tantas partes iguaes quantas as pessoas representadas, v. g.: concorrem á herança de Pedro seu irmão Francisco, dous filhos de Joaquim, tambem irmão do defunto, mas já fallecido, e cinco filhos de Antonio, tambem fallecido e igualmente irmão do defunto. Neste caso não se divide a herança em oito partes iguaes, como se dividiria se succedessem *in capita*, mas sim

Esta é no entanto a base sobre que basêo a sua opinião os autores, que sustentão que os bens herdados pelo segundo filho fallecido, do primeiro, devem passar á sua mãe ou a seu pai e não a seus irmãos, porque o primeiro filho fallecido, tendo adquirido a propriedade dos bens havidos do pai ou mãe fallecido, a porção que o segundo filho herdou não fazia parte da legitima parterna ou materna, visto como, passando a ser propriedade do dito filho, tinha perdido esse caracter.

Vide Barbosa, loc. cit., verbis: *Quod confirmo optimo simili., etc.*

Nós, porém, entendemos que os bens deixados pelo primeiro filho fallecido, passão ao pai ou mãe binubo na qualidade de um perfeito *fideicommisso*, e que os filhos sobreviventes só adquirem a propriedade delles por morte do dito pai ou mãe. Vide a nota ao art. 966 da *Cons. das Leis*, aonde o Dr. Teixeira de Freitas firma com bons argumentos esta opinião.

Sendo assim, nenhuma duvida pôde haver de que os bens que ao

em tres: uma para Francisco, irmão do defunto; outra para os dous sobrinhos, filhos de Joaquim, e outra para os cinco sobrinhos, filhos de Antonio. E' controverso se, concorrendo á successão sómente sobrinhos, filhos dos diversos irmãos do defunto, sem concorrer irmão algum, por serem já todos fallecidos, deverá a herança dividir-se *in capita* ou *in stirpes*? *Akursio* e infinitos outros autores, entre os quaes o nosso grande Mel. Freire, no tomo 3º, tit. 8, § 5º, na nota, sustenta que, ainda neste caso, devia ter lugar a representação, e que a herança devia dividir-se *in stirpes*, fundados na Novel. 118, cap. 3º, e esta opinião foi constantemente adoptada nos tribunaes portuguezes, talvez por dizer a Ord. do liv. 3º, tit. 64, § 1º, que, na falta de leis patrias, estylo de costume, ou quando o caso não fôr determinado nas leis imperiaes ou nos sagrados canones, se recorra ás glozas de *Akursio*. A opinião contraria é que a herança, em tal caso, se devia dividir *in capita*; sustentou *Azão*, *Vinnio* e muitos outros; e esta opinião parecerá digna de preferência, logo que a contraria, seguida por *Akursio*, se convencer: 1º, com a mesma Novel. 118, prenotada á jurisprudencia antecedente; 2º, com o mesmo *Akursio*; 3º, com as regras da hermeneutica; 4º, com as leis das nações civilizadas; 5º, com a praxe dos mais illuminados tribunaes da Europa, e 6º, com os melhores doutores da escola Cujaciana. Pelo direito estabelecido antes de Justiniano, os sobrinhos, concorrendo á herança sem tios, succedião *in capita*: *Ulpian. in Fragm., tit. 26, § 4º, de legit. hæred., cap. inst., liv. 2º, tit. 8º, de inst. hæred., e liv. 14, § 1º; Cod. de legit. hæred. hædre*. Tal era a jurisprudencia daquelle tempo anterior á cit novel., tempo em que os tios excluão os sobrinhos, e em que estes só suc-

segundo filho fallecido devião caber, depois da morte de seu pai ou mãe, como parte a que tivesse direito nos bens do primeiro irmão, deverão ser divididos entre os filhos sobreviventes do primeiro matrimonio, porquanto não havião deixo-lo de ser bens havidos de legitima paterna ou materna, visto como o dito irmão nunca havia tido a propriedade de semelhantes bens, propriedade que sómente lhe poderia vir a caber depois do fallecimento de seu pai ou mãe binubo.

(i) Os filhos naturaes, ainda que reconhecidos nos termos da lei de 2 de Setembro de 1847, não succedem aos collatéraes pelo lado paterno. Accs. do Sup. Trib. de Just. na Rev. Civ. n. 8075 e da Rel. do Maranhão de 14 de Junho de 1873 e *Acc. da Rel. da Bahia* (Revisora) de 24 Maio de 1878. (Dir. 17 — 544. — Veja *Leiva, cap. 5º, §§ 52 a 56*.

cedião na falta daquelles, e *in capita*, como já disse. E que determinou a dita novella? Nada mais do que conceder aos sobrinhos o beneficio de representarem seus pais fallecidos, não como devido por direito, mas por privilegio, por sua natureza stricto e inampliavel. Ficou portanto omisso nesta Novella o caso de não concorrerem com tios vivos, e por isso illesa e sem revogação a antiga jurisprudencia, que não admittia tal representação, no caso de concorrerem só sobrinhos entre si, e todos em igual gráo com o defunto. O mesmo *Acursio* na *Authent. Cessante, Cod. de legit. hered.*, e no § *Sè plures, Inst. de legit. agnat. succes.* disse: *In stirpes dividi-verum est, quando cumpatris vocantur nepotes, aliàs in capita.* Eis-aqui, pois, *Acursio* contradictorio comsigo mesmo; e por isso deve-se preferir o que elle escreveu em ultimo lugar, pela razão dada por *Molin, de Præmogen.*, liv. 3º, cap. 7º, n. 21. «*Et hæc, ultima opinio Acursili debet observari cum sit posterior; nam quæ ultimo loco scribuntur, maturiori consilio scripto in telligendum est.*» A versão dos livros de direito para a lingua grega, a paraphrase de Theophilo, as constituições dos Imperadores do oriente, até Basilio, são os melhores subsidios da genuina intelligencia do direito civil romano. Ora, Theophilo, que viveu no tempo de Justiniano, seguiu no paraphrase, ao § *hoc etiam, de legit. agnat. succes.*, que, quando os sobrinhos não concorrem com tios, succedem *in capita*, e sem representação. Os visigodos, que fizeram a sua legislação proximo ao tempo da citada novella, e que se conformarão quasi em tudo com o direito romano, estabelecerão e determinarão o mesmo no liv. 4º, tit. 2º, cap. 8, do seu código. Esta mesma disposição se acha sanccionada em muitas legislações antigas e modernas, a saber: na Hespanha, pela lei 5, tit. 5, parte VI, referida por Pereira, dec. 3, num. 4. Na Allemanha, por uma lei de Carlos V, de 1529, e por outra de 1521, transcripta por *Strykio: Us mod.*, liv. 38, tit. 16, § 6º. Em Napoles, como attesta *Sabel.*, § *Representatio*, n. 1. Na Prussia, *Cod. Freder.*, parte II, liv. 6º, tit.º 6, art. 2º, § 4º, e art. 3º, § 5º. Na Sardenha, como se vê no seu moderno código, liv. 5º, tit. 6º, § 1. E quem duvida que esta uniforme legislação nos deve ser subsidiaria na falta de lei patria, attenta á disposição da lei de 18 de Agosto de 1769, que nos libertou da escravidão que nos impunha a *Ord.*, liv. 3, tit. 64, de recorreremos ás glozas de *Acursio*? Se o estylo de julgar nos tribunales das nações cultas deve attender-se, sempre se julgou pela opinião de Azão

na Rota Romana, na Hespanha, na França, Napoles, Saboia, Allemanha, e em todas as outras nações, excepto na nossa: *Sabel*, § *Representatio*, n. 1, *Barry*, de *Succes.* liv. 18, tit. 3º; n. 5º, e *Fabro* no *Cod.*, liv. 6º, tit. 33, defin. 1. Todos os discipulos de *Cujacio* seguirão, e sustentarão a mesma doutrina, dando a devida interpretação á cit. *Novel.* 118, e convencendo de erronea a opinião de *Acursio* e seus sequazes. Os elogios que um dos nossos monarchas fez á escola cujacia. podem vêr-se nos *Estat. do Univ.*, liv. 2º, tit. 3º, cap. 7º, §§ 7º, 8º e 9º. Esta nota é extrahida de *Aliv. e Souza*, *Dissert.* em supplemento ao *Trat. dos Morgad.*, que deve vêr-se (j).

(j) A questão aventada pelo A. na nota supra, de saber-se se no caso de concorrerem unicamente sobrinhos á herança de um tio, devem elles succeder *in capita* ou *in stirpes*, hoje merece apenas ser discutida como uma questão escolastica, porquanto a pratica geral, aliás adoptada desde longo tempo, tem estabelecido que em semelhante caso dever-se-ha dividir a successão *per stirpes*.

Entre nós essa pratica está em pleno vigor.—*Cons. das Leis Civ.*, nota 24 ao art. 972, 3ª edic. e accs. do *Sup. Trib. de Just.* de 14 de *Out.* de 1871 e da *Rel. da corte de 19 de Dez. do mesmo anno.* (Dir. 1º—433)

A opinião seguida pelo A. não podia prevalecer no tempo em que elle escreveu, e isto pelas seguintes razões:

Em primeiro lugar já nesse tempo estava estabelecida a pratica hoje em vigor, como o attestão os mais acreditados praxistas, e affirma o proprio Lobão na *Diss.* a que se refere a nota supra do autor: *Pereira*, *Dec.* 3ª, n. 15; *C. da Rocha*, nota ao § 313; *Gouvêa Pinto*, *Trat. de Testam.*, cap. 42; § 3º, nota 1ª; *Corrêa Telles*, *Dout. dos Acc.*, nota 242 ao § 124, etc.; ora, se é verdade, como allega *Pereira de Carvalho*, nota supra, que a *Ord.*, liv. 3º, tit. 64, princ., manda observar, nos casos em que é omissa a nossa legislação, as disposições das leis imperiaes, tambem não é menos verdade que ella ordena que sómente regulem as ditas leis imperiaes quando não haja lei, *estglo* ou *costume* do reino sobre a materia, e que dá ao *costume*, isto é, á *praxe de julgar*, força tal, que ante elle cessarãõ todas as outras leis e direitos: sendo assim, como pretende *Pereira de Carvalho*, fazer crêr que entre nós deve vigorar, por força da lei romana, a opinião de *Azão* e não a de *Acursio*? No tempo em que escreveu *Pereira de Carvalho* a opinião de *Acursio* vigorava no direito portuguez, com toda a força que dava ao *costume de decidir* a *Ord.* do liv. 3º, tit. 64, princ., e se o distincto autor houvesse pesado esta importante circumstancia, não seguiria com tamanha facilidade a opinião de Lobão.

Em segundo lugar, não é exacto que *Acursio* sustentasse a opinião de *Azão*, servindo-se das palavras referidas pelo autor na nota supra,

## § 34

Ha causas que legitimão a desherdação dos herdeiros, ainda os mais privilegiados (77).

(77) Posto que em regra geral não podem os ascendentes e descendentes ser desherdados, ou privados da herança, por terem a ella um direito fundado na natureza e na lei, todavia a legislação portugueza, e todas as outras das nações civilisadas, reconhecem como justas algumas causas de desherdação. As que são relativas aos descendentes achão-se na Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 88, e as que o são aos ascendentes, encontrão-se na

mas sim que taes expressões forão por elle usadas em referencia á opinião do citado Azão, como o mostra Pereira na Dec. 3<sup>a</sup>, n. 15, *verbis*: *Nec abstat, quou idem Acursius* (in d. § hoc etiam, verbo *superstites* in fine) *refert Azonis sententiam, in quo videtur cum illa manere, et illam amplecti: eo enim loci non dicit se illam sequi, licet eam inter alias opiniones citet: cum contrariam apertè sequatur aliis locis* (ut in l. lege 12, tab. c. de legit. herede.) *jubi se remittit ad ea, quæ antea in hoc § dixerat, et in hoc relatione constat, quod idem utroque loco scripsit, et ultimæ glossæ standum est.*

Além disso, das palavras que emprega Acursius em outro lugar vê-se que não podia ter a opinião que lhe attribue Pereira de Carvalho, e com elle Molina: *Si autem* (diz Acursio) *non sint patrum, sed soli filii duorum fratrum, in capita succedunt, secundum Azonem, ut in corpore eadem Auth. in § Si verò neque fratres, videntur etiam tunc vocari in stirpes, quia ita dicit neque filios fratrum: unde videtur, quod illi vocarentur in stirpes, si superessent.*

Em terceiro lugar, não procede em nada o argumento tirado do facto de ser a maioria das legislações accorde em adoptar a opinião de Azão, porquanto, havendo, como já fizemos vêr, *costume* estabelecido em contrario, não podem ter vigor entre nós as leis estrangeiras, pois não se dá o caso previsto pela lei de 18 de Agosto de 1769.

Parece-nos, á vista do que temos expellido, que nenhuma duvida pôde *prevalcer* sobre esta questão *na pratica*; quanto, porém, á sua discussão escolastica, acreditamos que ella seria de muito grande proveito quando se tratava de firmar a *pratica*, mas hoje é apenas util para quem desejar fazer praça de erudição juridica.

Diremos, entretanto, que o argumento mais forte que apresenta Pereira de Carvalho, para sustentar que a opinião de Azão é a unica aceitavel no nosso direito, cahe por terra á vista do disposto na citada novella.

Ord. do liv. 4º, tit. 99. Não devem admittir-se de sorte alguma essas outras causas inventadas pelos doutores com o fundamento de identidade de razão, porque o legislador vedou absolutamente todo o arbitrio logo que fez a enumeração de um determinado numero, accrescendo não ter lugar a interpretação extensiva a respeito de leis penaes. Emquanto aos collateraes, só não é permittida a desherdação dos irmãos, quando se lhes prefere uma pessoa torpe e indigna, não se verificando nelles

Esse argumento consiste em mostrar que, nada havendo a Nov. 118 disposto sobre a questão vertente, e sendo principio firmado por Ulpiano nos seus *Frag.*, tit. 26, de legit. hered. § 4, que no caso de sobrinhos, sós, estes succedem *in capita*, parece ter a novella conservado em vigor esta disposição do antigo direito, por isso que semelhante argumento destroe-se por si mesmo, á vista da disposição da novella: Diz o *Frag.* de Ulp.: *Adgnatorum hæreditates dividuntur in capita, veluti si sit fratris filius, et alterius fratris duo, pluresve liberi, quotquot sunt ab utroque parte personæ, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant.*

Este principio já o havia sustentado Gaio nas suas *Inst.*, liv. 2º, tit. 8º, de Intest. hered.: *Omnes quidem fratrum filii patruo suo ab intestato succedunt, non in stirpes, sed in capita.*

Tal é, pois, o principio firmado antes da novella 118.

Vejam os agora o que dispoz a Novella em seu proemio:

*Itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cætera ea sola servari; quæ nunc constituimus.*

Quanto á consideração que faz Pereira de Carvalho, quando diz que a unica cousa em que a Novel. modificou a legislação antiga foi admittir que os sobrinhos concorressem com os tios vivos á herança do tio morto, representando seu pai, é-lhe contraria e não favoravel.

Na verdade, o que quer dizer não admittir a legislação anterior á Novel. que os sobrinhos concorrão á herança do tio morto com os tios vivos? Pare-e-nos que quer dizer que não admittia que esses sobrinhos representassem seu pai morto, isto é, não concedia o direito de *representação* aos sobrinhos; ora, a novella 118, permittindo no seu cap. 3º, e a Novel. 127, no cap. 1º, que os sobrinhos, quer filhos do irmão (Nov. 118), quer filhos de irmã (Nov. 127), *representassem* seu pai ou sua mãe na successão de seu tio morto, estabeleceu *ipso facto* como regra, para os sobrinhos succederem aos tios, a *representação*, isto é, a successão *per stirpes*: como, pois, desprezar semelhante regra quando os sobrinhos succedem, sós, sem concorrerem com tios vivos? — No sentido da opinião que sustentamos julgáráo como já dissemos o *Sup. Trib. de Just. em Acc. de 14 de Outubro de 1871 e a Rel. da córte a 19 de Dezembro do mesmo anno.*

a mesma torpeza e indignidade, ou uma ingratitude consideravel: Ord., liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 90, § 2.<sup>o</sup> O herdeiro instituido no testamento tem obrigação de provar a existencia da causa da desherdação, quando esta recahe sobre ascendentes e descendentes, ficando estes inteiramente na posse da herança; e não é admittido a provar alguma outra causa além da declaração pelo testador; Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 82, § 2.<sup>o</sup> Quando, porém, a desherdação recahe sobre irmãos, são estes os que têm a obrigação de provar a infamia dos herdeiros, que lhes forão preferidos, ficando entretanto os mesmos herdeiros na posse da herança, sem que tenham obrigação de cautionar, salvo no caso da Ord. do liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 73, § 2.<sup>o</sup> Annullando-se o testamento pela querella chamada *officiosi*, não ficão nullos os legados, mas sómente a instituição: *Mel Freire*, liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 5, § 53 (k).

(k)—A faculdade de desherdar foi concedida como um meio para o ascendente ou descendente castigar a ingratitude que soffresse daquelle a quem os laços de sangue e a disposição da lei davão direitos de succeder-lhes.

Foi a novella 115 a primeira disposição de lei em que se fez menção das causas que autorisão a desherdação.

As causas de desherdação contidas nessa novella forão pela maior parte adoptadas pela legislação portugueza, e os compiladores philippistas as expuzerão nas Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tits. 83, 89 e 90.

Alguns escriptores entenderão que as disposições dessas ordenações erão meramente *exemplificativas*, e não *taxativas*, o que importaria na admissão de outras causas de desherdação além das que se achão expressas naquellas leis.

Semelhante opinião não é admissivel: em primeiro lugar pela razão apresentada na *nota supra* por Pereira de Carvalho; em segundo lugar porque a novella que servio de base a estas ordenações declarou serem as suas disposições *taxativas*, e excluiu do direito quaesquer outras causas de desherdação além das que se achão nella contidas: . . . *ideo necessarium est, diz a cit. Novel., perspeximus ea nominatim presenti lege comprehendere ut praeter ipsos nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.*

Para procedermos com methodo vamos tratar em primeiro lugar das causas da desherdação dos descendentes; passaremos em seguida ás dos ascendentes, e finalmente ás dos collateraes.

DESHERDAÇÃO DOS DESCENDENTES.—A primeira causa de desherdação dos descendentes que apresenta a Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 88, é o facto de se



ter a filha menor deshonestado com algum homem, ou casado sem licença de pai ou mãe.

Os escriptores entrãrão em duvida se, para que se dê esta causa de desherdação, é necessario que a filha viva uma vida deshonesto, ou é bastante que se tenha deshonestado uma só vez?

Mello Freire, apoiando-se no § 11 do cap. 3º, da Novel. 115, entendeu que sómente o facto de ter a filha uma vida corrompida pôde autorisar o pai a desherdal-a; Lobão sustentou a opinião contraria, e a nosso vêr com razão, pois a Ord. usa da expressão *dormir*, o que claramente indica que basta um acto de deshonestidade para se poder dar a desherdação, e quando as Ords. querem indicar uma vida deshonesto usão das expressões *meretricar* e *ser manceba*, como se vê no liv. 5º, tit. 27, § 1º, etc.

E' esta tambem a opinião adoptada, entre outros, por Pinheiro: Disp. 5ª, secç. 3ª, § 7, ns. 277 e 278, ibi.: *Ubi observandum est primó, juxta hanc legem, satis esse, quod filia minor 25 annis semel fornicata fuerit ad hoc ut maneat exheredata à bonis patris, vel matris, ut optimè advertit Petr. Barb., nam verba illa Ordin. si dormierit cum aliquo viro, propriissimè verificantur, etiamsi semel tantum peccaverit.*

N. 278. — *Observandum secundó, dictam filiam in suum corpus peccantem, vel nubentem absque consensu parentum, si patrem habebat, quando id comisit, solum exheredari a bonis et substantia patris, non vero matris: si autem jam non habebat patrem, habebat autem matrem; tunc exheredari à bonis matris, non veró patris.*

Lobão suscita uma questão, qual é a de saber se a filha que durante a minoridade se deshonestou, e depois de maior casou com um homem muito melhor do que o que seu pai lhe poderia ter arranjado para marido, livra-se ou não da pena da desherdação?

Lobão entende que sim, e funda esta opinião em que, assim como no caso do § 3º da Ord., liv. 4º, tit. 88, a filha que se casa sem o consentimento paterno, mas contrahe um casamento muito mais vantajoso do que lhe poderia arranjar seu pai, não pode ser por este desherdada senão da metade da legitima, o mesmo se deve dar, por semelhança, no caso de haver a filha se deshonestado, mas ao depois casado com homem melhor do que aquelle que seu pai lhe poderia procurar para marido.

O vicio desta opinião resalta ao mais leve exame.

Pois se no caso do casamento com um homem digno, a Ord. sujeita a filha á desherdação da metade da legitima, como ha de impôr esta mesma pena á filha que se deshonestou, embora com um homem digno?

Sómente porque casou ao depois? Mas quando ella deshonestou-se era menor, e incorreu logo na pena da lei.

O filho antes de emancipado necessita do consentimento paterno

para casar-se, e a lei de 6 de Outubro de 1784 exige este consentimento para o casamento do filho-familias de qualquer idade que seja.

Quando o pai, sem fundamento razoavel, recusa concedê-lo, podem o filho ou filha impetral-o do juiz dos orphãos.

Não ha necessidade do consentimento das mãis, como se deduz da lei de 23 de Setembro de 1828 e Regul. de 15 de Março de 1842, pois nellas figura-se a hypothese de supprimento de consentimento do pai e tutor, e não da mãe.

Desde que o filho não pede ao pai consentimento pôde ser desherdado.

Pergunta-se: se a filha ou filho desherdado fallecer antes do pai e deixar filhos, não poderão estes succeder ao avô, e a elles tambem se deverá estender a pena da desherdação?

Alguns autores como Portugal e Cordeiro entendêrão que taes netos não succedem ao avô, porquanto, a quem vão elles representar nessa successão? Ao pai ou mãe desherdados? Mas qualquer destes havia perdido o direito á successão de seu pai...

Parece-nos mais aceitavel a opinião contraria seguida por Pinheiro e Guerreiro.

Com effeito, a desherdação é uma pena, e como tal não deve estender-se além do culpado; e se no caso de morrer o pai antes da filha ou filho desherdado já soffrem os netos as consequências do crime dos pais, para que não os relevar desse castigo iniquo, quando antes da morte do avô fallecer seu pai ou sua mãe desherdados?

A deherdação tem tambem lugar, segundo a Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 88, § 4<sup>o</sup>, no caso do filho ou filha pôr as mãos irosamente em seu pai ou mãe.

Como deverãõ ser entendidas as expressões *pôr as mãos* de que usa a Ord.? Alguns autores, entre os quaes Pinheiro, de Testam. Disp. 5<sup>a</sup>, secç. 3<sup>a</sup>, § 7<sup>o</sup>, entendem que a lei sómente quiz tratar do caso do filho ferir o pai ou fazer-lhe offensa violenta: *quod intelligendum est de violenta injectione manum eaque gravi*. « *Conatus itaque non sufficit, veluti si minatus tantum fuerit, vel manus tantum levaverit.* »

Não nos parece aceitavel a opinião de Pinheiro, porquanto o fim da lei foi punir o acto desrespeitoso e altamente offensivo de pôr o filho as mãos em seu pai, sem cogitar da necessidade de haver ferimento leve ou grave: *Sive manibus, sive pedibus, sive lapide, sive fuste, etc., filius patrem offendat*, diz Muller ad Stru.

Furgole, explicando a lei romana, exceptua da pena de desherdação o filho que fere o pai em defesa propria; mas com justa razão adverte este escriptor que sómente se dará este caso quando o pai tentar abertamente matar ou ferir gravemente o filho, e este não poderá resistir-lhe quando apenas elle quizer castigal-o, pois o pai tem o direito de castigar os filhos.

No § 5<sup>o</sup> enumera a Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 88, entre as causas de desherdação, o *doestar o pai ou mãe com palavras graves e injuriosas, principalmente se o fizer em publico*.

Vê-se da propria letra da lei que, para dar-se esta causa de desherdação, é preciso que o doesto atirado pelo filho ao pai ou mãe o seja por meio de palavras *graves e injuriosas*; não pôde portanto proceder a opinião daquelles que entendem que, attenta á posição do pai, deva ser julgado causa sufficiente de desherdação qualquer expressão que indique falta de respeito filial. Contra esta opinião protestão, não sómente a letra da Ord. citada, como tambem a da novella 115 de onde foi aquella Ord. extrahida.

Questiona-se: se sómente autorisa a desherdação o *doesto* feito por palavras, ou se tambem o que consistir em factos?

Alguns autores, cingindo-se á letra da Ord., entendem que tratando esta unicamente dos *doestos* dirigidos por meio de *palavras*, não se pôde admittir como causa de desherdação o *doesto* lançado por meio de *factos*.

Esta opinião é insustentavel, porquanto o que a lei quiz punir foi a injuria dirigida pelo filho contra o pai, e esta tanto pôde constar de palavras, como de factos.

Tal é tambem a opinião de Furgole: . . . *importa pouco que ella seja verbal, ou que resulte de qualquer outro facto, que encerre injuria grave e que torne em deshonra do offendido.* »

Nos §§ 8º e 9º trata a Ord. dos casos em que o filho propina, ou tenta propinar veneno a seu pai ou sua mãe, ou em que por si ou por outrem procura dar-lhes a morte.

Pelas expressões usadas pela Ord. no § 8º vê-se, que não sómente é causa de desherdação a *consummação*, como tambem a *tentativa* do crime, e não sómente a *autoria*, como tambem a *cumplicidade*.

As expressões *ou tratar de lhe dar, e não ficar por elle ser-lhe dado* indicão evidentemente o emprego dos meios para se realizar o envenenamento, e o principio de execução do crime; e das palavras *der azo, favor, conselho* ou *consentimento*, deduz-se a *cumplicidade*.

Como deverãõ ser entendidas as expressões *conselho, favor* e *consentimento*?

A expressão *conselho* deve neste caso fazer suppór influencia da parte da pessoa que a aconselha sobre a que é aconselhada?

Parece-nos que sim, visto como a Ord. quer punir com a pena da desherdação unicamente os casos em que houver principio de execução de envenenamento; ora, o conselho sómente poderá produzir isso, havendo da parte da pessoa que aconselha influencia sobre a que é aconselhada.

O *favor* significa segundo a mente da Ord. *auxilio* dado para a realização do facto.

Finalmente, dá-se o *consentimento* desde que o filho, sciente de que seu pai vai ser envenenado, não o avisa ou não impede, por qualquer modo a seu alcance, que elle tome o veneno.

No caso do § 9º da Ord. o mesmo se deve observar.

A tentativa e a cumplicidade autorisam igualmente a desherdação, e a lei tratou de tornar bem claro o caso do mandato nas expressões *por outrem*.

Quanto á causa de desherdação apresentada no § 10 da Ord., a maioria dos escriptores, entre os quaes Furgole no cap. 8º, secç. 2ª, n. 48, tem entendido que houve da parte dos compiladores da Ord. um imperdoavel descuido, porquanto apresentam como causa de desherdação o facto do filho ter relações sexuaes com a concubina do pai, como se entre nós o concubinato fosse tolerado tal qual o era pela legislação romana.

Deve-se ter unicamente por subsistente a causa de desherdação proveniente de ter o filho manchado o leito conjugal de seu pai, tendo relações com sua madrasta; mas sendo o concubinato um acto reprovado entre nós, o pai não pôde basear sobre elle a desherdação de seu filho, porque seria, como diz Furgole, fundar a desherdação sobre sua propria torpeza e má conducta.

Pinheiro é de opinião que, para poder dar-se a causa de desherdação de que trata o § 11, da Ord. citada, é necessario que o filho cause damno, não só á honra, como aos bens do pai, com a delação que der, e que o damno seja consideravel.

As proprias expressões de que se serve a lei exprimem claramente a necessidade dessas condições.

Para que se dê o caso do § 12 entende Lobão que é preciso que o pai esteja em prisão rigorosa, e que o filho esteja em idade em que possa contrahir obrigações e prestar fiança.

E' claro que semelhante disposição só se entende com a filha, estando ella em posição em que possa dispôr facilmente de bens sufficientes para desobrigar o pai.

Impedir o pai ou mãe de fazer testamento é uma causa de desherdação enumerada no § 13.

Quando e como se dá esta causa sómente o bom criterio do juiz o pôde decidir, por isso que de muitos e diversos modos se pôde impedir que alguém faça o seu testamento, já afastando o tabellião, ou impedindo que elle venha á presença da pessoa que quer testar; já ameaçando a esta; desviando as testemunhas, etc.

Se alguma regra se pôde estabelecer sobre este caso, é a que dá Furgole no seu *Trat. de Testam.*, cap. 6º, secç. 3ª, n. 106: *Basta notar que ella (a causa de desherdação) deve ter lugar todas as vezes que parecer que o testador esteve com desejo sincero de testar, e que foi impedido por força, dolo ou qualquer outro meio condemnavel, directo ou indirecto.*

Quando, porém, o filho não houver empregado dolo, astucia ou violencia, mas sim houver usado de meios brandos e suasorios, dissuadindo seu pai ou supplicando-lhe que não faça testamento, terá lugar a pena de desherdação?

Parece-nos que não, porquanto a lei trata do caso do filho *tolher* o

pai de fazer testamento, o que suppõe, não o emprego de meios brandos e de supplicas, mas de meios violentos e dolosos: como afastar do pai o tabellião, testemunhas, enfim collocal-o em posição de não poder, ainda que o deseje, fazer o seu testamento.

No caso do emprego de meios brandos, da convicção e da supplica, o testador fica com a liberdade de testar salva, por isso que pôde resistir aos meios empregados pelo filho, e se o não fez é porque quiz attender ao filho e resolveu morrer sem testamento.

O § 14 da Ord. foi copiado da novella 115, cap. 3º, § 12.

Têm entendido alguns escriptores, que exigindo a Novel. 115 que o filho tenha pelo menos a idade de dezoito annos para que possa incorrer na pena de desherdação, por haver abandonado seu pai mãe ou avô que cahisse em demencia, deve esta condição ser tambem comprehendida na nossa Ord.

O que nos parece é que em semelhante pena sómente incorrerá o filho, quando estiver em idade e tiver posses de soccorrer o pai, porquanto a lei não poderia exigir do filho cousas impossiveis.

A cit. Novel., § 12, devolve ao fisco a herança do pai que morreu em estado de demencia e desamparado do filho; no caso, porém, de haver alguém cuidado do individuo assim abandonado, a elle caberá a herança.

As causas de desherdação enumeradas nos §§ 16 e 17 não merecem menção nos tempos actuaes.

E' questão muito debatida entre os escriptores: se o pai pôde em sua vida promover a desherdação da filha, ou se sómente pôde desherdala em testamento?

A pratica antiga, como o attestão Costa nas notas a Caminha, e Guerreiro, permittia que se fizesse a desherdação por actos *inter vivos*; Lobão assegura ter visto seguir-se ainda esta pratica, não obstante o aresto em contrario que offerece Phebo, parte II, ares. 20. O assento de 20 de Julho de 1780, tratando de decidir se o pai em sua vida pôde intentar a acção contra a filha para ser havida por desherdada pela causa da Ord., liv. 4º, tit. 88, § 1º, ou se sómente o pôde fazer por testamento: Assentou-se pela maior parte dos votos que o pai pôde intentar acção em sua vida, para se declarar a filha incursa na pena da desherdação; *porque, ainda que a desherdação regularmente se costume fazer no testamento, não ha lei que prohiba o pai de usar em sua vida do direito que pelo factio do filho logo se lhe transfere.*

A' vista do disposto neste assento, parece que as palavras — *declarando o pai e a mãe em seu testamento a causa ou razão por que desherda seu filho legitimo* — de que usa a Ord. do liv. 4º, tit. 82, § 2º, devem ser entendidas como exemplificativas por se referirem ao meio de desherdação o mais usual, segundo diz Lobão.

Entretanto convem notar que, na época em que foi tomado o assento de 20 de Julho supracitado, a materia era bastante duvidosa

no direito portuguez, tanto que o proprio assento declara que a decisão nelle exarada foi tomada *por maioria de votos*.

Contra a praxe attestada por Costa se havia levantado Pereira de Castro, com argumentos que parecem poderosos.

Trata-se do caso de haver uma mãe pedido que sua filha fosse havida como indigna de sua herança, por tê-la injuriado publicamente, e diz Pereira de Castro na Dec. 103 :

*« Judex ex atrocitate verborum filiam successionis maternæ incapacem pronuntiavit. Aliud in senatu placuit, et non posse matrem instituto judicio agere ut filia pronuntietur exhæres, vel ut posse à parente exhæredari, quia in Auth. solum disponitur quod pater possit in testamento filium talia gerentem exhæredare, et quod heres teneatur causam esse veram probare Ord. liv. 4, tit. 82, § 2.º*

E mais adiante acrescenta que as razões de decidir que teve o senado forão justas:

1.º *Quia viventis non est hæreditas, nec in vita datur legitima.*

2.º *Ultimó, quia non potest judicium fundari in jure de futuro, L. non quem admodum, D. de judic., constat hoc jus solum tempore mortis competere.*

Em favor desta opinião estão Phebo, loc. cit., e Pinheiro, de Testam., Disp. secç. 3ª, § 6, n. 252.

Parece-nos, porém, que, á vista do assento de 20 de Julho de 1780, deve decidir-se que o pai pôde desherdar o filho por acto *inter vivos*, para que este acto tenha valor depois de sua morte.

Vej. *Consolid. das Leis*, art. 1017; Furgole, *Trait. des Testam.*, vol. 3º, cap. 8º, ns. 110 e segs.; Em contrario: *Cod. Civ. Port.*, art. 1880.

Quaes os modos porque a desherdação pôde caducar?

Os autores são concordes em admittir a caducidade da desherdação:

1.º Quando a desherdação é revogada expressamente;

2.º Quando o é tacitamente;

3.º Quando o pai se reconcilia com o filho desherdado.

Quanto aos dous primeiros casos nenhuma duvida apparece.

Na verdade na primeira hypothese, quer a desherdação haja sido feita por escriptura publica, quer por testamento, pôde ser plenamente revogada por outra escriptura publica ou por outro testamento, pois aquelle que desherda tem o poder de revogar a desherdação que faz, e basta, como diz o obão, que esta revogação seja provada por qualquer acto ou escripto capaz de proval-a.

O segundo modo dá-se, quando o pai chama o filho desherdado á sua herança e declara que quer que elle lhe succeda.

A revogação, se não é expressamente feita como no primeiro caso, nem por isso deixa de existir, pois o facto de chamar o pai á sua successão o filho que havia desherdado, revela desejos de evitar que produza effeito a desherdação com que anteriormente o fulminára.

O terceiro caso, porém, é mais questionavel.

Lobão diz que os autores distinguem entre a reconciliação antecedente e a subsequente.

Preferem, entre outros, Caldas e Pinheiro que a reconciliação antecedente impede a futura desherdação, principalmente sendo expressa, Manzio, de Testam., tit. 10, quest. 12, n. 11, ou mesmo sendo tacita: Stryk., de Succ. ab intest., Diss. 12, cap. 2, § 36; Vact. ad Pand., l. 5ª, tit. 2º, n. 31.

Deixando de parte estas pequenas diferenças estabelecidas pelos escriptores, vejamos quaes os argumentos em que se estribão os sustentadores das duas principaes opiniões.

Aquelles que entendem que a reconciliação só por si não revoga a desherdação anterior, fundão-se nas disposições do direito romano.

Por este direito, dizem elles, é patente que a reconciliação não revoga a desherdação, á vista da lei 23 D. *de liberis e posth.*: porquanto nesta lei estabeleceu o legislador que o filho, que fosse adoptado por seu pai depois de haver sido emancipado, não deixava por este facto de ser desherdado: ora, que maior prova de reconciliação pôde dar um pai a um filho, que lhe foi ingrato, do que adoptal-o de novo como seu filho? Mas, se ainda neste caso estabeleceu o jurisconsulto que a desherdação não ficava revogada, segue-se que não o poderia ficar em caso mais algum de reconciliação.

Accresce que o § 7º da Inst. diz que a simples vontade do testador não pôde revogar um testamento ou uma disposição anteriormente feita: é necessário, para que tal revogação se dê, que o testador a faça por meio de outro testamento; ora, se o facto da reconciliação revogasse a desherdação feita em testamento, ou em escriptura publica, teriamos uma instituição revogada pela simples vontade do testador, porquanto a base da revogação neste caso é que, tendo o pai se reconciliado com o filho, suppõe-se que não quer mais punil-o, visto como lhe perdoou a falta.

Alguns autores combaterão esta argumentação do seguinte modo:

Quanto ao primeiro argumento, entendem que o refuta completamente Dumoulin, dizendo que não se tratava na lei 23 de posth. de saber se pela reconciliação entre o pai e o filho ficava revogada a desherdação deste, mas que nessa lei o jurisconsulto nada mais fez do que responder a uma questão que lhe fóra proposta, qual a de saber se, pelo facto de ser adoptado por seu pai, o filho emancipado readquiriria os direitos que tinha antes da emancipação, e o jurisconsulto decidiu que não.

Quanto ao segundo argumento, respondem que a legislação parecia ter firmado, quando se tratava de desherdação, principio diverso do expellido no § 7º da Inst., e ter admittido que o facto da reconciliação era por si bastante para revogar a desherdação.

Na lei 4ª do Dig. de adim. *vel transf. legat.*, diz Ulp.:

*Quod si iterum in amicitiam redierunt, et penituit testatorem*

*prioris offensæ legatum vel fideicommissum relictum redintegratur ambulatoria enim est defuncti voluntas usque ad vitæ supremum exitum.*

Ora, se a reconciliação entre o testador e o legatário revalida o legado e o fideicommisso, como a que tem lugar entre o pai e o filho desherdado não fará caducar a desherdação?

Apezar da apparencia de verdade que ha nestes argumentos, paremos que desde que o pai desherdou o filho por escriptura publica, ou por testamento, a revogação só poderá ter força de revogar a desherdação, quando o pai declarar em seu testamento que se acha reconciliado com seu filho que havia desherdado, e que perdoou-lhe a offensa que lhe havia valido semelhante pena.

Não vemos outro meio pelo qual a simples reconciliação possa prevalecer contra a escriptura publica e o testamento.

Quando o pai fallecendo deixa algum filho desherdado por escriptura publica ou testamento, para que este filho seja afastado da successão paterna, é preciso que o herdeiro instituido em seu lugar prove ser fundada e legitima a causa de desherdação, e emquanto isto não provar conservar-se ha o filho desherdado na posse dos bens que lhe competirão por morte de seu pai: Ord. liv. 4<sup>o</sup>, tit. 82, § 2<sup>o</sup>.

Deixamos de dizer alguma cousa sobre as causas de desherdação enumeradas na Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 89, porquanto a ellas se pôde applicar, *mutatis mutandis*, o que levamos dito a respeito das enumeradas no tit. 88.

Passemos a estudar algumas questões que se prendem á materia expendida no tit. 90.

Trata-se do caso em que o irmão preterido pôde querellar do testamento do irmão fallecido, que o preterio instituindo outrem por herdeiro.

Como se vê no § inic. desta Ord., e como é corrente em direito, o irmão, não sendo herdeiro necessario, pôde ser preterido em testamento pelo irmão fallecido, e dar este a sua herança a um estranho.

Attendendo, porém, o legislador a que podia o irmão fallecido deixar de instituir o irmão sobrevivente, para dar a sua herança a algum homem vil e de mãos costumes, importando este facto em desaire para o irmão desherdado, concedeu a este a faculdade de querellar do testamento que o preterio instituindo pessoa vil.

Sobre a disposição da Ord. do liv. 4<sup>o</sup>, tit. 90, origina-se uma grave questão.

Esta Ord. dá ao irmão preterido o direito de querellar do testamento do irmão testador quando este instituir para herdeiro pessoa infame de infamia de direito ou de feito; pergunta-se: existe entre nós a infamia de direito? E não existindo, em que casos poderá ter lugar a disposição da Ord. citada?

Deixando de estudar a questão da infamia no direito romano, a qual se pôde ver magistralmente desenvolvida em Savigny, *Trat. de Direito*



Rom., vol. 2º, §§ 76 e seguintes, diremos que no direito portuguez, comquanto já não vigorasse a infamia de direito immediata, em todos os casos referidos por B. Carneiro no vol. 3º, tit. 34, §§ 287 e seguintes, todavia vigorava a de *facto* e a de direito *mediata*, isto é, proveniente, de sentença: *Ord.*, liv. 5º, tit. 6º, § 13; liv. 1º, tit. 48, § 25; liv. 4º, tit. 90, §§ 1º e 2º, e tit. 102, § 1º, etc.

No direito das Ords. nenhuma duvida podia haver sobre a materia.

E no direito patrio?

A infamia era no direito portuguez uma aggravação da pena; mas para que ella podesse ter lugar era preciso que o juiz a infligisse expressamente na sentença; as consequencias que a infamia acarretava no direito portuguez erão:

1.ª Ficar o individuo privado de honras: *Ord.*, liv. 5º, tit. 6º, § 13.

2.ª Não poder ser procurador em juizo. *Ord.* liv. 1º, tit. 48, § 25.

3.ª Não poder succeder *ab intestato* ou *por testamento*, nem ter doações *inter vivos*.

4.ª Não poder ser tutor: *Ord.*, liv. 4º, tit. 102, § 1º.

5.ª Finalmente, o effeito mencionado na *Ord.*, liv. 4º, tit. 90, § 1º.

Segundo a doutrina do direito romano, a infamia produz effeito principalmente em relação aos cargos publicos.

No direito portuguez parece ter sido admittido tambem essa extensão aos effeitos da infamia; porquanto, como se vê acima, a infamia privava de honras, da faculdade de ser procurador em juizo, de poder ser tutor, cargo este que é considerado um *munus* publico; além disto a infamia produzia effeitos meramente civis e privados.

Haverá lugar entre nós todos os effeitos da infamia acima referidos?

Algumas disposições das nossas leis parecem autorisar a opinião dos que sustentão que a infamia existe entre nós, não sómente de *facto*, como tambem de direito.

O nesso codigo criminal no Art. 129, tratando da *prevaricação*, 130 a 132, tratando do *peita*, e 133 a 134 do *suborno*, condemna o empregado publico que commetter qualquer destes crimes á perda do emprego, e *inhabilidade para outro qualquer*: ora, não importa semelhante *inhabilidade* em um dos effeitos que a lei portugueza dava á infamia, e por consequente o réo de taes crimes não fica, segundo a nossa lei criminal considerado infame?

Ainda mais: a lei de 15 de Outubro de 1827, que trata das responsabilidades dos ministros de Estado, applica a pena de perda de confiança da nação, e das honras e dignidades, e impossibilita de serem nomeados para cargos publicos.— *Art.* 1º § 3º.

A lei de 3 de Dezembro de 1841 no art. 29 declara incapaz de ser jurado o individuo que estiver pronunciado.

Ora, em todos estes casos não parece que a lei patria faz cahir a infamia sobre o delinquente?

Accresce que, além dos exemplos apresentados em que apparecem os effeitos da infamia de direito, taes como os estabelecera a legislação portugueza, a nossa constituição politica declara no art. 179, § 20, que a *infamia* do réo não se transmittirá aos seus parentes de qualquer gráo que sejam.

Como negar, pois, a existencia da infamia de direito entre nós?

Não nos parecem procedentes estes argumentos que são de facil resposta.

Os argumentos tirados do codigo criminal quanto ás suas disposições sobre a *prevaricação, peita e suborno*, e da lei de 15 de Outubro de 1827, nada provão em favor da admissão da infamia de direito entre nós, perquanto a *inhabilidade* para empregos publicos, que a lei impõe aos réos de taes crimes, não é uma aggravação da pena, como o era a infamia no direito portuguez: é por si mesmo uma pena, directamente imposta pelo legislador: e não seria absurdo suppôr que a lei ligasse á infamia, á prevaricação, á peita, ao suborno e aos crimes da lei de 15 de Outubro de 1827, e não a ligasse ao homicidio, ao roubo e a outros crimes iguaes?

Igualmente respondível é o argumento tirado da constituição do Imperio, porquanto o que o legislador constituinte quiz estabelecer foi que em caso nenhum a pena poderia passar do culpado, e quanto ao empregar a palavra *infamia*, o mais que dahi se pôde concluir é que, estabelecendo a constituição o preceito geral que devia depois ser regulado por uma lei ordinaria, quiz tornar bem claro que, no caso de ser admittida pela lei criminal a *infamia*, esta nunca poderia passar da pessoa do criminoso; isto, porém, não implica a existencia da infamia, assim como o facto de declarar a constituição que o banido por sentença fica privado dos direitos de cidadão brasileiro, não importa na existencia da pena de banimento, a qual com effeito não existe entre nós.

Parece-nos, á vista do exposto, que não se pôde, com bom fundamento, sustentar a existencia da infamia de direito.

Existirá, porém, a de facto?

O Sr. Dr. Teixeira de Freitas, no art. 1020 da sua *consolidação das leis civis*, consolidou como vigente entre nós a disposição do § 1º da Ord. liv. 4º, tit. 90, excluindo as palavras *infamia de direito ou de facto*: *Se, porém*, diz o cit. artigo, *o irmão instituir por herdeiro, pessoa vil e de mãos costumes, poderá o irmão desherdado demandar a revogação do testamento.*

Nesta disposição admite-se claramente a infamia de facto, e na nota 48 a este artigo o Sr. Dr. Teixeira de Freitas, respondendo á censura feita á doutrina consolidada pelo Sr. conselheiro Rebouças, diz que, não existindo entre nós os *infames de direito*, as palavras de *mãos costumes* devem comprehender os *bebados, jogadores, vadios, e quaesquer pessoas de mão procedimento.*

## §. 35

Todos os herdeiros devem ser citados para o inventario, ainda que sejam ausentes (78), salvo se o forem em lugar

(78) A citação dos co-herdeiros é de absoluta necessidade, e a sua falta torna insanavelmente nullo todo o processo: Ord. do liv. 3º, tit. 75. Se os co-herdeiros estão fóra do districto do juiz do inventario, deve expedir-se deprecada para a sua citação, Ord. do liv. 3º, tit. 1º, § 5.º Deve na dita deprecada determinar-se o dia em que o citado ha de comparecer perante o juiz deprecante, assignado-se-lhe um termo razoavel e proporcionado á distancia (1).

Ora, dizer que, quando o irmão testador preterir o irmão sobrevivivo, para instituir qualquer pessoa que possa estar comprehendida no numero das que se enumera na dita nota, pôde o irmão preterido querellar do testamento do fallecido como *inofficioso*, não será admittir a infamia de facto? Parece indubitavel que sim.

Acreditamos, porém, que entre nós não existe a infamia de facto, e isto porque, não existindo a de direito, isto é, não existindo a que provém de uma sentença que suppõe a pratica de um grande crime, como ha de existir a que apenas provém de factos?

Além disso a infamia de facto, mesmo no direito portuguez, não era propriamente uma infamia, tanto que não produzia os effeitos da infamia de direito: ora, não existindo esta, como existir aquella?

Parece-nos, portanto, que, não havendo actualmente nem a infamia de direito, nem a de facto, não tem lugar a disposição da Ord., liv. 4º tit. 90, § 1º, podendo o irmão preterir os seus irmãos, para instituir em testamento a quem quizer, sem que o irmão ou irmãos preteridos tenham o direito de querellar do testamento do irmão fallecido, ainda quando este houvesse instituido por herdeiro a um individuo de máos costumes. Vej. Sobre a desherdação; *Furgol, Trait. des Testam., tom. 3º, cap. 8º, pag. 102 e segt.; Cod. Civ. Port., arts. 1875 a 1884; Cod. Civ. chil. arts. 1207 a 1211, etc.*

(1) A necessidade da citação é indeclinavel.

Vej. Guerreiro, de Invent., cap. 6º, arts. 4 e 6; Val., Partit., cap. 7º; Ram., Instit. Orphan., §§ 93 a 95 e nota 639; *Dir.*, vol. 5º, pag. 73. As citações por cartas sómente devem ser feitas ás pessoas privilegiadas: Peg, á Ord. do liv. 3º, tit. 1º, § 1º, n. 48, tomo 13. Quando a fazenda provincial fór interessada em arrecadar a decima de heranças e lega-

incerto (79) ou em que commodamente não possam ser citados (80).

(79) Ainda que em regra os ausentes em lugar incerto devem citar-se por edictos, na conformidade da Ord. do liv. 3º, tit. 1º, § 8º, comtudo, para o caso do inventario e partilha, dispensa a lei esta e qualquer outra citação, quando aquelle, que deveria ser citado, está ausente, sem se saber aonde; e ainda que *Pereir. e Souz.*, Proc. Civ., p. 34, nota 1021, diz que se deve em tal caso fazer a citação por editos, comtudo *Vallasco*, de Part., cap. 7º, n. 9, sustenta o contrario, fundado nas palavras da Ord., liv. 4º, tit. 96, § 2º, que a *contrario sensu* dispensão toda e qualquer citação neste caso, talvez por ser muito demorada e incompativel com a brevidade indispensavel nesta qualidade de processo, accrescendo que o ausente nenhum prejuizo recebe, porque, além de se lhe nomear um curador, lhe fica salvo o seu direito (m).

(80) A Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 2º, requer copulativamente, para ser necessaria a citação do herdeiro, que elle esteja em lugar certo e sabido, e aonde bem possa ser citado; e por isso se elle estiver em lugar occupado pelo inimigo, infestado pela peste ou demasiadamente distante, poderá proceder-se a inventario sem a sua citação: *Vallasco*, de Part., cap. 7º, n. 10, e *Guerreiro*, Trat. 2º, liv., 3º cap. 9.

dos deve ser citado o agente fiscal; Man. do Proc. dos Feitos, § 409. O comparecimento da parte, ainda que para allegar irregularidade da citação, supre esta. *Dir.* vol. 12, pags. 3º0. As citações dos interessados podem ser requeridas por qualquer herdeiro.— *Acc. da Rel. da côrte de 7 de Outubro de 1873.* (*Dir.* 14, 787). *Vej. Cod. do Proc. Civ. Port. art. 696, § 2º.*

(m) A Ord., liv. 4º, tit. 96 § 2º, diz: *Se o ausente estiver em lugar certo e sabido, onde bem possa ser citado para vir, ou mandar star á partilha, etc.*

Destas expressões da lei é que concluirão os escriptores que, desde que o ausente não esteja *em lugar certo e sabido onde possa ser citado*, não ha necessidade de fazer-se a citação... *quod si hæres absens non fuerit in loco certo, in quo bene possit citari, poterunt fieri partitiones obsque ejus citatione, ut clarè probat præfata lex regia à contrario sensu, ibi, se ausente, etc.* *Vallasco*, Part., cap. 7º, n. 9. Desta opinião é tambem *Paiva e Pona*, *Orphan. Prat.*, cap. 1º, n. 3. *Phœbo* en-

## § 36

Deve-se-lhes declarar o dia e hora em que devem comparecer, e o lugar aonde(81).

## § 37

Não é, porém, necessaria a citação dos legatarios e credores (82).

---

(81) Como o inventario se processa extra-judicialmente, é indispensavel que se fação todas estas declarações aos herdeiros, para saberem aonde e quando devem comparecer: *Guerreiro*. *Trat.* 1º, cap. 6º, § 8º.

(82) Por direito romano era indispensavel a citação dos legatarios e dos credores da herança, quando se tratava do inventario, por serem tanto uns como outros interessados na herança: *Roland.*, de invent., parte III., cap. 21, e *Vallasc.*, *Cons.* 52, n. 22. Outra cousa, porém, tem adoptado a constante praxe deste reino, dispensando a citação de semelhantes pessoas, segundo attesta *Phœb.*, parte II., dec. 127, ns. 5 e 6. E ainda que o nosso *Guerreiro*, *Tratado* 1º, cap. 6º, n. 28, assenta que esta praxe se deve prescrever pelas razões que allega, todavia ellas são de pouco peso, se attendermos que os legatarios e credores lá têm o seu direito reservado, e que nem a occultação dos bens, nem a sua diminuta avaliação lhes prejudica.

---

tendeu que se pôde fazer o inventario, mas que se deve sobreestar na partilha até o comparecimento do ausente, ou até findarem-se os trinta dias da citação por editos.

O *Dr. Secco*, no seu *Trat. de Orphan. Prat.* Parte I, cap. 2º secç. 2ª, nota 122 ao § 2º do artigo 45, entende que deve ser mantida a regra da *Ord.*, liv. 3º, tit. 1º, § 8º, e ser o herdeiro ausente citado por editos, porque os direitos que elle tem no inventario tornão necessaria a sua citação pelos meios que a lei faculta.

A citação edital do herdeiro ausente foi expressamente determinada pelo *Cod. do Proc. Civ. Part.* art. 696 § 3º.

## § 38

O posthumo deve ser contemplado como herdeiro (83).

(83) Chama-se posthumo aquelle que nasce depois da morte do pai. Os posthumos devem considerar-se como nascidos, e por isso devem ser contemplados no numero dos herdeiros, separando-se-lhes a sua legitima: *liv. 3, Dig. de injust. rupt. irrit. re fact. testam.* Quando a viuva se declara grávida por morte de seu marido, deve o juiz do inventario mandar examinar-a por duas matronas juramentadas. Para o posthumo adquirir e transmittir a legitima que se lhe separou no inventario é necessario nascer vivo e em termos de poder continuar a viver; e por isto não estão nestas circumstancias os que nascem antes do setimo mez. E' tambem necessario que não haja justos motivos para se não presumir filho do defunto. Não perdem, porém, esta presumpção os que nascem onze mezes depois de sua morte: *Gam., dec. 325, e Mend., parte I, liv. 4º, cap. 3º, n. 5*; póde, porém, neste caso contestar-se a sua legitimidade pelos meios competentes, assim como se poderá contestar pelos outros motivos de que trata largamente o Cod. Civ. dos francezes, arts. 315 e seguintes. Ainda que alguns autores sustentão que a partilha deve suspender-se até o nascimento do posthumo, parece-me que esta opinião só deverá seguir-se quando o seu nascimento estiver muito proximo, attenta a brevidade que a lei recommenda nestes processos. O Cod. *Freder.*, parte I, liv. 1º, tit. 4, § 4º, determina que, se a viuva ficar grávida, separem, no inventario tres quinhões, por poderem nascer tres filhos: esta determinação, porém, não deverá praticar-se entre nós, pela raridade de taes acontecimentos; e só deverá separar-se um quinhão para o posthumo, pois tanto custa emendar-se as partilhas no caso de se ter separado um quinhão e nascerem tres filhos, como no caso de nascer um só filho, tendo-se separado tres quinhões; acrescento dever-se sempre presumir aquillo que mais frequentes vezes acontece, e não aquillo que é rarissimo, como são entre nós os partos de tres gemeos. A preterição do posthumo torna nullo o testamento em toda a sua extensão, Ord. do liv. 4º, tit. 82, § 5º, e a sua desherdação não póde ter lugar, por ser impossivel terem dado causa a ella aquelles que ainda não nascêrão: Ord. do liv. 4º, tit. 88 (n).

## § 39

Na falta de nomeação de testamenteiro, pertence aos herdeiros a execução do testamento (84).

(84) Havendo nomeação de testamenteiro legitimamente feita, é o nomeado quem deve executar e cumprir o testamento, salvo se fôr escuso ou removido por justas causas. Na falta da nomeação incumbe aos herdeiros a execução da vontade do testador, que deve verificar-se dentro do tempo determinado pela Ord. do liv. 1.º, tit. 62, § 2.º, o qual é improrogavel: Regim. do des. do paço, § 117. O testamenteiro tem o direito de pedir aquillo que o testador lhe deixou, logo que ultime a execução do testamento; e, quando em recompensa do seu trabalho se lhe não deixa cousa alguma, pôde requerer ao juiz que lhe arbitre salario, o qual deve ser regulado pelas forças da herança, e pelos incommodos e qualidade do testamenteiro: *Reinoz.*, observaç. 55, n. 23. O testamenteiro é obrigado a dar contas, ainda que o testador o dispense dellas; não pôde, porém, ser obrigado a dal-as fóra do lugar do seu domicilio, nem antes do tempo determinado pelo mesmo testador ou pela lei: cit. Ord., § 4.º E' crido o testamenteiro pelo seu juramento até á quantia de dous marcos de prata, não excedendo cada verba a seiscentos e cincoenta réis: cit. Ord., § 21. Esta quantia acha-se triplicada pelo Alv. de 15 de Setembro de 1814. O conhecimento da execução dos testamentos pertence aos prelados diocesanos e aos provedores, segundo a alternativa dos mezes: Alvará de 3 de Novembro de 1622. Os testamenteiros devem jurar se o defunto falleceu antes ou depois da meia-noite, quando fallecer na noite do ultimo dia do mez, para se regular a competencia do juizo, e devem registrar o testamento dentro de dous mezes: cit. Alv., § 3. O salario que se lhe costuma arbitrar pela praxe testamentaria observada nestes reinos é a vintena do que se apura na herança: dec. de 23 de Janeiro em Prov. de 14 de Fevereiro de 1798. Os religiosos podem ser nomeados por testamenteiros, visto achar-se suspensa pelo dec. de 17 de Julho de 1778 a lei de 25 de Junho de 1766, § 4.º (o).

(n) Vej. Cod. Civ. Port., art. 1814; Cod. Civ. Italiano, arts. 159 e segs.; Cod. Civ. Chil., arts. 180 e segs., e *Consolid. das Leis*, 3.ª edição, art. 1015 e nota 29.

## CAPITULO VII

## DA LOUVAÇÃO

## § 40

Feita a citação dos herdeiros, procede-se á louvação ou nomeação de avaliadores.

## § 41

A louvação dos herdeiros só tem lugar na falta, impedimento ou suspeição dos avaliadores designados pela lei (85).

---

(85) O Alv. de 21 de Junho de 1759 determina expressamente que o juiz do inventario nomêe para avaliadores os juizes dos officios, que annualmente forem ou tiverem sido das causas e generos que os tiverem; e que, quando as não tenham, se nomêem então pessoas intelligentes e praticas. Fica, portanto, indubitavel que só na falta, impedimento ou suspeição dos ditos juizes dos officios, deverá o juiz do inventario admittir a louvação dos herdeiros. Qualquer suspeição em tal caso deve ser promptamente attendida pelo dito juiz do inventario, precedendo summarissimo conhecimento, visto que a Ord. do liv. 3º, tit. 17, quer que os avaliadores sejam o mais a aprazimento das partes que fôr possível (a).

---

(a) A nossa legislação tem modificado em alguns pontos a legislação portugueza, quanto á execução dos testamentos; trataremos, porém, deste assumpto quando tivermos de anotar os paragraphos do cap. 13, aonde o autor tratou especialmente do testamento.

A vintena regula-se pelo Decr. n. 1405 de 3 de Julho de 1854.

(a) Entre nós não existem, nem os juizes dos officios extinctos pela disposição do § 25 do art. 179 da constituição do Imperio, nem os avaliadores do juizo, de que falla a Ord., liv. 3º, tit. 17, § 1º: os herdeiros e interessados no inventario propõem em juizo os avaliadores dos bens da herança; o juiz approva os avaliadores propostos desde que reconheça nelles capacidade para avaliar com criterio os bens que á avaliação forem dados. Deve ser mantida a pratica da nomeação de avaliadores no juizo dos orphãos a aprazimento das partes.—*Alv. n. 396 de 1857 e n. 51 de 1871.*

Os objectos de ouro e prata devem ser avaliados por contrastes; e o



## § 42

A louvação deve fazer-se perante o juiz do inventario (86).

## § 43

Não se louvando os herdeiros dentro do termo que para isso se lhes assigna (87), deve fazer-se a louvação á sua revelia (88).

(86) Por ser elle quem deve decidir as duvidas que occorrem, quem deve louvar-se á revelia, etc.: poderá tambem dar commissão, se estiver legitimamente impedido? Ainda que alguns autores assentão que sim, eu não posso assentir a semelhante opinião, sendo que a lei parece exigir a pessoal assistencia do juiz.

(87) Este termo deve ser o mais abreviado que fôr possível, attenta á natureza do processo orphanologico divisorio, que não soffre outras demoras que não sejam as absolutamente necessarias. E' o prudente arbitrio do juiz quem o deve regular, tendo attenção ás distancias, qualidade das pessoas e outras causas semelhantes.

(88) Quando os herdeiros não comparecem, nem por si, nem por procurador, no dia, hora e lugar que lhes foi determinado; ou quando comparecem com effeito, mas não querem louvar-se, deve o juiz nomear os avaliadores de combinação com o curador, cuja citação para este acto é de absoluta necessidade: Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 2º, e tit. 41. Neste caso deve o juiz proceder com toda a circumspecção, informando-se das pessoas mais capazes, não só a respeito de intelligencia, mas de probi-

---

juiz póde por si nomear os ditos contrastes para avaliadores nos inventarios em que houverem menores: Av. de 3 de Outubro de 1855; *Cod. Civ. Port.*, arts. 2039 a 2092. Como se distinguem dos arbitros.—*Val., Part., cap. 9, ns. 26 a 28*

As partes têm o direito de louvar-se em avaliadores, porque o mister destes não é officio de justiça.—*Resol. de cons., n. 115 de 1852*. Os nomeados antes desta Resol. devem ser conservados. — *Av. 253 de 1858*. A falta de citação dos herdeiros para a louvação, acarreta nullidade. *Dir. 17—311*; assim como a não assistencia do curador Geral. *Idem*.

## § 44

A louvação deve recahir em pessoas intelligentes, e nenhuma outras devem ser admittidas pelo juiz (89).

## § 45

Concluida a louvação, devem notificar-se os avaliadores para receber o juramento (90).

dade, para que a louvação não recaia sobre individuos incapazes de desempenhar a avaliação pelo modo que a lei determina (b).

(89) Ainda que a louvação deve fazer-se o mais a aprazimento das partes que fôr possível, têm comtudo os juizes do inventario não só direito, mas até obrigação de regeitar os nomeados quando elles são inhabeis, ou quando a lei resiste á sua nomeação. Deveria porventura o juiz admittir para avaliadores de uma livraria homens que não soubessem lêr? Não, por certo; porque a sua incapacidade é notoria. Deveria admittir na qualidade de avaliadores aos partidores do juizo? Não, por certo; porque lhes resiste a lei de 21 de Junho de 1759, onde se determina que os partidores não possuão ser avaliadores. Estão na mesma razão os cegos, os mudos, os menores, os furiosos, os mente-captos, os parentes em grão proximo, os inimigos capitaes, etc.

(90) Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 5.º; e liv. 3.º, tit. 17, § 1.º Este juramento que deve ser pessoalmente deferido pelo juiz, e pessoalmente prestado pelos avaliadores, deve lançar-se no inventario por um termo feito pelo escrivão, e assignado por quem prestou o dito juramento e por quem o deferio. Não é, porém, necessario o juramento quando os avaliadores são os juizes do officio, visto que já o prestarão quando forão eleitos pela respectiva camara: Ord. do liv. 3.º, tit. 17, § 1.º Deve porém, fazer-se nos autos esta declaração (c).

(b) Ainda neste caso podem os avaliadores ser recusados.— *Val., Part.; cap. 9.º, n. 22; Ram., Inst. Orph., § 97 e notas. Vej. Cod. do Proc. Civ. Port., art. 701 e Dir. 17—311.*

A pratica das louvações é nomear não dous, mas tres louvados, dos quaes um é para desempate, o qual é obrigado a concordar com um dos dous.— *Art. 39 do Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872; Ram., Inst. Orph., § 101; Cod. Civ. Port., art. 2091, § unico.*

(c) Os avaliadores nomeados pelos herdeiros podem excusar-se do

## § 46

Se depois de feita a louvação, e antes de avaliados os bens, morrer algum dos avaliadores, deve nomear-se outro, com as mesmas formalidades (91).

## § 47

Ainda que os avaliadores não podem excusar-se arbitrariamente (92), podem comtudo ser recusados pelos herdeiros (93).

---

(91) Ord. do liv. 3.º, tit. 46, § 6.º Quando muitas pessoas são juntamente elegidas para praticarem certos actos, todas ellas devem assistir, e a falta de uma induz nullidade: é por esta razão que, morto ou impedido qualquer dos avaliadores nomeados, se deve proceder á nova louvação, salvo se cada um delles fosse elegido *in solidum*, porque em tal caso um só que reste póde validamente proceder na avaliação dos bens: cit. Ord.

(92) Esta opinião, que não admite duvida a respeito dos avaliadores quando são os juizes dos officios, pois que, sendo officiaes publicos, não podem excusar-se, Ord. do liv. 1.º, tit. 67, póde admittir alguma a respeito dos outros avaliadores elegidos pelos herdeiros, ou á sua revelia, pois que, tornando-se aquelle officio puramente particular pela louvação, parece tambem tornar-se voluntario. Apezar, porém, de ser esta a opinião de *Vallasc.*, de Partit., cap. 9.º, n. 13, comtudo, como o publico interesse na prompta expedição dos inventarios, e esta se não conseguiria se os avaliadores podessem excusar-se a seu arbitrio, estou persuadido que os juizes podem e devem strangêl-os, excepto no caso de serem muito attendiveis as suas escusas.

(93) Ainda no caso de os terem approvedo, jurando que a suspeição lhe veio de novo á noticia ou foi posterior, *Vallasc.*, de

---

desempenho da tarefa de que são incumbidos: é preciso, porém, que o fação antes de prestar o juramento, pois, depois deste prestado, podem ser compellidos pelo juiz a proceder á avaliação, sob pena de desobediencia.

Quando defere-se no mesmo dia juramento a diversos lo vados, deve ser lavrado um só termo. — *Vej. Ram., Obra cit., § 98.*

## § 48

Deve-se aos avaliadores o seu salario (94), e podem cobrar-o executivamente (95).

## CAPITULO VIII

## DA DESCRIÇÃO DOS BENS

## § 49

Nomeados os avaliadores, procede-se na descripção dos bens do casal ou no inventario (a).

Part., cap. 9, n. 24, o juiz do inventario deve conhecer destas suspeições summarissimamente: Ord. do liv. 3º tit. 17, § 1º(d).

(94) O Alv. de 21 de Junho de 1759, tratando do salario dos avaliadores, ou sejam os juizes dos officios, ou outros elegidos pelos herdeiros, diz assim: « E a uns e outros avaliadores sómente se pagará por dias, sem que pelo trabalho de avaliação lhes possa ser arbitrado outro salario.» O Alv. de 10 de Outubro de 1754 é só relativo aos avaliadores dos Estados da America (e).

(95) Como estes salarios entram em conta de custas, tem lugar a respeito delles o procedimento executivo dentro de tres mezes, que começa a correr do dia em que as custas foram contadas pelo contador do juizo: Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 18, e tit. 84, § 30. Passado este termo, só podem pedir-se por acção ordinaria.

(a) A' descripção ou arrolamento dos bens é que propriamente chama-se inventario: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º; Vall., de Part., cap. 8, n. 4; Secco, Orph. Prat., nota 131 ao art. 48; e compete unica e exclusivamente ao cabeça de casal, o qual presta juramento para o fazer; se este occulta maliciosamente alguns dos bens do casal, têm os herdeiros e credores o direito de propôr-lhe a acção de sonogados para obrigar-o a entregar os bens sonogados e sujeital-o ás penas da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9, penas estas em que incorre o inventariante, tanto nos inventarios em que ha menores, cit. Ord., como naquelles em que os não ha: Vall., de Part., cap. 8º, n. 41; Menex. Juiz Div., cap. 5º, § 9º; T. e Pong., Orph. Prat., cap. 3º; Cons. das Leis, art. 1155 e nota. Não é, porém, bastante, para que o inventariante incorra nas penas de sonogados, que elle tenha deixado de mencionar bens: é preciso que o tenha feito com dolo: Vall., loc. cit., ns. 36 e 38, verbis: . . .

## § 50.

Descripção dos bens, ou inventario, é o arrolamento exacto de tudo aquillo que o defunto possuia ao tempo de sua morte (96).

(96 Por exacto se reputa aquelle que o cabeça de casal faz debaixo de juramento; e tanto assim, que elle tem a seu favor a presumpção de direito de que nenhuns outros bens, além dos descriptos, pertencião ao defunto, incumbindo a prova do contrario aos herdeiros, legatarios e credores: *Vallasc.*, de Partit., cap. 8º, n. 43; *Alexand.*, liv. 6º, cons. 4º; e *Decius.*, cons. 272, n. 31; cons. 595, n. 4.

*scire oportet in hoc articulo de bonis non scriptis in inventario, distinguendum esse, an non scripserit hæres per dolum, et dolosè occultaverit, surripuerit, vel celaverit, vel amovendum aliquid curaverit, et tunc convictus duplum refundet, vel hæreditatis quantitati computare compelletur, etc. Sin verò absque dolo, sed per ignorantiam justam non scripsit, aut alia justa de causa, minime punietur.* Tal é, porém, a presumpção de fidelidade que a lei concede ao arrolamento feito pelo cabeça de casal, que, desde que este declara que nenhuns bens mais possui o casal, é tal arrolamento tido por verdadeiro, cabendo a prova do contrario ao herdeiro que accionar por sonogados: *Vall.*, loc. cit., n. 43; *Mènez. Juiz. Div.*, loc. cit., nota ns. 1, 2 e 3. Ha necessidade de serem intimados os interessados para assistir ao arrolamento? O Dr. Secco entende que sim, porque assim o determinou o Cod. Civ. Port., incluindo no numero dos interessados, não sómente os herdeiros, mas tambem os credores; entre nós a pratica não tem estabelecido a necessidade de tal citação.

Vej. *Guerr.*, de *Invent.*, cap. 9º e 10; *Ram.*, *Inst. Orphan.*, § 102 e notas; *Cod. Civ. Port.*, arts 2073 a 2077.

A falta de descripção de bens traz nullidade do inventario. — *Acc. Dir.*, 10, 304.

(d) Vej. *Val.*, *Partit.*, cap. 9, ns. 3 e 32 a 34, e *Ram.*, *Inst. Orphan.*, § 99 e 100. E' incompativel com escrivão, cunhado. — *Av. n.* 163 de 1854. Não podem ser recusados no Direito Port. *Cod. do Proc. Civ. Port.*, art. 702.

(e) Os emolumentos dos avaliadores achão-se taxados nos arts. 179 a 185 do Regim. que baixou com o Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874.

Vej. *Avs.* n. 327 de 6 de Outubro de 1871, n. 407 de 31 de Outubro de 1874 e n. 402 de 20 de Setembro de 1875.

Vej. igualmente o *Av.* n. 39 de 23 de Janeiro de 1867.

## § 54

Devem, portanto, descrever-se, não só os bens moveis (97), semoventes (98) e de raiz (99), mas os direitos e acções (100) e cada cousa separadamente (101).

---

(97) Na descripção dos bens se devem declarar todos os signaes e notas characteristics que os distinguem de quaesquer outros; v. g.: uma commoda com dous gavetões e duas gavetas com suas fechaduras em bom uso, e que está no quarto da primeira sala. Sem estas ou outras declarações mal poderia o herdeiro verificar aquillo que lhe pertencesse na partilha, e dependeria do cabeça de casal o dar-lhe um movel semelhante, mas de muito menos valor, Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º vers: « e dos moveis porá taes signaes, para que em todo o tempo se possam conhecer e não haja sobre elles duvida. »

(98) A respeito destes bens, devem descrever-se pela mesma maneira dos antecedentes, evitando toda a confusão; v. g.: um cavallo preto, de sete quartas, de idade de quatro annos, com uma estrella branca na testa, etc.

(99) Estes bens devem ser descriptos com todas as suas situações e confrontações; v. g.: um olival no sitio do Granja, com sessenta oliveiras, que parte pelo sul com a vinha de João Mendes, pelo norte com a estrada publica, pelo poente com o olival de Francisco Bicho, e pelo nascente com a vinha de José Fernandes. Além destas declarações devem fazer-se todas aquellas que influem no valor de semelhantes bens, e que podem augmental o ou diminuill-o, como, por exemplo, se tem regadia, se são foreiros; se devem alguma servidão; se estão hypothecados, ou sujeitos a algum onus ou encargo; se estão proximos ou desviados de alguma grande povoação, etc.

(100) Pertencem a esta classe de bens, e devem por consequencia descrever-se no inventario: 1º, as dividas activas, Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4, ainda mesmo que não haja titulo dellas: *Guerreiro*, Trat. 1º, cap. 10, n. 11; 2º, os officios de que o defunto era proprietario, porque, apezar de não serem transmissiveis para os herdeiros sem nova graça, comtudo o soberano sempre prefere o filho do proprietario em igualdade de circumstancias: lei de 23 de Novembro de 1770, §§ 26 e 29; carta

## § 52

Até mesmo se devem descrever as cousas litigiosas (102),

rég. de 6 de Setembro de 1616; Av. de 3 de Setembro de 1777, e Dec. de 5 de Junho de 1793; 3º, as acções eventuaes e que ainda dependem de se verificar a condicção, como, por exemplo, fideicomisso, o legado condicional: *Guerreiro*, *Trat.* 1º, cap. 10, n. 57; 4º, o usufructo, uso, habitação, e quaesquer outras servidões devidas ao defunto e a seus herdeiros; não assim se erão limitadas á vida do mesmo defunto, porque acabãõ com ella e já não tem valor algum, *Guerreiro*: *cit. loc.*, n. 73; 5º, os redditos annuos, fóros, pensões e direitos de padroado: *Guerreiro*, *cit. loc.*, n. 59; 6º, os serviços feitos ao soberano, pois que o constituem na obrigação de remuneral-os: *Guerreiro*, *cit. loc.*, n. 126; *Portug.*, de *Donat.*, parte II, liv. 1º, cap. 16, n. 51; e *Macedo*, dec. 20 e 115. Não devem, porém, descrever-se estes serviços quando não forão feitos na guerra, embaixadas, enviatura, secretarias, tribunaes ou serviço do paço; porque só estes e não outros são remuneraveis pelo Dec. de 13 de Agosto de 1706. Também se não devem descrever nem estes mesmos serviços, não havendo certidão delles passada com as formalidades da lei de 24 de Julho de 1609 e de 22 de Agosto de 1623, porque de outra sorte se não attendem; assim como não devem descrever-se se tiverem passado trinta annos por terem prescripto, *cit. Dec.*, nem nos outros casos referidos por *Mel. Freire*, liv. 2º, tit. 2, § 8º (b).

(101) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4.º Descrevendo-se todas juntas, seria impossivel fazer-se a partilha. Ainda quando se descrever um todo, deve declarar-se de quantas partes consta, para se avaliar cada uma separadamente; v. g.: um rebanho de gado de lã, composto de oitenta cabeças, avaliada cada uma dellas a mil réis e todas em oitenta mil réis.

(102) Como o litigio não tira o direito aos bens litigiosos, devem elles não só descrever-se com essa qualidade, mas par-

(b) Não está em uso escrever-se entre os bens arrolados os titulos enumerados na nota sob n. 6.

Não se paga decima dos fructos e rendimentos accrescidos depois da morte do inventariado. — *Av. n. 163 de 12 de Outubro de 1850; Decrs. n. 2708 de 1860 e n. 5581 de 1874, art. 11.*

as alheias (103), e as que por sua natureza não podem ser objecto de partilha (104).

tilhar-se : Guerreiro, *Trat. 1º, liv. 1º, cap. 10, ns. 66 e 67*. O mesmo deve dizer-se a respeito dos bens penhorados ou sequestrados, visto que nem a penhora, nem o sequestro fazem perder o dominio : *Reinoz.*, observ. 37, n. 13, e *Mend.*, parte I, liv. 4º, cap. 10, n. 28. Quando se tratar da partilha destes bens devem repetir-se, de sorte que cada coherdeiro leve nelles uma porção igual e correspondente ao seu quinhão hereditario, porque deste modo se evita a emenda da partilha, seja qual fôr a decisão do litigio, da penhora ou do sequestro.

(103) Ainda que as cousas alheias, achadas em poder do defuncto, ao tempo de sua morte, a titulo de emprestimo, penhor, deposito, devão descrever-se no inventario, *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º*, todavia não é para se dividirem pelos herdeiros, mas sim e tão sómente para se évitar o seu descaminho e se saber a qualidade de direito que os herdeiros têm a ellas : *Vallasco*, cons. 52. n. 10; *Peg.* á cit. *Ord.*, n. 319, e *Guerreiro*, *Trat. 1º, liv. 1º, cap. 10, n. 14*. Deverá o juiz do inventario mandar entregar estas cousas a seus donos, justificando sumariamente serem suas? Ainda que alguns decidem que sim, parece-me comtudo melhor a opinião de *Guerreiro*, *Trat. 1º, liv. 1º, cap. 10, n. 16*, emquanto distingue o caso em que todos os herdeiros consentem caso em que repugnão, dizendo que no primeiro caso devem mandar-se entregar immediatamente, mas que no segundo se torna indispensavel a acção ordinaria : seguem a mesma opinião *Peg.* á *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 4º, n. 245*, e *Vallasco*, de *Partition*, cap. 12, n. 12 (c).

(104) Entrão nesta classe de bens : 1º, os vinculos legitimamente instituidos, que pertencem precipuamente ao parente mais proximo do ultimo administrador, sendo do sangue do instituidor, preferindo o varão á femea, e o mais velho ao mais

(c) Se, como é pratica recebida e inconcussa entre os autores, para que o credor, ainda apresentando um titulo legal, seja pago no inventario, é essencial que todos os herdeiros reconheção a divida e concordem no pagamento, parece que tambem no caso de apparecer entre os bens do finado, algum objecto reclamado por terceiro como seu, ainda que elle justifique por depoimentos de testemunhas que tal objecto lhe pertence, se qualquer dos herdeiros se oppuzer a que o objecto seja entregue ao reclamante, parece fóra de duvida que este



novo: Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit 100, e lei de 3 de Agosto de 1770; 2.<sup>o</sup>, os prazos que, á excepção dos fateozins, tambem pertencem precipuamente áquelles a quem os devolve a investidura, a lei ou a nomeação do ultimo emphyteuta: 3.<sup>o</sup>, todos os outros bens ou direitos que a lei exclue da divisão, e que pertencem exclusiva e precipuamente a um dos co-herdeiros. Se estes bens não fossem descriptos e até mesmo avaliados no inventario, como se tomarião as contas aos tutores ou curadores a quem se encarregasse a sua administração? Ainda que os vinculos e a maior parte dos prazos não são partiveis, nem mesmo por estimação, cit. Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 100, e tits. 36, 37, 38, 39, 40 e 41, são comtudo partiveis as bemfeitorias, não sendo insignificantes e de pequena ponderação: Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 97, § 22. Quaes sejam as bemfeitorias de que deve dar partilha o successor do morgado, e qual o modo porque ellas devem ser avaliadas, se póde vêr em *Almeida e Souza, Tratado dos Morgados*, cap. 17, e em todos os outros autores a que elle se refere. E' tambem partivel entre os co-herdeiros o preço por que o prazo se comprou, no caso de se não ter ainda conferido: cit. Ord., do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 97, § 22 (d).

deverá, depois de findo o inventario, procurar havê-lo por meio da acção ordinaria. Lobão leva o rigor ao ponto de entender que nem deverá o juiz admittir essas justificações por meio de testemunhas, porquanto, diz elle, dependeria de contestação dos interessados e tambem provas sobre ella; daqui nascerião embargos e um processo de muita duração, etc. Parece-nos, pois, que em taes casos deverá o juiz consultar sempre os herdeiros, e sómente entregar o objecto ao reclamante se elles nisso concordarem; ao contrario, deverá o reclamante recorrer á acção ordinaria. E' esta tambem a pratica que aconselha Menezes, *Juizes Divisorios*, no cap. 2.<sup>o</sup>, § 35. Vej. Ram., *Instit-Orph.*, § 103; *Cod. Civ. ort.*, art. 2078. E' appellavel, por trazer damno irreparavel, o daspacho que manda que não se exclua do inventario bens de terceiro nelle descriptos. — *Acc. da Rel. do Recife de 21 de Abril de 1874.*

(d) A lei de 6 de Outubro de 1835, no art. 1.<sup>o</sup>, prohibio o estabelecimento de novos morgados, capellas ou vinculos de qualquer natureza ou denominação que sejam, e julgou os existentes extinctos pela morte dos administradores que tivessem; este preceito encontra-se repetido no Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 44, § 5.<sup>o</sup>; a mesma lei de 6 de Outubro mandou que os bens, que pela morte dos administradores deixassem de ser vinculados, passassem aos herdeiros legitimos dos ditos administradores, não podendo estes dispôr delles, quer por testamento, quer por qualquer outro modo. O Dec. de 29 de Maio de 1837

## § 53

Ha porém cousas, que não se devem descrever no inventario (105).

## § 54

Suscitando-se duvidas sobre pertencerem, ou não pertencerem ao defunto, alguns dos bens descriptos no inventario, deve o juiz decidil-as summariamente, regulando a sua decisão por um prudente arbitrio (106).

(105) Entrão nesta classe: 1º, os vestidos do uso; 2º, a cama e leito da viuva; 3º, o anel ou joia nupcial. Estes bens, por isso mesmo que se presumem doados, não fazem parte da herança dividenda, e se considerão como alheios della. Ainda que *Pereira e Souza*, parte IV, nota 1021, só concede á viuva uma cama, e ainda no caso de convirem nisso todos os herdeiros, todavia a pratica geralmente recebida lhe concede tambem os vestidos do uso e joia nupcial, não sendo de grande valor, relativamente á herança: *Guerreiro*, *Trat.*, 1º, liv. 1º, cap. 10, n. 94 até 112, *Surd.*, dec.º 166, e *Cyriac.*, *controv.* 120, ns. 59, 60 e 61. O prudente arbitrio do juiz é que deve regular esta materia, tendo sempre em vista que a doação se não presume; que ella é nulla quando excede á somma legal da Ord. do liv. 4º, tit. 62, triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814; e que deve evitar-se todo o prejuizo dos herdeiros, e muito mais o dos credores da herança, que será tanto maior quanto menos forem os bens que se descreverem no inventario.

(106) Este arbitrio deve ser regulado pelos principios de direito, que a meu vêr são os indicados por *Vallasco*, de *Part.*, cap. 8º, ns. 51 e seguintes, onde diz: « Se por uma summaria informação a que o juiz deve proceder, e pela confissão dos

declarou que se devem considerar como não escriptas todas as disposições testamentarias ou doações que tenderem a instituições de vinculos, ficando os bens que fizerem objecto dellas aos herdeiros dos instituidores.

Vej. *Consolid. das Leis Civ.*, 3ª edic., art. 73 a 75 e notas, e *Accs. no Dir.*, vol. 10, pag. 541.

## CAPITULO IX

## DA COLLAÇÃO

## § 55

## Descriptos os bens que estavam em poder do defunto

---

co-herdeiros constar que alguns dos bens descriptos no inventario são alheios, deverá o mesmo juiz fazêl-os excluir da partilha, não os adjudicando comtudo áquelle que affirma serem seus, por não pertencer isso ao juizo divisorio. Se, porém, não constar evidentemente se os bens são alheios ou pertencentes á herança, e houver discordia a este respeito entre os co-herdeiros, então deve distinguir-se; porque, ou os ditos bens estavam em poder do defunto ao tempo da sua morte, ou não: no primeiro caso devem descrever-se e partilhar-se pela regra — *qualem te invenio talem te judico*; — no segundo caso devem excluir-se da partilha, reservando-se tanto em uma, como em outra decisão, o direito a quem o tiver. Discorre quasi do mesmo modo *Guerreiro*, *Trat. 1º, liv. 1º, cap. 10, n. 87* e seguintes: e com ambos elles *Almeida e Sousa, Trat. das Acç. Sum.*, § 332, na nota dizendo: «Eu, apezar das doutrinas de *Peg. á Ord.*, liv. 1º, tit. 88, § 4º, ns. 55 e 70, interpretaria a lei 45, *Dig. fam. erciscund.* nesta fórma pratica. Se o cabeça de casal descrevesse, v. g., um predio que o defunto possuia e que o mesmo cabeça de casal está possuindo, e outro co-herdeiro não possuidor nega ser hereditario, contendendo ser seu; a tal negação simples não se deve attender. Se o cabeça de casal descreve como hereditario um predio que o defunto não possuia, nem elle possui, mas sim outro co-herdeiro, e este nega pertencer á herança, esta negação, auxiliada da posse, deve ser attendida, porque este e maiores effeitos produz a posse em favor do possuidor, menos quando se verifica o especial caso da *Ord.* do liv. 4º, tit. 12, porque nunca sahem da herança os bens vendidos aos filhos. Se o co-herdeiro não possuidor, e que nega, mostra logo algum titulo legitimo e convence de facultativa a posse do defunto, nestes termos seria tambem

ao tempo da sua morte, deve proceder-se á descripção dos dotes ou á collação delles (107).

attendivel a negação. Assim o deduzo das doutrinas de *Gothofredo e Bruneman*, na citada lei » (e).

(107) Conferir e trazer á collação são termos synonymos, Ord. do liv. 4.º tit. 97 (a).

(e) Vej. *Ram., Inst. Orphan*, § 103 e notas, e *Cod. Civ. Port., arts. 2078 e 2057*.

(a) A collação, desconhecida no antigo direito romano, deveu sua origem á benefica influencia, que nas rigorosas disposições daquelle direito exercêrão os pretores.

A classe dos herdeiros era dividida no direito romano em herdeiros *necessarios*, *seus e necessarios* e *extranhos*.

A primeira destas tres especies comprehendia os escravos, que o cidadãos insolvaveis alforriavão e instituião seus herdeiros, para que quando os credores viessem executar os bens da herança, apparecesse o escravo, como senhor desta, e não figurasse na execução o nome do cidadão fallecido.

Comprehendia a segunda especie, herdeiros *seus e necessarios*, os filhos e mais descendentes que se achavão sob o poder do fallecido na época da morte deste.

A denominação de *seus*, que tinhão taes herdeiros, provinha de uma ficção do direito romano.

A familia romana formava, em relação á propriedade dos bens, um todo unido, de sorte que cada um dos membros da familia era co-proprietario dos bens existentes no casal; por conseguinte os filhos, quando morria o pai, succedião em bens em que já tinhão propriedade, succedião quasi que a si mesmos: dahi a denominação de herdeiros *seus*, isto é, *seus*, delles herdeiros

O filho, porém, que não se achava sob o patrio poder, não entrava na classe dos herdeiros *seus e necessarios*.

No direito romano a emancipação desnaturava o filho da familia a que pertencia, para tornal-o fundador de uma nova familia; semelhante desnaturalisação acarretava sobre o filho a perda dos direitos que tinha na casa de seus pais; entre elles estava o de ser considerado herdeiro seu e necessario: a emancipação fazia passar o filho para os herdeiros *extranhos*.

O direito pretoriano não tardou, porém, em chamar os filhos emancipados para a classe dos herdeiros *seus e necessarios*, para conferir-lhes as vantagens que na ordem da successão a estes competia; mas a concessão deste favor aos filhos emancipados lesava os direitos dos

## § 56

Collação é o acto, pelo qual os descendentes trazem á

filhos *in potestate*; para obviar a este inconveniente foi que se estabeleceu a *collação*.

A razão do estabelecimento da collação foi, pois, a seguinte.

O filho que se achava sob o poder paterno nada podia adquirir para si, mas sim tudo para seu pai, ao passo que o filho emancipado tinha a faculdade de poder adquirir e possuir bens; ora, vindo este a herdar igualmente com aquelle, ficava prejudicado o filho *in potestate*, porquanto, como diz Valasco, de Partit., cap. 12, n. 12, soffria elle dous prejuizos: primeiro, porque o filho emancipado tirava a metade da herança paterna, que devia pertencer em sua totalidade ao filho *in potestate*, se o filho emancipado não fosse admittido a herdar; segundo, porque sendo o filho emancipado chamado á herança paterna, não sómente auferia parte da porção de bens adquiridos pelo pai, como tambem a que fosse adquirida pelo filho *in potestate*, visto este não poder adquirir para si, mas adquirir tudo para seu pai.

Para sanar esta injustiça o pretor, chamando o filho emancipado á herança paterna juntamente com o filho *in potestate*, ordenou (L. 1<sup>a</sup> de *collat. bonorum*) que aquelle, no caso de querer herdar com este, fosse obrigado a trazer para o monte commum os bens que houvesse adquirido, como se emancipado não fôra e os houvera adquirido para o pai.

Tal foi a *collação*, como a instituiu o pretor. A interpretação dos *prudentes* e as constituições imperiaes não tardarão em applical-a aos casos especiaes.

Foi assim que Antonino o Pio, julgando injusto que a filha dotada viesse partilhar a herança paterna com seu irmão *in potestate*, conservando ella intacto o dote, ordenou que, não sómente quando a filha dotada quizesse ter a sua parte nos bens do pai, mas mesmo quando não pedisse a *possessio honorum*, e tão sómente fizesse valer o seu titulo de herdeira, trouxesse á collação o dote recebido.

O Imperador Leão, L. *ut liberis cod. de collat.*, mandou que, não sómente fosse trazido á collação o dote, como tambem quaesquer bens dados como doação *propter nuptias*; porquanto, assim como o dote sahe dos bens do pai, assim tambem o sahe a doação *propter nuptias*; isto, quer o dote fosse dado pelo pai ou ascendente paterno, quer pela mãe ou ascendente materno.

Diversas leis posteriores estabelecêrão ainda mais ampliações, taes como a de ser obrigado á collação o neto que quizesse herdar do avô em concurso com os tios.

Finalmente, pelo direito de Justiniano, a collação entendia-se dever ser feita dos bens havidos do pai, ou por sua contemplação, isto é, unicamente os profecticios, pois que a L. *ult. cod. de collat.* já tinha

massa commum dos bens da herança de seus ascendentes o que recebêrão do seu casal, para ser dividido entre todos os outros descendentes com os mais bens do mesmo casal (108).

(108) A collação, inteiramente desconhecida pelas leis das Doze Taboas, deve a sua origem a um edito pretorio. Pareceu injusto que os filhos emancipados conservassem tudo aquillo que tinham adquirido ao mesmo tempo que os outros adquirião tudo para seus pais. Para se igualar a condição de todos, determinou o pretor que os emancipados não podessem entrar na disposto que á collação não virião os bens castrenses, quasi castrenses e adventicios.

No direito vigente entre nós regulão as disposições da Ord. do liv. 4º, tit. 97.

Pela maior parte extrahida do direito romano, as suas disposições não differem muito das daquelle direito na época de Justiniano.

O codigº civil francez modificou em alguns pontos as disposições romanas, que vigoravão pela maior parte nos antigos *costumes* e *ordenanças*.

A' proporção que fórmos annotando os diversos paragraphos do autor poremos as notas que comportarem o desenvolvimento de algumas questões, que se podem offerecer sobre o assumpto.

Não podendo dar á importante materia da collação o desenvolvimento que ella comporta, limitar-nos-hemos á indicação das leis e tradistas que podem ser com vantágem consultados.

Sobre o historico e theoria da collação no direito romano e no antigo direito francez, vide. *Demolombe*, vol. 16, ns. 152 a 169; *Furgole*, Trait. des Testam., vol. 4º, cap. 10, secç. 3ª, ns. 76 e segs.; *Zachariæ*, Dir. Civ. Franc., vol. 2º, ediç. Mas. et Vergé, § 394 e nota; *Von-Wetter*, Cours. de Droit. Rom., vol. 2º, § 713; *Macheldey*, § 721; *Ortolan*, Instit., vol. 3º, n. 1127.

Vej. *Cod. Civ. Franc.*, arts. 843 a 863, e a discussão no cons. de Estado e tribunato, *collecç. Poncelet*, vol. 1º, pag. 339, e vol. 2º, pag. 347, e sobre a doutrina do Cod. Franc., *Demolombe*, vol. cit., ns. 170 e segs.

Vej. *Cod. Civ. Ital.*, arts. 1001 a 1026. Sobre a explanação da doutrina desses artigos.—*Cattaneo e Borda*, vol. 2º, pag. 734.

Vej. *Cod. Civ. Port.*, arts. 2098 a 2112.

Vej. sobre o nosso direito :

*Consolid. das Leis Civ.*, arts. 1196 a 1230 e notas. (3ª ediç.); *Ram.*, Instit. Orphan., §§ 104 a 111; *Trigo de Loureiro*, Dir. Civ., §§ 466 a 471, vol. 2º; *C. da Rocha*, §§ 478 a 483; *Secco*, Orphan. Prat., arts. 93 a 100; *Eça e Leiva*, Dir. Orph., cap. 3º, etc.

Não se deve deixar de consultar :

herança de seus pais com os outros filhos sem trazerem á collação todas as suas acquisições. Ao principio, porém, só tinha lugar a collação concorrendo á herança os filhos emancipados com aquelles que estavam ainda debaixo do patrio poder, e erão objecto della todos os bens, á excepção dos castrenses e quasi castrenses : L. 1ª, §§ 5 e 6, e L. 2, *Dig., de collationib.* Alterou-se esta legislação pelo tempo adiante, determinando-se que todos os descendentes fossem indistinctamente obrigados a conferir, mas que nenhuns outros bens, além dos profecticios, fossem objecto da collação : L. 17 e 19, *cod. de Collationib.*, e *Novel. 18, cap. 6º (b).*

*Val., Partit., caps. 12, 13 e 14*, onde esgotou a materia, tratando-a com a costumada profundeza, e *Guerr. de Division.*, liv. 2º, caps. 11, 12 e 13; *Paiva e Pona*, cap. 6º, *Lobão*, *Obrig. Recipr.*, §§ 595 e segs., etc.

(b) *Collatio* est ad acervum hæreditatis paternæ vel maternæ à liberis hæredibus rerum propriarum adductio seu adjectio, ut inter eos legaliter cum cæteris bonis dividatur. In qua definitione verbum, *adductio seu adjectio*, ponitur loco generis quia competit etiam aliis multis: illa autem verba, *ad acervum hæreditatis*, differentia constituunt inter hunc, et acervum sociorum et aliorum. Dixi, *paternæ et a liberis*, quia ad hæreditatem extraneorum non fit collatio, nec ab illis, quam à filiis et descendentes, ut statim dicemus, et ita manet declaratum, quæ personæ tenentur conferre, et quibus sit conferendum de quo infra. Insuper dixi, *hæredibus*, quia etiam filii, si hæredes esse nolunt, conferre non tenentur, *l. fin. ff. collat., dotis, l. 1ª ff. de collat. bon.*

Dixi, *rerum propriarum*, quia de rebus propriis à patre dotatis et donatis, *l. filia, l. si soror, l. illam. cod. de collat.* vel a filio emancipationem post emancipato quæsitis, *l. 3ª, § Julianus*, ibi: *non si bona a patre relicto et emancipatorum in medium conferantur, D. de collat. bon.*, fit collatio, non vero de rebus hæreditariis patris, quia in illis cadit divisio. Item dixi, *propriarum rerum*, quia res ipsæ sunt conferendæ, et non æstimatio ut infra dicemus. Adjectur postremo, ut inter eos legaliter cum cæteris bonis hæreditariis dividantur, ut intelligatur finis propter quem inducta est collatio. Item dixi *legaliter*, quia legendus est commodior modus dividendi, tam respectu partium, quam ipsorum rerum: *Vall., de Partit. cap. 12, ns. 4, 5 e 6*. Para igualdade das legitimas dos filhos devem estes trazer á collação tudo quanto houverem recebido de seus pais, ou destes proviessem: *Acc. do S. T. de J. na Rev. Civ. n. 7546*. A falta da collação das doações traz a nullidade do inventario: *Acc. no Dir., vol. 10, pag. 304*. Collação ou conferencia é a restituição que os herdeiros *legitimarios*—filhos e descendentes—que o querem ser de seus ascendentes, fazem, á massa da herança dos mesmos dos bens *moveis* ou de

## § 57

O principal objecto da collação é conservar a igualdade entre os filhos(109), e quaesquer outros descendentes(110).

(109) Ord. do liv. 4º, tit. 97; *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 2º, cap. 10, e Mel. Freire, parte III, tit. 12, § 12 (c).

(110) Não são portanto obrigados a conferir: 1º, os ascendentes; 2º, os collateraes; 3º, os estranhos; 4º, os filhos naturaes dos nobres, nem quaesquer outros filhos, que por expressa determinação da lei não podem succeder a seus pais, *Vallasco*, de Partition., cap. 12. Os filhos legitimados pelo subsequente matrimonio são igualados aos legitimos, sem differença alguma, ainda que entre os pais houvesse legitimo impedimento ao tempo da geração: *Álm. e Souza*, *Dissertações jurídicas e praticas*, Dissert. 1ª (d).

*raiz*, que delles receberão em vida, para calculo da terça e igualação das legitimas: *Secco*, *Orph. Pract.*, pag. 169, art 93.

Collação é a reposição, que os filhos fazem á massa da herança dos bens que receberão de seus pais em vida destes, para entrarem em cumulo nas partilhas. *C. da Rocha*, § 478.—Vide *Men.*, *Juiz. Div.*, cap. 12, § 17; *Gama*, *decs.*, 310, 308, 137 e 333; *Paiva e Pona*, cap. 6º, n. 1.

(c) O fim da collação é a conservação da igualdade do direito, que a natureza e as leis dão a todos os filhos relativamente aos bens dos pais, deixando a estes apenas livre a disposição da terça: *C. da Rocha*, § 478.—O juiz do civil é o competente para nelle se reclamar a entrega de dinheiros que herdeiros hajão recebido e recusem conferir.—*Acc. do Sup. Trib. de Just. de 13 de Março de 1875* (*Dir.* 7—101).

(d) Et in hoc proponitur communiter regula generalis. quod non est locus collationi nisi in hæreditate ascendentium, et inter liberos quibus legitima ab intestato debetur, nulla facta hodie differentia sexus: aut emancipationis, aut patricie potestatis *Valasco*, de Part., cap. 12, n. 31.

Póde-se vér no autor citado as illações que elle tira desta regra, e que vêm exaradas no capitulo supra citado nos ns. 32 a 40.

Nenhuma duvida póde haver de que a collação entende com todos os descendentes; os netos que quizerem concorrer á herança de seu avô com os tios são obrigados a trazerem á collação os bens que seu pai ou que elles mesmos houvessem recebido do dito avô *Ord.*, liv. 4º, tit. 97, § 20; *Valasco*, *loc. cit.*, ns. 52 e 53 *verbis*; *non est dubium, quod etiam inter nepotes est locus collationi*. *Cons. das Leis*, art. 1219 e nota 28 *verbis*: Procede esta providencia ainda que o neto donatario não concorra com os tios á herança do avô concorrendo sómente com seus irmãos.



Quando o neto concorre com os tios deve tambem trazer á collação os bens que a seu pai forão doados por seu avó: *Secco, Orph. Prat., art. 93, § 2º, n. 2.*

O antigo direito costumeiro de Pariz firmava igual regra, cujo fundamento Pothier apresenta nos seguintes termos: *La donation faite aux enfants d'un fils doit d'autant plus être censée faite au père, que e'est ordinairement en sa considération qu'on donne à ces enfants.*

Não sómente, porém, os netos são obrigados a conferir os bens recebidos de seu avó, quando tratão de succeder a este concorrendo com os tios, como tambem o filho, querendo partilhar com seus irmãos a herança de seu pai, é obrigado a trazer á collação os bens que o dito seu pai tiver dado a seus netos: *Ord. cit., § 21; Cons. das Leis Civ., art. 1220; Vallasco, loc. cit., n. 57, ibi: ... si veró pater nepotum vivit adhuc, et tunc ipse pater nepotum teneatur conferre donata ab avo filiis suis iisdemque nepotis quasi contemplatione ipsius patris adhuc viventis donata sint nepotibus.*

L'héritier qui vient avec d'autres coheretiers à la succession de ses père et mère, ou de quelque autre ascendant, doit rapporter, non seulement ce qui a été donné à lui-même, mais même ce qui a été donné à ces enfants. C'est la décision des articles 306 de Paris, et 308 d'Orléans, qui font, en ce point, un droit commun dans le pays coutumier.

La raison de cette décision est tirée du principe établi ci-dessus, n. 2, que non seulement les avantages directs, mais même les avantages indirects étaient sujets à rapport; or c'est un avantage indirect qu'au fait à un père, ou à une mère, lorsqu'on donne à ces enfants; car regardant nos enfants comme d'autres nous-mêmes, n'acquérant nos biens que pour eux, nous devons reputer donné à nous ce qui leur est donné, et par consequent nous devons être obligé au rapport, comme si cela était donné à nous-mêmes. *Poth., Obr., vol. 8º, pag. 164, § 4º*

Apezar destes fundamentos apresentados por Pothier, e de haver o antigo direito costumeiro francez firmado esta regra nas collações, todavia o Cod. civil francez dispoz positivamente, no art. 847, que as doações e legados feitos ao filho da pessoa, que é successivel na época da abertura da successão, são sempre reputados feitos com dispensa da collação. *O pai vindo á successão do doador não é obrigado a conferir-os.* — *Vej. Demol., vol. 16, ns. 188 e 189.* — Em contrario á nossa Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 20.

Que devem trazer á collação os bens que houverem recebido os filhos naturaes, nenhuma duvida ha sobre isso, desde que elles forem successiveis na conformidade das leis vigentes: *Domolombe, vol. 16, n. 175.*

Pothier suscita a questão de saber se, tendo o sogro feito ao genro uma doação, declarando que a faz por amizade a elle, deverá a filha trazer á collação, para herdar com seus irmãos, os bens assim doados por seu pai a seu marido?

A razão de duvidar, diz Pothier, é que a filha é sómente obrigada

a conferir o dote e a doação *proter nuptias*, não tratando nem as leis romanas, nem os antigos costumes que região a França, do caso em questão.

Para poder solver a duvida, entra o illustre jurisconsulto e com elle Lebrun em uma serie de distincções sobre os casos de haverem ou não filhos do casal, e existir ou não entre os conjuges a communhão de bens.

No caso de haver a communhão, e de aceitarem os filhos ao depois a herança do pai donatario, nenhuma duvida ha, diz Pothier de accordo com Lebrun, de que a mulher é obrigada a conferir a doação feita ao seu marido por seu pai, porque ella aproveitou e foi participante dos bens doados; no caso contrario, porém, isto é, quando nem houver o regimen da communhão, nem existirem filhos no casal, não é a mulher obrigada a tal collação.

Qualquer que podesse ter sido a importancia doutrinal, e mesmo pratica desta questão no tempo do velho direito costumeiro, nenhuma tem ella hoje no proprio direito francez, porquanto o art. 849 do codigo civil dispoz *que as doações e legados feitos á conjuge de um esposo successivel, reputão-se feitos com dispensa da collação. Se as doações e legados são feitas conjunctamente a dous esposos, dos quaes sómente um é successivel, este trará á collação a metade; se as doações forem feitas ao conjuge successivel, elle as conferirá por inteiro.*

A nossa Ord. do liv. 4º, tit. 97, não prevenio semelhante hypothese, creio que attendendo a que as doações feitas ao genro pelo sogro, aproveitando sempre á filha, e sendo dadas como adjunctorio ás despesas do casal, devem vir á collação.— Vej. *Demolombe*, vol. 16, ns. 219 e 226 e seguintes.

E' esta a opinião de Vallasco, de Partit., cap. 13, n. 45, ibi:

*Et glosa Joannis relata ab Acursio loquendo in donatis sponso à patre filice nubentis, voluit necesse esse constare propter sponsam esse factam illam donationem ad hoc ut ipso sponso conferre teneatur, et ut ejus contemplatione censeatur facia donatio.*

Comquanto os descendentes sejam em regra geral obrigados a trazer á collação as doações que de seus ascendentes houverem recebido, todavia ha casos em que podem deixar de o fazer.

São estes casos:

1.º Quando o doador os dispensa *expressamente* de trazer á collação os bens doados, declarando, por exemplo, que taes bens sejam tirados de sua terça: arg. da Ord., liv. 4º, tit. 97, § 11; *Demolombe*, vol. 16, ns. 229 e segs. — Neste caso a doação reputa-se feita á conta da terça.

2.º Quando os descendentes doados se contentarem com os bens já recebidos em doação, e se abstiverem de concorrer á herança paterna ou materna: neste caso, porém, é preciso que os bens doados não excedão á legitima que aos ditos filhos deveria caber e á terça do falle-

## § 58

São portanto objecto da collação todos os bens que provierão dos ascendentes, a quem se pretende succeder, ou por sua immediata contemplação (111), e que

(111) Ord. do liv. 4º, tit. 97; *Vallasco*, de Partition., cap. 13, n. 10, 11 e 12, e *Guerreiro*, Trat. 2º, cap. 10, n. 8. Devem portanto conferir-se: 1º, todas e quaesquer doações feitas pelos pais, tanto para o matrimonio, como para qualquer outro fim: cit. Ord., e *Vallasco*, cit., loc., n. 13, e *Guerreiro*, n. 23; 2º, as doações feitas pelos parentes e estranhos, em remuneração dos serviços dos pais, ou em sua particular contemplação: cit. Ord., § 21, *Vallasco*, n. 4 e 5, e *Guerreiro*, n. 9; 3º, os vestidos e ornatos dados pelos mesmos pais na occasião das nupcias: *Vallasco*, n. 52, e *Guerreiro*, n. 31; 4º, a importancia da condemnação, que o pai pagou pelo fihlo e as despezas do livramento: *Molin.*, de Justit., Trat. 2; disp. 240, e *Guerreiro*, cit. loc., n. 35; 5º, a importancia do officio comprado para o filho com dinheiro do pai: *Vallasco*, cit. loc., n. 62, e *Guerreiro*, n. 39; 6º, as despezas feitas na bulla pontificia para se conseguir o beneficio ecclesiastico, ou para se poder celebrar o matrimonio: *Vallasco*, n. 75; *Guerreiro*, n. 43, e *Gam.*, dec. 308, n. 15; 7º, os prazos fateozins, e quaesquer outros, quando o pai em sua vida transferio a posse delles no filho: cit. Ord., § 22; *Gam.*, dec. 50; *Vallasco*, cit. loc., n. 126, e *Pinh.*, disp. 5ª, secç. 2ª, § 3º, n. 28; 8º, as bemfeitorias dos vinculos e dos prazos, e o preço por que

cido: *Ord. cit.*, § 5º, e *Val. de Part.*, cap. 13, n. 20. Em todo o caso conferem: é a collação ficticia.

Quanto ao primeiro caso, questionárão durante algum tempo os doutos, se, não tendo o pai declarado expressamente que dispensava o filho de trazer á collação os bens doados, todavia fizesse a doação de modo, e por taes palavras que se podesse entender que dispensava o filho da collação dos bens doados, não devia ser considerada effectiva essa dispensa, como se houvesse sido feita expressamente?

A' vista da disposição do § 11 da Ord., liv. 4º, tit. 97, parece-nos ser a questão inteiramente ociosa. Na verdade o paragrapho citado diz que, quando os doadores tiverem intenção de que sejam trazidos á collação os bens doados, que estiverem dispensados de ser conferidos, podem fazê-lo, comtanto que o declarem *expressamente*; e continúa

se não achão expressamente exceptuados pela lei e direito (112).

estes forão comprados: cit. Ord., *Mel. Freire*, parte III, tit. 11, § 22; *Pinh.*, de *Jur. emphyt.*, cit. loc., n. 31, e *Guerreiro*, n. 50; 9º, o excesso da legitima, quando o filho se abstem da herança; cit. Ord., § 5º; *Cardoso*, verbo *collatio*, n. 43, e *Guerreiro*, n. 48; 10º, os fructos do dote, desde a morte do pai doante até á partilha: *Guerreiro*, cit. loc., n. 78; 11º, todos os rendimentos do excesso da doação, que não foi insinuada, por não poder produzir effeito aquillo que é nullo: Ord. do liv. 4º, tit. 62; lei de 25 de Janeiro de 1775, e Alv. de 16 de Setembro de 1814; 12º, todos os adquiridos pelo filho com dinheiro do pai, vivendo com elle e sustentando-se do casal: Ord. do liv. 4º, tit. 97, §§ 11 e 19; *Vallasco* cit. loc., n. 181, e *Guerreiro*, n. 73.—Veja-se *Corréa Telles, Trat. das Acç.*, §§ 153 e 154 (e).

(112 Não vêm á collação: 1º, os bens adventicios, isto é, aquelles que não provierão dos pais, nem forão adquiridos com

nos seguintes termos: *porque o que declaradamente ácerca disto por os doadores fôr dito e ordenado ao tempo, que as doações fizerem, mandamos que se guarde...*

Como duvidar-se ainda ante tão claras expressões da lei?

Quando lex requirit aliquid expressim fieri, non sufficit conjecturatum: *Val.*, de *Part.*, cap. 14, n. 18. Veja-se sobre esta questão *Val.*, cit. cap. 14, ns. 15 a 18, e *Secco*, *Orph. Prat.*, nota 236.

Quanto ao segundo caso acima apresentado, isto é, o em que o herdeiro deixa de vir com os bens doados á collação, porque repudia a herança, deve isto entender-se com a restricção imposta no dito § 3º da Ord. cit., e com a obrigação de completar a legitima dos demais herdeiros, quando a doação fôr inofficiosa, como ordena o § 5º da Ord. citada: *Consolid. das Leis*, arts. 1196 a 1192.

Entre nós, como o faz notar o Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota 4ª, ao art. 1196, não está em uso abster-se o herdeiro dotado da herança para ficar com o dote; e mesmo quando isso estivesse em uso, não se supponha que neste caso deixasse absolutamente de haver collação: havia, mas uma collação ficticia; pôrquanto, se o herdeiro dotado não viesse declarar quaes os bens que havia recebido em dote como se poderia saber se tal doação era, ou não, inofficiosa, e se o herdeiro dotado tinha ou não obrigação de completar, ou de fazer as legitimas dos outros herdeiros:

(e) Vej. os *Accs. no Dir.*, vol. 12, pag. 87.—Vêm á collação as quantias para monte-pio; não as prestações deste depois da morte do inventa-

dinheiro delles : Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 19; *Vallasco*, de Partit., cap. 13, n. 100, e *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 2º, cap. 12, n. 86: 2º, os bens castrenses, isto é, aquelles que forão adquiridos pelas armas, tanto na guerra como na paz, cit. Ord., § 18, e *Guerreiro*, cit. loc., n. 87; 3º, os bens quasi castrenses, isto é, áquelles que forão adquiridos pelas letras ou pelas artes; cit. Ord., e *Guerreiro*, cit. loc., n. 92. Estão neste caso os lucros provenientes da magistratura, da advocacia, da medicina, das ordens ecclesiasticas, os dos professores das sciencias ou artes, os dos escrivães e tabelliães : *Guerreiro*, cit. loc., n. 94, 95 e seguintes : 4º, as tenças vitalicias e commendas : cit. Ord., § 12; 5º, as doações e officios dados pelo soberano, ainda que a graça fosse feita ao filho por contemplação do pai : cit. Ord., § 10 e 12, e Alv. de 23 de Novembro de 1770; 6º, as ajudas de casamentos, dadas na conformidade da cit. Ord., § 10 e 11; 7º, as despezas do jantar ou cêa do dia do casamento : cit. Ord., § 20; 8º, as despezas feitas nos estudos com aproveitamento : cit. Ord., § 7º; 9º, a compra dos livros necessarios, *Vallasco*, cit. loc., n. 161, e *Guerreiro*, n. 112; 10, as despezas que se fizerão, mili-

riado.—*Acc. da Rel. da côrte de 23 de Novembro de 1877.* (Dir. 15—372). *Vej. Secco*, arts. 98 e 99; *C. da Rocha*, § 480; *Roteiro dos Orphãos*, §§ 97 a 104; *Pothier*, vol. 8º, pag. 157, § 2º; *Paiva e Pan.*, cap. 6º, ns. 16 a 18. — *Vej. Cod. Civ. Franc.*, arts. 843, 847, 848, 851, 856, 857; *Cod. Civ. Port.*, arts. 2030 a 2105; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 1004, 1005, 1007, 1013, etc.

Os escriptores comprazem-se em geral com fazer uma extensa nomenclatura de todos os bens, que devem os descendentes trazer á collação, para poderem partilhar a herança dos ascendentes; além de *Vallasco*, no lugar citado na nota supra, pôde se vêr uma não menos minuciosa relação de taes bens na *Orphanologia Practica* do Dr. *Secco*, art. 99, e em *Paiva e Pona*, cap. 6º, ns. 16 e seguintes.

Pôde-se, porém, em resumo dizer que é o filho obrigado a trazer á collação todos os bens que lhe forem dados, sem a clausula de serem tirados da terça do doador, e bem assim os que elle houver adquirido com os bens do pai ou mãe, vivendo em companhia delles.

Achão-se assim comprehendidos todos os profecticios, que são os unicos bens sujeitos á collação.

*Pothier* diz que devem ser trazidos á collação todas as *vantagens directas e indirectas* que o filho tenha obtido do pai.

Assim, diz elle, se o pai fez doação a seu filho de um objecto qualquer por intermedio de terceira pessoa; se o pai em uma conta de tutor apresentar-se como devendo a seu filho mais do que na realidade

## § 59

Sendo feita a doação por ambos os conjuges, deve con-

---

tando em defesa da patria : *Vallasco*, cit. loc., n. 151, e *Pereira e Souza*, nota 1021 ; 11º, as despesas que o pai fez com o filho nas viagens, ou para lhe obter a qualidade de cavalleiro, ou para o resgatar do captiveiro : cit. Ord., § 8 ; 12º, as que se fizerão nas romarias ou no serviço do paço : cit. Ord., § 7º ; 13º, os alimentos : lei 11, Cod. de Collationib., e *Pereira e Souza*, cit. loc. ; 14º, os rendimentos dos bens doados, cit. Ord., § 8, excepto, como já dissemos na nota antecedente, se a doação excedesse á quantia legal e não tivesse sido insinuada, porque então devem conferir-se os rendimentos do excesso ; 15º, os prazos familiares, cuja posse se não tiver traspassado para o filho na vida do pai : cit. Ord., § 22 ; 16º, as dadas pequenas, que os pais costumão fazer a seus filhos, excepto se todas ellas juntas fizerem uma somma considerável : *Vallasco*, cons. 188 e 189, n. 28, e *Guerreiro*, cit. loc., n. 109 ; 17º, as bemfeitorias dos vinculos e dos prazos, quando são modicas e de pouca

---

deve ; se por uma partilha, que o pai tivesse dado aos filhos de um primeiro leito, elle tivesse direito de cobrar reposições, e as não cobrasse, ou, não tendo nenhuma reposição que fazer a seus filhos, consentisse que estes as viessem cobrar, e elle lh'as pagasse ; se o pai, tendo confiado a seu filho a gestão de negocios, e não cobrasse o que lhe ficasse a dever ; se o pai dêsse quitação a um filho que lhe é devedor de alguma quantia : em todos estes casos, havendo da parte do pai uma doação indirecta em favor do filho, este deve trazer taes bens á collação. Tal era a doutrina que autorisavão os rigorosos costumes que antigamente região a França ; a nossa Ord. do liv. 4º, tit. 97 não autorisa, porém, tal rigor ; antes, pelo contrario, afastando da collação algumas doações, exige, para que estas possam ser conferidas, que os doadores assim o hajão determinado : cit. Ord., § 11.

No caso de querer o filho doado abster-se da herança, contentando-se com os bens que houver recebido em doação, não poderá os demais herdeiros obrigar-o a trazer taes bens á collação, salvo se a doação exceder á legitima e terça, caso em que será o herdeiro doado obrigado a completar as legitimas dos mesmos herdeiros, ou no caso em que o doador não tiver deixado bens alguns por sua morte, pois então o herdeiro doado deverá dar os dous terços do dote para fazer as legitimas dos outros.

ferir-se a metade della no inventario de cada um (113),

ponderação : cit. Ord., § 22, no fim. Quaes sejam as bemfeitorias que devão conferir-se e qual o modo por que devão avaliar-se, pôde vêr-se em *Almeida e Souza*, Tratado do Dir. Emphyt., § 583, e seguintes (f).

(113) Ord. do liv. 4º, tit. 97, pr. Sendo só um dos conjuges o doante, deve conferir-se por sua morte toda a doação (g).

(f) Em geral não devem ser conferidos os bens que são propriedade exclusiva do filho, ou porque este os adquirisse com seu trabalho, ou porque os houvesse herdado, ou porque lhe fossem doados por pessoas que não fossem seus ascendentes.

O pai, tendo a obrigação de sustentar o filho e dar-lhe boa educação, todas as despesas que com isto fizer não será o filho obrigado a trazer á collação, assim como também não é obrigado a conferir a quantia que o pai houver gasto com o jantar ou cea do dia do casamento do filho : cit. Ord., § 2º

Valasco, de Partit., cap. 13; Secco, *Orphanologia Practica*, art. 100, e Paiva e Pona, no citado cap. 6º, trazem longa enumeração de bens que não devem vir á collação; muitos, porém, delles não havia necessidade de declarar que não seriam conferidos, pois que as idéas do tempo em que vivemos não comportão a collação de taes bens.

E' bastante, para resumir em poucas palavras a serie de bens que não devem vir á collação, o que diz Coelho da Rocha, no § 481 :

« Exceptuão-se da collação: 1º, por serem antes de obrigação, do que da diva, as despesas que os pais fazem com os filhos em alimentos e educação, e portanto os gastos no estudo e com mestres, Ord., liv. 4º, tit. 97, § 7º, com tanto que: a) não excedão á condição e posses do pai, prejudicando as legitimas dos irmãos; b) ou tenham por fim antes o estabelecimento do que a educação, como doutoramento, bullas para beneficios ou casamento, habilitações para empregos: Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 8º; *Lobão, Obrig. Recip.*, § 636, 654 e seguintes; 2º, as despesas feitas com o livramento de crimes do filho, mas não a multa, ou pena, em que foi condemnado: *Id.* 650 e 651; 3º, as mesadas, ou tenças annuaes, emquanto não excederem os alimentos regulares: *Id.* 639 e seguintes; 4º, as despesas das bodas nos noivados ou missas novas: cit. Ord., § 2º; 5º, por privilegio são exceptuadas as mercês régias, ainda que fossem dadas por contemplação do pai: *Cit. Ord.*, § 10 e 11; 6º, por serem proprios, os bens adquiridos pelo trabalho e industria do filho, ainda que estivesse á mesa dos pais, com tanto que os não adquirisse com os bens destes: cit. Ord., § 16; 7º, as remunerações que os pais fazem aos filhos em satisfação de serviços, que se costumão pagar

bem como os respectivos rendimentos, desde a morte até á partilha (114).

(114) Ord. do liv. 4.º, tit. 97. E' aqui applicavel tudo o que se disse na nota 112 relativamente aos rendimentos do dote,

ou indemnisação de bens adventicios que lhes dissipou : cit. Lobão, § 623 e 624 ; *Cod. Civ. Port.*, art. 2105. e *Cod. Civ. Ital.*, art. 1009.

A' collação devem ser trazidos, não sómente os bens immoveis, como tambem os moveis ; ha, porém, alguma differença entre a collação dos immoveis e a dos moveis.

Os immoveis podem achar-se na época da collação, ou no mesmo estado, ou melhorados com bemfeitorias, ou damnificados : *Cod. Civ. Port.*, art. 2107, § unico.

No primeiro caso nenhuma duvida ha ; elles são apresentados taes como se achão e no valor em que forão doados : no segundo caso o herdeiro que os traz á collação tem o direito, ou de apresental-os com as bemfeitorias, e exigir que os demais herdeiros lhe paguem a importancia dellas, ou de conferir, não os bens, mas o seu valor no tempo da doação : *Ord. do liv. 4.º, tit. 97, § 13 ; Consolid. das Leis Civ.*, art. 1211 e nota 16 (3.ª edição).

Convem, porém, notar que ao herdeiro doado não assiste o direito de exigir dos demais coherdeiros a importancia de toda a especie de as bemfeitorias ; sómente as bemfeitorias *necearia* e *uteis* devem ser indemnizadas ; as que são meramente *voluptuarias* ou de *ornato* poderá o herdeiro doado tiral-as, se o puder fazer, mas não serão os outros obrigados a indemnisal-as : *Poth., Obr., vol. 8.º, cap. 4.º, art. 2.º, § 7.º ; Cod. Civ. Ital.*, arts. 1017 a 1019.

No terceiro caso, isto é, quando os immoveis estiverem damnificados, os herdeiros têm o direito de opção, ou pelos immoveis taes como se acharem, indemnizando-os o herdeiro doado do danno que apresentão, ou pelo valor dos immoveis ao tempo da doação : *Ord. cit.* ; para ser, porém, o herdeiro doado responsavel pelo damnifcamento do immovel é preciso que tal damnifcamento se tenha dado por culpa delle, e não seja casual, ou devido ao uso. *Cod. Civ. Ital.*, art. 1020.

No caso de optarem os herdeiros pela collação dos immoveis no estado em que se acharem, é costume lançal-os sempre na parte ou quinhão do herdeiro que os traz á collação, e não aos outros : *Consolid. das Leis Civ.*, nota 1600, art. 1211.

No caso de damnificação ou melhoramento dos immoveis, só se applicão as disposições supra se a alteração, que tiver tido o immovel, corresper á quarta parte do seu valor : *Ord.*, § 13.

No caso de não possuir mais o herdeiro ao tempo da collação os immoveis que lhe forão doados em casamento, por tél-os vendido ou



quando elle foi nullamente constituido, ou quando, excedendo

alienado de qualquer modo, deverá entrar com o preço que elles valião ao tempo em que forão doados: *Ord. cit.*, § 14; *Consolid. das Leis Civ.*, art. 1214 e nota 19.

Quanto aos bens moveis, porém, o herdeiro doado, só é obrigado a trazê-los á collação no estado em que estiverem, e se os tiver alienado, trará o preço; portanto, ainda que elles estejam damnificados, não ha da parte do herdeiro que os confere obrigação de indemnisar os outros herdeiros pelo damnificamento: *Ord., cit.*, § 15; *Cons. das Leis*, art. 1215 e nota 20. Se o herdeiro doado não possuir os moveis, não por tê-los alienado, mas por tê-los perdido, sómente é responsavel pelo valor delles se a perda foi culposa, não se foi casual: *Lobão, Obrig. Recip.*, § 676; *Consolid. das Leis*, nota 21 ao art. 1216.

« Como os bens moveis podem ser fungiveis, ou não fungiveis, tambem é forçoso reconhecer que o § 15 da cit. Ord. só procede quando os bens doados não são fungiveis. Quanto aos fungiveis, *genus nunquam perit*, e o herdeiro donatario está sempre obrigado a vir á collação, como acontece quando as doações são de dinheiro. Assim é igualmente no caso do art. 1209, quando o herdeiro donatario tem já conferido metade da doação, pois, que a outra metade a conferir no segundo inventario toma caracter fungivel.

« Como os escravos entrão na classe dos bens moveis, estão comprehendidos no § 5º da cit. Ord. e nas distincções que acima tenho feito sobre o caso de perda total. O fallecimento dos escravos doados é um destes casos; reputa-se o caso fortuito emquanto não se prova o contrario; e portanto o donatario não tem obrigação de conferir o valor dos escravos doados que fallecerão. E não tendo tal obrigação, não tem a de conferir os filhos dos escravos doados fallecidos, applicando-se neste caso o disposto na cit. Ord., princ., ou no art. 1207: » *Cons. das Leis*, nota 21 ao art. 1216. Os filhos dos escravos doados, havidos em vida do doador, não vêm á collação: *Acc. da Rel do Ouro-Preto de 7 de Novembro de 1876* (Dir. 13, 328).

(g) Entende-se isto no casamento em que ha communhão; e então, feita a avaliação da cousa doada para conferir a metade, por morte de um dos conjuges, deve servir essa mesma avaliação para conferir-se a outra metade por morte do outro conjuge, pois que uma nova avaliação poderia trazer disparidade no valor das duas ametades, o que seria absurdo. Vide *Consolid. das Leis*, arts. 1209 e nota 14; *Cod. Civ. Port.*, art. 2108.

A collação deve ser feita na successão da pessoa que doa: *Cod. Civ. Ital.*, art. 1001; *Port.*, art. 2098; *Franc.*, art. 850.

Quando sómente o pai dá a um de seus filhos bens de sua communhão, entende-se que elle faz esta doação como chefe da communhão, e por conseguinte sua mulher entende-se que dá com elle; e por isso,

á quantia legal, não foi insinuado com as solemnidades precisas pelo tribunal competente. Veja-se também a nota 122 (h).

em caso de aceitação da communhão, a collação deve fazer-se unicamente de metade na successão do pai e metade na successão da mãe: *Poth., loc. cit., § 5.º Vide Secco, Orph. Prat., art. 95; Ord., tit. 97, § 1.º; Cod. Civ. Port., art. 2108.*

Quando morre o pai somente, e fica a mãe viuva, dando bens a inventario, *vel e contra*, devem os dotados trazer somente meio dote á collação; e quando se levantem com elle, também se deve haver o mesmo respeito ao meio dote, porquanto, por morte do cabeça de casal, se ha de nomear outro meio dote na mesma fórma: *Ord. liv. 4.º, tit. 97, § 1. Paiva e Pona, cap. 6.º, n. 2.* Quando, porém, não tiver havido entre os conjuges o regimen da communhão, o que cada um doar virá á collação por sua parte: *Ord. cit., § 1.º in fine; Cons. das Leis, Civs. 1210 e nota 15.*

« Pelo contrario, em caso de renuncia da communhão, a collação do total deve fazer-se na successão do pai, pois a mulher no dito caso, não tendo parte nos bens da communhão foi somente o pai quem deu o total. A mãe, não tendo fallado na doação, nada deu em seu nome particularmente: foi a communhão quem deu, e por conseguinte, tendo renunciado á communhão, ella nada deu e nada ha a conferir em sua successão: » *Poth., loc. cit.*—O Cod. civil francez não aceitou completamente esta doutrina, que aliás vigorava no tempo de Pothier.

O art. 850 daquelle codigo dispõe: « A collação somente se faz na successão do doador. »

O art. 1439: O dote constituído pelo marido só, ao filho commum, em bens da communidade, é por conta da communhão; e, no caso de ser a communhão aceita pela mulher, esta deve supportar a metade do dote, a menos que o marido tenha declarado expressamente que elle se encarrega do total ou de uma porção maior do que a metade.

Art. 1438: Se o pai e a mãe dotarão conjunctamente o filho commum, sem deduzir a porção com que pretendião contribuir, julga-se ter cada um delles dado a metade do dote, quer tenha sido o dote fornecido ou promettido em bens da communhão, quer em bens pessoaes de um dos dous conjuges.

(h) Como se vê, conferem-se unicamente os fructos produzidos pelos bens desde a morte até á partilha, e não os anteriores á morte.

Comprehendem-se nesses fructos, diz o Sr. Dr. Teixeira de Freitas, os filhos dos escravos, porquanto, apesar da disposição do § 37 da *Inst., liv. 2.º, tit. 1.º, rerum divisione* não consideral-os como fructos, todavia considerando a mesma Instituta como fructos os filhos dos animaes não ha razão para não applicar-se isso aos filhos dos escravos que são meras cousas perante o direito. — Vej. o *Acc. da Rel. do Ouro-Preto*

## § 60

Compete aos dotados a preferencia a respeito dos bens por elles conferidos (115); a escolha do tempo da doação

(115) E' nos bens doados que o juiz deve mandar fazer a legitima dos coherdeiros, que os conferirão, sem que nelles dê parte alguma aos outros: Ord. do liv. 4.º, tit. 97, § 3.º Deve, porém, isto entender-se sómente no caso, em que a herança tenha tantos bens de raiz, quantos sejam sufficientes para se perfazerem as legitimas dos mais coherdeiros, porque desapareceria a igualdade da partilha, que a lei tanto recommenda, se um levasse todos os bens de raiz, e as legitimas dos outros se fizessem em moveis, semoventes, dividas ou tornas. Supponhamos que um pai deu em dote a um filho todos os bens de raiz do seu casal, e que por sua morte se não achão outros alguns bens de semelhante qualidade, ainda que com effeito se achem muitos de todas as outras; ou supponhamos que, havendo mais bens de raiz ao tempo da doação, além dos doados, o pai os alienou todos: deverá porventura o coher-

de 7 de Novembro de 1876 (*Dir.* 13, 328), do qual por argumento se deve concluir no sentido da opinião supra.

São fructos tambem os rendimentos do dinheiro. *Lobão, Obrig. Recip.*, § 675; *Cons. das Leis*, art. 1206 e nota 4.ª

« Confertur autem dos cum fructibus productis ex re dotali à tempore moræ Mora autem intelligitur a tempore mortis patris aut matris dotantis, a quo tempore fructus veniunt usque ad tempus partitionem, et ratio est, quia quando res in dotem data confertur censetur mansisse in bonis patris, unde sicut cœtera bona patris veniunt ad partitionem cum fructibus a tempore mortis, et incremento fructuum bona hæreditaria augentur, ita quoque debet venire cum fructibus dos que confertur. Sed hoc intelligendum est, si filia quæ confert, possidet tempore mortis patris illa bona dotata, quia si non possidet, non tenetur ad fructus conferendos: » *Valasco, de Partit.*, cap. 13, ns. 15, 16 e 18; *Phebo*, dec. 103. *Vej. Cod. Civ. Port.*, art. 2106; *Cod. Civ. Ital.*, art. 1013; *Cod. Civ. Franc.*, art. 856.

« Gli interessi della somma della quale é chiesta la collagione sono dovuti dal giorno dell' apertura della successione, né é apponibile la prescrizione che non poteva decorrere, perché prima che fosse decisa la questione non si poteva chiedere il pagamento degli interessi: *Cattaneo e Borda*, ao art. 1013, n. 4.

ou do tempo da morte dos doantes (116), e o privilegio de se valerem da terça para se inteirarem de suas doações (117).

deiro, a quem se faz semelhante doação, ficar com todos os bens de raiz, que ella comprehendeu, e fazerem-se as legitimas dos outros em moveis, semoventes, dinheiro ou tornas? Estou persuadido que não: 1º, porque desappareceria, como já disse, a igualdade da partilha, a qual não consiste sómente em levar cada coherdeiro um quinhão igual, mas em o levar na mesma qualidade de bens; 2º, porque ficaria no arbitrio dos pais o beneficiarem um dos filhos com prejuizo dos outros, tirando-lhes aquillo que a lei lhes dá, e sendo os arbitros da futura partilha, o que a lei reprova; e 3º, porque em tal caso haveria uma rigorosa venda do excesso da legitima, venda prohibida entre pais e filhos pela Ord. do liv. 4º, tit. 12, e nulla inteiramente pela falta do pagamento da siza, na conformidade da Ord. do liv. 1º, tit. 78, § 14. Concluo, portanto, que se os bens de raiz doados e conferidos excederem muito aos que devem entrar na legitima do coherdeiro que os conferio, no excesso delles se deve perfazer a legitima dos outros coherdeiros, apazar da doação, que só confere direito de preferencia nos termos habeis, sem offensa da lei e sem prejuizo de terceiro (i).

(116) Está na escolha dos coherdeiros dotados o elegerem o tempo da doação, ou o da morte dos doantes, para por este ou por aquelle tempo regularem suas doações. Esta escolha, porém, sómente tem lugar quando as doações forão feitas por motivo de casamento, e quando este se verificou; porque em todas as outras se deve attender ao valor do patrimonio dos doantes ao tempo de sua morte: Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 4º, e *Corrêa Telles*, Trat. das Ac., § 140, not. 3 (j).

(117) Quando o dote conferido excede á legitima do coherdeiro dotado, póde elle (no caso de abster-se da herança) inteirar-se pela terça do doante, ainda que della se tenha feito

(i) Confere a doutrina dos Acc. do Supr. Trib. de Just. de 21 de Fevereiro de 1872 (*Dir.* 2, 245) e da Rel. do Recife de 30 de Maio de 1876 (*Dir.* 10, 778). Vej. *Accs. no Dir.* 12, 87.

(j) Sómente tem lugar a escolha quando o herdeiro dotado abstem-se da herança. *Accs. supra citados* na nota — i: —

doação á outra pessoa com todos os requisitos e solemnidades legaes: Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 3. Se o dote, porém, fôr tal, que exceda a legitima, e a terça, calculado o patrimonio do defunto doante pelo tempo da doação, ou pelo da morte, qual o dotado mais quizer, então deve este repôr aos outros coherdeiros, e executivamente a parte respectiva do excesso: cit. Ord., § 5º. Sendo mais do que um os herdeiros dotados, aquelle que o foi em primeiro lugar é tambem o primeiro a inteirar-se pela terça, e só o resto pôde fazer em beneficio dos outros por sua ordem, ainda que casassem primeiro; por ser o tempo da doação, e não o do casamento, o que regula a preferencia neste caso. Aquelles que sustentão a opinião de que a terça dos doantes deve ratear-se em beneficio de todos os coherdeiros doados, atacão abertamente a determinação da eit. Ord. e a lei de 20 de Junho de 1774; porque, contrahindo-se pela promessa do dote uma divida, a que a terça fica legalmente hypothecada, não chegando a legitima, todos sabem que os credores hypothecarios mais antigos preferem aos mais modernos. Só teria lugar o rateio da terça em beneficio de todos os dotados se todas as doações fossem feitas no mesmo dia, ignorandó-se qual dellas se tinha feito primeiro (k).

(k) Vide *Cons. das Leis Civis*, art. 1201, 3ª edição.

Não é exacto que, no caso de serem mais de um os herdeiros dotados, aquelle que o foi em primeiro lugar seja tambem o primeiro a inteirar-se com a terça; neste caso, como mui judiciosamente decide o Dr. Teixeira de Freitas, na nota 6ª ao artigo citado, deve a terça ser retirada por todos os herdeiros donatarios.

Não procede o que diz o autor na nota supra, porquanto a Ord. do liv. 4º, tit. 9, § 3º, não autorisa a opinião de que o filho dotado em primeiro lugar pôde absorver a terça para completar o seu dote, deixando os demais filhos dotados sem terem por onde completem os dotes respectivos: o que a Ord. cit. diz, no final do paragrapho, é que as terças do pai e mãe são obrigadas a *refazerem os casamentos*, que forão *permittidos aos filhos até o alcance das ditas terças*, isto ainda que as taes terças não fossem obrigadas expressamente ou o defunto tivesse disposto dellas de outra fórma; por consequente a primeira illação que se pôde tirar das expressões da Ord. é que a terça do pai, ou mãe doante, não pôde ser deixada a terceiros quando tiver de completar os dotes de filhos dotados; portanto, se o pai ou mãe houvesse feito legados na terça, estes não serão cumpridos, quando para completar-se os dotes dados ou promettidos houver ella de ser absorvida.

Accresce que a lei diz expressamente que as terças serão obrigadas

## § 61

Tambem lhes compete o direito de conferirem os bens doados, ou pelo valor que tinham ao tempo da doação, ou pelo que conservão ao tempo da collação (118).

---

(118) Sendo a doação de bens de raiz, deve fazer-se differença ; porque ou os bens doados existem ainda em poder do doante, ou não : se não existem, devem necessariamente conferir-se pelo que valião ao tempo da doação ; se existem, deve ter-se em consideração se estão damnificados ou melhorados : no primeiro caso devem conferir-se pelo que valião ao tempo da doação, excedendo as damnificações á quarta parte do valor ; no segundo, devem conferir-se pelo que valem ao tempo da collação, querendo os outros coherdeiros pagar exactamente todas as bemfeitorias : Ord. do liv. 4º, tit. 97, §§ 13 e 14. Os moveis devem vir á collação no estado em que estiverem ao tempo della, quer fossem estimados, quer não ; e não existindo deve conferir-se o valor que elles tinham ao tempo do dote : cit. Ord., § 15 (1).

---

para completar os *dotes dos filhos* ; quando, pois os dotes forem taes que um só, para ficar completo, absorvesse a terça, como a lei manda que esta complete os *dotes dos filhos*, deverá ella ser rateada, porque tanto direito tem o primeiro filho dotado, como os outros mais a haver o complemento do dote pelos bens da terça.

Convem notar, porém, que, ainda quando fosse verdadeira a interpretação da Ord. cit., tal como é feita pelo autor na nota supra, entre nós não se pôde observar o que na mesma nota elle aconselha, porquanto a lei n. 1237 de 21 de Setembro de 1834, não incluindo entre os bens sujeitos á hypotheca legal as terças dos doadores para complemento dos dotes, não tem o herdeiro dotado direito de credor hypothecario sobre os bens da terça, e portanto não pôde allegar prelação, com o fundamento da prioridade na hypotheca, em relação aos outros coherdeiros.

Parece-nos, pois, que a opinião do Sr. Dr. Teixeira de Freitas é a unica a seguir-se no nosso direito.

(1) Parece-nos que a proposição absoluta que apresenta o autor no § 61 supra não pôde ser admittida, sem discussão, e a prova são as distincções que o autor faz na nota 118.

O herdeiro doado tem o direito de escolha entre o tempo da doação e o da collação, quando se tratar de verificar se a doação que lhe foi

## § 62

A collação dos dotes ou doações deve ser feita pelos doados (119).

(119) Assim como compete exclusivamente ao cabeça de casal o descrever os bens, que estavam em poder do defuncto inventariado ao tempo de sua morte, assim também compete

feita é ou não inofficiosa, isto é, se excede á legitima que lhe deveria caber e á terça do doador; por conseguinte esta faculdade de escolha é em relação aos bens do doador e não aos bens do dote. Assim, se, fazendo o calculo da importancia dos bens do doador no tempo em que foi feita a doação, o dote não exceder á legitima do donatario e á terça do doador, a doação não é inofficiosa, embora exceda ella á legitima do donatario e á terça do doador, calculados os bens deste na época da collação.

Quanto ao valor que devem ter os doados que vem á collação, deve ser o do tempo da doação unicamente quando ella foi a casamento: *Ord. cit.*, §§ 14 e 15. O preceito do § 4º da *Ord.* está sujeito ao do § 3.º A escolha do valor dos bens do doador ao tempo da doação ou da morte só tem lugar quando o dotado abstem-se da herança.—*Accs. citados nas notas (i) e (j).*

Sempre que o herdeiro puder, por lhe ser concedido por lei, trazer á collação, não os proprios bens, mas o seu valor, isto é, a importancia em que elles forão dados, deve regular o valor do tempo da doação.

No caso, porém, em que o herdeiro tenha de apresentar á collação os proprios bens, deve-se distinguir: ou os bens doados estavam estimados, ou não; no primeiro caso vêm elles á collação no valor da estimação, que é o mesmo da doação; no segundo caso deveráõ regular-se pelo valor do tempo da collação, mesmo porque taes bens, desde que são trazidos á collação, isto é, desde que vêm fazer parte do monte divisivel, devem ser avaliados. Tal é a opinião de *Valasco*, de *Partit.*, cap. 10, ns. 10 e 11.

Secco no seu tratado de *Orphanologia Practica*, art. 97, nota 244, não segue esta opinião.

Entende elle que não ha o direito de escolha que apresenta o autor no § 61 supra, quanto ao valor com que devem ser conferidos os bens dotados, e que os bens de raiz devem sempre vir á collação no valor que tinham ao tempo da doação, o que não se observa, porém, quanto aos moveis.

Para firmar esta opinião deduz a sua argumentação, pouco mais ou menos, pelo seguinte modo:

exclusivamente ao dotado a collação ou descripção dos bens, que lhe forão doados, para cujo fim se lhe deve deferir juramento. Por qualquer occultação dolosa fica sujeito á pena decretada pela Ord. do liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, § 9, e lhe é applicavel tudo o que dissemos na nota 65 (m).

A Ord. de liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 97, § 13, dispõe que os immoveis que forem trazidos á collação, beneficiados, ou deteriorados, sejam conferidos no valor que tinham ao tempo da doação, tanto assim que é com este valor que a lei manda vir á collação o herdeiro que não quizer conferir os proprios bens; ora, se, no caso de estarem os bens beneficiados ou deteriorados, o valor que elles tinham ao tempo da doação é o mesmo com que vêm a collação, qual a razão porque não acontecerá o mesmo quando elles são conferidos taes como forão doados, isto é, sem apresentarem bemfeitorias nem damnificações? Parece que de nenhuma fórma se deve hesitar em affirmar que neste caso deve *à fortiori* ser o immovel doado conferido no valor que tinha ao tempo da doação, por isso que, desde esse tempo até o da collação, elle nenhuma alteração soffreu.

Não nos parece aceitavel esta argumentação.

Da letra do § 13 da Ord. o que se vê é que, quando o herdeiro doado não quizer trazer á collação o immovel que recebeu em doação, e que elle melhorou com bemfeitorias, poderá, ou antes deverá trazer o valor do immovel no tempo da doação; isto, porém, não autorisa a conclusão de que, se o immovel vier á collação, não soffra avaliação, e deva ser considerado como tendo o mesmo valor que tinha ao tempo da doação.

O mesmo se deve dizer do caso em que, estando os immoveis deteriorados, os herdeiros não quizerem que o herdeiro doado os venha conferir, mas preferirem que traga á collação o valôr em que taes bens lhe forão dados: poder-se-ha concluir dahi que, se os herdeiros quizerem que venhão á collação os immoveis, mesmo deteriorados como se acharem, elles devão ser conferidos no valor que tinham ao tempo da doação? Seria isso tão absurdo, como o é suppôr-se que bens deteriorados têm o mesmo valor que bens sãos. Ora, se, no caso de serem conferidos os immoveis deteriorados, devem elles ser avaliados, porque o herdeiro que os conferio tem de indemnizar os co-herdeiros pelo damnificamento, porque não deverão elles ser avaliados quando são conferidos com bemfeitorias?

A fraqueza do fundamento da opinião de Secco resalta á primeira vista.

(m) E' um direito de herdeiro conferente.—Vej. *Cod. Civ. Por. art. 696, § 1.<sup>o</sup>* O herdeiro dotado póde abster-se da herança, como já o fizemos vêr em uma nota anterior, e contentar-se com o dote, o que, todavia, só lhe é permittido quando o dote não fór inefficioso; ainda, porém, no caso de abstenção deve elle conferir o dote, é uma collação ficta,



## § 63

Deve fazer-se a collação ainda que por morte do doante não existão bens alguns (120).

(120) De outra sorte não haveria igualdade entre os coherdeiros, e não se observaria a Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 5º, que manda inteirar os que se acharem lesados, quando as doações excederem á legitima dos doados e á terça dos doantes. Neste caso, porém, devem sómente conferir-se as duas terças partes do dote, porque a outra faz em beneficio dos dotados, que podem aproveitar-se della na fórma da citada Ord. e da nota 117 (n).

como a chama o Sr. Dr. Teixeira de Freitas, na nota 1ª ao art. 1196 da *Consolidação das Leis*, porque consiste apenas na verificação do valor dos bens, para evidenciar que não é inofficiosa a doação.

Quando o herdeiro dotado recusar-se a trazer á collação o dote que tiver recebido, provando-se a existencia da doação, serão sequestrados os bens doados: *Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 12*. Se o juiz se recusar a ordenar o sequestro, cabe agravo do seu despacho.—*Art. 15, § 7º, do Reg. de 15 de Março de 1842*. Vej. *art. 736 do Cod. do Proc. Civ. Port.*

(n) E' este o caso em que o herdeiro dotado faz as legitimas dos seus co-herdeiros.

Para isso dá elle as duas terças partes dos bens que houver recebido em doação, e reserva para si um terço

Parece á primeira vista que, não tendo deixado o doador bens alguns por sua morte, por qualquer desastre que em sua vida o houvesse reduzido á miseria, deveria o dote, que em tempos prosperos elle houvesse feito a um filho, ser por sua morte igualmente dividido entre todos os filhos existentes; mas a razão de ser o herdeiro dotado obrigado unicamente a entregar as duas terças partes, e reservar para si a terça, é obvia; desde que o finado nenhuns bens deixou por sua morte, e que o herdeiro dotado apresenta se com os bens que recebeu em dote, ficão sendo taes bens considerados como o patrimonio do defunto; e como este podia dispôr da terça parte de seus bens, e fazendo o dote ao filho, obrigou a este a sua terça, conserva o filho dotado a terça parte dos bens que confere, e as duas terças, que são os bens de que o finado não podia dispôr, vão formar as legitimas dos outros filhos.

## § 64

Os dotes conferidos não augmentão a terça do defunto(121),

(121) Por muito tempo aconselhei como advogado, e decidi como juiz, que os dotes conferidos augmentavão a terça do defunto, ainda quando esses dotes fossem legitimamente constituidos e competentemente insinuados: porque me parecia duro que, tornando-se elles pela collação uma parte da herança para augmentarem as legitimas dos coherdeiros, não fossem tambem considerados como taes para o augmento da terça. Vendo, porém, que a maior e melhor parte dos doutos seguia o contrario, e que nos tribunaes se julgava constantemente pela sua opinião, tratei de profundar a materia, e deparando com a dissert. 6<sup>a</sup> de *Alm. e Souza*, no App. do Trat. das Ac. Sum., fiquei inteiramente convencido do meu erro, e concordei com elle pelos juridicos fundamentos ponderados na dita dissert., de que esta nota e a seguinte serão um extracto. Ainda que no nosso codigo actual não exista lei alguma positiva, que decida se a terça, de que o pai dispôz, ha de ou não comprehender a terça parte dos bens conferidos pelos filhos, nos termos da Ord. do liv. 4<sup>o</sup>, tit. 97, § inic., comtudo o nosso *Gama*, na dec. 33 nos refere uma resolução régia, datada de 2 de Agosto de 1463, concebida nestes termos: « El-rei nosso senhor mandou vêr por ambas as relações se uma pessoa fez testamento, e dividio sua terça a um de seus filhos ou outra pessoa estranha; se algum de seus filhos trouxe á collação alguns bens, que houvesse da herança daquella pessoa, de cuja successão se trata; se em taes bens conferidos haverá o herdeiro da terça parte alguma, como herdeiro da terça? E foi determinado que não; e o dito senhor lhe pôz o seu passe, e mandou que se guardasse em qualquer caso que depois viesse.» Esta resolução régia, transcripta e attestada por um escriptor tão autorizado, tem força de lei nos casos semelhantes, pela Ord. do liv. 3<sup>o</sup>, tit. 64, ou pelo menos deve considerar-se como assento da casa da supplicação, attenta á lei de 18 de Agosto de 1769, não obstando o não se achar a dita régia resolução inserida na Ord., pois que os compiladores della tiveram muitos descuidos notaveis. Acrescece ter sempre sido conforme com a sobredita régia resolução o estylo de julgar

salvo quando elles não forão legitimamente constituídos (122).

nestes reinos, e o achar-se determinado o mesmo na Hespanha pela lei 25 do Touro, que devemos ter por subsidiaria. Portanto, o modo pratico de proceder quando ha dotes conferidos e disposição de terça, deve ser o seguinte: sommarem-se os bens, que o defunto tenha ao tempo de sua morte, deduzir-se delles a terça, e depois ajuntarem-se aos dous terços restantes os dotes conferidos, e dividir-se tudo igualmente pelos herdeiros: *Corréa Telles*, *Trat. das Ac.*, § 136, nota 3 (o).

(122) Fazem em beneficio da terça os dotes conferidos, e se limita á regra geral: 1.º Se os dotes, que vêm á collação, forão inofficiosos e prejudiciaes ás legitimas dos outros filhos; porque então, sendo nullos os excessos, entra nelles o terço, como que se os bens, excessiva e nullamente doados, existissem no dominio do pai doante ao tempo da sua morte: *Ayor.*, *de Partitio.*, cap. 3, quest. 26, n. 87; 2.º Se os dotes conferidos, excedendo á quantia legal, não forão insinuados; porque neste caso: tambem o excesso faz em beneficio da terça por se presumir no dominio do doante, *Gratian.*, *Forens.*, cap. 887;

(o) A questão tratada pelo autor na nota supra é hoje liquida entre os doutos.

Sem haver necessidade de recorrer á resolução régia de 2 de Agosto de 1463, attestada por Gama e transcrita por Lobão na dissist. 6ª, no 2º vol. dos *Ac. Sum.*, porquanto, como diz o Sr. Dr. Teixeira de Freitas, nota 3ª ao art. 1198 da *Consolidação das Leis*, semelhante resolução nenhum valor tem, visto como foi desprezada nas compillações Manoelina e Philippina, e não incluída no numero das disposições vigentes; sem haver necessidade de recorrer a ella, dissemos nós. bastão, para fundamentar a opinião de que os bens trazidos á collação não augmentão a terça, as seguintes e fortissimas razões apresentadas por Lobão:

A primeira é que os dotes vêm á collação unicamente para igualar as legitimas dos filhos, e não para augmentar a terça, da qual o pai pôde dispôr em favor de quem quizer: *Cod. Civ. Franc.*, art. 857; *Cod. Civ. Ital.*, art. 1014.

A segunda é que chama-se *terça* á terça parte da herança do defunto; ora, esta consiste justamente naquillo que estava sob o seu dominio e posse na época da morte; os dotes incontestavelmente não se

3.º Se a doação foi nulla de seu principio ; porque, sendo nulla, não transferio dominio ao dotado ; os bens nunca effectivamente sahirão do poder do doante, e por isso na sua morte devem fazer em beneficio da terça. O mesmo acontecerá se o pai tiver vendido nullamente a um filho qualquer cousa contra a disposição da Ord. do liv. 4.º, tit. 12, e fôr ao depois esse filho obrigado a trazê-la á collação ; porque, como semelhante venda nunca transferio o dominio ao comprador, se reputa como existente na herança a cousa assim vendida, e faz por consequencia em beneficio da terça: Cald., de Emption., cap. 10, n. 11. Veja-se a judiciousa e magistral Dissert. de Almeida e Louz., citada na nota antecedente (p).

---

achão sob o dominio e posse do defunto, não podem, portanto, ser considerados como fazendo parte da herança deste: *Valasco, de Partit., cap. 19, n. 16, cons. 189, n. 3.*

A' vista destas razões, parece-nos fóra de proposito qualquer duvida.

A propria vontade do doador não pôde fazer com que os dotes conferidos sirvão para augmentar a terça, e tal clausula posta em uma escriptura de dote nenhum effeito produz, no nosso direito, comquanto seja procedente na lei italiana: art. 1014 do Cod. Civ.; o mesmo se deve dizer no caso em que o pai dispõe da sua terça em testamento, ou por qualquer acto intervivos, ou mesmo no caso de ter durante a sua vida feito doações a uns filhos depois de ter dado a terça a outro ; porque em qualquer destas hyppotheses fórma-se da herança deixada pelo defunto um todo, do qual deduz-se a terça, e depois unem-se os dotes aos dous terços restantes. Vej. *Demolombe*, vol. 16, ns. 277, 286, e 289 e segs., e *Zachariæ*, vol. 2.º, § 397 ; Mas. e Verg.

Pôde-se vér sobre esta questão, além dos innumerados autores mencionados por Lobão na dissert. cit., *Faiva e Pona*, cap. 6.º, n. 13 e 14 ; *Val., de Partit.*, em todo o cap. 19, e principalmente no n. 6 ; *Cons. das Leis*, nota 3.ª ao art. 1198 ; *C. da Rocha*, § 350 ; *Vallasco*, cons. 189, n. 3, e *Cor. Tel.* no lugar cit. na nota.

(p) O dote, quando é constituido por doador falto de capacidade para fazê-lo, é nullo, é como se nunca houvesse sido constituido ; quando excede á taxa da lei sem ser insinuado, ou quando é inofficioso na parte que excede á legitima do herdeiro e á terça do testador, é igualmente nullo, é tambem como se nunca tivesse sido feito ; em todos estes casos elle é parte da herança, porque nunca podia ter sahido della : não é dote, e por isso deve augmentar a terça, deve formar o todo de que esta tem de ser deduzida.

Pôde-se vér tambem na nota ao artigo citado da *Consolidação das Leis*, as considerações do Sr. conselheiro Rebouças.

CAPITULO X  
DA AVALIAÇÃO

§ 65

Descriptos pelo cabeça do casal os bens que estavam em poder do defunto ao tempo de sua morte, e pelos coherdeiros dotados aquelles, que trouxerão á collação, segue-se a avaliação de uns e de outros (123).

(123) Avaliar uma cousa é dêterminar o seu justo preço. O justo preço de qualquer cousa não deve determinar-se pela affeição particular de qualquer, mas sim pela verdadeira, geral e commum estimação dos homens: Ord. do liv. 4º, tit. 11, § 4, e tit. 13. Este modo de dêterminar o justo preço das cousas ou de as avaliar, inventado na gloz. da *authent perpetua, Cod. de Sacros. Eccles.*, foi recebido e adoptado por todas as nações cultas, e com elle se conformou a cit. Ord., o Alv. de 30 de Outubro de 1773, o Dec. de 17 de Julho de 1778, e a lei de 20 de Junho de 1774 (a).

(a) Não sendo possivel partilhar-se entre os diversos herdeiros os bens de uma herança, de maneira que a todos caiba igual porção sem se conhecer o valor delles, determinou a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 5º, que se procedesse sempre á avaliação.

Não é esta mais co que a determinação do justo preço das cousas, regulada pela verdadeira, geral e commum estimação dos homens, guardadas as posturas e costumes geraes das terras, e as prescripções da lei: *Secco, Orph. Prat.*, art. 101, e *Val.*, Part., cap. 10, ns. 1 a 6.

Nesta definição o Dr. Secco, pondo em começo as palavras *louvação* (que suprimimos) ou *avaliação*, parece querer indicar que são synonymos; não o são, porém, como o proprio autor depois o reconhece na nota 249: *louvação* é a escolha dos avaliadores feita pelas partes; e a *avaliação* é o acto de darem os avaliadores escolhidos, valor ás cousas que lhe forem apresentadas.

A avaliação, como já o fizemos vér no titulo dos louvados, dever ser feita por homens bons, competentes, praticos e entendidos dos objectos, que têm a avaliar: *Secco, obra cit.*, art. 102; *C. da Rocha*, cap. 3º, § 91 Vej. sobre as avaliações: *Val.*, Part., cap. 10; *Guerr.*, Trat. 1º, cap. 11; *Lcbão*, Exec. por sent., §§ 316 a 349; *Ram. Instit. Orphan.*, §§ 112 a 115, etc.

A Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 5º, mandava que a avaliação nos inventarios fosse feita pelo juiz, escrivão e duas ou tres pessoas juramentadas; o Alv. de 21 de Junho de 1759 mandava que o juiz do inventario nomeasse avaliadores os juizes dos officios; hoje, porém nada disto se observa: os juizes dos officios não existem á vista do disposto no art. 179, § 25, da constituição do Imperio, nem tão pouco existem os avaliadores escolhidos pelas camaras de que tratão a Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 1º, e o Alv. de 25 de Agosto de 1774, (§§ 29 e 3º).

Os avaliadores são actualmente escolhidos pelas partes, que, ou se louvão nelles em audiencia, ou o fazem por uma petição em que o inventariante propõe os seus avaliadores, e os demais interessados concordão nos propostos ou em alguns, ou propõe tambem os seus. O Av. n. 51 de 6 de Fevereiro de 1871 mandou que se mantivesse essa pratica:

Deve o juiz assistir ás avaliações nos inventarios em que forem interessados orphãos? Os alvarás de 2 de Maio de 1731 e de 10 de Outubro de 1754 prohibião aos juizes as diligencias fóra dos auditorios, especificando os Alvs. de 1754 as avaliações ás quaes só permittião a assistencia dos juizes—*quando fór de mais utilidade dos orphãos*—prohibindo em todo o caso e *sob pretexto algum* as diligencias com o fim de fazer partilhas. Estes Alvs. forão incluídos pelo art. 1º da lei de 20 de Outubro de 1823 no numero dos que passavão a vigorar no Brasil. Os novos regimentos de custas de 3 de Março de 1855 e 2 de Setembro de 1874, com força de lei, em virtude de autorisação legislativa (leis n. 604 de 3 de Julho de 1851 e n. 2033 de 1871, art. 29, § 6º) revogárão as disposições prohibitivas dos cit. Alvs., permittindo aos juizes dos orphãos a assistencia das avaliações nos inventarios de orphãos e taxando os emolumentos cobráveis por taes diligencias.—*Arts. 24 a 26 e 34 do Regim. de 1874*, que reproduzio as disposições do de 1855.

Sempre que a fazenda nacional fór interessada, por ter de realizar cobrança de impostos de herança ou de legados, deve ser citado o collecter das rendas provinciaes (ou geraes se a herança fór de ausentes, ou dos ennumerados no Dec. de 15 de Junho de 1869) para propôr tambem um avaliador por parte da fazenda nacional.

Como acima dissemos, os avaliadores devem ser pessoas que tenham conhecimento da geral estimacão ou do valor corrente dos objectos que têm de avaliar, quando, por conseguinte, lhes fór apresentado um ou mais objectos cujo valor elles declarem não poder especificar, por não ter pratica de avalial-os, deverão consultar a pessoas entendidas, e em ultimo caso os interessados louvar se-hão em avaliadores peritos que dêem o justo valor ao dito objecto: *Cod. Civ. Port.*, art. 2093. Vallasco, de Partit., no cap. 10, n. 6, suscita a questão: se os bens da herança devem ser avaliados no estado em que se achavão na época do fallecimento do testador, ou se não em que se acharem ao tempo da avaliação?

A razão de duvidar é que muitas vezes, demorando-se os inventarios longo tempo, acontece que os bens se deteriorão e se achão na época da avaliação muito damnificados.

Quando os co-herdeiros estão de accordo, diz aquelle escriptor, o caso não offerece difficuldade alguma, porquanto elles aceitão os bens taes como se achão; mas quando um delles, vendo o pouco que lhe cabe em legitima, por estarem os bens muito damnificados, e por consequente soffrer o seu quinhão grande reducção em referencia ao que era ao tempo da morte do testador, declarar que foi prejudicado a intentar a acção de inofficiosidade?

A lei 62 D. ad. leg. Falc. dispõe: *Corpora si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est, secundum praesens tempus, nec quid quam corum formali pretio aestimandum esse sciendum est.*

Mas a Lei 6ª, Cod. de inofic. testam. dispõe que, quando se tratar da legitima dos filhos, e se procurar saber se cabe ou não a querella por inofficiosidade, deve avaliar-se as cousas segundo o estado em que estavão no tempo da morte do testador: — *mortis tempore testator reliquit.*

Da differença feita por essas duas leis tirou Vallasco a seguinte illação:

Tandem in hoc questione illa semper placuit distinctio, quod aut agitur de legitima relicta filio, aut excludendam quaerelam inofficiosi, et debet fieri aestimatio rerum secundum tempus mortis patris. Aut agitur de dividendis bonis, quae defunctus reliquit tempore mortis, et debet fieri aestimatio secundum praesens divisionis bonorum, licet possit dici, quod ibi ita contingit; non quod ita lex jubeat fieri. Nec obstat, quod à tempore mortis usque ad tempus divisionis possunt bona augeri vel minui, quia commodum vel damnum, quod provenit sine culpa, pro omnibus haeredibus facit; atque ideo non inconvenit fieri secundum tempus praesens, quia domna et commoda cujusque rei sequantur dominum ipsius, quod si aliquis ex haeredibus post mortem testatoris fecit aliqua melioramenta in rebus solventur illi.

Esta questão nos parece resolvida, já pela Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 5. que manda que os bens sejam avaliados *no tempo que inventario e partilha se fizerem*; já pela disposição do § 9º da lei de 20 de Junho de 1774.

Accresce que hoje a pratica tem solvido semelhante duvida, e os bens são todos avaliados *segundo seu estado e valor actual*, isto é, do tempo da avaliação: *Secco*, Orph. Prat., art. 100; *C. da Rocha*, vol. 1º, § 90. *Vej. art. 253, n. 2, do Cod. do Proc. Civ. Port.*—Devem ser especialmente citados os interessados para as avaliações?

Comquanto a primeira citação sirva para todos os termos, diz *Val.*, cap. 11, ns. 12 a 15, é todavia de estylo avisar os interessados do dia e hora da avaliação.

## § 66

Devem avaliar-se todos os bens descriptos no inventario, seja qual fôr a sua qualidade ou natureza (124).

(124) Os mesmos vinculos, prazos e direitos individuaes, que não podem ser objecto da partilha, devem ser objecto da avaliação, para se poder calcular o seu rendimento, quando tiver de arrematar-se, na fórma da Ord. do liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, § 23; para se poderem tomar as contas dos tutores, na fórma da cit. Ord., § 49, e para se regular o arbitrio dos alimentos, quando se verificarem as circumstancias dos §§ 10 e 15. A opinião contraria é insustentavel e absurda.

Questiona ainda Vallasco, loc. cit., n. 12, se os bens doados ou dados em dote, e que perecerão, devem ser avaliados, para virem á collação? Decide elle a questão nos seguintes termos:

In qua questione dic, quod si bona dotata perierint post mortem patris sinè dolo vel culpa filii vel filioe non debent aestimari, nec secundum tempus præsens, nec secundum tempus dotis, quia ad collationem non pertinent. . . . Si vero res data in dotem perierit post mortem patris, dolo aut culpa ipsius filii, tenebitur filius, quasi non perierit conferre, *ut probatur in l. 2, D de collat. bonor. § de illis à contrarios ensu.* Et est ratio, quia habetur pro possessore, qui dolo aut culpa desiit possidere, et fiet aestimatio secundum tempus dotis juxta superiorem doctrinam. Quod si res datæ in dotem, perierint in vita ipsius patris dotantis sinè dolo vel culpa filii, ad collationem non pertinent, quod satis colligitur tam ex generalitate *tex. in l. cad. mum, C. de collat.*, quam etiam exprædictis: quia si quando sinè dolo et culpa bona pereunt postquam sunt effecta communia e conferibilia non pertinent ad collationem, etc.

Erro nas avaliações é motivo de nullidade do inventario.—*Acc. da Rel. de Porto-Alegre de 17 de Agosto de 1874.*

A sentença que julga nulla a avaliação, sendo interlocutoria com força de definitiva, por conter damno irreparavel, é appellavel.—*Acc. da Rel. da córte de 13 de Fevereiro de 1877 (Dir., 12, 687).*

Convem notar que os avaliadores, quando forem proceder á avaliação devem achar-se juntos, e não fazer um apenas a avaliação e os outros assignarem-n'a ao depois, como abusivamente se pratica em alguns juizes.

Quando o juiz assiste á avaliação deve o escrivão lançar esta nos autos; nos casos, porém, em que a fazem os avaliadores por mandado, junta-se aos autos a avaliação por elles apresentada.



## § 67

A lei determina a maneira por que devem fazer-se algumas avaliações (125): as outras devem regular-se pelo

(125) O valor dos predios rusticos deve calcular-se na importancia dos fructos de vinte annos preteritos, regulando-se o preço dos ditos fructos pelo tempo em que a avaliação se fizer: Alv. de 30 de Outubro de 1773, Dec. de 17 de Julho de 1778, e lei de 20 de Junho de 1774. Estas leis, porém, devem entender-se nos termos habeis, porque se o anno, em que se fizer a avaliação, fôr de summa esterilidade, não deverão pelos rendimentos desse anno calcular-se os vinte annos preteritos, mas sim pelos dos proximos precedentes: *Almeida e Souza*, *Trat. das aval. e dos damn.*, § 18. Ainda que as citadas leis mandão que se deduza sómente a terça parte para as despesas do fabrico e cultura, comtudo haverá casos em que, sem offensa das ditas leis, se deverá deduzir mais alguma cousa, por haver predios que pela sua qualidade ou situação fazem maiores despesas, o que reconhecêrão as instrucções de 18 de Outubro de 1762, que mandão deduzir a metade, e a lei de 9 de Julho de 1773, emquanto diz: « que a diversidade das razões faz com que em umas provincias sejam impraticaveis algumas das regras que em outras se fazem uteis e necessarias » Outras circumstancias deverão tambem ter-se em vista na avaliação dos predios rusticos, por influirem no seu valor, e taes são, por exemplo: o ficarem em grande distancia da povoação; o estarem nas fronteiras do reino, e por isso sujeitos á invasão do inimigo; o estarem proximos a rios, e por isso sujeitos a inundações, *Almeida e Souza*, *cit. loc.*, § 41 e seguintes. Os predios urbanos devem avaliar-se pela importancia de vinte rendas, deduzindo-se uma decima parte, na fórma da lei de 9 de Maio de 1651, para as despesas, e outra decima, que se paga á real fazenda, tendo-se em muita consideração na avaliação destes predios a sua situação, estado,

Não precisa ser ratificada a avaliação de escravos pertencentes a orphãos, quando deverem elles ser vendidos em hasta publica seis annos depois da época da avaliação.—*Accs. da Rel. da côrte de 6 de Setembro e de 14 de Dezembro de 1875, e do Sup. Trib. de Just. de 6 de Junho de 1877 (Dir. 13, 506).*

prudente arbitrio dos respectivos e competentes avaliadores (126).

rendimento, que têm e podem ter, e o serem sujeitos a incendios e ruínas : Alv. de 25 de Agosto de 1774, § 9. Sendo os predios emphyteuticos, computa-se o valor do dominio directo pelos fóros de vinte annos e um laudemio, e o do dominio util no resto que fica, avaliados os ditos predios como livres ; Alv. de 23 de Fevereiro de 1771 e Dec. de 7 de Dezembro de 1772. Sendo o prazo sub-emphyteutico, deve avaliar-se o dominio directo em vinte annos de fóros e um laudemio, o dominio util do emphyteuta principal em vinte annos de pensões : e o resto vem a ser o valor da sub-emphyteusi : *Pereira e Souza*, Proc. Civ., nota 1021. Veja-se a judiciosa dissert. do desembargador *Vicente José Ferreira Cardoso*, e o que tambem judiciosamente escreveu a este respeito, com attenção ás diversas naturezas de prazos, *Almeida e Souza*, cit. loc., §§ 199 até 232. As acções exigiveis devem avaliar-se na sua mesma importancia, segundo se deduz da cit. lei de 20 de Junho de 1774, §§ 17 e 27. Os moveis que têm valor intrinseco, certo e permanente, como são as peças de ouro, prata, diamantes e outras de semelhante qualidade, devem ser avaliados pelos contrastes e ensaiadores, com attenção aos feitos : cit. lei. §§ 8 e 10 (b).

(126) A respeito dos moveis, que não têm valor intrinseco, não podem dar-se regras certas e invariaveis, e por isso os avaliadores devem regular-se pela commum e geral estimacão, inclinando-se sempre ao menor preço : *Pereira e Souza*, Proc. Civ., nota 1021, e *Vallasco*, de Partition, cap. 10, n. 4. O mesmo se deve observar e praticar na avaliación dos semoventes de qualquer qualidade que elles sejam. Os serviços feitos ao soberano, e que estiverem nas circumstancias expostas na nota 100, devem ser avaliados por pessoas praticas e peritas na côrte, que arbitrarão o seu valor, com respeito ao quanto serviços taes costumão remunerar-se, e ao quanto commummente qual-

(b) Vej. *Cod. Civ. Port.*, arts. 2092, e 2094 a 2097, e *Cod. do Proc. Civ.*, art. 253 e seus paragrophas.

O Av. n. 291 de 3 de Outubro de 1855 declarou que onde houver contraste, pôde o juiz mandar que seja elle um dos avaliadores dos objectos de ouro e prata, nos inventarios em que forem interessades orphãos.

## § 68

Discordando os avaliadores, devem os herdeiros louvar-se em um terceiro (127).

quer homem corteção daria por elles se se vendessem: *Almeida e Souza*, *Trat. das avaliaç.*, § 95 (c).

(127) Para a nomeação do terceiro avaliador deve proceder-se da mesma maneira que se procede para a nomeação dos primeiros: *Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 2.º* Este terceiro avaliador tem forçosa obrigação de combinar com um dos discordantes, e não pôde divergir, ainda que entenda em sua consciencia

(c) Adde insuper, quod in isto judicio familiae erciscundæ rerum cæstimatio secundum nimum rigorem fieri non solet nec debet, sed cum quodam moderamine et cæquitate, quia cum invidia regnet maximè inter fratres expedit, ut fiant cum cæquitate et paterna caritate; et hanc consuetudinem et stylum cæstimandi sequi debent cæstimatores officiales, cum sit consuetudo antiqua: *Vallasco, de Partit., cap. 10, n. 4; Paiva e Pona, cap. 1, n. 15.*

E' claro que esta regra observa-se quando os moveis não são de valor intrinseco e que devão ser avaliados pelo peso, etc: *C. da Rocha, § 92; Secco. Orph. Prat., art. 110 e § 1º; Pereira e Souza, nota 1021; Lob., Exec., § 119; Gouv. Pinto, Trat. de Testam., pag. 132, nota 2.*

Contra, porém, o systema aconselhado por Vallasco, de avaliarem-se os moveis antes por preço baixo do que por um mais elevado, protesta um escriptor nos seguintes termos:

Deve ser inteiramente regeitada a opinião daquelles, entre os quaes está Vallasco no cap. 10, n. 4, que esta avaliação não deve ser feita pelo seu justo preço, mas sim pelo valor médio e com a equidade fraternal. A experiencia, mestra de todas as cousas, tem feito conhecer os graves prejuizos e incommodos que se seguem de semelhantes avaliações pois, além da lesão que podem soffrer alguns dos orphãos, segue-se que ainda no estado de maiores elles são lesados; porque a maior parte das vezes, quando estes pretendem vender as suas legitimas, ou alguma parte dellas, não querem os compradores abrir outro preço senão o em que os bens se achão estimados nos inventarios; e, vendendo os o vendedor por necessidade, passados poucos annos, estão os auditorios recheiados de mil questões e pleitos sobre lesões, quando a prudencia do juiz dos orphãos os pôde evitar, fazendo com que se dê a cada um dos bens a verdadeira e real estimação, no que igualmente corre para que os louvados satisfação ao juramento que prestarão.— *Roteiro dos Orphãos, § 77, nota 2.*

## § 69

Deve avaliar-se cada cousa separadamente (128), e não

que ambos elles erráram: cit. Ord. E' menos bem fundada a opinião dos que sustentão que o terceiro avaliador pôde variar, quando os dous discordantes tiverem avaliado menos bem; opinião que toma por fundamento o absurdo que se seguiria, se o terceiro avaliador se visse na necessidade de jurar falso, concordando com uma avaliação que no seu conceito não era justa. Deixará de pensar assim quem reflectir que o terceiro avaliador apenas é chamado para declarar qual dos discordantes avaliou melhor, e de nenhuma sorte para declarar qual delles avaliou bem: *Guerreiro*, *Trat. 1º, liv. 1º, cap. 12, n. 31 (d)*.

(128) E' aqui applicavel o que dissemos na nota 101, e o que

(d) Videamus nunc, si dissentiant isti aestimatores in pretio rerum aestimatorum (ut pé contingit, propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem) quod agendum sit? Et respondet-huic quæstionis. Ulpian, loquendo in arbitris, quod prætor debet eos cogere, si non consentiant, tertiam certam elegere personam, cujus auctoritate pereatur: *Valasco, de Partit., cap. 9, n. 6*.

Apezar de dizer expressamente a Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 2º, que o terceiro avaliador *se acorde com um dos principaes arbitradores, que melhor lhe parecer*, todavia, como o attesta Valasco, loc. cit., n. 7, usque 10, alguns escriptores entendêrão que o terceiro avaliador pôde discordar dos laudos dos dous primeiros, e fundavão-se para isso em que cada um é obrigado a avaliar segundo sua consciencia, e que a Ord. cit., *non jubere hoc præceptive, sed enuntiative*. Semelhante opinião, porém, não tem prevalecido, como o attesta o proprio Valasco, dizendo da opinião contraria: *et ita in arbitris esse magis communem opinionem tenet Ant. Gabriel latissimé, lib. 2, etc.*, e seguindo mais adiante a opinião exharada pelo autor na nota supra, nos termos seguintes: *Sed mihi magis placet præcedens intellectus, quia huic minus refragatur text. d., § 2, dum dispositive ac præceptive loquitur, ut indicat littera. Atque ita plene et clare vult, tertium teneri ad amplectendum votum alterutrius, non autem posseire in diversam ab utraque sententiam, et hoc forsitan ne res in infinitum protrahatur*. — Vide *C. da Rocha, § 91; Paiva e Pona, cap. 1º, n. 18; Secco, art. 102, etc.*

O terceiro avaliador é obrigado a concordar com um dos dous outros. — *Art. 39 do Regul. de 13 de Novembro de 1872; Cod. do Proc. Civ. Port., art. 244, § unico.*

podem os avaliadores nomeados commetter a avaliação a qualquer outra pessoa (129), nem fazê-la na falta de algum delles (130).

### § 70

Tendo de avaliar-se alguns bens que estão fóra do districto do juiz do inventario, deve este deprecar para serem avaliados (131).

diz *Vallasco, de Partition.*, cap. 10, num. 5, e *Guerreiro* *Trat. 1º*, liv. 1º, cap. 11, n. 24 e).

(129) Quando se escolhe a pericia e probidade de certa e determinada pessoa, para praticar qualquer acto, não pôde essa pessoa assim escolhida commettê-lo a qualquer outra, ainda que notoriamente tenha as mesmas qualidades, salvo se os interessados nisso convierem: *Guerreiro*, *Trat. 1º*, liv. 1º, cap. 11, n. 77, e *Ayor, de Partition.*, cap. 3, parte I, n. 6. Se, porém, os louvados nomeados pelos herdeiros, desconfiando de si, quizerem consultar outras pessoas, para darem seus laudos com mais acerto, podem muito bem fazê-lo, e até o devem fazer, porque consultar a qualquer sobre o preço de uma cousa não é commetter-lhe a avaliação della (f).

(130) Morto ou impedido qualquer dos avaliadores, antes da avaliação, deve proceder-se á nomeação de outro, como já dissemos na nota 91 (g).

(131) Na deprecada devem ir exactamente declarados todos

(e) *Paiva e Pona*, cap. 1º, n. 16, ibi: E não avaliar por informação, nem todos juntos, antes cada cousa per si deve ser estimada e carregada com distincção no inventario: *Secco*, art. 106; *Rot. dos Orph.*, § 75, nota a; *C. da Rocha*, §§ 90 e seguintes: *Vallasco*, cap. 10, n. 5.

(f) Quando os avaliadores não estiverem bem certos sobre o valor que tem vulgarmente um objecto qualquer, não sòmente podem, mas até mesmo devem consultar a qualquer pessoa, que esteja no caso de os poder instruir e guiar com acerto. Todos os nossos praxistas que tratarão da materia, e os autores de maior nota, têm seguido e aconselhado este procedimento.

O que se prohibe é que o avaliador dê commissão para o acto da avaliação.

(g) *Cod. do Proc. Civ. Port.*, art. 242.

## § 71

Os avaliadores, convencidos de dolo, respondem pelos prejuizos e incorrem n'outras penas (132).

os bens que hão de avaliar-se, com todas as suas confrontações, e com todas as circumstancias que podem influir no augmento ou diminuição do seu valor. O juiz deprecado, apenas que lhe seja apresentada a dita deprecada, deve pôr-lhe o—cumpra-se — fazêl-a distribuir e mandar proceder immediatamente na avaliação dos bens pelos juizes dos officios a que elles pertencem, na conformidade da lei de 21 de Junho de 1759, e remetter tudo ao juiz deprecante para se ajuntar ao inventario. Se os coherdeiros comparecerem no juizo deprecado, e mostrarem que aquelles avaliadores lhes são suspeitos, deve o juiz admittil-os a louvarem-se n'outros com as formalidades legaes.

(132) Os avaliadores, convencidos de dolo ou suborno, incorrem na pena de pagar por seus bens o duplo dos excessos ou diminuições que dolosamente arbitrarem, e na de seis mezes de prisão e de seis annos de degredo para Angola: Alv. de 14 de Outubro de 1773, Decr. de 17 de Julho de 1778, leis de 20 de Junho e de 25 de Agosto de 1774. O conhecimento criminal em tal caso compete exclusivamente aos corregedores das respectivas comarcas, os quaes, depois da pronuncia, devem prender e remetter os réos, justamente com as culpas, para a relação do districto: cit. lei de 25 de Agosto de 1774, § 31. A prova do dolo ou suborno é de absoluta necessidade para ter lugar este procedimento contra os avaliadores, não bastando a prova de uma avaliação lesiva, que pôde provir da ignorancia, e que os coherdeiros devem imputar a si por se louvarem em pessoas destituidas dos necessarios conhecimentos, ou por não recusarem os que os não tinham (h).

(h) O mister de avaliador não é officio de justiça: *Avs. ns.* 115 de 24 de Abril de 1352, n. 185 de 19 de Outubro de 1354, n. 396 de 31 de Outubro de 1857 e n. 31 de 26 de Janeiro de 1870; as assembleas provinciaes não podem creal-o com esse caracter.—*Av. n.* 193 de 8 de Maio de 1862.

Os juizes dos orphãos não devem nomear avaliadores contra o disposto na lei.—*Av. n.* 195 de 14 de Abril de 1869.

## § 72

Pôde recorrer-se das avaliações, ainda que se tenha concordado nos avaliadores (133).

## CAPITULO XI

## DAS DIVIDAS

## § 73

Avaliados os bens, devem verificar-se as dividas, tanto as activas, como as passivas (134).

(133) Ainda que por direito romano se não podia appellar da decisão dos arbitros, comtudo a lei 32, Dig., de Recept. arbit., que assim o determinava, não foi adoptada entre nós; antes, pelo contrario, a Ord. do liv. 3º, tit. 16, determina, que possa appellar-se de taes decisões, e que não possa validamente renunciar-se em tal caso o direito de appellar. Esta appellação deve interpôr-se dentro de dez dias, como todas as outras, e tem apenas o effeito devolutivo. Além deste recurso pode tambem usar-se de outro, qual o da redução, implorando o nobre officio do juiz, na conformidade da Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 5º e tit. 78, § 2. Neste caso pôde o juiz do inventario determinar que se proceda á outra avaliação, ou reduzir elle mesmo a primeira aos seus justos termos, achando com effeito que não está boa: cit. Ord., § 3 (i).

(134) Umas e outras manda descrever a Ord. do liv. 4º, tit. 83, § 4, e com toda a razão, porque augmentando aquellas, e diminuindo estas, a herança dividenda só depois da sua descrição e verificação se pôde calcular o patrimonio do defunto, que é o fim principal do inventario.

Não podem ser partidores dos bens que avaliárão: *Alv. de 21 de Junho de 1859*; e não podem servir com escrivão, seu cunhado.—*Av. n. 163 de 7 de Julho de 1859*. As penas em que incorrem os avaliadores, além das civis, são as do art. 147 do Cod. Crim.

(i) Vej. *Val., Par.*, cap. 9º, ns. 4º e seguintes.

O recurso hoje admittido contra as avaliações é o da Ord. do liv. 3º, tit. 78, § 2º.—Quando os herdeiros reclamão contra ellas por não haver

## § 74

As activas devem ser verificadas pelos herdeiros (135); as passivas pelos credores (136).

(135) Apenas descriptas as dividas activas pelo cabeça de casal devem notificar-se os devedores para as impugnarem, ou confessarem dentro de certo tempo, com pena de se haverem por confessados. Se com effeito as impugnação, ainda mesmo verbalmente, deve o negocio remetter-se para o conhecimento ordinario; se as não impugnação, ou as confissão, deve o juiz do inventario decretar a condemnação, e neste caso compete aos herdeiros, a quem taes dividas se deitão em legitima, o procedimento executivo contra os devedores confitentes, ou havidos por taes, á revelia. Se, porém, os herdeiros não quizerem a citação, ou notificação dos devedores hereditarios, não pôde nem deve o juiz decretal-a, e ao depois usará cada um dos ditos coherdeiros da acção que lhe competir (a).

(136) Devem os credores da herança, no caso de serem liquidas as dividas, justificar-as perante o juiz do inventario, com citação de todos os coherdeiros e curador. Esta justificação, para ser attendivel, deve ser tal, que não deixe a mais pequena duvida, e que exclua toda a suspeita. A confissão do defunto, ainda sendo feita em testamento solemne, não é prova attendivel: *Guerreiro*, Trat. 1º, liv. 1º, cap. 10, n. 23 e seguintes.

sido guardada a necessaria proporção. deve o juiz mandar proceder a novas avaliações por peritos diversos. — *Alv. de 14 de Outubro de 1733*, § 1º; *Eça e Leiva*, cap. 2º, §§ 81 e seguintes.

Terceira avaliação não se faz; lança-se então mão do recurso da Ord., liv. 3º, tit. 17, § 3º.—*Ram. Inst. Orphan.*

(a) As dividas activas, fazendo parte da herança do defunto, pois representam parte de sua fortuna, devem ser arroladas e partilhadas pelos herdeiros. Em regra deve ser observada a pratica aconselhada pelo autor na nota supra, isto é. devem os herdeiros fazer notificar os devedores para virem confessar ou impugnar as dividas; mas vulgarmente não se observa isto, e, ou se lanção as dividas igualmente seguras aos diversos herdeiros, no caso de serem ellas em numero sufficiente para que a cada herdeiro poss. caber uma ou mais de uma, ou divide-se cada uma das dividas por todos os herdeiros. indo depois cada um delles haver a parte que lhes compete. Vej. *Ram. Inst. Orphan.*, § 116 e nota 823, e *Val.*, Part., cap. 8, n. 12.



Excedendo a divida á quantia da Ord. do liv. 3.º tit. 59, pr., hoje triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814, não se deve admittir a prova de testemunhas, salvo havendo provisão de dispensa. Em caso de duvida, deve o juiz indeferir sempre a pretensão dos credores, remettendo-os para a via ordinaria, tendo em vista o que a este respeito dizem *Peg.*, á Ord. do liv. 1.º, tit. 87, § 4.º, n. 317, *Guerreiro*, Trat. 2.º, liv. 6.º, cap. 10, n. 10, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tom. 1.º, § 334 (b).

Parece-nos, porém, que nem a Ord. do liv. 1.º, tit. 88, nem a do liv. 4.º, tit. 96, impedem que se lance de preferencia a cada herdeiro uma divida inteira, desde que não importe isso em offensa da igualdade dos quinhões; e esta é incontestavelmente a pratica mais equitativa, porquanto a divisão de dividas entre os co-herdeiros importa a maior parte das vezes em perda da mesma di vida, e portanto em prejuizo.

No caso de uma divida avultada convimos em que se use da divisão, mas quando é a divida de pequena monta os herdeiros perdem-n'as vulgarmente; porque, se o devedor é um pouco remisso, não lhes faz conta intentar uma cobrança judicial, cujas despezas podem exceder muito á importancia da divida.

Parece-nos, pois, que, sempre que houverem bastantes dividas para se lançarem por inteiro a cada um dos herdeiros, deve isto fazer-se; e será observada a igualdade recommendada pela lei desde que não houver desigualdade nos quinhões, e que as dividas forem igualmente seguras.

Isto mesmo foi decidido pelo Sup. Trib. de Just. em *Acc. de 24 de Novembro de 1869*; em contrario, porém, está o *Acc.* do mesmo Trib. de 15 de Outubro de 1873, que confirmou os da *Rel. da côrte de 4 de Julho e de 17 de Outubro de 1871*.

Vallasco, no cap. 8.º, n. 12, de *Partit.*, entende que sómente devem ser escriptas no inventario as dividas de que houver um titulo qualquer, porquanto sómente estas estão provadas por documento.

Parece-nos que além destas devem ser tambem escriptas as que forem notoriamente conhecidas, e as que constarem de testamento, ainda que não haja dellas titulo algum, porquanto se os devedores as negarem serão liquidadas pelos meios ordinarios.

(b) Ao juiz dos orphãos compete admittir a justificação das dividas.—*Av. de 13 de Agosto de 1834*. Ao juiz do inventario nas comarcas geraes compete julgal-as, pois não constituem demandas.—*Acc. da Rel. do Ouro-Preto do 1.º de Março de 1878 (Dir., 15—675.)* E' elle o unico competente para apreciar a procedencia dellas.—*Av. n. 70 de 9 de Março de 1872*.

Os credores deverão instruir a petição em que pedirem a justificação de taes dividas com os titulos ou documentos com que as possam provar. Pelo factó de haver um credor justificado a sua divida no in-

## § 75

Só deve dar-se pagamento no inventario ás dividas passivas, em que todos os coherdeiros convierem expressamente (137), demittindo o dominio dos bens que hão de adjudicar-se para o pagamento dos credores (138).

(137) Neste caso ha uma confissão judicial, que ainda nos juizos summarios produz a via executiva: *Moraes*, de Execut., liv. 1º, cap. 4º § 3, n. 37. Este consentimento ou confissão deve ser lançado por termo nos autos, e não produzirá effeito algum se qualquer dos coherdeiros impugnar a divida, porque então deverá o juiz desattendê-la, apezar da confissão de todos os outros, e das provas produzidas pelos credores, pela regra—*Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet.*— A discordancia do curador produz o mesmo effeito, e o curador zeloso deve sempre oppôr-se a que se decida summariamente aquillo que depende de conhecimento ordinario (c).

(138) Não basta a simples confissão das dividas, para se inventario não fica inhibido de intentar para a cobrança della a acção no juizo commum, pois não se dá a prevenção da acção neste caso. — *Acc. da Rel. da côrte de 9 de Dezembro de 1873.*

As dividas de um casal devem ser pagas pelos bens a elle pertencentes, ainda que entre elles hajão bens que a mulher tenha trazido para o casal. — *Accs. da Rel. da côrte de 20 de Novembro de 1866, de 15 de Outubro de 1867 e do Sup. Trib. de Just. de 4 de Março de 1874.*

As dividas, ainda que sejam muito avultadas, se justificão por este modo, e de taes justificações não se paga o imposto de 2 0/0, por não haver nellas sentença, mas um simples mandado de preceito. — *Avs. ns. 175 de 2 de Junho e 212 de 6 de Outubro de 1851.*

O escripto particular reconhecido em testamento é prova bastante, ainda no caso de ser a divida de grande valor. Assim o decidiu o Tribunal da Relação por *accordãos de 19 de Junho e de 16 de Novembro de 1855.*

Para os credores é util fazer justificar assim seus credits, porque podem ser attendidos e pagos na occasião da partilha, evitando despesas e delongas; todavia, se o não quizerem fazer, fica-lhes sempre salvo o direito de cobrar as suas dividas por meio da acção ordinaria. As dividas confessadas em testamento pagão-se pela terça, havendo herdeiros necessarios, e pelo monte não os hãvendo. — *Prov. de 28 de Abril de 1753.*

(c) A sentença que julga a partilha, em que separou-se bens para

dicarem aos credores os bens necessarios para o pagamento dellas : é tambem preciso além disso que todos os coherdeiros convenhão e consintão por um termo nessa adjudicação, porque, para se adjudicarem aos credores em particular bens que estão em commum e no dominio de muitos, é indispensavel que todos demittão de si esse dominio por um modo legal, consentindo especificamente nessa futura adjudicação : *Peg.*, a Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 4, n. 242; *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 6º, cap. 13, n. 16, e Trat. 4º, liv. 5º, cap. 10, n. 34. Neste caso deve pagar-se siza dos bens adjudicados, porque uma tal adjudicação equivale á daccão *in solutum* : *Almeida e Souza*, Trat. das Ac. Sum., § 334. Depois de adjudicados os bens pela fórma sobredita cessão os juros das dividas, porque a adjudicação tambem equivale á solução. Separarem-se os bens para pagamento das dividas sem precederem as sobreditas formalidades, e adjudicarem-se ao cabeça de casal com obrigação de pagar as ditas dividas, ha erro do nosso *Pona*, e deve por isso uma semelhante pratica desterrar-se para sempre do nosso foro : *Almeida e Souza*, cit. loc. (d).

---

pagamento de credores, não autorisa estes a intentarem execução contra o inventariante, mas apenas serve para documento em acção ordinaria.—Acc. da Rel. da cõrte de 12 de Setembro de 1871.

Em contrario decidio a mesma Relaç. por Acc. de 21 de Novembro de 1873. O reconhecimento de divida feito pelos herdeiros no inventario não tem força de confissão judicial para a prova da divida.—*Acc. da Rel. da cõrte de 13 de Maio de 1873 e do Sup. Trib. de Just. de 27 de Setembro de 1876. (Dir. 12—90).*

Veja *Lobão*, Obrig. Recip., nota ao § 695, e *Ram.*, Inst. Orph., § 116 e nota.

As remissões de dividas do casal, feitas pelos herdeiros, pagão imposto de transmissão de propriedade: *Art. 19 do Decr. n. 5581 de 31 de Março de 1874*; cahio, pois, a doutrina dos *Avs. n. 102 de 1850, n. 228 de 1851, n. 19 de 1854, ns. 404 e 405 de 1861 e n. 389 de 1865, etc.*

Esta disposição estende-se ao conjuge, meeiro com a differença que para este deduz-se o imposto da metade do valor dos bens adjudicados.—*Art. cit., § unico.*

(d) As razões expendidas na nota supra, extrahidas do § 333 do 1º vol. das Ac. Sum. de Lobão, são de facto precedentes, e o juiz deve sempre ter em vista a norma alli estabelecida. Quando as dividas estão reconhecidas, e os interessados concordão em que sejam pagas, separa-se do monte a porção de bens necessaria para fazer o pagamento; estes bens vão á praça; se o seu producto exceder o valor das

dividas, pagão-se estas, e o excesso volta para o monte para ser partilhado pelos coherdeiros ; se, porém, na praça não apparecem lançadores para os bens, não são estes adjudicados aos credores, como o pretendem *Secco* na obr. cit., art. 132, e *Menez.*, Juiz. Divis., cap. 2º, § 31, e muito menos com o desconto da quinta parte que se faz nas execuções, mas são taes bens sujeitos á nova avaliação ; e se, indo á praça, o seu producto não fór sufficiente para o pagamento integral dos credores, irãõ estes haver de cada um dos herdeiros a porção necessaria para a completa satisfação das dividas, na proporção do quinhão de cada um ; e na falta de mais bens tem lugar a discussão de preferencia entre os credores : *Av. n. 85 d'è 18 de Fevereiro de 1865 ; art. 2125 do Cod. Civ. Port.* Nunca, porém, se deve entender que taes bens, adjudicados para o pagamento dos credores, entrãõ no dominio destes : isto sómente se dá quando os herdeiros e mais interessados consentem em dar esses bens em pagamento, isto é, quando fazem delles uma doação *in solutum* ; quando são separados do monte mór, para com o producto fazer-se o pagamento das dividas, deverãõ ir á praça e observar-se o que acima dissemos : *P. da Rocha*, vol. 2º, § 489 ; *Alves*. Cons. das leis da Prov., nota 95 e *Cons. das Leis Civ.*, 3ª edic., art. 1151 e nota 11, e *Acc. da Rel. de S. Paulo de 28 de Julho de 1874*, (Dir. 5. 53). *Vej. Cod. Civ. Port.*, art. 2119 e 2120. Apesar de se haver separado bens, podem os credores recusar-se a serem pagos pelo producto de taes bens, e a recebê-los em doação *in solutum* ; neste caso, são remettidos para os meios ordinarios, e por estes deverãõ intentar a cobrança de suas dividas.

O *Av. n. 198 de 7 de Julho de 1870* autorisa a adjudicação dos bens separados para pagamento das dividas aos credores.

*Erit optimum consilium*, diz *Pona*, cap. 3º, n. 24, assignarem-se ao cabeça de casal os bens apartados, pois aliás é á pessoa que deve pagar as dividas a quem podem demandar os credores : *Phæb.*, parte I, *arresto 1º*, etc.

Infelizmente essa pratica tem sido quasi geralmente adoptada.

Tem-se entendido que o cabeça de casal é o mais apto para liquidar a casa, e como tal deve receber os bens assignados ao pagamento dos credores, para por meio delles satisfazer a estes.

Tal pratica, além de bem pouco razoavel, é a melhor protectora de grandes abusos que temos visto nos inventarios.

O inventario judicial é feito justamente para a liquidação do casal ; não é, pois, ao inventariante que incumbe liquidal-o ; o juiz, e não este, deve velar para que os bens assignados ao pagamento dos credores vão á praça ; assim se evita o ficarem os inventariantes com os bens e pagarem em dinheiro aos credores, abuso que pôde importar em nada menos do que em defraudação dos demais herdeiros, se os bens derem em praça mais do que o necessario para o pagamento das dividas.

## § 76

Ainda no caso de se adjudicarem bens para pagamento das dividas, não é arbitrario ao juiz adjudicar aquelles que quizer (139).

## § 77

Devem carregar-se como dividas passivas os alcances liquidos (140).

(139) Devem primeiro adjudicar-se os moveis e semoventes, e só na falta destes é que podem adjudicar-se os de raiz, começando por aquelles que menos proveitosos forem aos orphãos, por ser assim que manda proceder a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 26, quando a alienação dos bens dos orphãos se faz indispensavel. Feita por outro modo a adjudicação, será nulla, como feita por modo diverso daquelle que a lei determina: *Almeida e Souza*, *Trat. das Ac. Sum.*, § 334, na nota (e).

(140) Se a defunta inventariada tivesse sido tutora de seus filhos ou netos, e tivesse ficado alcançada nas contas, deve o alcance liquido carregar-se em dívida a favor daquelles a quem taes alcances pertencem. A sentença de contas é neste caso um titulo legal, já porque manifesta por um modo legitimo a existencia da dívida, já porque produz a via executiva para a cobrança. Ainda, porém, apesar de tudo isto, é necessario que os coherdeiros convenhão, e que se verifique tudo o mais que fica dito na nota antecedente (f).

A separação e adjudicação de bens para pagamento de decima de heranças está sujeita ao imposto de transmissão: *Av. n. 233 de 26 de Outubro de 1853.*

(e) Esta recommendação não deve ser observada tão em absoluto como a faz o autor, e sómente a prudencia do juiz pôde bem regular em tal caso. E' verdade que a Ord. cit., na nota, sómente autorisa a venda de bens de raiz dos orphãos *quando houver tal necessidade; que se não possa escusar* mas entre nós a importancia dos bens de raiz depende muitas vezes das dos semoventes, como as fazendas, dos escravos, e neste caso a venda dos escravos traria quasi a inutilisação do bem de raiz.

(f) Dividas passivas, nos inventarios, são consideradas todas as obrigações da herança a terceiro, mesmo a qualquer dos herdeiros,

## § 78

Ha dividas que, ainda sendo legitimamente verificadas, não devem ser satisfeitas pelos bens do monte, mas sim pelos da meiação devedora (141).

## CAPITULO XII

## DO FUNERAL E BEM DA ALMA

## § 79

Tambem se devem considerar como divida no inventario as despezas do funeral e bem da alma (142).

(141) Taes são: 1º, as dividas contrahidas antes do matrimonio, as quaes não devem ser pagas pela totalidade da herança, mas sim pela meiação do conjuge que as contrahio: Ord. do liv. 4º, tit. 95, § 4º; 2º, as que procedêrão da dissipação ou do jogo, que devem satisfazer-se pela meiação do dissipador ou jogador: *Guerreiro*, Trat. 1º, liv. 1º, cap. 4º, n. 56; 3º, aquellas a que deu causa o delicto, que devem pagar-se pela meiação do delinquente: *Guerreiro*, cit. loc., n. 10; 4º, as do bem da alma e suffragios, de que fallaremos no capitulo seguinte (g).

(142) Estas despezas devem logo legalisar-se com certidões ou documentos attendiveis, e só se devem separar bens para o seu pagamento nos termos da nota 138.

solueis em generos ou dinheiro; sendo taes as rendas, fóros e juros vencidos, os capitaes mutuados, alcances de contas ou administração, promessas de dote, tornas de partilhas e semelhantes outras.—*Secco Orph. Prat.*, art. 123.

(g) Vej. *Consol. das Leis Civ.*, art. 116 e nota 7ª; *Dir. de Fam.*, § 62 e notas, e *Val.*, *Partit.*, cap. 23, ns. 11 e 12.— Sobre a materia deste capitulo, *Cod. Civ. Fr.*, arts. 870 e seguintes. Os coherdeiros contribuem para o pagamento das dividas e encargos da successão, cada um na proporção de seu quinhão: *Art. 870 do Cod. Civ. Fr.* Conferem: Arts. 2115 do *Cod. Civ. Port.* 1027 do *Cod. Civ. Italiano* e 1351 do *Cod. Civ. chileno*. Vej. *Mourlon, Repet. Ecrit.*, vol. 2º, ns. 437 e seguintes; *Démolombe, Cours de Code Napol.*, vol. 17, ns. 8 a 65, *Cattaneo e Borda*, vol. 2º, liv. 3º, tit. 2º, aos arts. 1027 e seguintes do codigo italiano.

## § 80

Chamão-se despezas do funeral aquellas que se fazem antes de sepultado o corpo (143); e despezas do bem da

---

(143) L. 37 Dig., de *Relig. et sumptib. fun.*, Gam., Dec. 308, e *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 6º, cap. 6, n. 68. São portanto despezas do funeral, as que se fazem no toque dos sinos, cêra, confrarias, conducção do cadaver, caixão, habito, cova, acompanhamento de frades e clerigos, e outros semelhantes. Não pertencem, porém, a esta classe as despezas feitas na construcção do tumulo, quando elle é de alguma importancia e diverso daquelles de que se usa no paiz, cit. L. 37, § 1, nem aquellas, que se fazem na translação do cadaver, ainda que o defunto a determinasse, nem finalmente as de méra pompa e apparatus. A despesa de officio de corpo presente tambem se reputa despesa do funeral (a).

---

(a) Tudo aquillo que se gasta com o defunto até estar na sepultura se chama funeral, que vem a ser mortalha, cêra, confrarias, offertas, sepultura, esmolas, officios de corpo presente, e tudo se deve tirar do monte mór e commum dos bens do casal, ex-L. penult. ff. de relig. et sumpt. funer.—PONA, cap. 4º, n. 25.

Tratando de saber o que seião despezas do funeral, para vér quaes as que com esta natureza devem ser tiradas do monte mór, cita *Valasco*, de Partit., cap. 19, n. 46, a L. do D. de relig. et sumpt. funer. em sua integra, e depois accrescenta:

Nos vero in hoc Regno, licet legem non habeamus, quæ hoc definiat, tamem de consuetudine generali distinguimus circè hoc. Nam appellamus funeris impensam, *os gastos de corpo presente*, et sic non solum illa quæ referuntur in dict. leg. de relig. et sumpt. et sic non solum illa quæ pertinent ad funerandum corpus, scilicet vestiaria, id est, a mortalha, et locus in quo defunctus humetur, sarcophagi, vectura cadaveres, et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, necessario consumitur, et ad deferendum corpus ad sepulturam, sed etiam eleemosinæ missarum, et orationum quæ dicuntur eo die, quo corpus sepelietur, et quæ dantur pro sacrificiis missarum, et confraternitatibus, clericis, monachis ferentibus, et comitantibus corpus, quod defertur, et quod datur pro cereis illuminantibus eadem die, et ita tam quæ pertinent ad corpus humandum, quam quæ ad animæ subsidium illo die.

E no n. 49 do mesmo capitulo 19 accrescenta:

alma aquellas que depois disso se seguem nos suffragios (144).

## § 81

As despesas do funeral devem ser pagas pelos bens do

(144) Pertencem a esta classe todas as despesas feitas em esmolas de missas, officios e mais suffragios, ou sejam feitos segundo o uso da respectiva igreja, ou segundo a disposição do defunto. Ainda que o nosso Guerreiro, no Trat. 2º, liv. 6º, cap. 6, n. 80, assenta deverem reputar-se despesas do funeral todas aquellas que piamente se fizerem dentro de trinta dias depois do enterro, comtudo esta opinião é excluída pela obvia significação da palavra — funeral — e refutada por *Vallasco*, de *Partition*, cap. 19, n. 48 (b).

Veruntamen supradicta omnia cum temperamento procedunt, nempe quod sint regulata juxta statum, et conditionem defuncti, atque ejus bona judicis arbitrio, nec detur excessus in sumptibus, ut pœcipit jureconsultus in dict. leg. at si quis D. de relig. et sumpt. funer.

E no n. 50:

Unde si exequutores testamenti immodice et præter consuetudinem patricæ et personæ defuncti in sumiibus funeris expenderit imputandum erit eis.

Questionava-se no antigo direito se as vestes de luto, com que os parentes ou criados acompanhavão o feretro do defunto, devião ser consideradas despesas do funeral?

Alguns autores entenderão que sim, porquanto, dizião elles, taes vestes estão sem duvida alguma comprehendidas nas expressões — *si quo vestiaria*—de que usou a L. cit. do D. de *sumpt. funer.* A celebre lei do Touro na Hespanha assim o dispoz tambem, declarando que taes vestes *son gastos del intierro*; semelhante opinião, porém, não prevaleceu entre nós pelas razões apontadas por Vall. no n. 53 do citado cap. 19 de *Partit.*, e na pratica nunca forão taes vestes pagas pelo monte. Vej. *Ram.*, *Inst. Orph.*, §§ 118 e 119, e *Guerr.* *Quest.* 64.

(b) Os suffragios e legados pios, e profanos, que se satisfazem depois de sepultado o corpo, sahem da terça do que o defunto podia livremente testar: *Pona*, cap. 4º, n. 26.



monte (145) as do bem da alma pela meiação do defunto (146).

(145) Ainda que alguns doutores, referidos por Guerreiro, *Trat. 2º, liv. 6º, cap. 6*, sustentão que a meiação do conjuge que sobrevive, não deve responder pelas dividas do funeral do conjuge defunto, fundando-se: 1º em que a sociedade, qualquer que ella seja, expira pela morte de um dos socios: e 2º em que, assim como se não communicão as dividas contrahidas antes do casamento, tambem não devem communicar-se as contrahidas depois de finda a sociedade conjugal, comtudo a pratica tem adoptado o contrario, já porque na sociedade de todos os bens são communs a todos os socios as despezas que ella motiva, já porque só se presume finda a sociedade conjugal depois de sepultado o conjuge que falleceu primeiro (c).

(146) As despezas do bem da alma, que em outro tempo podião abranger tudo aquillo de que o defunto podia dispôr, não podem exceder hoje o terço da terça, attenta á disposição da lei de 9 de Setembro de 1769, § 6, que, apezar de suspensa pelo decreto de 17 de Julho de 1778, foi comtudo instaurada nesta

(c) Veja-se *Pona*, cap. 4º num. 25. «Funeris expensa, quæ ut, æs alienum, patrimonium diminuit, et ante omnia excommuni acervo, deduci debet.» At in eo, quo jubet dimidiam partem predictæ expensæ factæ infuneri aucendi, et in exequis solvendam esse extertia defuncti non recté judicat, cum totum hoc de communi acervo bonorum deducendum est: *Gama, Dec. 308, n. 1.*

Quando autem fit partitio, expensæ factæ presenti corpore, antequam sepulturæ mandetur, ex communi acervo deducenda sunt: *Mendes*, parte II, cap. 3º do liv. 4º, n. 8.

Com estas duas opiniões concordão Barhosa á Ord. do liv. 1º, tit. 62 § 13, n. 1, e Cardoso. Provão-se as despezas dos funeraes: na cidade do Rio de Janeiro, pelos termos passados nos escriptorios dos funeraes e a que se refere o art. 91 do Decr. n. 2812 de 3 de Agosto de 1861; nos demais lugares, pelas certidões dos respectivos parochos. Vallasco, de *Partition.*, no cap. 19, n. 48, diz: Et prædicta quæ appellamus *gastos de corpo presente*, deducimus de toto corpore hereditatis ante omnia debita et relicta, et istos vocat *Spin. num. 60* sumptus necessarios; reliquas autem impensas pro anima deducimus de tertia, e, ita servatur communiter in praxi. Vej. *Consol. das Leis Civ.*, nota 54 ao art. 1194. As despezas do funeral serão pagas pela herança ainda indivisa, haja ou não herdeiros legitimarios. — *Art. 2116 do Cod. Civ. Port.*

## § 82

Tem preferencia a quaesquer outras dividas as que procedem do funeral (147); não assim as que procedem do bem da alma (148).

## § 83

Ainda que o defunto não disponha cousa alguma a respeito do bem da alma, pôde o parochio respectivo fazer-lhe

---

parte pelo Alv. de 20 de Maio de 1796. Por este modo se obviarão as seducções que um punivel egoismo, pretextado com o titulo de zelo religioso, fazia quotidianamente sobre a ignorancia, em menoscabo do espirito evangelico (d).

(147) Por ser do interesse publico o sepultarem-se os cadaveres. Para estas dividas gozarem do privilegio da preferencia no concurso de outros credores, torna-se necessario que as despezas do funeral fossem modicas e proporcionadas á qualidade, condição e patrimonio do defunto: *Vallasco*, de Partition, cap. 19, n. 39. O Cod. *Freder.*, na parte II, liv. 1º, tit. 2º, art. 2º, § 27, regulou as despezas funeraes, e concedeu a preferencia aos credores dellas (e).

(148) Emquanto ha credores do defunto não têm os parochos direito a exigirem a importancia do bem da alma, que viria em tal caso a ser pago com dinheiro alheio. Só depois de deduzidas todas as dividas se deve calcular o terço da terça, para por elle se satisfazerem os suffragios ou bens da alma, salvo se os herdeiros o mandão fazer, porque neste caso devem pagar toda a sua importancia, ainda que exceda o dito terço da terça (f).

---

(d) O Decr. de 17 de Julho de 1778 suspendeu a lei de 9 de Setembro de 1769 dos §§ 1º até o 3º e suspendeu portanto o § 6º della. O Alv. de 20 de Maio de 1796 instaurou outros §§ da cit. lei, que tambem haviam sido suspensos pelo citado Decr. de 1778, porém não aquelle 6º da lei de 1769.— *Teix. de Freit., Consol. das Leis Civ.*, 3ª edição, nota 42 ao art. 1127.

(e) Vej. *Lobão, Exec. por sent.*, §§ 608 a 611.

(f) A nenhuma das despezas com suffragios por alma do fallecido é obrigada a herança ou a terça della, não tendo sido ordenadas em testamento nos termos do art. 1775.— *Art. 2116 do Cod. Civ. Port.*

o do uso da igreja (149) e haver dos herdeiros a sua importancia pelos meios legaes (150).

### § 84

Pela legitima importancia do bem da alma e suffragios são responsaveis os herdeiros á proporção do seu quinhão hereditario (151).

---

(149) Ainda que em outro tempo se defendeu em juizo, e foi seguida pelos magistrados e pelos tribunaes, a opinião de não poderem os parochos fazer suffragios alguns, nem pedir a sua importancia senão no caso de serem determinadas pelo defunto em testamento solemne, ou de serem encommendados pelos herdeiros, comtudo uma semelhante opinião é excluida pelos Dec. de 30 de Junho de 1790, de 8 de Maio de 1715 e pela lei de 25 de Junho de 1776, § 5 e § 9, que autorisão os usos das igrejas e dioceses, sendo justos e racionaveis, e não excedendo a importancia dos ditos suffragios ao terço da terça.

(150) A importancia do bem da alma, ou elle seja deixado em testamento, ou encommendado pelos herdeiros, ou feito segundo o uso da igreja, não póde ser executivamente demandada, já porque o procedimento executivo não póde admittir-se senão nos casos expressos na lei, já porque, consistindo o pagamento dos officios em offertas de certos e determinados generos, cujo preço precisa liquidar-se, é o procedimento executivo repellido em tal caso pela lei, que o reprova em quantias illiquidas: Ord. do liv. 3º, tit. 86, § 2º, *Moraes*, de Execut., liv. 6º, cap. 6º, n. 9. Devem portanto os parochos recorrer á via ordinaria, quando no inventario se lhes não adjudicarem bens para seu pagamento, com as formalidades que dissemos nas notas 137 e 138.

(151) Se a herança se dividio em partes iguaes, cada coherdeiro responde tambem por uma parte igual das dividas, e por consequencia da importancia do bem da alma, que tambem é divida; e se com effeito se dividio em partes desiguaes, responde cada um *pro-rata*. O legatario da terça, o coherdeiro, que por ella se inteirou do seu dote, na conformidade da nota 117, respondem pela terça parte das dividas: *Almeida e Souza*, Ac. Sum., dissert. 6.ª

## CAPITULO XIII

## DO TESTAMENTO

## § 85

O testamento deve ajuntar-se ao inventario (152).

## § 86

Se o testamento depender de redução à publica-fôrma (153), deve ella fazer-se perante o juiz do inventario (154).

(152) O testamento é uma parte essencial do inventario, por ser na sua conformidade que o juiz deve regular a partilha, relativamente á parte dos bens de que o testador podia livremente dispôr (a).

(153) Ainda que os testamentos cerrados, feitos nos termos da Ord. do liv. 4º, tit. 80, § 1, e os abertos, feitos no livro das notas, na conformidade da cit. Ord., § inicial, não dependem de ser reduzidos á publica-fôrma, não acontece o mesmo aos que são feitos pelo testador ou por qualquer pessoa privada, e que não tem termo de approvação nas costas, nem aquelles que se fazem por palavra ao tempo da morte, pois que tanto uns como outros devem ser reduzidos á publica-fôrma, na conformidade da cit. Ord. §§ 3 e 4 (b).

(154) Ao juiz, a quem compete o inventario, compete tambem por dependencia a redução do testamento. O modo pratico de

(a) O art 41 do Regul de 2 de Outubro de 1851 manda que os testamentos originaes depois, de registrados, sejam guardados no cartorio da provedoria, e emmassados com os do mesmo anno. Ord. do liv. 1º, tit. 62, não mandava archivar os testamentos, como o affirma com justa razão o Dr. Teix. de Freitas na nota 9ª ao art. 1094 de sua *Consolidação das Leis*, e tanto que no § 9º diz aquella Ord. que os *testamenteiros e outras pessoas*, que tiverem carregos de cumprir alguns testamentos, *lhos vão mostrar*, o que faz acreditar que em poder dos testamenteiros é que ficavão os testamentos accresce que a lei de 7 de Janeiro de 1792 mandava entregar ás partes os testamentos depois de registrados. Antes da disposição do Regul. appensavão-se os testamentos originaes aos autos de inventario.

se fazer a redução dos testamentos, que dependem della, é o seguinte. Faz-se requerimento ao juiz, declarando a fórma da disposição, se ella foi verbal, ou ajuntando a propria, se foi feita por escripto; diz-se no requerimento que a dita disposição foi presenciada pelas testemunhas, que logo se nomêa, e accrescenta-se que o testador estava em seu perfeito juizo quando assim dispôz, e que, sem mudar de vontade e sem con-

O Sr. conselheiro Rebouças não concorda com o Sr. Dr. Teix. de Freitas em que seja boa a pratica estabelecida pelo Reg.; não nos parece censuravel tal pratica, antes, pelo contrario, principalmente attendendo á importancia que tem um testamento. ao qual pôde ser muitas vezes necessario recorrer e consultar, acreditamos que em nenhum lugar poderá elle estar melhor do que arrecadado em juizo, aonde, quando menos seja, está livre de desaparecer por qualquer descuido da parte.

(b) Os testamentos cerrados e os feitos em notas não necessitam, para produzirem effeito, que sejam reduzidos á publica-fôrma, e isto porque em qualquer delles intervem o official publico, que porta por fé a veracidade e identidade do testamento; no caso dos testamentos cerrados o tabellião lavra o instrumento de approvação; no caso do testamento feito em notas é o tabellião quem o escreve. Foi attendendo á garantia que offerece nestes dous casos a intervenção do official publico, que a lei não exigio a redução á publica-fôrma dos testamentos dos §§ 1º e inicial, tanto que no caso do testamento aberto da Ord. do liv. 4º, tit. 80, § 3º, é exigida a redução á publica-fôrma unicamente quando tal testamento, não sendo feito por tabellião, não tiver instrumento publico de approvação nas costas.

O testamento nuncupativo, de que trata o § 4º da Ord. cit. necessita ser reduzido á publica-fôrma, porque sem esta redução tal testamento não existe: existem apenas as testemunhas que ouvirão as disposições de ultima vontade feitas pelo testador; mas para que exista o testamento, e para que possam ser cumpridas as disposições do testador, é de absoluta necessidade que as testemunhas venhão a juizo declarar quaes forão essas disposições, para serem ellas reduzidas a escripto, e por ellas se poder fazer obra.

Ha uma questão de grande alcance pratico, e que nos parece merecer ser tratada aqui, qual é a de saber se o testamento feito por qualquer dos modos prescriptos na Ord. liv. 4º, tit. 80, §§ inic. 1º e 3º, sendo nullos por falta de qualquer solemnidade, não pôde valer como nuncupativo, e como tal ser reduzido á publica-fôrma?

A Ord. do liv. 4º, tit. 80 estabeleceu em seus paragraphos, diversos modos de fazer-se um testamento; a cada um desses modos ligou a necessidade de solemnidades especiaes, cujo concurso é essencial para a validade do testamento; ora, desde que o testador escolheu qualquer

valescer da molestia que tinha, falleceu. Pede-se em remate que, citados todos os interessados na herança, proceda na inquirição das testemunhas nomeadas. Inquiridas as ditas testemunhas pelo proprio juiz, que neste caso não deve dar commissão, fazem-se-lhes os autos conclusos. Se todas as testemunhas em numero legal forão conformes, julga a disposição por boa e valjosa; se alguma dellas discordou em cousa

desses modos para fazer por elle o seu testamento, com tal preferencia parece que excluiu os outros modos de testar que lhe facultava a lei.

Accresce que os testamentos feitos segundo as disposições dos §§ inicial, 1º e 3º da Ord. cit., differindo entre si, differem igualmente muito do que é feito na conformidade do § 4.º

Este ultimo modo de testar foi uma verdadeira concessão, que a lei fez em favor das disposições de ultima vontade, e tanto que forão nelle dispensadas muitas das formalidades essenciaes nos outros, e facilitados os meios para que tal testamento possa prevalecer; em compensação, porém, a lei sómente concedeu que podesse alguém testar por tal fórma quando se achasse proximo á morte, e não convalescesse da enfermidade.

Sendo, pois, tão distinctas entre si as diversas maneiras de testar concedidas pela lei, e sendo o testamento nuncupativo unicamente admissivel nos casos excepcionaes de que trata a Ord. do liv. 4º, tit. 8º, § 4º, parece que desde que alguém, escolhendo uma das fórmas de testar, o que importa exclusão das outras, não observou as solemnidades exigidas pela lei, o testamento estará inteiramente nullo, e por elle não se poderá fazer obra, devendo ser considerado como se nunca houvesse existido.

E', porém, incontestavel que a lei protege as disposições de ultima vontade, pois que estas importão na garantia do direito de propriedade que a lei não pôde negar; e se a facultade de testar, no caso da existencia de filhos, reduz-se á da terça parte dos bens do testador, não quer isto dizer que a lei fizesse semelhante restricção por lhe serem odiosos os testamentos e mais sympathicas as successões legitimas, mas, sim, porque o abuso e a fraude, que tudo podem perverter e envenenar, podião fazer da facultade ampla de testar um meio de prejudicar áquelles a quem a natureza, o sangue e a fraqueza dão jús á protecção do testador e á partilha de seus bens.

Attendendo a essa protecção, que o direito concede ás disposições de ultima vontade, foi que os escriptores procurárão salvar da nullidade os testamentos que, tendo sido feitos quando o testador se achava no leito de morte, fossem todavia eivados de defeitos ou faltos de solemnidades que podessem acarretar a nullidade.

O meio por elles imaginado foi fazer valer taes testamentos como nuncupativos.

essencial, declara a dita disposição por nulla. Não pôde reduzir-se á publica-fôrma qualquer testamento com menos de seis testemunhas varões, salvo sendo feito ao tempo da morte e não convalescendo o testador, porque em tal caso tambem, as mulheres são admittidas: cit. Ord., § 4.º Antes da inquirição das testemunhas não se deve dar vista a quem pretender impugnar a redução, porque pôde morrer alguma dellas e resul-

Comquanto a maior parte dos escriptores tenha entendido que qualquer das especies de testamentos, quer os do § inicial, quer os dos §§ 1º e 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 80, possão, no caso de serem nullos por falta de uma das solemnidades exigidas pela lei, valer como nuncupativos, todavia alguns autores, e entre elles Lobão, combaterão tal opinião quanto ao testamento do § 1º, isto é, ao testamento cerrado, admittindo-a unicamente, quanto aos dos §§ inicial e 3º da Ord. citada.

Lobão na dissert. 4ª, inserta no 4º vol. das Not. a Mello, pretende a principio combater a possibilidade da redução dos testamentos á publica-fôrma para valerem como nuncupativos; mas no n. 6, admite que os testamentos dos §§ inic. e 3º possão ser reduzidas, e valerem como nuncupativos quando affectados de alguma nullidade; mas, quanto ao do § 1º, entende aquelle autor que não pôde em caso algum ser reduzido á publica-fôrma.

Fundamentando, porém, esta sua opinião, Lobão cahe em palpavel contradicção.

Depois de ter procurado mostrar no § 7º da dissert. cit. que a natureza do testamento cerrado, ou mystico, repelle a possibilidade da redução de tal testamento a nuncupativo, pois que são estes dous testamentos, por assim dizer, a antithese um do outro, passa no § 8º e seguintes a dar as razões de sua opinião.

A argumentação do illustre pratico é, porém, infeliz, pois que o colloca em completa contradicção com o enunciado do § 6.º

Tendo dito neste paragrapho que os testamentos dos §§ inic. e 3º da Ord. podem ser reduzidos a nuncupativos, pois que elles participão da natureza destes, declara no § 9º que o testamento do § 1º não pôde ser reduzido á publica-fôrma para valer como nuncupativo; porque, havendo a Ord. do liv. 4º, tit. 80 marcado quatro modos de testar, e cada um destes sujeitos a solemnidades especiaes, para que o testamento feito possa ser valido, é essencial que nelle hajão sido observadas as solemnidades exigidas pela lei: como pôde, pois, o testador dispôr por certa fôrma, e fazer-se valer o testamento por outra fôrma diversa? Ou, pergunta elle, cingindo-se a testar em uma das formas, está no arbitrio do testador querer que, não valendo por essa, valha por outra, com que se não conformou?

Este argumento, como se vê, prova demais, porquanto a razão nelle

tar dahi um prejuizo irreparavel. Ainda que *Mel. Freire*, liv. 3<sup>o</sup>, tit. 5, § 5, na nota, diz que póde provar-se o testamento com duas ou tres testemunhas, se tiverem morrido as outras,

apresentada milita tambem em relação aos testamentos dos §§ inicial e 3<sup>o</sup> da Ord.

O argumento deduzido no § 12, do *simile* que Lobão procura tirar da disposição da Ord. do liv. 4<sup>o</sup>, tit. 19, § 1<sup>o</sup>, na qual se diz, que deve entender-se que as partes quizerão contratar por escripto, não sómente quando ellas o declarão expressamente, mas ainda quando se contentão com manifestal-o por algum acto, e que portanto, desde que o testador escolheu a fôrma do testamento cerrado, entende-se que sómente por essa fôrma quiz testar, e não por outra qualquer; tal argumento, não nos parece de força alguma, porquanto falta o *simile* entre a escriptura dos contratos e a dos testamentos.

A quinta razão apresentada no § 14 é tão contradictoria com o § 6<sup>o</sup>, como a dos §§ 9<sup>o</sup> e 10, porquanto se a lei não admittie as metamorphoses dos testamentos do § 1<sup>o</sup> da Ord. em nuncupativos, tambem não póde admittir que os dos §§ inic. e 3<sup>o</sup> se metamorphosêem.

Contra a opinião discorrêrão muitos autores, e entre elles Cordeiro, na duvida 1<sup>a</sup>, ns. 2, 3 e 4, e Pinheiro, disp. 2<sup>a</sup>, secç. 6<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, n. 157.

Convem, porém, notar que os escriptores, que sustentão, com os dous acima citados, a opinião contraria á de Lobão, exigem todavia duas condições para que a sua opinião prevaleça: a 1<sup>a</sup> é que o testamento *cerrado* tenha as condições necessarias para o nuncupativo; a 2<sup>a</sup> é que o testador, fazendo o seu testamento por aquella fôrma, não hovesse declarado que queria que o seu testamento fosse *cerrado*, com exclusão de qualquer outra fôrma de testamentos.

E' assim que, diz Cordeiro no lugar citado :

Tradunt itaque communiter DD. quod quando scriptura testamenti habet defectum institutionis heredis, vel subscriptionis ipsius testatoris, vel aliquorum testium, vel alium similem, ex quo sit nullum testamentum, attenta forma Ord., liv. 4<sup>o</sup>, tit. 80 ut tenent DD.

Potest nihilominus valere testamentum tanquam nuncupativum, si habeat requisita necessaria testamenti nuncupativi. Vide Gabr. Pereira, Dec. 51, n. 7; Pinh., Part. I. disp. 2<sup>a</sup>, secç. 6<sup>a</sup>, n. 157.

Limitatur predicta sententia in casu quo testator se restrinxit ad testandum in scriptis; quia tunc sit scriptura de substantia testamenti.

Quando autem testator dicatur se restrinxisse ad testandum in scriptis, alii probant ex eo, quod testamentum fecisset coram notario, et servata forma testamenti in scriptis, unde bene censetur in scriptis voluisse testari.

Pinheiro, na disp. 2<sup>a</sup>, secç. 6<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, n. 157, expressa-se de seguinte modo :



comtudo eu assento que elle deve entender-se do caso da Ord. do liv. 3º, tit. 60, § 6, isto é, quando se trata de provar a

Secunda difficultas est, utrum quando testator elegit formam testandi in scriptis, et secundum eam testamentum fuit nullum ob defectum alicujus solemnitatis, valeat saltem ut nuncupativum, si réperiatur factum cum solemnitate sufficiente ad testamentum nuncupativum ?

Respondetur, si testator se non restrinxit ad formam testamenti in scriptis, seu clausi, valere tale testamentum ut nuncupativum; secus autem, si se ad prædictam formam restrinxit.

Ratio prioris partis est, quia quando quis testatur, censetur in dubio velle suam dispositionem valere omni meliõri modo quo potest, L. 3, D. de milit. test.

Item quia dispositio testatoris intelligi debet, ut comprehendat casum, de quo si fuisset interrogatus, respondisse se ita velle disponere; satis aut per se constat, quod quando testator se non restrinxit ad formam testandi in scriptis; si interrogaretur an vellet ut suum testamentum valeret, saltem ut nuncupativum, responsurus esset affirmative. Ex quibus fundamentis constat, traditam resolutionem procedere, etiam si in testamento non dicat testator, quod vult ut valeat omni meliõri modo quo potest: licet quando talis clausula ad hiberetur, citra omnem dubitationem procederet.

Concordando Cordeiro e Pinheiro em que podem ser reduzidos e valer como nuncupativos os testamentos feitos segundo o § 1º da Ord. do liv. 4º, tit. 80, desde que elle apresente as condições necessarias para um testamento nuncupativo, segue-se que sómente poderá tal testamento ser reduzido a nuncupativo quando concorrerem as tres condições:

Primeira, ter sido feito á hora da morte do testador, e não ter este convalescido da enfermidade;

Segunda, ter sido feito perante seis testemunhas;

Terceira, não se ter o testador restringido á fõrma do testamento cerrado. Benedicto Egydio, citado em Lobão, admite a reduccão neste caso, mas unicamente havendo o concurso das condições acima numeradas, as quaes elle julga indispensaveis.

Apezar das expressões que empregou no lugar supra citado, Cordeiro procurou combater a opinião de Egydio, e mostrar que, para o testamento do § 1º valer como nuncupativo, não ha necessidade de ter sido feito pelo testador á hora da morte, mas que ainda no caso de ter sido fe'º em vida pôde ser reduzido.

Para provar esta opinião estriba se Cordeiro em diversos argumentos, dos quaes nos parecem de maior força os seguintes:

Nos ns. 19 a 22 argumenta o citado escriptor, dizendo que o caso de reduzir-se á publica-fõrma um testamento de § 1º da Ord., para

existencia e theor do testamento que se reduzio, e que depois de reduzido se desencaminhou, e não do caso em que se trata

fazê-lo valer como nuncupativo, é imprevisto pela nossa lei, e sendo a lei romana a primeira subsidiaria, nos casos em que a nossa é omissa, deve-se por ella regular a materia; ora, pelo direito romano, não sómente se podia testar nuncupativamente *in extremis*, como ainda em estado de saude; portanto, se o testamento *cerrado* houver sido feito no estado de saude, com as solemnidades do testamento nuncupativo, pôde como tal valer, por isso que por aquelle direito podia valer o testamento nuncupativo feito em estado de saude.

Esta argumentação, como o faz vêr Lobão no § 23 da dissert. cit., é de nenhuma procedência, porquanto, se é omisso na nossa lei o caso de redução de um testamento *cerrado* a *nuncupativo*, não é nem sequer duvidoso quo o testamento nuncupativo sómente pôde ser feito entre nós á hora da morte; as expressões *ao tempo de sua morte e porém convalescendo o testador da dita doença, o tal testamento será nullo e de nenhum effeito*, de que usa a Ord. no § 4º, nenhuma duvida deixão de que sómente na época da morte pôde ser feito entre nós o testamento nuncupativo; e se para valer como tal é preciso que o testamento *cerrado* seja feito com as solemnidades do nuncupativo, é claro que deve tambem ser feito á hora da morte.

O segundo argumento de Cordeiro é o por elle empregado nos ns. 23, 24 e 25 da *duvida* acima citada, e vem a ser: que a Ord. do liv. 4º, tit. 80, tratou no § 4º unicamente da fôrma do testamento nuncupativo mais vulgar, qual é o feito á hora da morte, mas não excluio os que se fazem em estado de saude. A resposta dada por Lobão no § 24 da diss. citada nos parece cabal.

A Ord. estabeleceu fôrmas de testamentos para o estado de saude e revestio-as de solemnidades especiaes, e, como uma concessão, estabeleceu o testamento do § 4º, para a hora da morte, declarando positivamente que, sómente fallecendo o testador, poderá tal testamento ter vigor: como usar, pois, em estado de saude de uma fôrma de testar que a lei estabeleceu unicamente para a hora da morte?

As demais razões apresentadas por Cordeiro nenhum alcance têm, e mesmo quando elle pretende refutar a opinião de B. Egdio limita-se a repetir os mesmos argumentos, por sua natureza improcedentes e insustentaveis.

Quanto á segunda condição exigida pelos AA., para se poder effectuar a redução do testamento *cerrado* a *nuncupativo*, isto é, o haver aquelle sido feito perante seis testemunhas, nenhuma duvida se suscita.

Quanto á terceira, isto é, que o testadar, tendo escolhido para testar a fôrma do § 1º da Ord., não se houvesse restringido a essa fôrma, excluindo as outras; parece-nos que a este caso é que têm

da redução, porque a uma tal opinião parece resistir a cit. Ord. do liv. 4º, tit. 80, §§ 3º e 4.º Da sentença que julga a applicação a regra inserta na L. 3ª de *testam. milit.*, e repetida por Pinheiro, quando diz: *quando quis testatur, censetur in dubio velle suam dispositionem valere omni meliõri modo, quo potest.*

E na verdade, se o testador se restringio á fõrma do testamento cerrado, foi na supposiçõ de que o testamento por elle feito fosse valido, e não porque, obedecendo a um capricho absurdo, quizesse manter a fõrma de testar por elle escolhida, ainda em detrimento de suas disposições de ultima vontade, o que teria lugar se se sustentasse que não podia tal testamento ser reduzido á publica-fõrma e valer como nuncupativo, desde que o testador o houvesse escolhido com exclusão de qualquer outra fõrma de testar.

Apezar do grande numero de escriptores que entendem ser-possivel a reduçõ do testamento cerrado a nuncupativo, desde que tenha elle sido feito com as solemnidades do § 4º da Ord. do liv. 4º, tit. 80, parece-nos, não pelas contradictorias razões apresentadas por Lobão desde o § 8 ao § 17 da diss. 3ª, do vol. 4º, das Not. a Mello, mas pelo que elle tentou expender no § 7º, que tal reduçõ é impossivel, porquanto é repellida pela natureza dos dous testamentos, cujas fõrmas são inconciliaveis.

E senão, vejamos.

E' da essencia do testamento cerrado que as testemunhas, e o proprio tabellião que lavra o termo de approvaçõ, ignorem absolutamente as disposições do testador; é da essencia do testamento nuncupativo que as testemunhas ouçam bem as disposições do testador, pois, pelos depoimentos que ellas prestarem em juizo, é que se ha de organizar o testamento: como é, portanto, possivel que em caso algum o testamento cerrado possa ter a solemnidade da audiçõ das disposições pelas testemunhas?

No testamento de notas, é no do § 3º da Ord., sim, porquanto no primeiro o testador dita perante ellas as suas disposições ao tabellião; no segundo o testador, ou a pessoa privada que escreve o testamento, é obrigada a lê-lo perante as testemunhas: mas no testamento do § 1º?

E' de tanta força esta consideraçõ, que os autores, que sustentãrão a reduçõ do testamento cerrado a nuncupativo, não conseguirão destruil-a: contentãrão-se com illudil-a.

E' assim que Cordeiro, procurando mostrar como se ha de reduzir tal testamento, a nuncupativo diz que as testemunhas se limitarãõ a reconhecer os seus signaes e a authenticidade do testamento, e deporãõ que, com effeito, é aquelle o testamento que o testador entregara ao tabellião, declarando ser o seu, e que o tinha por bom, firma e valioso; é este tambem o modo pratico que Lobão acha possivel e aconselha como o unico a seguir-se na cit. dissert., §§ 58 a 64.

disposição por boa e valiosa compete o recurso de embargos

Tal testamento, porém, parece-nos que seria, como o diz Huberus, citado em Lobão no § 17, um *testamento monstruoso*: dir-se-ha porventura, que, depondo as testemunhas ser aquelle o testamento que virão o testador entregar ao tabellião, dizendo ser o seu, e que o tinha por bom, firme e valioso, estará assim preenchida a solemnidade da audição das disposições testamentarias, condição essencial para a existencia do testamento nuncupativo?

Não, por certo.

Nem se diga que a prova da authenticidade do testamento, e o reconhecimento dos signaes das testemunhas, unicas solemnidades possiveis neste caso, visto repellir a natureza do testamento *cerrado* que se conheço as suas disposições, bastão para organizar-se o testamento nuncupativo, que deve substituir ao cerrado que se acha nullo, porquanto para a formação do testamento nuncupativo de nada vale a prova da authenticidade de outro testamento, o que se exige é que as testemunhas deponhão sobre as disposições feitas pelo testador: só assim se pôde fazer um testamento nuncupativo. Acresce, que o facto de reduzir-se a nuncupativo um testamento cerrado indica claramente que este desapparece, e que em seu lugar fica aquelle: ora, como ha de o testamento nuncupativo substituir validamente o cerrado, que é nullo, se a esse testamento nuncupativo tambem falta uma solemnidade, o que o torna tambem nullo? E que vantagem pôde haver em substituir-se um testamento nullo por outro que tambem o é?

E' mais juridico o dizer-se que a natureza do testamento cerrado, não se podendo de fórma alguma combinar com a do nuncupativo, quando aquelle é nullo, não se pôde publicar como nuncupativo e deve caducar: se o testador deseja salvar as suas disposições, e quer que ellas sejam observadas, o unico recurso que tem é reunir ao testamento cerrado a *clausula codicillar*, e então as disposições feitas no testamento nullo prevalecerão, porque este poderá ser cumprido como codicillo.

E' esta a unica opinião que nos parece sustentavel em face da Ord. do liv. 4º, tit. 80, e do nosso systema de direito.

Estas difficuldades, que vemos surgir quando se trata da redução do testamento cerrado á publica-fórma para valer como nuncupativo, não existem em relação aos testamentos dos §§ inic. e 3º da Ord. cit.

Nestes as testemunhas têm necessariamente de ouvir as disposições do testador, quer dictadas ao tabellião (no caso do § inic.), quer lidas depois de escripto o testamento (no caso do § 3º); portanto, desde que qualquer destes testamentos fór feito pelo testador á hora da morte e perante seis testemunhas, se estiver viciado por alguma nullidade, poderá ser reduzido á publica-fórma, e valerá, como nuncupativo.

ou de appellação ; mas esta não tem effeito suspensivo, e sem

Antes de concluir esta nota devemos referir um argumento em favor da opinião contraria á que sustentamos, relativamente á redução do testamento cerrado a nuncupativo, argumento esse que tem alguma importancia por basear-se em uma opinião de Mello Freire. cujos pareceres acatamos com o respeito devido a tão eminente mestre.

Entendeu este illustre jurisconsulto que o facto de haver a Ord. do liv. 4º, tit. 8º, § 4º, concedido que nos testamentos nuncupativos servissem como testemunhas as mulheres, quando fôr feito o testamento á hora da morte, autorisa a opinião de que a lei quiz dar entender que a presença de taes testemunhas sómente é permittida quando o testamento nuncupativo fôr feito á hora da morte, e que não quiz prohibir que se fizessem testamentos nuncupativos em estado de saude, mas sim, que neste ultimo caso, não podião entrar mulheres no numero das testemunhas, as quaes devião ser todas varões ; ora, a prevalecer esta opinião, e podendo ser feitos testamentos nuncupativos em estado de saude, seguir-se-ha que poderãõ ser reduzidos á publicafôrma e valerem como nuncupativos, não sómente os testamentos dos §§ inic. e 3º, feitos á hora da morte, como os que forem feitos em tempo de saude, opinião aliás combatida pela quasi generalidade dos escriptores.

Apezar, porém, de apadrinhado por tão grande mestre, a opinião de Mello Freire nos parece insustentavel, e isto pelas razões expostas no decurso desta nota, e sobre alguma das quaes não duvidamos insistir para maior clareza.

Em primeiro lugar, como o faz notar Lobão no § 9 da diss. supra cit., a Ord. do liv. 4º, tit. 8º, estabeleceu tres modos de testar no estado de saude, e, permittindo que tambem se podesse testar nuncupativamente na fôrma do § 4º, declarou positiva e expressamente que esta fôrma de testar era restrictamente concedida quando o testador se achasse *á hora da morte*: como, pois, se poderá entender, sem ferir gravemente a disposição da lei, que tal fôrma de testar se pôde tambem empregar no estado de saude? E' abusiva a pratica de reputarem-se testamentos nuncupativos e reduzirem-se disposições escriptas por fallecidos, e ás vezes escriptas muito antes dos fallecimentos: *Consol. das Leis Civis, 3ª edicç., nota 30 ao art. 1062.*

Em segundo lugar, a permissão para ser o testamento do § 4º testemunhado por mulheres, é uma concessão especial da lei, que a fez em attenção ao estado do testador e á difficuldade que poderia haver em encontrar seis testemunhas varões.

Em terceiro lugar, finalmente, se a ordenação citada declarou no § 4º que o testamento nuncupativo *será nullo e de nenhum effeito se o testador convalescer da doença de que receiava morrer*, como se poderá sustentar que tal testamento se possa fazer estando o testador no gozo de saude?

embargo della se deve a dita disposição attender na partilha (c).

Esta razão nos parece decisiva :

O testamento nuncupativo é valido se o testador fallecer da mesma enfermidade durante a qual o fez. As expressões — *ao tempo da morte* — de que usa o § final da Ord. do liv. 4º, tit. 80, não se referem á ultima agonia, por faltar ao agonizante o juizo são e o animo de testar, condições indispensaveis de ultima vontade : *Acc. da Rel. do Ouro Preto de 24 de Abril de 1877 (Dir. 13, 330).*

(c) Não perante o juiz do inventario, mas perante o da provedoria, deve sempre correr o processo de redução do testamento nuncupativo á publica-fôrma, *Lei de 3 de Novembro de 1830 e Av. n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848*; apesar de accreditarem alguns, ainda depois do art. 83 do Decr. n. 4824 de 1871, que a competencia dos juizes communs está subsistente : *Perd. Malh., Man. do Proc. dos Feitos, § 646, n. 1, nota 1339; Alves, Consol. das Leis da Proved., § 79, nota 22.*

Nas comarcas geraes os julgamentos de taes reduções competem aos juizes de direito, não aos municipaes : *Dir., vol. 5º, pag. 99, e vol. 6º, pag. 268.*

Quando o testamento feito em livro de notas tiver de ser reduzido á publica-fôrma para vigorar como nuncupativo, ou os dos §§ 3º e 4º á publica forma, a falta de uma testemunha que assignou o testamento, e que ouviu as disposições do testador, prejudica a redução ?

Como se vê não tratamos aqui da redução do testamento cerrado a nuncupativo, porque entendemos que tal redução não é possivel.

Dividamos a questão, e tratemos em prim iro lugar de verificar se quando se procurar reduzir a nuncupativo um testamento feito em notas, que esteja viciado por alguma nullidade, a falta de uma das testemunhas prejudica a redução ?

Alguns autores, entre os quaes Pinheiro de *Testamentis*, disp. 2ª, secç. 6ª, § 2º, n. 163, entendêrão que a falta de uma das testemunhas que assistirão á factura do testamento de notas, e que ouvirão portanto o testador dictar as suas disposições ao tabellião, não prejudica a redução de tal testamento a nuncupativo, porquanto, dizem elles, existindo neste caso a escriptura lavrada pelo tabellião, official publico que dá com a fé que merece garantia aos actos que pratica, é uma prova bastante da veracidade das disposições do testador, veracidade que de nenhuma fôrma fica abalada com a falta do depoimento de uma testemunha.

Esta argumentação não nos parece em nada procedente, mórmente desde que se attender a que basêa-se ella em evidente confusão.

Pinheiro parece entender que a escriptura do testamento, lavrada pelo tabellião no livro de notas, vigora, estando nullo o testamento, e

discorre como se se tratasse de reduzir o testamento á publica-fôrma, (como no caso do § 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 80), para ter elle validade.

O engano é manifesto.

O testamento feito em notas está no caso vertente nullo por falta de alguma solemnidade, e, como tal nullidade affecta todo o testamento, nulla está tambem a escriptura lavrada pelo tabellião, a qual de nada serve, pois que nada pôde provar em favor do testamento, como a parte de um todo nullo nada pôde provar em favor desse mesmo todo. Não se trata de publicar em juizo o testamento de notas, que está nullo: trata-se de aproveitar os depoimentos das seis testemunhas que ouvirão o testador á hora da morte dictar as suas disposições, para com esses depoimentos formar-se um testamento nuncupativo; ora, sendo assim, é incontestavel que a falta de uma das testemunhas prejudica á reduçção; porquanto, como o ensinão todos os escriptores, para que o testamento do § inicial, ou qualquer outro, nullo por falta de alguma solemnidade, possa ser reduzido a nuncupativo, é preciso que tenha as solemnidades essenciaes ao testamento nuncupativo; mas para que este exista, e possa ser reduzido á publica-fôrma, é indispensavel que venhão depór em juizo as seis testemunhas que ouvirão as disposições do testador; por consequente, não pôde ser o testamento do § inic. da Ord. reduzido a nuncupativo quando faltar o depoimento de uma das seis testemunhas, que a lei exige nos testamentos nuncupativos.

Assim se pôde ver em Lobão, diss. 3ª do 4º, volume das Not. a Mel., § 46, aonde, com grande apparatus de escriptores, o demonstra á toda a evidencia.

Para solver a mesma questão em relação ao testamento do § 3º da Ord., distinguiremos (como o fez Lobão no § 50 da sua diss. 3ª já citada) o caso de ter-se de reduzir o testamento á publica-fôrma, do de reduzi-lo á nuncupativo, para fazer vigorar as suas disposições, quando tenha sido preterida alguma solemnidade essencial.

Quanto ao primeiro caso:

Alguns autores de grande nota, e entre elles M. Freire, liv. 3º, tit. 5º, § 16, na nota aonde cita Strychio e Bohemero, e C. da Rocha na nota ao § 681, entendem que a falta de uma das testemunhas, que exige o § 3º da Ord. citada, não impede que o testamento aberto privado seja reduzido á publica-fôrma, e fundão-se em que os que sustentão a opinião contraria, basêão se na confusão que fazem deste testamento com o do § 4º da Ord.

Na verdade, Portugal, de *Donationibus*, no cap. 16, diz que ha tres especies de testamentos *nuncupativos*: os dos §§ inicial, 3º e 4º, da Ord. do liv. 4º, tit. 80, considerando assim o testamento aberto privado como nuncupativo; Lobão, no § 53 do diss. cit., diz que tal testamento não é *escripto*, e fraternisa mais com o nuncupativo; ora, argumentão os escriptores, no testamento nuncupativo é incontestavel a necessidade dos depoimentos de todas as testemunhas, porque elles

são da substancia do testamento: mas no testamento do § 3º assim não acontece: os depoimentos das testemunhas servem ahi apenas para a prova, porquanto o testamento está escripto, e as testemunhas vêm apenas attestar a veracidade e authenticidade das disposições escriptas.

Accresce, diz C. da Rocha no lugar citado, *que, dizendo a Ord. que nesta disposição o testador ou escriptor do testamento seja tido no lugar do tabellião, dá lugar a entender que o acto ficou authentico e concluido, e que a redução tem por fim, antes a verificação ou prova do que a fórma d'elle.*

Esta opinião, embora protegida por autoridades respeitaveis, todavia não nos parece aceitavel.

Da supposta confusão que fazem os escriptores nada se pôde concluir, porquanto, se Portugal e Phebo incluem os testamentos dos §§ inic. e 3º no numero dos nuncupativos, não é porque tão abalisados escriptores desconheção a differença que existe entre as solemnidades e natureza de uns e outros testamentos, mas porque, dizendo Gaio que *nuncupare est palam nominare*, e definindo Vicat. Vocabul. utriusque juris, verb. nuncupatio: *Nuncupare hoc loco est nominare... lingua et verbis hæredem pronuntiare... hæredis nomen dicere... hæredem voce sua manifestare, etc.*, e attendendo a que, nos testamentos feitos segundo o § inicial da Ord. cit., o testador dicta em alta voz ao tabellião as suas disposições, e que nos testamentos do § 3º as disposições do testador, depois de escriptas, são lidas perante as testemunhas, entendêrão que em ambas estas especies de testamentos ha como que uma *nuncupatio*, e chamarão nuncupativos a taes testamentos.

Quanto ao argumento que C. da Rocha pretende tirar do facto de se dizer no § 3º da Ord. que o testador, ou a pessoa que escreve, fica em lugar do tabellião, o que parece mostrar que o acto fica authenticado, e que as testemunhas antes veem depôr para a prova do que para a forma do testamento, não nos parece procedente: em primeiro lugar, porque o mesmo § 3º declara que a pessoa que escreve servirá de sexta testemunha, e pelo facto de dizer que ella estará em lugar do tabellião não quer isto dizer que lhe dá a fé que só tem o tabellião, que é official publico; accresce que ninguem contesta que estas testemunhas veem unicamente depôr para prova da authenticidade, e não sobre a substancia do testamento, o que sómente se dá no caso do testamento do § 4º; mas o que se diz é que, mesmo vindo depôr para a prova do testamento, não pôde ser dispensado o depoimento de qualquer dellas, antes a falta deste depoimento prejudica a redução.

Proxada assim a pouca procedencia da argumentação de C. da Rocha, vejamos se á opinião contraria não assistem argumentos de maior força.

A generalidade dos escriptores têm seguido a opinião de que a falta de qualquer das testemunhas exigidas no § 3º da Ord. do liv. 4º



tit. 80, prejudica e impede a redução do testamento aberto privado á publica-fôrma.

E' assim que Pinh., de Testam., disp. 2ª, sec. 6ª, § 2º, n. 164, diz ?

*E' contra vero quando testamentum ita est factum, ut publicatione indigeat, omninó curruít, si quando aperiendum, vel publicandum erat, testes sint demortui, aut alias sisti, et examinari in iudicio non possint: satisque erit vel unum testem necessarium esse demortuum, ut testamentum claudicet, et maneat ineptum.*

Cordeiro na Dubit. 4ª, n. 30, assim se exprime :

*Majór dubitatio versatur circa casum, in quo testamentum factum fuit in forma Ord., tit. 80, § 3º, cum testibus, qui sunt certi, et specífici, et tanquam tales signaruunt in testamento: an scilicet, si duo vel plures mortui sint, quo casu corruiit testamentum, et publicari nequit.*

*Si testes legitime non fuerint interrogati, corruiit testamentum,* diz Port., de Donat., cap. 16, n. 12.

Phebo na decisão 75, ns. 5, 6 e 7, tratando de uma questão que se suscitou a proposito de um testamento aberto privado, que dizia-se não poder ser publicado por haverem fallecido, depois da morte do testador, e antes da redução do dito testamento, duas das testemunhas que o haviam assignado, foi decidido que, marcando a Ord. do liv. 4º, tit. 80, § 3º, certas solemnidades desde que uma destas desaparece, annulla-se o testamento; nos ns. 5, 6 e 7 accrescenta Phebo :

*Plane in hoc testamento duæ principales solemnitates non interverunt, et prima, quia lectum non fuit coram testibus, ut requirit dicta Ordinatio, et tradit Gama, dec. 245, et in testamento nuncupativo semper requisitur, quod legatur coram testibus.*

*Secundo, quia post mortem testatoris ante publicationem duo testes qui aderant tempore confecti testamenti jam erant mortui, vel aliquis eorum, corruiit testamentum, in hoc primo dubio sic decisum fuit in Supremo Senatu, quod testamentum annullaretur.*

*Quæ sententia confirmari etiam poterit ex eo, quia publicatio testamenti fieri debet præsentibus testibus in eo contentis, quia totus valor, et substantia pendet á dictis testium in tali testamento sic nuncupato, et non hoc requiritur pro sola probatione. Unus si duo, vel aliqui testes designati in tali testamento scripto manu privata, mortui sunt ante publicationem, corruiit testamentum, etc.*

Tratando de mostrar quaes as solemnidades que deve ter um testamento feito segundo o § 3º da Ord. cit., para que possa ser reduzido á publica-fôrma, diz Fragozo, citado em Lobão :

1º, *debent intervenire sex testes insimul, cum testatore, quando ipsum scripsit per se, vel personam privatam: idem requiritur;* 2º, *quod testes subscribant in eodem testamento;* 3º, *quod legatur testamentum coram eisdem;* 4º, *quod testes sint omni exceptione maiores, etc.*

Egydio, igualmente citado em Lobão, na lei 1ª Cod. de Sacross. Eccles., p. 4 inít., n. 9, diz:

*Testamentum ergo de quo in § 3º... cum post mortem testatoris coram iudice publicari debeat, periculum est ne corruiat, si forte testes interim moriantur.*

Vé-se que a opinião contraria á de M. Freire é igualmente apadrinhada por escriptores de grande vulto; parece-nos que tambem em favor della militão as melhores razões.

A natureza do testamento do § 3º é incontestavelmente diversa da do § 4º; os depoimentos das testemunhas são exigidos no primeiro caso para a prova, no segundo para por elle organizar-se o testamento; o que nos parece, porem, é que, no caso do testamento aberto privado, comquanto as testemunhas deponhão unicamente para a prova, não se pôde todavia dispensar uma só dessas testemunhas.

E a razão é obvia.

A lei designou para a prova desses testamentos seis testemunhas, incluindo a pessoa que escreve o testamento; a primeira consequencia a tirar-se é, portanto, que taes testamentos só podem ser provados com seis testemunhas; a falta de uma dellas, que, ou por ter fallecido, ou por qualquer outra razão, deixa de depôr, torna incompleto o numero de testemunhas que a lei entendeu dever exigir para a prova neste caso, e torna portanto incompleta a prova da veracidade e authenticidade do testamento: como ha de, pois, o juiz reconhecer authenticico e verdadeiro um testamento, quando a sua authenticidade e veracidade não são provadas pelos meios exigidos pela lei?

« D'outra parte, o numero das testemunhas é necessario, diz Furgole citado em Lobão, para a substancia do testamento, e não é menos preciso para a prova do que para a formalidade, ainda que certos autores queirão a este respeito distinguir a formalidade da prova; porque esta distincção é visivelmente contra o espirito das leis, que exigem indistinctamente o numero de testemunhas, tanto para uma, como para outra, de fórma que não pôde haver prova sufficiente se ella não fór acompanhada do testemunho de todas as testemunhas, que a lei requer para a validade do testamento. »

Esta razão nos parece irrespondivel.

Accresce que o facto de estar o testamento escripto nada influe sobre a necessidade da prova, que continúa a mesma, porquanto a lei, que admittio que o testamento fosse escripto, e ainda assim exigio o numero de seis testemunhas, é porque entendeu que o escripto de que consta o testamento, sendo um escripto meramente particular, não merece a fé que só lhe poderia dar a autoridade do tabellião, que é um official publico: tanto assim é que, quando o testamento tiver instrumento de approvação feito por tabellião, a lei o dispensa de redução á publica-fórma, isto é, da publicação em juizo.

M. Freire confundio a prova das disposições testamentarias com a prova da existencia do testamento.

Para provar-se que as disposições do testador forão taes e taes, ou que as que se achão escriptas forão as que pelo proprio testador, ou perante elle forão lidas, é essencial o numero de seis testemunhas exigido pela lei; para se provar, porém, que existio um testamento que foi subtrahido, ou que se perdeu, é bastante então o numero de duas testemunhas, porque tal numero fórma prova plena, e a Ord. do liv. 3º, tit. 60, § 6, exige que se prove a existencia da nota ou instrumentos perdidos *por homens discretos e entendidos*.

Quanto á segunda hypothese que acima figurámos, isto é, quando se tratar de fazer valer como nuncupativo o testamento do § 3º, nullo por falta de alguma solemnidade, será necessario o depoimento de todas as testemunhas?

Devendo o testamento, quer seja do § inicial da Ord., quer seja do § 3º, ter as solemnidades do nuncupativo, para poder valer como tal, quando viciado por alguma nullidade, e sendo essencial no testamento nuncupativo o depoimento de todas as testemunhas, é fóra de duvida que a falta de uma das testemunhas do testamento do § 3º, impede que elle seja reduzido a nuncupativo.

A' redução do testamento do § 3º a nuncupativo podem ser applicadas as considerações que acima fizemos sobre a redução a nuncupativo do testamento do § inicial.

Quanto á necessidade do depoimento de todas as testemunhas, para a redução do testamento nuncupativo do § 4º da Ord. á publicafórma, nenhuma duvida existe entre os autores.

Com effeito, nesta especie de testamentos os depoimentos das testemunhas são da substancia do testamento; nada ha escripto: o testador apenas expóz as suas disposições em alta voz, em presença das testemunhas; estas, reproduzindo depois em juizo o que ouvirão do testador, dão a substancia do testamento; ora, a falta de uma destas testemunhas, importando na diminuição do numero que a lei julgou necessario para poderem ter vigor disposições feitas em circumstancias tão especiaes, prejudica a redução, e por consequente ao testamento, que ficará nullo.

Como deverãõ depór essas testemunhas?

Esta questão, que aliás foi controvertida entre os doutos, como se póde vér em Lobão, §§ 41 e 42 da diss. 3ª do 4º vol. das Not. a Mello, parece facil de decidir.

Deixando de parte as minudencias a que descêrão os doutos, diremos que os depoimentos das testemunhas devem ser accordes em relação ás disposições do testador; ainda que não lhes seja possivel repetir as palavras de que este tenha usado, em nada prejudicará isso a redução desde que claramente se conheça quaes forão as disposições feitas.

## § 87

O juiz deve ter toda a contemplação com o testamento, quando elle fôr ordenado com as solemnidades legaes (155) e conforme a direito (156).

(155) As solemnidades essenciaes dos testamentos, segundo a sua diversa qualidade, se achão na Ord. do liv. 4º, tit. 80, tit. 83, tit. 86, e assento de 17 de Agosto de 1811 e de 10 de Junho de 1817. Se o testamento junto ao inventario não tiver os requisitos das citadas leis, não deve o juiz da partilha dar-lhe consideração alguma. Se o testador dispuzer de mais da terça de seus bens, tambem não deve attender semelhante disposição no excesso da dita terça sómente. Se, porém, a nulidade do testamento depender de provas, deverá consideral-o na partilha como legal, remettendo o conhecimento da nullidade para a acção ordinaria. (d).

(156) Ainda que o testamento seja ordenado com todas as solemnidades legaes, não deve o juiz da partilha executal-o a

As testemunhas devem ser insuspeitas de interessadas no testamento, e devem, não sómente ouvir as disposições, mas vêr que é o testador quem as faz, e não se poderão afastar do lugar aonde este achar-se emquanto estiver elle declarando a sua ultima vontade, assim como o testador não pôde deixar de fazer seguidamente e sem interrupção as suas disposições: são estes os requisitos que os autores exigem, quando dizem que o testamento deve ser feito perante as testemunhas *uno contextu*.

(d) No numero das solemnidades essenciaes dos testamentos devem incluir-se a *instituição de herdeiro* e a *rogação das testemunhas*?

## QUANTO A' INSTITUIÇÃO DE HERDEIRO:

Apezar de ensinar a maioria dos nossos reinicolas que, á vista das disposições das nossas Ordenações, não pôde ser valido um testamento sem a instituição de herdeiro, todavia M. Freire, no liv. 3º, tit. 5º, § 29, entende que, comquanto a Instituta no § 34 do tit. de legatis diga: *caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio*, todavia entre nós pôde prevalecer um testamento, ainda que nelle não se haja feito instituição de herdeiro, e para prova cita o facto de haver sido julgado valido o testamento de um fidalgo, feito em 1350, no qual não houve instituição de herdeiro.

Em apoio de sua opinião apresenta tambem M. Freire as opiniões de Viglio, Strykio e Gama.

respeito das disposições que forem contrarias a direito. Não podendo prevêr-se todos os casos, e não cabendo nos limites

Em referencia ás opiniões dos dous primeiros autores veja-se o que diz Lobão no § 2º da dissert. 8ª, do 4º vol. das Not. a Mello; quanto á opinião de Gama, vejamos se ella favorece a M. Freire.

Gama na decisão 196, ns. 1 e 2 diz:

Tendo fallecido um individuo depois de haver feito testamento, no qual, porém, não havia instituição de herdeiro, seu irmão veio reclamar da viuva os bens do defunto, os quaes dizia lhe competirem por ter seu irmão morrido *ab intestato*, visto como, não havendo instituição de herdeiro, era o testamento por direito nullo. No tribunal inferior julgou-se que o individuo havia morrido *ab intestato*, mas que erão validos os legados por elle deixados no testamento, e que com quanto (como o havião julgado os membros do dito tribunal) o testamento não valesse como tal, valia todavia como codicillo.

Sendo a questão levada ao tribunal superior, diz Gama que um seu collega foi de opinião que a sentença dada pelo tribunal inferior necessitava de reforma, e, de accordo com o parecer de um membro do tribunal inferior, sustentou que a mulher do finado devia ser havida por herdeira instituida, em virtude das expressões usadas no testamento: *que deixava por sua testamenteira a sua mulher*.

Pois, dizia elle, a palavra *deixo* pôde comprehender a instituição de herdeiro, quando não haja no testamento outro herdeiro instituido, e isto para que não se invalide o testamento. Logo, a palavra *deixava*, em pregada pelo testador, contem uma instituição, por isso que outrem não foi instituido.

E se a palavra *deixava* parece referir-se á pessoa e não á herança, todavia a palavra testamenteira refere-se tanto ao herdeiro do testamento, como ao executor. D'onde, posto que falte a palavra *herdeira*, nem por isso deixará de ser herdeira a mulher, como se prova com o texto da *L. 1ª D. de hered. inst.*

Eis o que diz Gama; ora, semelhante opinião não nos parece favoravel, antes é contraria á de M. Freire, porquanto, segundo se vê na decisão supra, tanto reconhecêrão os julgadores a necessidade da instituição de herdeiro, que, para salvarem um testamento que a não tinha, considerárão como herdeira instituida a testamenteira.

Recorre-se ainda em prol da opinião de M. Freire a argumentos tirados das Ordenações do liv. 4º, tit. 81, § 6º, e tit. 105, aonde se acha disposto que o *servo da pena* e a *viuva quinquagenaria* apenas podem testar da terça em favor de certas pessoas: ha, pois, testamentos sem instituição de herdeiro, apenas com legados.

A este argumento responde Vallasco na Cons. 68, n. 2, dizendo que nas Ordenações do reino, nos casos em que apenas se manda testar da terça, suppõe-se feitos e instituidos herdeiros os filhos do testador

de uma nota o tratar de todos aquelles que me occorrem, tratarei apenas de alguns por serem os mais frequentes e por

nas outras duas partes: *ex dispositione tertiae bonorum præsuntur testator in reliquis partibus heredes instituere filios.*

Em contrario á opinião de Mello Freire ha argumentos poderosos tirados das nossas leis, como se póde vér em Lobão na diss. cit.

A Ord. do liv. 1.º, tit. 62, § 24, dispõe: E tudo o que por bem deste regulamento mandamos que se faça na execução dos testamentos, se fará e cumprirá nas cedulas ou codicillos, *sendo feitos conforme as nossas Ordenações e direito* para serem valiosos.

Ora, diz Pegas, quando nas nossas leis se quer dizer que um caso se deve decidir pelo disposto nas Ordenações, usa-se das expressões—*segundo nossas Ordenações e conforme nossas Ordenações*; mas, quando se quer que as disposições das Ordenações se regule pelo direito Romano, costuma-se usar das expressões *nossas Ordenações e direito*. A Ord. supracitada exige, pois, que o testamento e codicillo, para serem executados, sejam feitos segundo nossas Ordenações e o direito romano; ora, segundo este direito, os testamentos não podião valer sem a instituição de herdeiro; a disposição da Ord. do liv. 1.º, tit. 62, § 24, suppõe por conseguinte necessaria para a validade dos testamentos entre nós a instituição de herdeiro.

A Ord. do liv. 4.º, tit. 86, princ., dispõe:

Codicillo é uma disposição de ultima vontade *sem instituição de herdeiro*. E por isso se chama codicillo, ou cedula, por diminuição, que quer dizer pequeno testamento, quando uma pessoa dispõe de alguma cousa, que se faça depois de sua mórte, *sem tratar nelle de directamente instituir ou desherdar a algum, como se faz nos testamentos.*

Parece que se deve inferir do disposto nesta Ordenação, principalmente das expressões finaes do § acima transcripto, que entre nós se differença o testamento do codicillo, em que n'aquelle se deve instituir herdeiro, e neste não.

A Ord. do liv. 4.º, tit. 82, principio, tratando do caso em que o pai não faz menção do filho no testamento, diz afinal: *e assim devem ser havidos por instituidos herdeiros, como se expressamente o forem, em favor do testamento.*

A conclusão que autorisão as expressões desta Ord. parece ser que, a suppôr-se feita a instituição dos filhos, o testamento annullar-se-hia, porque não poderia subsistir não tendo herdeiro instituido.

A Ord. do liv. 4.º, tit. 83, § 6.º, diz: E os testamentos que os soldados fizerem no exercito, ou conflicto de batalha, conforme ao privilegio militar, *não tend, as sollemnidades, que o direito nos testamentos dos que não são soldados* requer, não terão vigor mais que morrendo elles na guerra, etc.

discordarem os doutos a respeito de sua decisão. Será licito ao

E' liquido que a expressão *direito* é usada nas nossas Ordenações em referencia ao direito romano; ora, por este direito a instituição de herdeiro era de necessidade no testamento, portanto ainda nesta Ord. se vê que entre nós até o testamento do soldado, que é um testamento privilegiado, sendo feito na pugna, precisa da instituição de herdeiro para durar por mais de um anno depois da época da sahida do soldado da guerra.

Além dos argumentos acima expendidos, vemos esta opinião abraçada por autores de grande vulto.

Vallasco na consulta 68 falla do testamento de um fidalgo, que, fallecendo, deixou grande numero de legados a um irmão, mas não tendo instituido herdeiro suscitou-se duvida sobre a validade, e, sendo consultado, Vallasco deu a seguinte decisão:

Respondi que é principio, muito seguro no nosso direito, que o testamento sem instituição de herdeiro é nullo, como acephalo, e esta é a opinião de Calphurnio, quando diz: *Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habeat*. E era isto tão solemne no antigo direito romano, que pela instituição do herdeiro devia sempre começar o testamento, e os legados feitos antes da instituição não erão validos; além disto a instituição do herdeiro é a *caput testamenti*, parte principal do testamento. Que, porém, sem instituição de herdeiro é também nullo no nosso direito, prova-se com diversos arestos do senado, e por disposição da Ordenação, liv. 4<sup>a</sup>, tit. 82, princ., aonde da disposição da terça dos bens presume-se que o testador instituiu seus filhos nas outras duas partes. E assim, fóra deste caso, declara o direito do reino ser necessaria a instituição do herdeiro.

O mesmo Vallasco sustenta igual opinião na Cons. 165, n. 1, 2 e 3.

Tratando nesta Cons. do testamento de um arcediogo, que deixou filhos havidos depois do clericalo, os quaes forão legitimados, segundo a fórma do reino pelo rei, e um delles pelo Summo Pontifice, e deixando a este ultimo filho certos predios, seus trastes, etc., e não tendo deixado cousa alguma ao outro, tendo nomeado um individuo executor de seu testamento, pelo facto de não haver instituido herdeiro, levantárão-se muitas duvidas sobre o testamento, duvidas que forão afinal julgadas, e em cujo processo o proprio Vallasco foi advogado.

Duvidou-se a principio se tal testamento era valido.

E, posto que houvesse alguma reclamação, foi julgado nullo, porque não tinha instituição de herdeiro, a qual é tida como base do testamento, pelo que foi como acephalo julgado sem vigor, e assim julgou-se ainda muitas vezes no senado. Além destes, outros casos ainda cita Vallasco decididos por igual modo. E, acrescenta afinal, da palavra *deixo*, usada nos testamentos, não se pôde concluir uma instituição de herdeiro.

pai de familia, que dispõe da sua terça em testamento, designar os bens em que ella deve fazer-se? *Vallasco*, de Partit. cap. 19, n. 23, depois de ponderar as fortissimas razões dos

Barbosa á Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 80, diz no n. 7, commentando as expressões—*e tal testamento será firme e valioso*—de que usa aquella Ord., *dummodo heredis institutio interveniat*.

O padre Molina na sua obra de *Justitia et Jure*, trat. 2.<sup>o</sup>, disp. 124, diz que *Accursio*, analysando a definição do testamento dada por *Modestino* na L. 1.<sup>a</sup>, D. *Qui testam facere poss.*, accrescentou as expressões—*cum heredis directa institutione*—e é por esta instituição de herdeiro, continúa o padre Molina, que se distingue o testamento das outras disposições de ultima vontade. E pela disposição do direito cesariano é tão intrinseca com o testamento a instituição do herdeiro, que, se este não fosse instituido expressamente, o testamento seria *irritum et inane*, como se vê dos trechos romanos, que são uniformes em firmar o principio *de que os testamentos recebem da instituição de herdeiro a sua força, porque tal instituição é havida como base e fundamento do testamento*.

A' vista do que levamos dito, e do mais que se pôde vêr detalhadamente em *Lobão*, acreditamos que no rigor do direito não pôde ser dispensada entre nós a instituição de herdeiro, como condição da validade dos testamentos, sem que tenha procedencia alguma o dizer-se que semelhante opinião é puro romanismo, e basêa-se no principio supersticioso de que ninguem pôde morrer em parte testado e em parte intestado; porquanto, achando-se esta opinião consagrada pelas disposições das Ordenações, quando já aquelle principio do direito romano estava condemnado, deve ser respeitada entre nós, como firmada por nossas leis; mas o facto é que na pratica não se tem observado o rigor do direito, e a falta de instituição de herdeiro não tem prejudicado a validade de testamentos em que apparecem os bens todos do testador distribuidos em legados, pois taes testamentos têm sido cumpridos, seguindo-se assim a doutrina do Cod. Civ. Francez, arts. 895, 967 e 1002. Veja-se *Consolid. das Leis Civis*, 3.<sup>a</sup> edic., notas 22 ao art. 1008 e nota 50 ao art. 1077. Nesta ultima procura o Sr. Dr. Teixeira de Freitas mostrar que é improcedente o argumento em favor da necessidade da instituição de herdeiro, deduzido da Ord. do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 86, pr., quando define o codicillo. A Ord. cit., no seu conceito, veda a instituição directa (e não a fideicommissaria), mas não autorisa a conclusão de que aquella seja da essencia dos testamentos. A expressão *directamente*, de que usa a Ord., quer dizer—*segundo direito*—e não se refere á instituição *directa* ou *indirecta*, e a prova é reger esse adverbio—*directamente*—tanto o verbo—*instituir*—como o outro—*desherdar*—que se lhe segue. Ora, o que quer dizer em direito—*desherdado indirecta*? Parece-me preferivel dar ás palavras da Ord. a in-



que seguem a negativa, passa a refutal-as, e estabelece como indubitavel a opinião affirmativa; opinião que foi adoptada

terpretação que uniformemente lhe derão os reinicolas. Não se supponha que eu tenha em mira contestar que cahio em desuso—a necessidade da instituição de herdeiro: — o facto é attestado pela pratica de todos os dias; não ha, pois, negal-o; insisto, porém, em apregoar como subsistente no rigor do direito essa necessidade.

O uso não é meio derogador da lei, nos paizes constitucionaes, como o nosso, onde o poder de *fazer, interpretar, suspender e revogar* as leis, cabe exclusivamente ao poder legislativo. — *Const. do Imp.*, art. 15, § 8º; *Demolombe*, vol. 1º, ns. 32 a 35.

Já o Imperador Constantino havia estatuido em uma constituição:

Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: VERUM NON USQUE ADEO SUI VALITURA MOMENTO, UT AUT RATIONEM VINCAT, AUT LEGEM. *L. 2ª Codic. quæ sit longa consuetudo.*

Dar ao não cumprimento da lei, facto punivel pelo nosso codigo criminal, o poder de derogal-a, unicamente porque o crime reproduzio-se infinito numero de vezes, é theoria que fere de frente a doutrina juridica aceita actualmente.

Nem se nos opponha o chavão de ser a pratica o *melhor interprete* das leis. A pratica de julgar—a jurisprudencia—essa que Demolombe, em sua phrase expressiva, chama a *parte animada—quasi dramatica da legislação—a viva vox juris civilis* (como Marciano appellida o direito pretoriano), essa concordo eu que o é, mas como elemento de interpretação, e não da formação ou eliminação das leis.

Se a lei contém asperezas que ferem a philosophia e doutrina juridicas da época, o meio é a revogação della pelo poder competente, já que não temos, admittida pela lei, a *acção moderadora da equidade*, que acompanha, no direito inglez, a lei *pari-passu* (*equity follows the law*), e á qual Colfavru denomina, com justa razão, o direito pretoriano da Inglaterra.

O Cod. Civ. Port. não menciona entre as solemnidades dos testamentos a instituição de herdeiro; nos arts. 1794 e 1839 dispõe sobre a distribuição da herança toda em legados. — *Vej. Cod. Civ. Chileno*, arts. 999 e seg.; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 759 e segs.; *Cod. Civ. de Venezuela*, art. 762.

Quem quizer estudar com profundeza a questão da instituição de herdeiro, deve lêr o cap. 8º do vol. 3º do *Trat. de Testam. de Furgole*.

E' solemnidade essencial, cuja falta acarrete nullidade, o ser o testamento entregue cerrado e cosido ao tabellião, perante as testemunhas, para ser lavrado o auto de approvação?

No direito romano, se o testador desejava conservar em segredo as suas disposições de ultima vontade, podia, fazendo o testamento denominado—*tripertitum*—; *Inst. de testam. Ordin.*, § 3º; *Van-Wetter*, Dir.

sem critica por muitos outros que escrevêrão depois d'elle, e que se acha victoriosamente anniquilada por *Almeida e Souza* :

Rom., vol. 2º, § 657 e 658; — apresental-o perante as sete testemunhas — *cerrado e cosido* ou sómente *cerrado e envolvido*. — *Consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam ir mutamque: L. 21 Cod. de testam.*; *Ortolan*, Comment. á Inst., de testam. ordin. § 3º, n. 655, vol. 2º; *Van-Wetter*, cit. § 658; *Mackeldey*, Dir. Rom., § 665, n. 4; *Furgole*, Trait. des Testam., tomo 1º, cap. 2º, secç. 1ª, n. 8; *Lobão*, Not. a Mello, vol. 4º, diss. 4ª, n. 5, etc. Não é, pois, exacto, como o assegura *Furgole* (cap. 2º, secç. 3ª, n. 24), procurando apoiar-se na propria lei romana (21 Cod. de testam.), que o segredo não é da essencia do testamento cerrado, quando, attestão-n'o todos os escriptores e a propria lei—*SI NULLUM SCIRE VOLUNT EA QUE IN EO SCRIPTA SUNT*—foi a conveniencia do sigillo da disposição da ultima vontade a unica razão e fundamento para a admissão dessa especie de testamentos, razão e fundamento que em nada contradizem os termos da novelle 82 do Imperador Leão. — Vej. *Demol.*, *Cours. de Cod. Nap.*, vol. 21, n. 352 bis.

A ordenança franceza de 1735 no art 9º determina que o testamento seja entregue pelo testador *clos et scellé*, ou que perante as testemunhas elle o faça *clore et sceller*. *Furgole*, obr. cit. cap. 2º, secç. 3ª, ns. 23 e 25.

Esta foi a disposição que passou para o Cod. Civ. Francez.

O art. 976 diz: *Le testateur le présentera ainsi—clos et scellé—au notaire, et à six temoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur presence, etc.*

Nada mais claro do que esta disposição; dispensamo-nos, pois, de recorrer aos commentadores.

O Cod. Civ. Italiano dispõe no art. 783: *Il testatore in presenza di quattro testimoni la consegnerà al notaio cosi sigillata, ó la farà sigillare del modo sopra expresso in presenza del notaio, etc.*

O Cod. Civ. Chileno, art. 1023: *El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrado o se cerrará esteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta.*

O Cod. Civ. Portuguez manda que o testamento cerrado seja apresentado de qualquer modo (art. 1921); que o tabellião o percorra com a vista, sem o lèr, e lavre o auto de approvaçào, que principiará em seguida á assignatura do testador (art. 1921): depois desse auto lido, datado e assignado, é que o tabellião cose e lacra o testamento.— (Art. 1922, § 2º)

O Cod. Civil Venezuelano, art. 724: *El papel en que esté escrito el testamento, ó por lo menos el que le sirva de cubierta, estará cerrado e sellado, ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto de presentarlo, etc.*

Ac. Sum., tomo 2º, dissert. 5.ª Com effeito, se a lei só autorisa o pai de familia para dispôr da terça parte de todos os seus

A Ord. do liv. 4º, tit. 80, § 1º, dispõe: E, não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever, e será *cerrado e cosido*, e elle testador o entregará, etc.

O que concluir destas disposições?

1.º Que pela lei romana, fundamento de todas as leis posteriores, quanto á natureza e fórmas do testamento mystico, sendo o segredo das disposições a razão de ser elle *cerrado*, as expressões de que usa a citada lei,—inclusive—*a involutamque*—tendem a conservar impenetraveis as disposições testamentarias; por conseguinte a ser o testamento *cerrado* ou *envolvido*, de modo que pessoa alguma possa *descerrar-o* ou *desembrulhar-o* e lér as disposições. E', pois, bem o *cerrado* da nossa lei.

2.º Que as legislações oriundas da lei romana mandárão observar o mesmo preceito della, com uma differença inaugurada na ordenança franceza de 1735: Que o testamento podia deixar de ser apresentado já *cerrado e cosido*, e neste caso lavra o official publico, a *subscription*—*o auto de approvação*,— em seguida á assignatura do testador, *cerrando e cosendo* em seguida o testamento.—*Cods. citados*.

3.º Que quando o testamento fôr apresentado já *cerrado e cosido*, o tabellião lavra o termo de approvação no papel em que o testamento vem *cerrados e cosidos*. *Cods. citados*.

4.º Que para derogarem a formalidade da entrega do testamento *cerrado, e cosido*, exigida pela lei 21 Cod. de testam., foi preciso que os codigos das nações cultas estabelecessem disposições expressas nesse sentido.

5.º Que tendo a nossa Ord. do liv. 4º, tit. 80, exigido no § 1º que o testamento fosse entregue *cerrado, e cosido*, adoptou o preceito da lei romana, sem a excepção dos codigos modernos.

E, portanto, no direito que nos rege é *indispensavel*—que o testamento mystico seja entregue ao tabellião *cerrado e cosido*.

Não ha a contestar as conclusões acima firmadas. Mas—como entender—o preceito do § 2º da Ord. cit.—quando ordena ao tabellião que comece o termo de approvação *em parte de alguma das folhas em que alguma parte do testamento esteja escripto, ou ponha, em qualquer parte do testamento o signal publico*, e lavre o instrumento de approvação em outra folha em que está envolto e cosido o testamento?

Como escrever dentro de um testamento cosido?

O unico meio de solver a duvida encontrada por Lobão—foi haver como derogado pelo *uso* o § 1º da Ord. cit., na parte em que exige que o testamento seja entregue *cerrado e cosido*, e para isso calumniou a dous desembargadores aggravistas, imputando-lhes infundadamente o mandarem desobedecer ao preceito da Ord., observando uma pratica

bens, e se esta terça parte comprehende os bens moveis, se-moventes, de raiz, direitos, acções, bom e máo, claro fica que,

que só Lobão attesta como vigorando em seu tempo, quando os escriptores anteriores e posteriores a elle dão como corrente pratica bem conforme ao preceito da Ord. cit.!

No emtanto para alguns, que se dizem entendidos em materia de direito, o parecer de Lobão alcançou fóros de cidade!

Não podemos dar á materia todo o desenvolviméto que ella comporta; vamos, porém, apresentar um argumento que nos parece terminante, e que é deduzido do proprio assento de 10 de Junho de 1817, no qual, sómente por falta da necessaria reflexão no estudo de suas palavras e do seu pensamento, se quiz deduzir argumento em apoio da pratica apregoada por Lobão, verdadeira corruptela que grande mal tem feito ás instituições testamentarias.

Aos que quizerem estudar, desde sua fonte, a natureza e solemnidades do testamento cerrado, indicamos os seguintes autores, que esgotarão a materia:

*Furgole*.—Traité des Testam., tomo 1º, cap. 2º, secç. 1ª, 2ª e 3ª

*Ortolon*.—Comment. á Inst., tit. de testam. ordin.

*Didier-Pailhé*.—Dir. Rom., ns. 450 e seg.

*Van-Wetter*.—Dir. Rom., §§ 657 e 658.

*Mackeldy*.—Dir. Rom., § 665.

*Demolombe*.—Cours de Code Nap., vol. 21, ns. 328 a 411.

*Michaux*.—Traité des Testam., ns. 2060 e seg.

*Zacharia*.—(Verg. et Massé) Droit., Civ. Fr., vol. 3º, § 440.

*Mourlon*.—Repetit. Ecrites, vol. 2º, ns. 792 e segs.

*Pinheiro*.—Disp. 2ª, secç. 3ª, ns. 34 e 35.

*Cordeiro*.—Dubit. 9ª

Além destes devem ser consultados os autores que modernamente têm escripto, e principalmente Gouvêa Pinto.

Vejamos, porém, o argumento.

Diz o assento de 10 de Junho de 1817:

Que o tabellião, *não podendo começar o instrumento de approvação dentro do testamento cerrado e cosido*, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como pôde começar quando acaba nas costas e verso da mesma folha, *deve principiar o instrumento logo e immediatamente no fim do testamento, cerrando-o e cosendo-o depois de concluído 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 § 2º com a do 1º, á vista da impossibilidade de se escrever dentro de um testamento *que se acha cerrado e cosido*.

A' leitura a mais ligeira conhece-se:

1.º Que o assento, tratando de resolver a duvida que lhe era pro-

designando sómente bens de raiz para nelles se fazer a terça, e talvez os de melhor qualidade, vinha a dispôr de mais do

posta figurou a hypothese de ter o tabellião de lavrar o termo de approvação em um testamento que lhe era apresentado *cerrado e cosido*.

2.º Que a não ser assim, e a entender-se que o assento pretendeu declarar e firmar como lei a pratica de que o testamento devia ser entregue dobrado, segue-se que desde a sua data ficou prohibido o entregar-se o testamento *cerrado e cosido*, ficando revogado o preceito da Ord. cit., e passando a ser nullidade o não ser o testamento entregue dobrado!!

Quanto á primeira conclusão:

Lêa-se com attenção o assento, e vêr-se-ha que elle resolve que, no caso de ser apresentado um testamento, via-se se o tabellião embaraçado em fazer o auto de approvação: porque? porque não podia começal-o onde acabavão as disposições—o que não se dava no verso da ultima folha—e sim na face desta; ora, a impossibilidade não provinha senão de estar o testamento *cerrado e cosido*. Faça o termo de approvação, e *cerre e cosa* depois o testamento, disse o assento, á vista da impossibilidade em que estás de escreveres em um testamento que se acha *cerrado e cosido*, e não poderes te recusar a approval-o pelo facto de ser assim apresentado. Ora, o que restava dizer? O que deixou de tornar expresso o assento?

Unicamente que o tabellião devia *descoser e quebrar os sellos* do testamento—*approval-o* e tornar a *cosêl-o*!!

Mal cuidávão os peritissimos desembargadores, que assignarão tal assento, que a sua pequena falta devia offerecer largas a estiradas discussões e tornar improficuo o seu trabalho.

Que necessidade havia de tomar assento para indicar ao tabellião como devia proceder, se lhe fosse apresentado um testamento apenas dobrado?

Quanto ao segundo fundamento:

As solemnidades dos testamentos são exigiveis *pro forma*, isto é: a falta de qualquer dellas annulla o testamento. — *Pinh., disp. 2ª, secç. 3ª, n. 34; Cordeiro, Dubit. 9ª, n. 9; Val., Cons. 149, n. 6, etc; Cod. Civ. Franc., art. 1001; Cod. Civ. Italiano, art. 804; Cod. Civ. Chileno, art. 1023, etc.*

Ora, se os testamentos devem ser actualmente entregues apenas dobrados, por ser impossivel approval-os, quando entregues—*cerrados e cosidos*, — tornou-se isso uma solemnidade essencial— substitutiva da do *cerrado e cosido* da Ord.; portanto a falta de sua observancia induz nullidade, isto é, o testamento é annullavel desde que não fôr entregue apenas dobrado, para ser approvedo, mas sim fôr apresentado *cerrado e cosido*!!

*Credo quia absurdum!* exclamaria sem duvida Lobão!

que aquillo que a lei e o direito lhe facultão ; e portanto, apezar de uma tal disposição, deve o juiz da partilha determinar que a terça se faça em bens de toda a qualidade, e não exclusivamente naquelles que o testador determinou. Igualmente não deve o juiz attender á disposição testamentaria na parte em que prohibir a divisão dos bens, nem na parte em que determinar que os prazos sejam encabeçados em certo e determinado coherdeiro, porque ambas estas determinações são contrarias a direito. Está na mesma razão a disposição de se não confe-

---

Os nossos tribunaes superiores têm, porém, firmado ultimamente, e com maximo criterio, o verdadeiro sentido do assento, aceitando como a pratica nelle recommendada a que é referida por Gouvêa Pinto: *Trat. de Testam.*, cap. 45, nota; *Accordãos da Rel. da côrte de 16 de Dezembro de 1873 e de 28 de Agosto de 1874, e do Sup. Trib. de Just. de 5 de Abril de 1876 (Dir., 6-443 e 10-562.)*

Sobre outras nullidades dos testamentos, veja-se os *Accs. no Dir.*, 1º — 44; 11 — 567; 10 — 106.

Vejamos o que se deve decidir no nosso direito sobre a rogação das testemunhas.

Será necessario que as testemunhas, que a Ord. do liv. 4º, tit. 80, exige para cada uma das especies de testamentos nella contidas, sejam *rogadas*, isto é, chamadas expressamente para testemunharem o testamento ?

No direito romano nenhuma duvida havia sobre tal necessidade, mas no nosso direito assim não acontece.

E' verdade que alguns autores têm pretendido que, sendo a Ord. do liv. 4º, tit. 80 omissa, neste ponto, deve na conformidade da lei de 18 de Agosto de 1769 ser observado o direito romano, e que tanto ha necessidade da rogação das testemunhas no nosso direito, que a Ord. do liv. 4º, tit. 83, § 5º, tratando do testamento do soldado, feito em marcha para a guerra ou no arraial, diz que tal testamento pôde ser feito perante duas testemunhas, que sejam *rogadas para esse fim*.

Este argumento não procede, porquanto a disposição acima citada não prova que a Ord. do liv. 4º, tit. 80 seja omissa, mas sim que a regra entre nós é a não necessidade da rogação das testemunhas dos testamentos, e que a disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 83, § 3º, quando exige a rogação abre uma excepção, attendendo a circumstancias especiaes e ponderosas. E com effeito assim é: a rogação, no caso do testamento feito pelo soldado que vai para o combate ou que está nos arraiaes, tem por fim evitar que qualquer gracejo dito em referencia á instituição de herdeiro, á vista de duas testemunhas, possa ser tomada como uma disposição testamentaria.

rirem os dotes, ou de se conferirem em certo e determinado preço; a de se não tomarem contas ao tutor nomeado; a de se regular a avaliação dos bens da herança por aquella que o testador tinha feito, e outras semelhantes, *Vallasco*: de Part., cap. 38, n. 5; cap. 39, n. 19, e cons. 53, ns. 7 e 11 (e).

(e) E' questão que largamente discute Lobão na dissert. 5ª do 2º vol. das Acç. Sum., se o pai pôde escolher os bens em que quer fazer a sua terça.

Depois de lançar uma vista retrospectiva ao direito romano, ao visigotico, e ás antigas disposições e costumes de Portugal, Lobão combate a opinião emittida por *Vallasco* no *Tratado das Partilhas*, cap. 19, ns. 19 e seguintes.

As leis romanas, o codigo visigotico, e mesmo os antigos costumes e leis que cita Lobão, parece-nos que em nada auxilião a sua opinião.

Na verdade na lei 31 Cod. de inoffic. testam., e no § 6º do tit. 18 da Instit. de inoffic. testam., Justiniano limitou-se apenas a determinar que a quarta parte dos bens do pai devia ser reservada para della formarem-se as legitimas dos filhos, e na novella 18, que no caso de serem quatro os filhos, reservar-se-hia a terça dos bens para a formação das legitimas, e a metade no caso de ser o numero dos filhos maior de quatro.

A lei visigoda faculta ao pai a disposição da terça unicamente em favor dos filhos legitimos, e apenas da quinta parte dos bens em favor dos estranhos.

As velhas leis e costumes de Portugal distinguão os bens adquiridos por titulo oneroso ou gratuito dos bens herdados. Dos primeiros, a que chamavão *ganhadea*, podia o pai dispôr o terço; dos segundos (*avoenga*), apenas o quinto.

Em nenhum, porém, desses monumentos legislativos se mostra que existisse alguma disposição prohibindo ao pai designar os bens de que se devia compor a sua terça, e Lobão contenta-se com citar no § 21 da dissert. a opinião de Gomes, que, explicando a lei do Touro, diz que, segundo esta lei de Castella, o pai não podia designar os bens de que se houvesse de compôr a sua terça.

*Vallasco* no cap. 19 de Partit., n. 25, ensina que o pai tem o direito de designar um objecto certo para formar a sua terça, e isto porque, se o pai tem o direito de assignar para legitima do filho uma cousa certa, desde que o não faça com dolo, com maior razão o pôde fazer na terça, da qual tem ampla faculdade de dispôr.

Em segundo lugar, continúa *Vallasco*, a lei favoreceu extraordinariamente os filhos, reservando-lhes os dous terços dos bens paternos, ao passo que ao pai sómente concedeu a faculdade de dispôr de um terço: ora, em compensação de tal limitação nos direitos do pai, não

## CAPITULO XIV

## DA ALIMPAÇÃO DA PARTILHA

## § 88

Preparado assim o inventario, deve proceder-se á alimpação da partilha, que é o acto em que se patentêa aos

seria justo que a lei lhe concedesse a faculdade de designar os bens de que se ha de compor a sua terça?

Lobão combate estes dous fundamentos de Vallasco, dizendo que o primeiro é de nenhuma procedencia, porquanto as leis 21 Cod. *Fam.ercisc.* e 8<sup>a</sup> de *inoffic. testam.*, em que aquelle autor se baseou, não autorisam a conclusão que elle dellas tirou; o segundo fundamento acha Lobão que tambem pecca pela base, porquanto Vallasco suppõe que as disposições testamentarias são protegidas pelo direito, quando não o são; antes pelo contrario as leis protegem a successão legitima, por mais conforme com a natureza e ordem das cousas. *Porventura, continúa Lobão, o pai tinha a liberdade de testar, ainda mesmo dessa terça por direito natural ou divino, inauferviveis? A faculdade de testar, mesmo da terça, e só da terça, não é uma graça, e faculdade da lei civil, uma dispensa das leis absolutas e originaes que deferem as successões inteiramente* AB-INTESTATO?

Depois de refutar até o § 29 da dissert. cit. a opinião de Vallasco, firma Lobão a regra de que o pai não pôde em o nosso direito eleger na sua terça os bens que quizer.

Tem prevalecido na pratica, e a nosso vér com fundamento, a opinião de Vallasco. O autor deixou-se impressionar pelas razões de Lobão, que não tiverão, no emtanto, a força de alterar a pratica constante em contrario. A faculdade dispositiva da terça é absoluta.

Como impedir o pai de deixar grande numero de legados, que serão todos cumpridos desde que não excedão á importancia da terça do finado? Ora a designação dos bens que constituem os legados, os quaes todos reunidos absorvem o valor da terça, importa, como é claro, na designação dos bens desta.

Com que direito vedar ao pai o deixar uma casa como legado a um individuo, e outra casa a outro, e nos valores desses legados esgotar o da terça?

Ninguém; e estamos vendo todos os dias as terças desmanchadas em legados feitos em testamento, ou deixados em bens especializados a um só dos filhos ou herdeiros.



coherdeiros e interessados a descripção e avaliação dos bens, e em que são ouvidos verbalmente pelo juiz (157).

(157) Já dissemos em outro lugar que, por mais summario que seja o processo orphanologico divisorio, se não deve denegar aos interessados o conhecimento das suas peças essenciaes, nem se lhes devem tolher a faculdade de deduzirem o seu direito. E eis-aqui o que se faz no acto da alimpação da partilha, que, apezar de ser desconhecido em alguns juizos, não deixa por isso de ser conforme com a lei e utilissimo. A experiencia me tem mostrado aplanarem-se neste acto muitas difficuldades; descreverem-se bens, que se tinham occultado por ignorancia, ou por malicia; emendarem-se de commum accordo avaliações menos bem feitas, evitando-se complicados e dispendiosos litigios. E' por estas razões que este acto é muito recommendado por *Guerreiro*, *Trat. 2, liv. 6º, cap. 13, n. 1*, e que os juizes dos inventarios o não devem omittir (a).

(a) A alimpação da partilha, com quanto ainda se observe em alguns lugares, está, em regra geral, cahida em desuso.

O que se obtinha antigamente por meio de alimpação da partilha consegue-se hoje com a vista que o juiz manda dar aos interessados depois de encerrado o inventario.

Nessa occasião o herdeiro emite a sua opinião sobre as avaliações e arrolamento dos bens, accusa qualquer falta que neste tenha havido e faz os seus pedidos para a partilha.

Concede-se vulgarmente a vista a cada herdeiro por pequeno espaço de tempo, e nem de longo prazo tem necessidade o herdeiro para pedir aquillo que desde o principio do inventario já tem em mente solicitar, para seu quinhão.

Com a concessão do prazo limitado evita-se o abuso, que algumas vezes se tem dado, de dormirem autos de inventarios longos mezes na vista aos interessados, com grave prejuizo dos bens da herança que se damnificação.

Cabe ao juiz o evitar este abuso, no que muito se deve empenhar, mórmente quando ha orphãos interessados na prompta conclusão do inventario.

Não se segue do exposto que deve ser considerada proscripta a alimpação da partilha; pelo contrario, a reunião dos herdeiros em presença do juiz é muitas vezes o meio de conciliar pretensões descontraídas.

## § 89

Devem notificar-se para este acto todos os coherdeiros e curador (158); e tudo quanto elles ponderarem, e requererem verbalmente, se deve escrever circumstanciadamente no inventario (159).

## § 90

Se os coherdeiros quizerem deduzir o seu direito por escripto, e pedirem vista para isso, deve o juiz mandar-lh'a dar (160).

## CAPITULO XV

## DA LICITAÇÃO

## § 91

E' no acto da alimpação da partilha que deve fazer-se a licitação, quando ella tiver lugar e fôr admittida pelo juiz (161).

---

(158) Nesta notificação deve declarar-se o dia, hora e lugar, em que ha de fazer-se a alimpação da partilha, por ser acto extra-judicial.

(159) No termo da alimpação da partilha se devem lançar todos os requerimentos feitos pelos interessados, e ahi mesmo deve o juiz deferir a todos aquelles que dependerem de prompta decisão, remettendo a dos outros para o despacho da deliberação da partilha. Este termo deve ser assignado por todos os coherdeiros que estiverem presentes e pelo juiz.

(160) Por termo breve, attenta á natureza deste processo. Quem deve dizer em ultimo lugar é o curador-geral por parte dos orphãos, ponderando tudo aquillo que lhes fôr proveitoso.

(161) Tendo de haver licitação, deve aproveitar-se esta occasião para se evitarem delongas e novas citações dos interessados.

## § 92

Licitação é o acto, pelo qual se põe a lanço os bens da herança, que não admittem commoda divisão, para se adjudicarem áquelle dos coherdeiros que mais offerecer (162).

(162) Ainda que por uma pratica, quasi geralmente recebida, se tem admittido a licitação em toda a qualidade de bens, pelo unico fundamento de que, augmentando-se por este modo o valor da herança, interessão nisso os coherdeiros e credores hereditarios, comtudo uma semelhante pratica deve ser proscripta e desterrada de todos os juizos, por ser diametralmente opposta aos principios de direito, á legislação portugueza e ao interesse publico, como adiante mostraremos. Se a pratica de semelhantes licitações é antiga e quasi geral, não deve isso servir de obstaculo ao juiz para proscrevêl-as, porque se a antiguidade de um abuso pôde estabelecer em seu favor um prejuizo popular, nunca pôde constituir direito: Lei de 18 de Agosto de 1769 (a).

(a) A materia da licitação tem provocado grandes questões entre os nossos praticos.

Alguns delles, tendo á sua frente Lobão, levados por um temor inexplicavel, condemnárão como perigosa e funesta a pratica das licitações nos inventarios.

Lobão na dissert. 7<sup>a</sup>, inserta no segundo vol. do seu Tratado das Ac. Sum., de onde Pereira de Carv. extrahio em sua integra a nota supra, e as que ajuntou ao § 93, não duvidou avançar nos §§ 19 e 25, que no nosso direito nem para as cousas indivisiveis, se admittie a licitação, tendo o legislador facultado outros meios para effectuar-se a partilha dessas cousas.

Com quanto igualmente com Lobão tenham pensado neste ponto alguns escriptores, entre os quaes Vallasco, de Partit., cap. 22, n. 14; Menez. Juiz. Divis., cap. 2<sup>o</sup>, § 9<sup>o</sup>, nota 2<sup>a</sup>; C. da Rocha, nota ao § 485, etc., todavia parece-nos que á vista do § 5 da Ord. do liv. 4<sup>o</sup>, tit. 96, não se pôde deixar de reconhecer que a licitação foi admittida no nosso direito.

Diz a cit. Ord. :

Tendo os herdeiros ou companheiros alguma cousa, que não possão entre si partir sem damno, assim como escravo, besta, moinho, lagar ou outra cousa semelhante, não a devem partir, *mas devem-n'a vender a cada um delles*, ou a outro algum, qual mais quizerem, ou por seu

aprazimento trocarão com outras cousas, se as ahí houver. *E se, se não podem por esta maneira avir*, arrendal-a-hão e partirão a renda entre si.

Quem tenha visto como se fazem as licitações não poderá deixar de concordar que no paragrapho acima transcripto da Ord. curou-se de estabelecer o remedio da licitação no nosso direito.

As licitações fazem-se lançando cada herdeiro sobre o objecto avaliado até o valor que julgão ser o *justo e real*, e até ás forças da legitima de cada um, e aquelle que chega com o lanço ao valor da cousa licitada fica com esta: ora, o que diz a Ord. supra citada? Que quando se apresentar no monte algum objecto, que não se possa partir sem deterioração e prejuizo, os *herdeiros devem vendê-lo a cada um delles*, isto é, deve cada um dos herdeiros dar um preço, e aquelle que chegar ao justo valor ou que mais der até ás forças da legitima, ficará com elle. O que é isto senão a licitação?

A Ord., porém, foi mais longe ainda, e não sómente permittio a licitação entre os co-herdeiros, como tambem concedeu que um estranho viesse licitar, dizendo que os herdeiros vendessem o objecto individuo a cada um delles, *ou a outro algum*.

Lobão não provou que a nossa Ord. negasse o remedio da licitação; limitou-se a affirmar-o, e a dizer que a nossa lei offereceu outros remedios que não o da licitação.

Vejamos quaes são esses remedios.

No § 22 da dissert. cit. diz Lobão que o nosso legislador, prevendo que podia dar-se o caso de apparecer entre os bens communs alguma cousa individua, não admittio a licitação, e limitou-se a dar as providencias do § 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 96, que Lobão transcreve.

Já fizemos vér que a disposição da Ord. não lhe é favoravel; mas no § 23 diz aquelle escriptor que, tanto o nosso legislador não quiz estabelecer a licitação, que, tratando dos prazos e fóros, individuos por sua natureza, deu providencias diversas da licitação, como se vé das disposições da Ord. do liv. 4º, tit. 96.

A improcedencia deste argumento é evidente.

Na verdade, do facto de haver a lei determinado providencias especiaes, para o caso de terem os herdeiros de succeder em aforamentos tomados por outra pessoa, não se pôde concluir que no caso da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º, não se deva admittir a licitação; além de que as disposições dos §§ 1º da Ord. do liv. 4º, tit. 36 e 23, e da do tit. 96, são especiaes ao caso de successão de fóros, tanto assim que as providencias dadas por essas duas ordenações não se applicão ao caso de apparecer na herança qualquer especie de bens individuos, pois que para este legislou o § 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 96.

Os remedios que Lobão indica nos §§ 29, 30 e 31 da dissert. cit. em nada removem a difficuldade, e antes são remedios que vão de encontro á letra da lei.

Se o § 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 96, determina que, no caso de haver na herança alguma cousa individua, como *escravo, besta, moinho ou lagar, deverão os herdeiros vendê-la a cada um delles, ou a um outro*, e sómente quando isto não se possa fazer, o que claramente se vê das expressões — *E se se não poderem por esta maneira avir* — manda que a cousa individua seja arrendada e se parta a renda entre os herdeiros: como se poderá dizer que o *lagar* e o *moinho*, e por conseguinte também o *escravo* e a *besta*, devem ser partilhados no uso, isto é, que cada herdeiro usará de qualquer destes objectos por tempo convencional? Aonde foi que a lei autorizou semelhante expediente?

Em parte alguma, e nem o podia fazer, porquanto a lei, que quer que os bens sejam partilhados, em si ou em seu producto, pelos coherdeiros, não podia aconselhar que elles fossem conservados *pro-indiviso* de um modo que provocaria diariamente a dissidência entre os coproprietarios.

Accresce que é inteiramente inexacto que o expediente de arrendar-se o objecto individuo, para dividir-se o arrendamento, seja preferivel ao da licitação, como o afirma Lobão, porquanto a Ord. citada no § 5º sómente autorisa tal remedio quando, pelo contrario, não possa ter lugar a licitação, como expressamente o declara, *ibi: E, se se não poderem avir por esta maneira, arrendal-a-hão e partirão a renda entre si.*

No § 37 da dissert. citada, depois de estabelecer as regras dos §§ 34, 35 e 36, pergunta Lobão: Desde que se observem estas regras para que recorrer-se a licitações e sob-licitações?

Em resposta a esta pergunta diremos que não vemos como as regras apresentadas naquelles paragraphos remedião o caso de ter-se de partilhar uma cousa indivisivel, e portanto como dispensão a licitação.

Quem ignora que os quinhões dos herdeiros devem ser feitos no *bom* e no *mão*, e que, quando ha predios sufficientes para serem lançados por inteiro nos quinhões de cada herdeiro, não se devem dividir?

Quem desconhece que se deve também attender á commodidade dos herdeiros, e que desde que um delles tem em algum predio a maior porção, dever-se-ha lançar-lhe todo o predio, repondo elle a qualquer outro herdeiro?

Por certo que pessoa alguma ignora estas regras, aliás comesinhas, das partilhas; o que nos parece, porém, é que, apesar destes preceitos, que Lobão julga salvadores, quando se der o facto de apparecer para ser partilhado um objecto indivisivel, ha de se observar o disposto no § 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 96, isto é, ha de admittir-se a licitação, e sómente quando esta não possa ter lugar se fará o arrendamento do objecto, e a renda se dividirá entre os co-herdeiros.

A' vista do que fica exposto parece-nos que não podia Lobão negar a existencia da licitação como um remedio admittido por nossas leis, e unicamente introduzido por uma pratica má.

Acreditando que a licitação acha-se estabelecida entre nós, não em virtude do subsidio do direito romano, mas por expressa disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º, todavia entendemos que é ella um remedio offerecido pela lei, e como tal deve ser unicamente empregado no caso previsto pela Ord.

Assim não deverá ser admittida senão quando o objecto fôr *indivisível*, isto é, fôr de natureza tal que não possa soffrer partilha sem deteriorar-se ou perder o valôr.

Aquelles que admittirão a licitação indistinctamente para os bens *divisíveis* e *indivisíveis*, fundados em que ella traz sempre o augmento do valor da herança, desconhecêrão o fim da licitação.

Não foi para procurar o augmento da herança que o legislador a admittio: foi unicamente para evitar que nas partilhas se conservassem bens *pro-indiviso*, o que é muitas vezes causa de dissensão entre os herdeiros; e tanto foi esta a mente da lei, que ella sómente autorizou o arrendamento da cousa indivisível quando por qualquer motivo a licitação não podesse ter lugar.

A licitação nos objectos que soffrem facil divisão não teria razão de ser, por isso que, sendo o fim das partilhas a divisão dos bens, desde que esta é possível, para que recorrer-se á licitação, que sómente poderá trazer a divisão do valor do objecto? A doutrina exposta conforma-se com as disposições das legislações modernas: *Cod. Civ. Franc.*, arts. 827 e 1686. Em contrario, *Cod. Civ. Port.*, art. 2128 e art. 720 do *Cod. do Proc. Civ.*, conforma-se com as disposições dos arts. supra do *Cod. Civ. Franc.* o art. 988 do *Cod. Civ. Italiano*.

Além disso o simples facto de ser o objecto indivisível não autorisa a licitação desde que haja outros objectos de igual natureza para poderem ser lançados aos demais co-herdeiros; e mesmo quando o objecto indivisível possa ser lançado a um herdeiro, repondo este a outro, tal pratica deve ser preferível: *Lobão, dissert. cit.*, § 35 e 36; *Secco, Orphan. Prat.*, p. 1ª, cap. 3º, secç. 5ª, art. 127, ns. 1 e 4, e art. 125 e not. 274; *Corr. Telles, Doutr. das Ac.*, nota 316 ao § 149; *Menez. Juiz Divis.*, cap. 2º, § 9º, e *Vallasco, de Part.*, cap. 22, n. 7. Em contrario: *Vallasco, cap. 11 de Part.*; *C. da Rocha*, § 485; *Pereira e Souza, nota 1021, etc.*

A licitação deve ser feita com o consentimento de todos os co-herdeiros, e desde que não possa haver tal consentimento, não poderá ter lugar, e dever se-ha então arrendar em praça o objecto e dividir a renda. *Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º, in fine*; *Lobão, Diss. cit.*, § 13, aonde cita Barbosa na L. 26 D. de Legatis, n. 26; *Secco, Orphan. Prat.*, art. 125, § un., e art. 127, ns. 5 e 8; *Menez., Juiz Div.*, cap. 2º, § 9º; *Corr. Telles, nota 316 ao § 149*; como, porém, este accordo dos herdeiros é na maior parte das vezes impossivel obter, a pratica tem estabelecido entre nós o fazerem-se as licitações em praça: *Consolid. das Leis Civ.*, nota ao art. 1166; pratica esta que já attes-

## § 93

A licitação nos bens que admittem commoda divisão é desconhecida pelo direito romano (163); reprovada pela

(163) A L. 6, *Dig.*, famil. erciscund., é a primeira a oppôr-se á semelhante licitação, dizendo: *Nam ad licitationem rem deducere, ut, qui licitatione hic habeat instrumenta hæreditaria, non placet neque mihi neque Pomponio.* Concorda com esta a lei primeira, *Cod. commun. divid.*, aonde se diz: « *Quod si divisio sine cujus quam injuria commode fieri patuerit, portionem suis finibus tibi adjudicatam possidebis.* » E' mais terminante ainda a lei terceira, *Cod. eod. tit.*, nas palavras: « *Cum autem regeonibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli: æstinatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur, compensatione pretii invicem facta: eoque cui res majoris pretii obvenit cæteris condemnato: ad licitationem nonnunquam, etiam extraneo emptore admissa: maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.* » Ainda quando se trata do usufructo, que é de sua natureza individua, como especie de servidão, diz a lei 7ª, § 10, *Dig.*, *commun. Divid.*, que o juiz evite a licitação, partindo o dito usufructo por todos, ou arrendando-o e repartindo o preço.

tava Vallasco como sendo a empregada todas as vezes que, tendo de fazer-se a partilha de uma cousa indivisivel, não se podião empregar os meios facultados pela *Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5: Vallasco, de Part., cap. 22, n. 15.* Conferem: *Cod. Civ. Franc.*, art. 1686; *Cods. Civ. e do Proc. Civ. Port.*, arts. 2127, 2129, 2134, 716 e 718.

O herdeiro sómente poderá licitar até o valor e importancia de sua legitima; assim, se o objecto fôr na licitação levado a um valor superior ao da legitima do herdeiro licitante, não poderá ser lançado a este: a razão disto é evitar que herdeiros ricos possuão por meio da licitação tirar á herança o melhor objecto que ella possuua, como frequentemente acontecia: *Lobão, dissert. cit.*, § 38; *Cod. Civ. Port.*, art. 2129, e *Cod. do Proc. Civ. Port.*, art. 718 e seus paragraphos.

Alguns autores entrãõ em duvida se se deverá admittir a licitação nos inventarios em que hajão orphãos.

Parece-nos que o facto de serem orphãos alguns dos herdeiros não pôde impedir que haja a licitação, visto como, se os orphãos tem vista dos autos, para pedirem por intermedio de seu curador, quando são ouvidos os interessados, porque não poderá tambem o curador licitar por elles?

legislação portugueza (164) e pela das nações civili-

---

(164) Não ha lei alguma no codigo portuguez que permitta a licitação nas cousas dividuas, nem ainda mesmo nas individuas, pois que neste caso derão diversos outros remedios, de que logo fallaremos. Accresce que, sendo os nossos legisladores peritissimos no direito romano, com que em grande parte se conformarão, não é crível que ignorassem as suas disposições em materia de licitações; e observando nós que, nem na Ord. do liv. 4º, tit. 96, nem no tit. 97, nem em outra parte fallarão da licitação entre coherdeiros, ou devemos julgal-a absolutamente próscripta, ou só admittida nos casos em que o dito direito romano, rectamente interpretado, a admittia (b).

---

Esta opinião aliás, consagrada na disposição do art. 411 da reforma judiciaria portugueza, tem sido seguida pela maior parte dos escriptores e orphanologistas, e o proprio Pereira de Carvalho a seguiu na nota 38 ao § 16 desta obra. O Cod. Civ. Port. expressamente admittie os orphãos a licitarem, representados por seus tutores e curadores: art. 2130. Confere: *Cod. Civ. Franç.*, art. 839.

(b) Nesta nota, copiada quasi que litteralmente do § 19 da dissert. 7ª de Lobão, no 2º vol. das *Ac. Sum.*, affirma Pereira de Carvalho que no nosso direito não ha disposição alguma que permitta a licitação das cousas dividuas, nem ainda mesmo das individuas, e que no caso de ter-se de fazer partilha em cousas individuas deu a nossa lei outros remedios diversos.

Esta opinião, aliás seguida por Vallasco, de *Partit.*, cap. 22, n. 14, já a procurámos combater na nota anterior, apoiando-nos nas expressões da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º.

Como, porém, é de grande importancia esta questão, não deixaremos de insistir sobre ella, apresentando mais alguns argumentos, que acreditamos serem de algum peso.

Parece-nos, repetimol-o ainda, que a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º, admittio clara e expressamente a licitação nos inventarios, como meio a empregar-se, no caso de ter a partilha de versar sobre cousas individuas; e que sómente quando não fôr possível a licitação se poderá usar do meio do arrendamento, ordenado no final do paragrapho daquella Ord.

As expressões—*vender a cada um delles*—indica que a venda deve ser feita a todos os herdeiros, e a cada um por sua vez: é uma serie



sadas (165), impugnada pelos doutores mais acredi-

(165) O Cod. Civ. dos Franc., o mais moderno de todos, e que foi obra de grandes juriscosultos, diz no art. 827 o seguinte : « Se os immoveis não poderem partir-se commodamente, deve

de vendas successivas, porque o fim da lei é fazer lançar a cousa individua áquelle herdeiro, que por ella mais der nas forças da legitima; e se nenhum delles quizer offerecer preço, será admittido a offerecê-lo um estranho: *outro algum*, diz a Ord.

Ora, a licitação faz-se justamente do seguinte modo:

Quando é dada vista do inventario aos herdeiros para dizerem sobre a partilha, é que tem lugar a licitação; cada um delles offerece nessa occasião o preço que entende valer o objecto, e áquelle que maior preço offerecer é o objecto lançado. Se não ha possibilidade de accordo entre os herdeiros, faz se a licitação em hasta publica.

A licitação não deve, porém, ser tolerada depois da deliberação da partilha: *Val. Part.*, cap. 11, n. 8 a 10, e *Cod Civ. Port.*, arts. 2126 e 2127; porque do contrario o herdeiro poderia alterar a deliberação da partilha.

Vallasco, e com elle os que entenderão que a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 5º, não admittio a licitação entre co-herdeiros, derão ás palavras da Ord. uma interpretação um pouco forçada.

E' assim que no *Tratado das Partilhas*, cap. 23, n. 14, diz elle que nas disposições da Ord. cit. se estabeleceu tres remedios para o caso da partilha das cousas que não recebem commoda divisão, e são estes remedios:

*Primó, quod vendatur uni ex sociis, aut alteri extraneo, utrum ipsi malucrent, etc.*

Não é inteiramente exacto o que affirma Vallasco, porque a lei não se contenta com que se faça a venda da cousa individua a um dos co-herdeiros, mas quer que a cousa seja vendida a cada um delles, o que quer dizer que, comquanto seja um só dos herdeiros quem tenha de ficar com a cousa, todavia esta deve ser offerecida a cada um dos outros herdeiros, e sómente entregue áquelle que melhor vantagem offerecer no preço.

Se a Ord. quizesse que a cousa individua fosse vendida a um herdeiro, sem ser offerecida aos outros, diria *devem-n'á vender a um delles*, e não a *cada um delles*: a lei quiz, por conseguinte, que *cada um* dos herdeiros dêsse preço á cousa individua, e que esta fosse vendida áquelle que offerecesse maior vantagem na venda: ora, que outra cousa é isto senão a licitação?

Lobão, como já fizemos vêr, não consegue apresentar uma razão convincente de que a Ord. cit. não curou da licitação, antes no § 13 da

aproceder-se á venda por licitação diante do tribuna. O Estatuto de Roma no cap. 101, transcripto e commentado por *Constant.*, annot. 21, desconhece inteiramente o remedio da licitação, determinando, ainda nas cousas individuas, a partilha pelo modo possivel, a saber: *Mandando uni aut alteri, ut pecuniam reficiat, aut unam portionem gravando ad tradendam alteri, certam summam, si aliter divisio commode fieri non posset.* » O mesmo, com pouca differença, determina o Estatuto de Eu-

dissert. referida adopta como verdadeira a opinião de Barbosa, quando, no commentario á lei 26 do D. de Legat., falla das licitações das cousas individuas no reino de Portugal; ora, Barbosa no lugar citado diz que vio a Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 5.º, interpretada no senado do seguinte modo: 1.º *assignar-se a cousa individua a um co-herdeirõ, e assignar-se a parte do outro em outros bens da herança.*

2.º *Mandar o juiz que esse adjudicatario distribuisse a estimação aos mais.*

3.º *Se as partes não approvarem esta fórma de partilha, abrir o remedio da licitação para ser adjudicado ao maior lance.*

Vê-se que Barbosa attesta que os tribunaes de seu tempo entendião que a Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 5.º, autorisava a licitação entre co-herdeiros, nas partilhas de cousas individuas, e que sòmente quando este remedio não podesse ter lugar se usaria do arrendamento da cousa individua e partiria a renda entre os co-herdeiros.

*Quod si neque in hoc velint consentire, tunc ad locationem illius rei procedendum est: et ita vidi acceptam prædictam ordinationem in senatu.*

O Dr. Secco, na nota 274 ao art. 125 da sua *Orphanologia Practica*, diz que antes da reforma judiciaria portugueza não havia lei alguma que tratasse da licitação em Portugal, a não ser a Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 5.º, ainda que contra a opinião de alguns, acrescenta esse escriptor.

Parece-nos, porém, attentos os argumentos expendidos, que se pôde affirmar que os autores que pretendêrão que a Ord. era omissa em materia de licitação, e que portanto deviã vigorar no direito portuguez as leis romanas, seguirão cégamente a opinião de Vallasco, o qual não nos parece ter sido muito exacto na interpretação que deu ás expressões da Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 5.º

Entre nós a pratica aceita é a attestada na nota já citada ao art. 1166 da *Consolidação das Leis Civis*, 3.ª edição.

São dignos de ser lidos sobre esta materia os capitulos 11 e 22 do n. 6 a 16 do *Tratado das Partilhas* de Vallasco.

Vej. um artigo inserto, no *Dir.*, vol. 4.º, pag. 337, e Mourlon, *Repet. Escrit.*, vol. 3.º, ns. 671 e 672, e vol. 2.º, n. 343 e 344.

tados (166), absolutamente desnecessaria (167) e muitas vezes funesta (168).

---

*gubio*, transcripto por *Consiol.*, liv. 2º, rubr. 67, nas palavras: *Si vero rei communis commodam divisionem non pateatur, Judex mandet poni Partitum de re et pretio, et si partes dissentiant, quæstio sorte dirimatur.*

(166) O celebre *Fabr.*, in *Cod.*, liv. 3º, tit. 28, discorre assim: *Cum plures res inter coheredes dividendæ sunt, quæ singulæ dividi commode non possunt, non utique statim veniendum est ad licitationem; est enim licitationis remedium odiosum, et ideo non nisi aliis omnibus deficientibus amplectendum.* Concorda com elle *Posth.*, de *Subhasth.*, insp. 8, n. 6. dizendo: « *Nec licitationi locus est, nisi cum alia dividendi ratio nulla supersit; aut-i-i omnes consentiant quorum interest.* » São dos mesmos sentimentos *Fontanel.*, de *Pact. nupt.*, *clausula 4*, glos. 9, parte II, n. 80; e, com infinitos outros, o nosso erudito *Almeida e Souza*, no *Trat. das Ac. Sum.*, tomo 2º, dissert. 7ª, de que este capitulo é um extracto. O nosso *Vallasco* é nesta parte contradictorio; porque, tendo-se opposto a toda a qualidade de licitação na consulta 114, n. 6, ao depois no *Trat. de Partit.*, cap. 11, mudou de opinião, e a admittio indistinctamente e sem critica, dando em razão que, como pelas licitações se augmenta o cumulo da herança, interessão nella os coherdeiros e legatarios. De outro modo discorreu *Corr. Tel.*, *Ac.*, § 149, nota 5.

(167) Ou os bens da herança se achão avaliados no seu justo preço, ou não: no primeiro caso, o mesmo é admittir a licitação que dar ao coherdeiro licitante a liberdade de eleger os bens, em que quer a sua legitima, o que só pertence ao juiz da partilha: *Vallasco*, *Cons.* 114, n. 2. e *Guerreiro* *Trat.* 2º, liv. 2º, cap. 14, n. 29; no segundo caso, lá tem os coherdeiros o remedio e a providencia da *Ord.* do liv. 3º, tit. 17, § 5, e do tit. 78, § 2, que tornão desnecessaria a odiosa licitação. Se pela licitação se pretende promover o augmento da herança, pelo mesmo legal remedio se consegue esse fim: *Almeida e Souza.*, cit. loc., §§ 18 e 19. Ainda nas cousas, que não admittem commoda partilha, excluiu o nosso legislador a licitação, dando outras providencias, quaes as que se encontrão na *Ord.* do liv. 4º, tit. 96, §§ 5 e 23, na do tit. 36, § 1, e na lei de 9 de Julho de 1773, § 14. Não pôde, pois, imaginar-se um caso, em

## § 94

No caso de se continuarem a admittir as licitações, na forma da erronea pratica (169), deve o juiz evitar-lhes os inconvenientes, quando lhe fôr possível.

## § 95

Conseguirá isso: 1º, não as admittendo sem o consentimento expresso de todos os coherdeiros (170); 2º, senão

que pelas leis portuguezas tenha lugar a licitação entre coherdeiros, ainda em cousas individuas, pois que todos estão providenciados com outros remedios, sendo por isso de admirar que o nosso *Pereira e Souza*, tomo 4º, Proc. Civ., nota 1021, admitta indistinctamente a licitação, tanto nas cousas divisíveis, como nas indivisíveis; tanto nas moveis, como nas de raiz; ou de se pretenderem licitar os bens doados para casa-mento. Seguio a pratica, e não se lembrou de que a pratica contraria á lei é corruptela e abuso.

(168) A licitação occasiona quasi sempre odios e dissensões entre os coherdeiros, e muitas vezes a ruina dos licitantes, que, esquecidos dos seus interesses, levão as cousas a um preço excessivo, o que reconheceu *Vallasco*, na consulta 114, n. 6, dizendo: *Tum ob vitandas seditiones et jurgia inter cohæredes, qui cupiditate alicujus rei hæreditariæ, et calore Licitandi multoties ad iniquissima pretia ascendunt.*

(169) O que não é de esperar, porque estamos em um seculo em que as luzes vão fazendo progressos, e em que já se não decide pelo que disserão os copiadores dos casos julgados, mas pelo que diz a lei, ou pelo que della se deduz por uma recta interpretação.

(170) Uma vez que qualquer dos coherdeiros se opponha á licitação, não póde o juiz decretal-a, porque resultaria o absurdo de ser esse coherdeiro obrigado a vender a parte que lhe compete na cousa commum, contra a expressa disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 11. Accresce que a licitação é uma especie de alienação, a qual nunca tem lugar a respeito dos bens dos orphãos, sem se verificarem os requisitos da Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 25 e 26.

até a quantia correspondente ao quinhão hereditario dos licitantes (171); 3º, evitando a animosidade ou a emulação (172); 4º, excluindo os bens doados (173); 5º, não

---

(171) De outro modo desapareceria a igualdade da partilha, a qual consiste em levarem os coherdeiros partes iguaes no movel e na raiz, no bom e no máo. Demais, se fosse licito a qualquer coherdeiro o licitar maior porção de bens de raiz do que aquella que lhe compete em legitima, além de se seguirem os absurdos, que dissémos na nota antecedente, seguir-se-hia o outro de haver uma verdadeira compra sem pagamento de siza, em fraude dos direitos da Real Fazenda (c).

(172) A maneira de evitar a animosidade e a emulação é não admittir senão um ou dous lanços a cada coherdeiro, ou taxar certa quantia, além da qual se não possa licitar mais cousa alguma.

(173) Ainda entre aquelles, que admittem a licitação em toda a qualidade de bens, é controverso: se qualquer dos coherdeiros pôde licitar os bens, que o outro trouxe á collação por lhe terem sido dados em dote? Que estes mesmos bens podem ser licitados, competindo apenas ao donatario a eleição de ficar com elles pelo preço da licitação. o sustentão alguns doutores, e o refere, julgado, *Guerreiro*, Trat. 4º, liv. 5º, cap. 10, n. 33. O contrario segue *Bagn*, cap. 15, n. 102, e muitos outros: esta opinião é sem duvida a melhor, e até conforme com a Ord. do liv. 4º, tit. 97, §§ 4, 13 e 14 (d).

---

(c) A licitação feita em hasta publica está sujeita ao imposto de transmissão de propriedade. — *Decr. n. 5581 de 31 de Março de 1874, art. 14, n. 2, e tabella annexa n. 3.*

(d) A questão de saber-se, se os bens que os herdeiros donatarios trazem á collação estão ou não sujeitos á licitação, é facil de resolver, mórmente á vista da pratica geralmente usada de lançar-se aos herdeiros doados os bens por elles conferidos.

O herdeiro que recebeu uma cousa qualquer em doação, sendo esta legalmente feita, adquirio incontestavel direito a essa cousa, por isso que a doação é um meio de transmissão da propriedade; como, porém, a doação não pôde ser valida se exceder o valor da legitima que por morte do doador tiver de receber o herdeiro donatario, e á terça do mesmo doador, o que importaria lesão aos direitos que os demais herdeiros têm aos bens deste, para delles tirarem as suas legitimas, a lei estatuiu a collação.

admittindo pessoas estranhas, sem convirem nisso todos os interessados (174).

## CAPITULO XVI

### DA DELIBERAÇÃO DA PARTILHA

#### § 96

Feitas as licitações, e tendo os interessados requerido verbalmente ou por escripto (175) aquillo que lhes con-

---

(174) O Cod. Civ. dos francezes, art. 839, manda admittir os estranhos á licitação, nos casos em que ella tem lugar, queirão, ou não queirão os interessados e coherdeiros. Entre nós nunca os estranhos forão admittidos, sem o consentimento dos coherdeiros: *Pereira e Souza*, parte IV, nota 1021. Como estranhos se devem considerar os legatarios.

(175) Verbalmente podem requerer no acto da alimpação da partilha, como dissemos na nota 159. Por escripto, pedindo vista do inventario e constituindo procurador letrado.

---

Esta não importa, portanto, em offensa aos direitos do donatario; porque, se se verifica ser a doação inofficiosa, o excesso que a torna tal não podia ser doado, e portanto é como se nunca houvesse sahido da herança; não sendo, porém, inofficiosa a doação, a pratica tem estabelecido o serem lançados ao herdeiro doado os bens que elle confere, porque a esses adquirio direito pelo facto da doação legal e não lesiva aos demais herdeiros.—*Acc. do Sup. Trib. de Just. de 21 de Fevereiro de 1872 (Dir. 2—245) e da Rel. da côrte, no Dir. 10—778.*

A licitação só poderá, portanto, ter lugar naquelles bens que o herdeiro doado repõe á herança por excederem á legitima do mesmo doado e á terça do doador, ou no caso de não ter o doador deixado bens alguns nos dous terços do dote que o herdeiro doado entrega para fazer a legitima dos coherdeiros; mas nos bens, que fórmão a doação legal e não lesiva, parece-nos que não tem lugar a questão aventada por *Pereira de Carvalho*, á vista da pratica actual, que manda lançar aos herdeiros doados os bens por elles conferidos.

vier, fazem-se os autos conclusos para se deliberar a partilha (176).

(176) O despacho da deliberação da partilha deve ser escripto nos autos pelo juiz em fôrma de interlocutorio (a).

(a) O systema seguido em alguns juizes de mandar o juiz, depois de dizerem os interessados no inventario, proceder-se á partilha sem indicação alguma da fôrma, é contraria ás boas tradições da praxe; o juiz deve ser muitissimo cauteloso no arbitrio que deixar aos partidores, sujeitos á influencia das partes.

Deve ser fundamentado o despacho que manda formar a partilha, sempre que nelle se decidir sobre direitos hereditarios, e em todo o caso deve o juiz designar a importancia dos quinhões e o meio de formal-os, e dividir os bens, indicando os que são partiveis e distribuindo-os aos diversos herdeiros para formação das respectivas quotas: *C. Telles, Doutr. dos Ac.*, § 150.

E' na deliberação das partilhas que costuma o juiz mandar excluir os bens que não devem fazer parte do monte divisivel. Por essa occasião, pois, se já não o houver sido antes, deve ser decidida a prejudicial da nullidade de uma escriptura ante-nupcial, quando tal nullidade provar-se por meio de documentos irrefragaveis.— *Accs. da Rel. de S. Paulo e do Sup. Trib. de Just. no Dir.*, vol. 17, pag. 265 e seg.

Tem a praxe admittido que o juiz, em vez de dar naquelle despacho a fôrma da partilha, a dê depois aos partidores, e mais vulgarmente são deliberadas as partilhas nestes termos: *Proceda-se á partilha com a igualdade da lei, citadas as partes; na occasião darei a fôrma.*

Não colhe a censura feita a esta pratica, como importando ella segredo do despacho de deliberação de partilha e haver prejuizo das partes, porquanto estas nada perdem com ignorarem a fôrma ou nota da partilha; porque, quando tal fôrma viesse inserta no despacho, e algum dos interessados se julgasse leso pela fôrma porque era deliberada a partilha nenhum recurso teria, a não ser reclamar ao juiz por meio de petição por ser tal despacho meramente interlocutorio e delle não caber nem a appellação, nem o agravo.— *Accs. da Rel. do Ouro-Preto de 12 de Dezembro de 1874 (Dir. 6 e 105)*, e *Avs. n. 384 de 15 de Outubro de 1872, n. 92 de 13 de Março e n. 285 de 8 de Agosto de 1873; Cod. do Proc. Civil Portuguez, arts. 724, § 2º, e 729; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 26 e Decr. n. 5467 de 1873, art. 6º*— Pelo despacho de deliberação de partilha não são devidas custas algumas.— *Av. de 15 de Maio de 1878.*

O terceiro prejudicado, porém, pelo despacho regulador da partilha, que manda pôr em praça bens separados para pagamento, pôde oppôr embargos de terceiro e esses embargos devem ser recebidos com effeito suspensivo.— *Acc. da Rel. da córte de 19 de Dezembro de 1878.*

## § 97

Diversifica muito a deliberação, quando o casamento foi contrahido por carta de ametade (177) ou na fôrma de direito commum (178).

---

(177) Em duvida, sempre o casamento se presume contrahido segundo o costume do reino ou por carta de ametade : Ord. do liv. 4<sup>o</sup>, tit. 46 pr., tit. 47 pr., tit. 65 pr. e tit. 95 pr., e §§ 3 e 4. Neste caso ha uma completa communicação de bens entre os conjuges, ainda não havendo filhos, e por isso a deliberação da partilha é facil de fazer-se. Não havendo testamento, devem mandar-se extrahir da totalidade da herança as despezas do funeral, e a importancia das dividas em que todos os herdeiros conviêrão, na conformidade da nota 138, e dividir-se o resto em duas partes iguaes, adjudicando-se uma dellas ao conjuge que sobrevive, e subdividindo-se a outra em tantas partes iguaes quantos os herdeiros do conjuge fallecido, pagando-se por esta meiação as despezas do bem da alma, na conformidade da nota 146. Tendo o defunto disposto da sua terça, e havendo dotes conferidos, deve a deliberação, da partilha fazer-se de outra maneira, a saber: sommada a importancia dos bens, que existião em poder do defunto ao tempo da sua morte, e satisfeito o funeral e dividas, do restante se dê a metade ao viuvo ou viuva; da outra metade se tire a terça para o legatario della; e, ajuntando-se os dotes conferidos aos dous terços restantes, se divida tudo com a possivel igualdade entre os coherdeiros do defunto, satisfazendo-se pela terça a importancia do bem da alma e legados. Se os herdeiros dotados se absterem da herança para se lhes inteirar o seu dote pela legitima e terça, então só o restante desta se dará ao legatario, na conformidade da nota 117. Se os dotes não tiverem

---

Confesso que acho improcedente a doutrina deste julgado, que attribue ao despacho de deliberação da partilha effeitos que sómente tem a sentença final do inventario. E' conveniente dar-se vista da partilha antes de julgada por sentença praxe recommendada por autoridades taes como *Mell. Freire*, tomo 3<sup>o</sup>, tit. 12, § 14; *Pona*, cap. 15, n. 27, e *Vallasco*, de Partit., cap. 4<sup>o</sup>, n. 3.— Vej. sobre este cap. Ram., Instit. Orphan., § 122 e notas.



sido legitimamente constituídos, toda a sua importancia fará em beneficio da terça (b), e se não tiverem sido insinuados, excedendo á taxa legal, acontecerá o mesmo a respeito do excesso, segundo dissemos na nota 122. Se os herdeiros succederem *in stirpes*, veja-se a nota 76.

(178) Se o casamento se tiver contrahido na fórma do direito *commum*, ou por dote e arrhas, e não tiver havido filhos (porque, havendo-os, se communicão logo os bens, ainda que a communicão se tenha excluído) (c) neste caso a deliberação da partilha

(b) Ha perfeito engano no autor quando diz acima que, sendo os dotes illegitimamente constituídos, a sua importancia virá em beneficio da terça; no caso figurado a importancia dos bens illegitimamente doados pelo finado vem augmentar o monte, e por conseguinte as legitimas e a terça. A razão é simples: a doação feita illegitimamente é nulla, é como se nunca houvesse sido feita, e portanto os bens que a constituirão nunca sahirão do poder do doador, por isso que este nunca se desfez delles por meio legitimo.

E' igualmente inexacto que os excessos das doações não insinuadas revertão em beneficio da terça: taes excessos estão no mesmo caso dos bens dotados illegitimamente, e vêm augmentar, não sómente a terça do doador, mas tambem as legimas *Lobão, Diss. 6ª do 2º vol. das Ac. Sum., § 10; nota 2ª ao art. 1198 da Cons das Leis Civis.*

Quando se deverá julgar o casamento contrahido por contrato dotal, e sem communhão de bens? Vej. *Lobão, Exec., §§ 272 e 273, e Guerr., Trat., liv. 7º, cap. 15.*

(c) Não é exacta a proposição que avança o autor no parenthesis, porquanto nunca se sustentou no direito portuguez que o nascimento de filhos fizesse romper o contrato exclusivo de communhão de bens feito na occasião do casamento.

A Ord. do liv. 4º, tit. 46 pr., manda observar a respeito dos bens o que entre os esposos fór convencionado; estatuido o mesmo se vê nos tits. 47 pr., 95, § 3º; 96, § 24, etc.

A Ord. do liv. 4º, tit. 46, estabeleceu como costume do reino, e portanto como regra geral os casamentos com a communhão de bens, mas reconhecendo que aquelles que entrão para uma sociedade têm o direito á propriedade dos bens que cada um leva, mandou que fosseu observados os pactos que nesse sentido fizessem os conjuges. Sendo ponto duvidoso se, no caso de pacto antenupcial exclusivo da communhão, na falta de filhos, a superveniencia destes rescindia o pacto e subsistia este, por poder dar-se a hypothese de fallecer os filhos na constancia do matrimonio: *Guerr., Quest. 98, n. 24; Lobão, Exec.,*

é muito diversa. Dos bens descriptos no inventario se manda separar o capital, com que entrou para a sociedade o conjuge que sobrevive, e aquelle com que entrou o conjuge fallecido; o resto reputa-se lucro, ganancias, ou adquiridos na constancia do matrimonio. O que resta dos adquiridos, depois de satisfeitas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio, reparte-se igualmente entre o conjuge que sobrevive, e os herdeiros do fallecido, se outra cousa não foi ajustada no contrato esponsalicio, porque então se deve observar á risca o que os conjuges ajustarão: Ord. do liv. 4º, tit. 46. Se os adquiridos

§ 274; *Leiva, Dir. Orphan., cap. 4º, §§ 45 a 47*: como pôde ser aceita a proposição absoluta de Pereira de Carvalho?

Veja-se C. da Rocha, § 257 e seguintes; B. Carneiro, § 133 e segs.; *Consol. das Leis*, art. 88 e notas; *Lafayette, Dir. de Fam.*, § 68, etc.

Quando fallece um dos conjuges, os filhos que ha do casal succedem nos bens de seu pai ou mãe fallecido, como no regimen da communhão; a differença está em que não existem bens do casal senão os adquiridos na constancia do matrimonio, e que os filhos succedem nos bens proprios de seu pai ou mãe, isto é, nos que um ou outro possuia ao tempo que se casou. Qual a razão por que o nascimento dos filhos romperia o contrato? Se tal acontecesse melhor seria que a lei não admittisse casamentos senão pelo costume geral da communhão, porque se os pactos limitativos ou restrictivos desta dependessem do nascimento dos filhos, em quasi todos os casamentos romper-se-hião logo os contratos, pois que é raro o casamento de que não provém a prole.

O autor cahio neste engano por ter querido commentar com o seu parenthesis umas palavras de Vallasco no cap. 23 de Partit., n. 3, sem ter-se, porém, dado ao trabalho de lér o que elle expende até o n. 7 do citado capítulo.

Vallasco, dizendo — *et sine prole legitima* — não quiz significar que quando esta existir não se devão observar os pactos exclusivos da communhão, e, que a partilha dos bens de um dos conjuges que haja fallecido não deva ser feita como elle a indica nos ns. 3, 4, 5, 6 e 7 do cap. cit., tanto que no n. 7 ensina que os debitos existentes na occasião do fallecimento do marido devem ser pagos pelos lucros ou acquestos do casal, e se estes não existirem, pelos bens do marido, *etiamsi debita sint contracta pro alimentis, communium filiorum*, acrescenta elle; o que Vallasco quiz foi exemplificar o caso de successão testamentaria, não havendo filhos, nem descendentes

Nenhum fundamento tem, por conseguinte, a proposição do autor.

Podem [os conjuges, na constancia do matrimonio, revogar de com-

não chegarem para o pagamento das dividas, devem satisfazer-se pelo capital do marido; *Gan.*, dec. 200, *Guerreiro.*, *Trat.* 2º, liv. 6º, cap. 4º, e *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 23, n. 7. Do capital do marido se devem tambem satisfazer as arrhas promettidas; e só o resto do dito capital e dos adquiridos, se os houver, é partivel pelos seus respectivos herdeiros, depois de satisfeita a importancia do funeral e bem da alma: *Vallasco*, *cit. loc.*, n. 13. As arrhas não podem exceder á terça parte do dote que a mulher levou para o casal: *Ord.* do liv. 4º, tit. 47. E' controverso se as arrhas precisão de insinuação, excedendo a quantia legal? Parece-me dever distinguir-se, porque, ou aquelle que as promette entra para a sociedade com maior porção de bens, ou com igual, ou com menor: no primeiro caso parece que, sendo as arrhas o premio do sacrificio que a mulher faz em renunciar a communicação dos bens, constituem um contrato oneroso, que não precisa de insinuação para sua validade; no segundo e terceiro caso parece haver uma rigorosa doação, que depende de confirmação do soberano, excedendo á quantia da *Ord.* do liv. 4º, tit. 62, triplicada pelo *Alv.* de 16 de Setembro de 1814 (d). Ao capital da mulher pertencem todos os bens que durante o matrimonio houver a título de herança, legado, doação ou outro semelhante; não, porém, assim os que provierem de seu trabalho ou industria, pois que estes se communicão entre os conjuges: *Ord.* do liv. 4º, tit. 44, § 2º, e *Guerreiro*, *Trat.* 2º, liv. 7º, cap. 16.

Admittida a opinião de que nesta especie de casamento se

mum accordo os pactos ante-nupciaes limitativos ou exclusivos da communhão.

Veja a nota 17 ao art. 83 da *Cons. das Leis Civ.*, 3ª edição, e o *Acc. da Rel.* da cõrte de 12 de Novembro de 1872.

(d) Não foi o autor feliz nas distincções que fez na nota para solver a questão de saber-se, se as arrhas devem ou não ser insinuadas quando excedem á taxa legal; porquanto, quer o marido tenha trazido para o casal maior porção de bens que a mulher, quer tenha trazido porção igual ou inferior, nem por isso as arrhas deixão de ser uma doação, e como tal devem ser insinuadas pena de não valerem no excesso da taxa legal. Em que é que as arrhas dadas pelo marido rico á mulher pobre constituem um contrato oneroso?

Accresce que a hypothese figurada pelo autor não se podia dar no direito portuguez, á vista do disposto na *Resol.* de 23 de Outubro

communição os fructos dos bens, resta vermos se para se julgarem communicados é necessario estarem colhidos ou vencidos ao tempo da morte do primeiro conjuge. Os fructos naturaes só se communicão depois de colhidos, e por isso passão com o predio, satisfeitas as despezas da cultura, salvo se deixárão de colher-se por dólo no tempo competente, porque então se julgão communicados, apezar de não colhidos. Os que dolosamente se colhêrão antes do tempo não se communicão. Emquanto aos fructos civis, deve ter-se como regra que só se communicão os vencidos durante o casamento. As rendas dos predios rusticos, por isso que são o preço da renda que elles produzem, só se reputão vencidas depois da colheita, e só então se communicão. Não acontece, porém, o mesmo a respeito das rendas dos predios urbanos, que, por serem o preço da habitação, se vencem dia por dia. A respeito dos fóros, a melhor opinião é que só se vencem e communicão no dia do vencimento. Tendo-se desencaminhado a escriptura esponsalicia, e a nota do tabellião que a fez, póde o seu conteúdo provar-se por testemunhas; é, porém, necessario: 1º, que se prove o desencaminho por um modo legal, para se evitar qualquer fraude; 2º, que as testemunhas declarem o teor do instrumento desencaminhado, o dia e lugar em que foi feito, as testemunhas que

---

de 1700, que julgava nullas as arrhas que excedessem o terço do dote: como se poderia dar o caso de arrhas superiores ao dote?

Quaes os bens que têm a natureza e privilegios dos *dotaes*, quaes os *paraphernaes* e quaes se devão considerar *adquiridos*? — *Val.*, *Cons.* 103; *Guerr.*, *Trat.* 2º, *liv.* 7º, *cap.* 8º e 16, n. 36; *Lobão, Exec.*, §§ 275 a 277; *Cabedo, Dec.* 183, n. 3, e *Ram., Inst. Orphan.*, nota 903, etc.

Como faz-se a partilha entre os filhos do primeiro e do segundo matrimonio? Veja *Guerr.*, *de Division.*, *liv.* 2º, *cap.* 14.

Deliberação da partilha quanto á successão do filho do primeiro matrimonio, que deixou irmãos germanos, pela mãe binuba: *Acc. e arrazoados no Dir.*, *vol.* 15, *pag.* 81 a 102.

O regimen dotal regula se hoje em Portugal pelas disposições dos arts. 1134 e seg. do Cod. Civ. Portuguez, e quanto á communhão dos adquiridos na constancia do matrimonio — arts. 1125 e seg.

Os contratos ante-nupciaes não valem contra terceiros sem escriptura publica, sem expressa exclusão da communhão, sem estimação e sem insinuação, nos casos em que a lei exige; *art.* 3º, § 9º, *da lei de 24 de Setembro de 1864*, e *art.* 137 *do Reg. de 26 de Abril de 1865*.

## § 98

Na deliberação da partilha se devem attender ou desattender as dividas passivas carregadas no inventario (179), declarar a natureza dos bens (180), regular a successão

assignarão nelle, e o tabellião que o fez; 3º, que essas testemunhas sejam discretas e entendidas, e que declarem não estar viciado; nem suspeito o instrumento a que se referem: Ord. do liv. 3º, tit. 60, § 6, Guerreiro, Trat. 2º, liv. 7º, cap. 16, n. 6 até 12, e *Surd.*, *Cons.* 114, n. 4.

(179) Justificadas as dividas pelos respectivos credores, mandão-se os autos das justificações appensar ao inventario, e segundo o que os coherdeiros dizem verbalmente no acto da alimpação da partilha, ou por escripto, quando se lhes dá vista, é que o juiz as attende ou desattende no despacho da deliberação. Os requisitos necessarios para serem attendidos, e para se deverem separar bens para seu pagamento, podem vêr-se nas notas 137 e 138 (e).

(180) Todos os bens se presumem por direito livres, e allodiaes; e por isso se algum dos coherdeiros allegar que alguns dos descriptos no inventario lhe pertencem precipuamente por serem vinculados, só o juiz os declarará como taes, apresentando-se-lhes instituições claras e expressas, ou sentenças passadas em julgado: L. de 3 de Agosto de 1770. E ainda que esse coherdeiro pretenda provar a existencia do vinculo pela posse immemorial (prova que tambem admite a citada lei), o juiz do inventario o não deve admittir a isso, pois que, dependendo esta questão do conhecimento ordinario, é alheia do juizo divisorio, e por isso em tal caso se devem mandar partilhar esses bens como allodiaes e livres, remettendo-se para a via ordinaria aquelle que os pretende mostrar vinculados pela posse ou prescripção immemorial. Os bens, que se mostram sujeitos a encargos pios ou *onus* de missas, não devem ser

(e) Nas partilhas, nos inventarios em que são interessados orphãos, podem separar-se bens, para pagamento dos credores, realizando-se este pela venda dos bens em praça ou pela adjudicação, se não houverem arrematantes. — *Av.* n 198 de 7 de Julho de 1870.

dos prazos (181), e o modo por que devem ser encabe-

considerados como bens de vinculo, pois que para isso se requer tambem a expressa prohibição da alienação, e os outros requisitos, que constituem o verdadeiro vinculo ou morgado sendo indubitavel que os bens simplesmente sujeitos a encargos pios, ou *onus* de missas, são considerados para a partilha como allodiaes, com a differença de passarem com o dito encargo, que se deve ter em vista no acto da avaliação: Alv. de 14 de Janeiro de 1807, § 3º; Mel. Freire, tomo 3º, tit. 10, § 3º, e Reinoz., obs. 68, n. 18. Ainda quando se apresentem instituições claras e expressas, por onde se mostre que os bens são vinculados, lhes não deve o juiz dar attenção alguma, se, sendo posteriores á citada lei de 3 de Agosto de 1770, lhes não tiver precedido licença régia, sem a qual se não podem desde então instituir vinculos alguns. (f).

(181) Não basta que o cabeça de casal descreva como emphyteuticos alguns bens, para o juiz da partilha os dever declarar como taes no despacho da deliberação: é indispensavel para isso que se apresentem as investiduras, e que ellas tenham todos os requisitos legaes, ou pelo menos concorrão presumpções tão fortes e vehementes, que tornem quasi indubitavel serem emphyteuticos os bens, que como taes se descreverão. No numero destas presumpções podem contar-se as seguintes: 1ª, terem-se sempre considerado como emphyteuticos nos inventarios antecedentes; 2ª, ter-se sempre pago fôro ao senhorio; 3ª, ter-se sempre pago laudemio nas alienações, e 4ª, acharem-se alguns reconhecimentos dos antigos emphyteutas. Constando, pois, ao juiz, por alguns dos modos sobreditos, serem emphyteuticos alguns bens descriptos no inventario, deve ter em vista a natureza do emprazamento para por ella regular a successão, advertindo: 1º, que os prazos, de qualquer natureza que sejam, nunca se podem dividir por glebas: Ord. do liv. 4º, tit. 36, § 1º, e tit. 96, § 23, e Mel. Freire, parte III, tit. 11, § 18; 2º, que os hereditarios, ou fateozins são partiveis por estimação

(f) Não é appellavel o despacho que manda excluir do inventario certos bens por serem dotaes.—*Acc. da Rel. da cõrte de 25 de Junho de 1878 (Dir. 17—238.)*

entre todos os coherdeiros, adjudicando-se a um delles : Ord. do liv. 4º, tit. 36, § 1º; tit. 37, § 6º; tit. 96, §§ 23 e 24, e *Mel. Freire*, cit. loc., § 22; 3º, que os familiares e de nomeação paixão precipitadamente áquelle a quem forão nomeados; e na falta de nomeação, áquelle que se acha comprehendido na investidura, preferindo sempre o mais proximo ao mais remoto, sem ter lugar o direito da representação, o varão á femea, e o mais velho ao mais novo: cit. Ord. do liv. 4º, tit. 36, § 2º; tit. 37, § 6º, e *Mel. Freire*, cit. loc., §§ 22 e 24. Na falta de descendentes succedem os ascendentes pela mesma ordem; e na falta de uns e outros, os collateraes, sem que possa succeder em caso algum o conjuge que sobrevive, quando o prazo é familiar: Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 24. Nunca póde haver duvida sobre a natureza do empraçamento, apparecendo a investidura, porque della consta necessariamente se é familiar, ou hereditario, ou de nomeação livre ou restricta. De que natureza deverá, porém, julgar-se o empraçamento, de que não apparece a investidura? Os doutores não se conformão a este respeito, dizendo uns que em tal caso se deve reputar por fateozim hereditario, como *onus* menor e mais favoravel ao emphyteuta: *Peg.*, forens., tomo 3º, cap. 28, n. 374; *Franç. a Mend.*, art. 38, n. 14. Outros o presumem de vidas, por serem mais frequentes neste reino semelhantes prazos: *Pereira*, dec. 37, n. 11, e *Vallasco*, de jur. emphyt., Quæst. 1, n. 12. Outros, approximando-se mais á razão, dizem que o prazo, de que não apparece investidura, se deve presumir da mesma natureza de que são os mais prazos do mesmo senhorio, de que apparece investidura: *Reinoz.*, observ. 15, n. 6 e 7, e *Franç. a Mend.*, art. 33, n. 4. Outros finalmente, assentão que, sendo o prazo ecclesiastico, deve presumir-se de vidas, e que sendo secular, e constando ao principio de terras incultas, deve presumir-se fateozim: *Peg.*, forens., tomo 3º, cap. 28, n. 351; *Pereira*, dec. 37, n. 11, e *Pinheiro*, de jur. emphyt., disp. 1ª, sec. 2ª n. 54.

Nesta variedade de opiniões diz com toda a razão o nosso *Almeida e Souza*, Direito Emphyt., § 124, na nota seguinte: Se eu visse um tal prazo sempre regulado por nomeação, e conservado indiviso, ainda por estimação, succedendo-se nelle como nos mais prazos de vidas, o julgaria desta natureza; pelo contrario, se o visse sempre regulado como fateozim, partin-

çados (182), e determinar o quinhão hereditario de cada um dos coherdeiros (183).

do-se entre coherdeiros por estimação, o julgaria fateozim; e quando o julgasse de vidas o declararia na terceira e ultima pelos fundamentos de *Silv.* á Ord. do liv. 4º, tit. 23, § 1, n. 58.

(182) A Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 23, determina que os prazos fateozins se encabeçem em um dos herdeiros, em quem todos ou maior parte delles concordarem, e que esse, em quem assim se encabeçarem, pague aos outros o seu quinhão e a pensão ao senhorio; acrescenta que, não se encabeçando ou não se vendendo dentro de seis mezes, para se repartir o preço, fiquem taes prazos devolutos ao senhorio se elle os quizer. Deve portanto o juiz do inventario, quando houver algum prazo fateozim, mandar notificar os coherdeiros, para em dia, hora e lugar determinado, se proceder no encabeçamento, com pena de revelia. Se comparecem e concordão, neñhuma duvida ha; se comparecem e ha empate, deve dicidir-se por sorte o encabeçamento; se não comparecem, faz o juiz o encabeçamento á revelia. Aquelle, em quem o prazo se encabeça por qualquedestes modos, não póde recusar-se a ficar com elle. Supponhamos, porém, que não concordando os coherdeiros no encabeçamento do prazo, e tratando de o pôr em venda, não houve quem o quizesse: devolver-se-ha porventura ao senhorio? Estou persuadido que não; porque, não se podendo imputar culpa alguma aos coherdeiros em não haver comprador, não deve recahir sobre elles a pena. Neste caso deverá arrendar-se e repartir-se a renda, ou desfructal-a cada coherdeiro por determinado tempo até haver comprador.

O mesmo devia fazer-se no caso de se não encabeçar nem vender dentro de seis mezes, e de o não querer o senhorio. Sendo menores todos os coherdeiros, termos em que não podem votar no encabeçamento, deve fazer-se por sorte. Não é necessaria esta fórma de encabeçamento, de que trata a cit. Ord., nos casos seguintes: 1º, quando o prazo foi adquirido na constancia do matrimonio, porque então fica *ipso jure* encabeçado no conjuge que sobrevive: *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 26, n. 4 e 5; 2º, quando sobrevive o conjuge que levou a prazo para o casal, porque tambem fica da mesma fórma enco-



## § 99

Devê intimar-se aos herdeiros interessados e curador

beçado nelle: cit. Ord., § 24; *Vallasco.*, cit. loc., n. 6, e *Pinheiro*, de *Emphyt.*, disp. 4<sup>a</sup>, sec. 5<sup>a</sup>, n. 170; 3<sup>o</sup>, quando o pai em sua vida nomêa e entrega o prazo á um dos filhos, porque esta disposição do pai faz cessar a da lei; e o filho assim nomeado, e encabeçado pelo pai, é quem indepenlente de outro encabeçamento, deve satisfazer a estimação aos mais filhos e herdeiros: *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 25, n. 21, 22 e 23. Não acontecerá o mesmo se o pai em seu testamento determinar que o prazo se encabece neste ou naquelle de seus filhos nem quando o tomar no seu terço; porque a cit. Ord. resiste a tal modo de encabeçamento, e deve, ainda nestes casos, proceder-se a elle pelo modo que a mesma Ord. determina, apezar de serem de opinião contraria *Vallasco*, de *Partition.*, cap. n. 24 até 28; *Guerreiro*, parte II, liv. 2<sup>o</sup>, cap. 8<sup>o</sup>, n. 36 e 37, e *Almeida e Souza*, *Dir. Emphyt.*, § 526. Veja-se a nota 156.

(183) Não só pertence ao juiz o determinar a quota da herança, que compete a cada coherdeiro, na fórma da nota 177; compete-lhe igualmente designar os bens em que ella deve ser preenchida, cotando á margem os mesmos bens para evitar a extensão do despacho. Sem fundamento assentão alguns ser isto uma usurpação que os juizes fazem aos partidores, por ser áquelles, e não a estes, que a lei commette com especialidade a divisão dos bens. O juiz que se der a este trabalho evitará milhares de violencias, que alguns partidores, combinados com os escrivães, costumão fazer, deitando os melhores bens áquelle dos herdeiros que mais lhes dá, e ficando quasi sempre os orphãos com o peior por não terem que dar. Pelo menos deve o juiz cotar os bens em que ha de fazer-se a legitima dos coherdeiros menores, porque neste caso já o arbitrio dos partidores não é tão funesto nem tão amplo. Veja-se *Corrêa Telles*, *Trat. das Ac.*, § 150, nota 1 (g).

(g) Deve igualmente o juiz indicar os bens sujeitos á decima da herança segundo a lei provincial que regular a cobrança ou segundo o *Decr. de 31 de Março de 1871*.

o despacho da deliberação da partilha (184), e podem recorrer delle (185).

## CAPITULO XVII

### DA PARTILHA

#### § 100

Deliberada a partilha, procede-se a ella com a possível brevidade (186).

(184) Em todos os processos, ainda os mais summarios, a intimação dos despachos é de absoluta necessidade, e sem ella não se passa em julgado. E como poderião interpôr-se os recursos, que a lei concede, ignorando os despachos, de que se deve recorrer? E' portanto erronea a pratica de alguns juizos, aonde o despacho da deliberação da partilha fica em segredo até que a mesma partilha se conclua, e se julgue por sentença.

(185) Alguns autores, considerando o despacho de deliberação de partilha como tendente a ordenar o processo, assentão que só no auto do processo se póde aggravar delle, na conformidade da Ord. do liv. 3º, tit. 20, § 46. Se attendermos, porém, a que este despacho póde trazer comsigo um damno irreparavel, e se considerarmos que qualquer excesso, ainda a respeito de ordenar o processo, é caso de agravo por petição ou instrumento nos juizos summarios, Mend., parte I, liv. 3º, cap. 19, n. 8, proscreveremos necessariamente semelhante opinião, e diremos que do despacho, que delibera a partilha, não só se póde aggravar no auto do processo, mas por petição ou instrumento, sendo aqui applicável o que dissemos nas notas 7 e 33 (e).

(186) Isto é, depois de intimada a deliberação aos coherdeiros

(e) Veja-se a nota (a).

Os despachos de deliberação de partilha devem ser proferidos, nas comarcas geraes, pelos juizes municipaes e dos orphãos, por serem meramente interlocutorios.—*Avs. n. 484 de 1872, e ns. 92 e 285 de 1873.*

e interessados, e depois de ter passado o termo dentro do qual podião recorrer.

Tendo-se aggravado por instrumento, procede-se á partilha logo que o aggravado se prepara e expede, e, tendo-se aggravado por petição, procede-se á partilha quando os autos voltão sem provimento do juizo *ad quem*, excepto se o juiz do inventario mandou escrever o aggravado em separado, e sem prejuizo da execução, porque em tal caso se pôde logo proceder na dita partilha. Veja-se a nota 7 (a).

(a) Quaes são as excepções que podem ser allegadas e recebidas no inventario para suspender a partilha? São todas as prejudiciaes?

A natureza do processo do inventario e o fim a que elle se propõe impedem que nelle se ventilem questões de alta indagação, que acarretarião prolongada demora e graves prejuizos para os bens.

Não se segue, porém, daqui que toda e qualquer questão que se suscite no inventario deva ser remettida pelo juiz á via ordinaria; a má interpretação dada ao § 11 da Ord. do liv. 4º, tit. 93, que não pôde ser entendida senão á vista, e de accordo com as disposições do § 12 da mesma Ord. e § 2º da do tit. 95, pôde autorisar a praxe de negarem alguns juizes attenção até ás excepções prejudiciaes que podem demorar o andamento do inventario e a partilha: contra semelhante praxe protesta Lobão no § 636 do seu Trat. das Obrig. Recip., e no nosso entender com justa razão.

As excepções de *incompetencia* e de *suspeição* do juiz podem ser oppostas no começo do inventario, pelo inventariante, ou por qualquer dos herdeiros, e como ellas podem ter por fim não sòmente impedir que o juiz faça a partilha, como tambem que faça o inventario, deverão taes excepções ser allegadas, pelo inventariante quando fôr citad<sup>o</sup> por ordem do juiz para vir dar começo ao inventario, por qualquer dos herdeiros, quando constar que o inventariante prestou juramento ou fez arrolamento de bens, ou quando forem os herdeiros intimados para a louvação de avaliadores. A excepção de suspeição deve ser opposta antes da de incompetencia, por isso que depois desta não teria razão de ser: *Secco, Orphan. Pratica, art. 25.*

Quanto a estas excepções, não existe duvida, como se vê.

Resta, porém, saber se pôde o inventariante oppôr qualquer duvida, que traga a demora da partilha, sem que tenha lugar o sequestro de que trata a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 12, e se a duvida opposta pelo inventariante, exigindo maior discussão, deve ser discutida sem suspensão do inventario, e remettida aos meios ordinarios; ou haverá casos em que tal duvida deva ser discutida com suspensão da partilha?

A Ord. do liv. 4º, tit. 95, § 2º, dispõe que se o conjuge sobrevivente

## § 101

Chama-se partilha a divisão que se faz de toda a herança entre os herdeiros do defunto.

*allegar alguma justa razão por que taes bens ou terras, que do defunto forem, lhe pertencem ou tem em ellas direito algum, e as pessoas fossem taes, de que se tema virem a pelepas e arruidos, mandamos que os ditos bens e terras se ponhão em sequestro em mão de pessoa fiel e idonea, que os tenha, até ser determinada por direito a quem pertencem.*

Da disposição supra pôde concluir-se:

1.º Que o conjugue sobrevivente cabeça de casal pôde allegar no inventario propriedade que tenha nos bens que se pretende inventariar.

2.º Que tal questão suscitada pelo inventariante discute-se, com suspensão do processo do inventario e da partilha, pois que a lei considera a allegação de dominio feita pelo inventariante *justa causa* para isso.

3.º Que se os interessados forem pessoas *de quem se tema virem a pelepas e arruidos*, o juiz mandará pôr em sequestro os bens de herança até que se decida a questão proposta pelo inventariante.

Vê-se, portanto, que o conjugue sobrevivo pôde fazer suspender o inventario e retardar a partilha, allegando dominio sobre os bens que se vai inventariar, e que pelo facto de tal allegação não deverão os bens da herança ser sequestrados desde que os interessados não sejam pessoas de que se possa receiar *pelepas e arruidos*.

Contra estas conclusões, e por conseguinte contra a disposição do § 2º da Ord. de liv. 4º, tit. 95, parece achar-se o § 12 da Ord. do liv. 4º, tit. 96.

Diz o cit. § 12: *E começando alguma pessoa dar partilha a seus filhos ou irmãos, ou a quaesquer outros herdeiros, não poderá dilatar, nem deter a dita partilha por duvidas algumas que depois mover. E se a pessoa, que está em posse da herança, antes de começar a dar partilha, allegar algumas duvidas, sobre que deva haver demanda, será tirada da posse da herança e bens, e es ditos bens e novidades d'elles se sequestrarão até as duvidas se acabarem. E não se acabando as partilhas e duvidas dellas dentro de um anno, contado do dia da morte do defunto, logo os bens e heranças se sequestrarão, salvo constando notoriamente que não se acabárão as partilhas e duvidas dellas dentro no dito anno por culpa do possuidor, senão dos outros herdeiros. E o mesmo se guardará, quando alguns dos herdeiros tiver em si dote ou cousa que deva trazer á collação, e disser que quer ser herdeiro, e mover alguma duvida acerca do que*

assim é obrigado trazer á collação; porque logo o juiz das partilhas de seu officio sequestrará o dito dote ou cousa, posto que lhe não seja requerido pelas partes.

A ordenação acima manda sequestrar os bens da herança, desde que a pessoa, que está em posse da herança, allegar, antes de começar a dar partilha, algumas duvidas sobre que deva haver demanda; o preceito é, como se vê, geral; o sequestro deve ter lugar sem distincção de serem os interessados pessoas *de que se tema virem a pelegas e arruidos*, como quer a Ord. do liv. 4º, tit. 95, § 2º, sendo bastante para autorisar o facto de vir a pessoa que está de posse da herança allegar *duvidas sobre que deva haver demanda*.

Parece clara a antinomia entre as duas disposições da do tit. 96, § 12, e da do tit. 95, § 2º.

Lobão no seu *Tratado das Obrigações Reciprocas*, §§ 692 e 693, e depois d'elle Secco, na sua *Orphan. Practica*, nota 82 ao art. 28, procurará conciliar as duas ordenações.

Em primeiro lugar procura Secco mostrar, na nota 72 ad art. 23, que o § 12 da Ord. do liv. 4º, tit. 96, reconheceu e admittio que o conjuge sobrevivente tem o direito de allegar duvidas sobre os bens que têm de ser inventariados e partilhados, e que a sua allegação suspende o inventario e retarda as partilhas, tanto que a mesma Ord. manda que se proceda a sequestro dos bens da herança até que se terminem as questões e que sejam resolvidas as duvidas portanto a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 12, como a do tit. 95, § 2º, reconhece que ha questões de alta indagação, que podem deixar de ser remettidas aos meios ordinarios, para serem tratadas, sem suspensão do inventario, e nesse caso está a duvida que propuzera o cabeça de casal antes de começar a dar partilha.

De que natureza, porém, devem ser essas *duvidas*? pergunta Secco.

Devendo-se entender estas duas ordenações uma em referencia á outra e completando-se mutuamente, segue-se que as *duvidas, sobre que deva haver demanda*, de que falla a Ord. do liv. 4º, tit. 93, § 12, é a mesma allegação de dominio sobre os bens ou terras que houver deixado o defunto, e que a Ord. do liv. 4º, tit. 95, § 2º, considera *justa razão* para suspender-se o inventario e retardar a partilha.

« Preenchidas e entendidas deste modo, determinando ambas o mesmo, ainda que por differentes expressões, a sua versão é, no tit. 95, *se o cabeça de casal allegar alguma justa razão de seu dominio, ou algum direito em os bens da herança sobre que deva haver demanda*; como no tit. 96, contendo o mesmo pensamento a mesma disposição, e, se o cabeça de casal allegar algumas duvidas do seu dominio, ou algum direito, em os bens da herança, sobre que deva haver demanda. » Secco, *Orphan. Prat.*, nota 72 ao cit. art. 23.

E mais adiante acrescenta:

« Explicada e entendida assim a Ord., tit. 96, é concludente que o

fundamento das *duvidas* e causal da *demanda* é o mesmo *dominio* ou o *algum direito* do cabeça de casal em os bens da herança, declarado explicitamente na do tit. 95, e subentendido implicitamente na do tit. 96, pela palavra *demandá*, como effeito das allegadas *duvidas*, fundadas no *dominio* ou *direito*.

« Concludente é, pois que o allegado *dominio* ou o *algum direito* (direito do cabeça de casal em os bens da herança) é sempre o unico e limitado fundamento da allegada *justa razão* do tit. 95, e das allegadas *algumas duvidas* do tit. 96; e por isso que nenhuma outra excepções fóra deste fundamento—o *dominio* ou *direito* do cabeça de casal—podem ser admittidas: todas as mais, *prejudiciaes*, sendo offerecidas, devem ser regeitas e tidas de dolosas, para *dilatár e deter* o inventario e partilha — tit. 96, § 12 — e deve então decretar-se o sequestro contra o cabeça de casal que as produz, salvo as excepções de *incompetencia* ou *suspeição*, se deduzidas forão. » Secco, loc. cit.

Quanto á discordancia que parece existir entre as duas ordenações supra referidas, Lobão no § 693 das *Obrig. Recip.*, e Secco, *obr. cit.*, na nota 82, ao art. 28 procurão destruil-a, dizendo que a Ord. do tit. 96, § 12, ordena o sequestro dos bens da herança, quando o cabeça de casal allegar *duvidas*, unicamente no caso de serem as mais interessadas *pessoas taes, de que se tema virem a pelepas e arruidos*; assim se deve interpretar a Ord. cit. de accordo com a do tit. 95, § 2.º « E de outro modo, acrescenta Lobão, seria iniqua uma lei, que logo que o possuidor da herança oppuzesse alguma excepção (sendo permittidas muitas, como temos visto) contra os pretendentes das partilhas, lhe comminasse um sequestro tão odioso, como se nota na Ord., liv. 3, tit. 31 e tit. 73, § 3, só porque oppõe uma *duvida justa*. Toda a lei se deve interpretar em termos que não produza absurdos. E devemos assentar que, cessando o temor das rixas, só passando o anno de embaraço é que tem lugar o sequestro, que determina a segunda parte do dito § 12. » Lobão, *obr. cit.*, § 693.

O sequestro que a Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 12, manda fazer dos bens da herança, quando no fim de um anno não se terminarem as partilhas e as *duvidas* offerecidas, parece que se deve, com effeito, entender com tendo lugar no caso de haverem sido os bens da herança deixados em poder do cabeça de casal, quando, apezar das *duvidas* por este allegadas, não houver receio de que os interessados promovão discussões e contendas, combinando assim a disposição do § 12 do tit. 96, acima citada, com a do § 2.º do tit. 95.

Em resumo, parece-nos que do que fica exposto se pôde concluir :

1.º Que as excepções de *suspeição* e de *incompetencia* podem ser allegadas pelo inventariante, ou por qualquer dos herdeiros, e devem ser discutidas e decididas com preterição do processo do inventario.

## § 102

A partilha deve ser feita na presença do juiz pelos partidores do juizo (187).

## § 103

Sendo estes impedidos, devem os coherdeiros louvar-se em quem haja de fazê-la (188).

(187) Alv. de 21 de Junho de 1759. O escrivão do respectivo

2.º Que a allegação de dominio por parte do cabeça de casal sobre os bens que se offerecem a inventario, dando origem a uma demanda, deve esta ser discutida, e decidida com suspensão do inventario e retardamento da partilha, até final decisão da causa.

3.º Que o sequestro dos bens da herança tem lugar na occasião em que o cabeça de casal allega as suas duvidas, se ha receio de que os mais interessados, ou o proprio inventariante, sejam capazes de pro-  
ver contendas; quando não houver este receio deve ter lugar o sequestro, se no fim de um anno não estiverem terminadas as partilhas e as duvidas oppostas pelo cabeça de casal.

Suspendem, em regra geral, as partilhas todas as excepções prejudiciaes, pois têm sempre como objecto uma questão preliminar, que deve ser préviamente decidida, quer entenda a questão com um facto, quer com uma qualidade pessoal: *Pereira e Souza, Prim. Lih.*, nota 231. Assim devem sempre suspender a partilha:

a) A acção da nullidade do testamento: *Peg. á Ord. do liv. 1.º, tit. 87, § 4.º, n. 9; Guerr., de Invent., liv. 1.º, cap. 10, n. 66; Secco-Orph. Prat., art. 23, § 1.º, n. 2; Lobão, Acç. Sum., § 334, 1.º vol., etc.*

b) A de petição da herança, intentada por haver sido o herdeiro repellido pelo cabeça de casal, allegando este contra aquelle carencia da qualidade hereditaria: *Secco, obr. cit., n. 1; Pereira e Souza, loc. cit.; Val., de Part., cap. 2.º, n. 21; Lobão, Acç. Sum., § 313, etc.*

c) A de filiação, ainda fundada em reconhecimento paterno: *Accs. da Rel. do Maranhão de 6 de Dezembro de 1873 e de 22 de Junho de 1875, e do Sup. Trib. de Just. de 27 de Julho de 1875 (Dir. vol. 12, pag. 110).*

d) Em geral toda a acção em que se proponha a solução de duvida, da qual dependa a regular formação da partilha: *Secco, loc. cit.; Lobão obr. cit., § 334, etc.*

Vej. Col. do Proc. Civ. Portuguez., art. 724.

## § 104

As qualidades essenciaes de uma boa partilha são as seguintes: 1ª, observar-se a maior igualdade que fôr possível (189); 2ª, consultar-se a commodidade dos coherdeiros (190); 3ª, evitarem-se litigios futuros (191).

inventario é quem lança nelle a partilha pelo modo que o juiz e os partidores a fazem, começando pelo pagamento das dividas, funeral e bem de alma, passando depois ao da meiação e ao da terça, e em ultimo lugar aos dos herdeiros, começando pelo mais velho. Cada um destes pagamentos, de que ao depois se extrahê um formal separado, deve ser assignado pelo juiz e pelos partidores.

(188) Se ambos os partidores, ou um delles está impedido ou é suspeito, procede-se á louvação, citando-se todos os coherdeiros e o curador para esse fim. Nesta louvação deve proceder-se pela mesma fórma que dissemos no cap. 7º quando tratámos da nomeação dos avaliadores (b).

(189) Devendo presumir-se que o defunto amava igualmente a todos os seus filhos, deve o juiz, debaixo desta consideração, fazer o que o defunto faria, se fosse elle o que repartisse a herança: *Guerreiro*, *Trat.* 2º, *liv.* 2º, *cap.* 14, *n.* 7. Esta igualdade não se desempenha dando a cada coherdeiro uma parte igual da herança, em attenção ao valor dado aos bens de que a mesma se compõe, mas sim dando-lhe uma parte igual no movel, na raiz, no bom, no máo, no certo e no duvidoso, porque de outra sorte haverá uma igualdade apparente e uma desigualdade real. O *Cod. Civ. dos Franc.* no art. 832 determina o seguinte: « Em cada quinhão hereditario deve entrar, podendo ser, a mesma quantidade de moveis, de immoveis, de direitos, e acções da mesma natureza e valor. » Havendo na herança dividas activas, deve o juiz dividir cada uma dellas por todos os herdeiros, á proporção dos seus quinhões hereditarios, porque só assim se evita a desigualdade, no caso de se cobrarem umas

(b) O Av. n. 185 de 19 de Outubro de 1851 manda que sejam proidos unicamente os officios de partidor nos lugares aonde já estejam



e outras não, ou de se cobrarem umas com menos difficuldade e despezas do que as outras. Se houver na herança alguns bens litigiosos, tambem devem partir-se da mesma maneira, porque, não sendo favoravel a decisão, perdem todos, por igual, e se evita a reforma ou emenda da partilha, a qual se tornaria indispensavel, tendo-se dividido desigualmente os ditos bens litigiosos.

(190) Se algum dos herdeiros tiver um predio contiguo a outro pertencente á herança, ou se já tiver neste algum quinhão, deve deitar-se-lhe em legitima, com preferencia a qualquer outro, podendo isso fazer-se sem prejuizo da exacta igualdade da partilha. Se um dos predios da herança dever servidão a outro de algum dos coherdeiros, ou o puder tornar mais fecundo dando-lhe aguas de que precisa, e que de outro modo não pôde ter, tambem se lhe deverá adjudicar com preferencia, debaixo da mesma supposição sobredita: *Guerreiro* Trat. 2º, liv. 2º, cap. 14, n. 24, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum. tomo 2º, dissert. 7ª, § 34; Corr. Tell., Trat. das Ac., § 150 nota 1 (c).

(191) Para conseguir isto deverá o juiz evitar, quanto lhe fôr possível, e quanto o permittir a igualdade da partilha, a divisão ou retalhamento dos predios, porque, além de que semelhantes divisões estragam os mesmos predios; dá-se occasião a rixas e discordias, de que a communhão é mãe fecunda: *Valasco*, de Partition., cap. 72; *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 2º, n. 16,

creados por lei, servindo nos outros lugares os louvados das partes.— Não é permittido a um individuo ser partidor no juizo onde é escrivão seu cunhado, á vista da Ord. do liv. 1º, tit. 79, § 45: *Av. n. 163 de 7 de Julho de 1859.*

Não podem advogar: *Avisos de 25 de Fevereiro de 1864 e de 7 de Março de 1862*; nem pôdem ser collectores e agentes de correio: *Av. de 21 de Outubro de 1861*, nem solicitadores: *Av. n. 29 de 25 de Janeiro de 1871.*

No caso de vaga dos officios de partidores do juizo devem elles ser preenchidos na fórma dos decretos n. 817 de 30 de Agosto de 1851 e n. 4668 de 5 de Janeiro de 1871.

Não podem ser partidores os mesmos peritos que avaliarão os bens: *Alv. de 21 de Junho de 1759.* São incompativeis os cargos de secretario da camara municipal, e o officio de partidor. *Av. de 14 de Março de 1879.*

(c) O não attender-se na partilha á commodidade dos herdeiros é nullidade.—*Dir.*, vol. 17, pag. 311.—*Vej. Val., Partit., cap. 22, n. 19, e Ram., Instit. Orphan., § 125, n. 3.*

## § 105

A partilha, antes de ser julgada por sentença, póde ser

e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tomo 2º, dissert. 7.ª Podendo dar-se predios inteiros a cada um dos interessados, deve preferir-se esta fórma de partilha. Cod. Civ. dos Franc., art. 832 Tambem se conseguirá o fim de se evitarem demandas futuras declarando-se com a possivel exactidão as confrontações dos predios; e quando estes se dividirem entre dous ou mais coherdeiros, é indispensavel tambem que se fação as declarações necessarias a respeito das servidões, regadias e outras cousas semelhantes, porque a falta dellas motiva questões. Conseguir-se-ha, finalmente, o mesmo fim não havendo reposições ou tornas de importancia, porque estas raras vezes se cobrão sem demanda.

(192) A pratica de se dar vista da partilha antes de julgada por sentença é recommendada por *Mello Freire*, tomo 3º, tit.

§ 14; por *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 8º, cap. 5º, n. 33, e por *Po...*, cap. 15, n. 27. A pratica contraria adoptada em alguns juizos é tida por erronea e iniqua pelos melhores doutores, e entre outros por *Vallasco*, de *Partition*, cap. 40, n. 3. Nem obsta Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 22, emquanto determina que, acabada a partilha, sejão os coherdeiros mettidos na posse dos seus quinhões hereditarios, sem embargo de quaesquer embargos, pois que a partilha antes de julgada por sentença não está acabada, e por isso não se verifica o caso da cit. Ord. Veja-se *Corrêa Telles*, Ac., § 151, nota 2 (d).

(d) Unde hæc predicta judicii orphanorum tanquam iniqua et incivilis ac Republicæ noxia, est omninó respuenda et ableganda et antequam judicentur per judicem istæ primæ partiones, debet dari copia actorum et partitionum factorum hæredibus, quo tempore pate-runt allegare errores etiam modicos, et qui non ascendant ad sextam partem, et debet in eis judex providere, antequam partitiones confir-met, quia nec in magno, nec in modico debet pars lædi, si error potest ante definitivam corrigi, etc.: *Val., de Partit., cap. 40, n. 3.*

Esta praxe, com quanto aconselhada por *Vallasco*, como acima se vê, não tem sido geralmente adoptada; em a maior parte dos juizos não se dá vista das partilhas depois de feitas e antes de julgadas, e os

impugnada nos proprios autos (192); e qualquer lesão, por mais modica que seja, deve ser attendida (193).

### § 106

A partilha legitimamente feita, e julgada por sentença, não [pôde rescindir-se (194), e apenas se pôde emendar havendo para isso justa causa (195).

(193) Vallasco, de Partition., cap. 40, n. 3 e 4. Nem obsta a Ord. do liv. 4º, tit. 96, §§ 19 e 20, emquanto sómente manda attender á lesão da sexta parte, excluindo outra menor, porque esta Ord. tão sómente falla do caso em que a partilha já está concluida, segundo se vê das palavras — feita e acabada — palavras que não podem applicar-se á partilha que ainda se não julgou por sentença: *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 3º, cap. 10, n. 8.

(194) Ainda que a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 19, parece excluir a rescisão e revogação da partilha em todo e qualquer caso, comtudo deve ser entendida nos termos habeis, exceptuando-se da sua generalidade as partilhas que forem nullas, porque estas não só devem ser emendadas, mas rescindidas e feitas de novo. Isto mesmo se collige da cit. Ord., pois que falla apenas do caso em que houve engano ou lesão, e não do caso em que houve nullidade, segundo se vê das palavras — e se alguma das partes allegar que a partilha é errada e feita como não deve. — Acresce o acharem-se na cit. Ord., § 18, as palavras: — Outrosim, se não desfarão as partilhas, — as quaes não podem referir-se senão ás partilhas validamente feitas, porque a palavra — desfazer — suppõe validade: *Vallasco*, de Partition., cap. 39, n. 76. Será portanto nulla, e como tal deverá julgar-se a partilha: 4º, se tiver sido feita por juiz incompetente; 2º, se

juizes limitão-se a ouvir os interessados depois do encerramento do inventario: não sendo, pois, obrigatoria, a falta de observancia della não acarreta nullidade. — *Dir.*, 17—311.

Comquanto os enganos nas partilhas não possam ser muito communs desde que os juizes fizerem com attenção a nota dos quinhões que deve ser dada aos partidores, ou em companhia destes procederem com methodo á divisão do monte, todavia parece-nos de utilidade a praxe de dar vista da partilha, porquanto o engano é possível dar-se.

O Codigo do Processo Civil Port. não manda dar vista da partilha sorteada antes do julgamento. — *Art.* 729.

O Cod. do Proc. Civ. Italiano manda dar vista aos interessados no cartorio do notario que procedeu á formação dos quinhões que devem ser sorteados. — *Art.* 893.

tiver faltado a citação de algum dos coherdeiros; 3º, se não se tiverem avaliado os bens; 4º, se estiver tão desordenada que não possa commodamente emendar-se (e); 5º, se aquelle que se diz lesado implorar e obtiver a restituição *in integrum*; 6º, se não tiver havido nomeação de curador: Ord. do liv. 3º, tit. 41 e tit. 75; Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 21; *Vallasco*, de Partition., cap. 39, n. 76; *Barb.* á Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 8º, n. 1, e *Pereira e Souza*, Proc. Civ., parte IV, nota 1021. Se durante a causa da rescisão da partilha se tiver fortuitamente incendiado ou arruinado uma propriedade do casal, de que já estava de posse um dos coherdeiros, todo o prejuizo deve ser por conta da herança, porque, segundo diz *Vallasco*, cit. loc. e *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 8º, cap. 17, n. 3, a cousa perece sempre por conta de seu dono, que neste caso é a herança e não o coherdeiro, pois que a partilha nulla não transfere o dominio.

(195) A causa justa para a emenda da partilha, depois de julgada por sentença, é a lesão; é, porém, necessario que ella

(e) Que a partilha feita tão desordenadamente, que não se possa commodamente emendar, deve ser annullada, o decidiu o Tribunal da Relação, em uma appellação de sentença de partilha, entre partes appellante D. Carlota Teixeira de Azevedo Paiva, e appellada D. Marianna Tiburcio de Azevedo Paiva.

Como o accordão merece grande attenção transcrevémol-o em sua integra :

« Accordão em relação, etc. Que vistos os autos e disposições de direito, com que se conformão, reformão a sentença appellada de fl. 214, que julgou boa e valiosa a partilha decorrida de fl. 182 á fl. 196 para o fim de mandar que sejam ellas annulladas, attenta á evidente lesão que se fez á appellante, como herdeira da terça dos bens que lhe devião pertencer por cabeça de seu fallecido marido Jorge de Azevedo Paiva, em virtude do seu respectivo testamento de fl..., e bem assim a desordem com que se organisou a mesma partilha e que obsta a ser ella commodamente emendada, conforme em tal caso ensinão, com outros juris consultos, Pereira e Souza nas suas *Primeiras linhas civis*, nota 1021 e Lobão, *Notas a Mello Freire*, liv. 3º, tit. 12, § 14, porquanto, devendo a inventariante appellada trazer á partilha, tanto o que ficou por morte de seu marido inventariado, como o que depois comprou ou ganhou antes da mesma partilha, salvo se os filhos ou herdeiros do mesmo inventariado antes quizessem partilha dos bens deixados e dos fructos e renovos desses bens, conforme determina a Ord., liv. 4º, tit. 97, § 7º, vé-se dos autos que tal preferencia se não deu, e, portanto que essa

seja da sexta parte pelo menos, com relação a todo o quinhão hereditario daquelle que se diz leso: Ord. do liv. 4º, tit. 96

ordenação devêra ser fielmente executada em sua letra e espirito, e que o juiz *a quo*, na ausencia dessa preferencia e até sem requerimento da inventariante appellada, que aliás pelas suas declarações de fl... conformava-se com a regra estabelecida, não podia determinar que o inventario e partilha em questão se fizesse pela fórma da excepção, como fez menos juridicamente por seu despacho de fl..., corroborado pelo de fl..., que deliberou a partilha e mandou eliminar desta todos os bens adquiridos pela inventariante appellada depois da morte do inventariado, para serem considerados de sua exclusiva propriedade, sob o allegado fundamento de que a mesma inventariante havia dado contas de todos os rendimentos de seu casal, e de que estes haviam sido absorvidos, ou pelo pagamento de dividas existentes ao tempo da morte de seu marido, ou pelas despezas que ella fizera com a educação litteraria de tres de seus filhos, ora fallecidos; demonstrando-se aliás dos autos que taes rendimentos não forão descriptos no inventario, devendo-se presumir em direito que os bens posteriormente adquiridos pela inventariante appellada o tinham sido com os fructos e renovos dos que existião no seu casal ao tempo do fallecimento de seu marido, em falta de prova de que os bens eliminados viessem de heranças ou doações posteriores, como seria mister; e resultando consequentemente que os rendimentos dos bens *communis* existentes ao tempo da morte do inventariado erão tambem *communis* a todos os seus respectivos herdeiros, e devião ser por elles igualmente partilhados, como accessorios que os acompanhão, e para todos os effeitos juridicos, attentas as disposições das leis 51 Dig., de dom. *intervirum*, et *uxorem*, e lei 6ª Cod. cod., e as doutrinas de Muller ad *Struvium*, liv. 23, tit. 2º, these 56. Accresce que, tendo a appellante de receber a terça de bens, que devião ser aquinhoados a seu fallecido marido em virtude do já indicado testamento de fl..., não podia ella ser desattendida em seus direitos pelo juiz *a quo*, como o foi pelos despachos de fl..., depois de ter ella conhecimento daquelle acto, sob o fundamento anti-juridico de que, devendo ella appellante dar partilha á inventariante appellada dos bens que lhe ficárão por morte de seu marido, filho desta, seria então nella attendida com a correspondente indemnisação, visto como por uma tal decisão deixou-se de emendar a lesão soffrida e de guardar a igualdade na partilha; tão recommendada por todas as leis reguladoras dos juizos divisorios, e deu-se demais á appellante contra a sua vontade uma devedora, quando no juizo divisorio cumpria terminar-se toda a questão, dando a cada herdeiro a sua parte ou quinhão, e condemnando-o a repôr o que porventura demais recebesse, conforme o § 4º da Instituta (liv. 4º, tit. 17) *de off. jud.*

« Finalmente, observa-se da mesma partilha á fl... que ao coherdeiro

## § 107

A emenda da partilha deve requerer-se dentro do tempo determinado pela lei (196) e pelos meios competentes (197).

§ 20; *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 39, n. 28. Apesar disto, porém, costuma-se attender qualquer lesão, por minima que seja, no grão de appellação, por ser a igualdade da essencia da partilha: *Vallasco*, cit. loc., n. 5, e *Frag.*, de *Regim.*, *Reipub.*, parte III, liv. 5º, disp. 8ª, § 8º, n. 278.

(196) Sendo a lesão sómente da sexta parte, deve requerer-se a emenda da partilha dentro de um anno, contado do dia da intimação da sentença ou da sciencia della: *Ord.* do liv. 4º, tit. 96, § 19. Sendo de mais de ametade ou enorme, pôde requerer-se dentro de quinze annos: *Ord.* do liv. 4º, tit. 13, § 5º. Sendo enormissima, pôde não só requerer-se a emenda, mas até mesmo a rescisão da partilha, dentro de trinta annos; cit. *Ord.*, § 10, in fin., e *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 39, n. 53, 54, 55 e 56, e *Guerreiro*, *Trat.* 2º, liv. 8º, cap. 5º, n. 20.

(197) A rescisão ou emenda da partilha pôde obter-se, ou por via de embargos, ou por appellação, ou por acção ordinaria.

João Teixeira de Araujo Pereira, e por cabeça de sua mulher, se aquinhoarão bens do monte como a qualquer outro herdeiro, sem que trouxesse a collação a importancia, assim dos escravos que recebêra do casal, como do predio á rua Sete de Setembro nesta corte, e por elle vendido, conforme declararão a inventariante appellada á fl... e o mesmo herdeiro á fl... e isto com manifesto desprezo da Ordenação, liv. 4º, tit. 97, que assim o determina no intuito de conservar a igualdade de direito entre os differentes herdeiros. Portanto, existindo na partilha, julgada pela sentença, manifesta lesão e gravame contra a appellante por não haver a appellada inventariada descripto todos os bens do casal inventariado, por não ser contemplada na terça dos bens que deverão tocar ao seu marido pelo testamento de fl... e por não ter um dos herdeiros trazido á collação a importancia dos bens que recebêra, e devendo essa lesão e gravame, por minima que seja, ser provida no juizo da appellação, conforme ensinão Pereira e Souza nas suas *Primeiras linhas civis*, nota 1021, e *Vallasco*, de *Partitionibus*, cap. 39, n. 31, e cap. 40, n. 5, reformão a sentença appellada de fl... para o fim de annullar, como annullão, a partilha por ella julgada boa e legal, e mandar que se proceda á nova partilha nos

Nenhum destes tres recursos, porém, suspende a execução da sentença que julgou a partilha. Tanto os embargos, como a appellação, devem interpôr-se dentro do decendio (f), e, passado elle, já nenhum destes recursos tem lugar: Ord. do liv 3º, tit. 79, salvo havendo provisão que dispense no lapso de tempo. Para onde deverá appellar-se da sentença da partilha, quando o inventario não foi feito pelo juiz dos orphãos, a quem pertencia, mas sim por outro magistrado, a quem o soberano o commetteu por especial provisão? Ainda que os doutores não estão de accordo a este respeito, comtudo a melhor opinião é que em tal caso deve appellar-se para o superior legitimo do juiz, que devia fazer o inventario, e não para o daquelle que com effeito o fez por virtude da provisão: *Guerreiro*, Trat. 2º, liv. 8º, cap. 1º, n. 33, e *Cancer.*, 3ª *variár.*, cap. 41, n. 221 e 222. O mesmo que fica dito a respeito da appellação tem lugar a respeito do agravo: *Guerreiro*, cit. loc., n. 34.

---

termos acima indicados, guardando-se nella a igualdade de direito Pague a appellada as custas em que a condemnão.

« Rio, 27 de Abril de 1869. — *Costa Pinto*, presidente. — *Figueira de Mello*. — *Pereira Monteiro*. — *Almeida*. — *F. Queiroz*. » — *Camara*.

No mesmo sentido o Acc. da Rel. de Porto-Alegre de 17 de Agosto de 1874.

(f) A lesão da sexta parte é reclamavel dentro do anno, não por meio de embargos, os quaes serão admittidos unicamente no decendio, mas por meio de acção ordinaria. — *Accs. da Rel. ua cõrte de 23 de Agosto e de 13 de Dezembro de 1870 (Dir. 13 — 140)*, de 3 de Novembro de 1871, de 18 de Dezembro de 1877 (*Dir. 16 — 382*) do Sup. Trib. de Just., de 14 de Outubro de 1874 e de 7 de Fevereiro de 1877 (*Dir. 1 — 338 e 13 — 140*).

Em contrario: *Accs. da Rel. de S. Paulo de 8 de Junho de 1877 (Dir. 13 — 746)*, e *da Rel. da cõrte de 19 de Dezembro de 1871*.

Como se vê, os tribunaes não têm guardado uniformidade na decisão da materia, o que dá indicio de oscillação na interpretação do texto da Ord. Estudemos ligeiramente a questão.

Corréa Telles, na nota 319 ao § 151, diz: *Chegando, porém, a lesão á sexta parte do que cada um deve haver, pôde appellar ou embargar dentro de um anno: Ord., liv. 4º, tit. 96, § 19.*

Esta opinião, com quanto apadrinhada por tão illustre escriptor, não tem vingado na pratica.

Ella não nos parece (tambem) autorisada pelas nossas leis.

Que os embargos devem ser oppostos em regra geral dentro do de-

## § 108

Ainda que os herdeiros tenham entrado na posse dos seus quinhões hereditarios, ou praticado qualquer outro acto approbatorio da partilha, podem requerer a rescisão, ou a reforma della (198).

(198) Ainda que em regra aquelle que approva qualquer acto não pôde jámais impugnal-o, Ord. do liv. 3º, tit. 70 pr., comtudo neste caso não tem lugar semelhante regra; porque, sendo prohibida pela lei a renuncia, ainda mesmo expressa da lesão enorme, Ord. do liv. 4º, tit. 13, § 9º, muito menos pôde obstar a renuncia tacita deduzida de qualquer acto approbatorio. E ainda que a cit. Ord. falla sómente da lesão enorme, e não da lesão da sexta parte, parecendo por isso que esta pôde renunciar-se tacita ou expressamente, todavia qualquer acto approbatorio da partilha que o herdeiro faça não lhe tira o direito

decendio, que corre da publicação ou intimação da sentença, é principio consagrado nas Ords. do liv. 3º, tit. 65, § 2º, e tit. 66, § 6; como unicas excepções a esta regra a lei abriu expressamente as das Ords. do liv. 3º, tit. 15, § 1º, e tit. 54, § 16; no § 19 da Ord. do liv. 4º, não abriu a mesma excepção em favor do herdeiro leso na sexta parte, pois que a esse apenas deu o direito de *contradizer* a partilha e *reclamar* contra ella no prazo de um anno; ora, as expressões *contradiga* e *reclame* não autorisam que se veja nellas a concessão de *embargos* e *appellação*, porque quando as Ordenações concedem estes recursos, dizem, ser ouvido ou reclamar *por via de embargos*, como na Ord. do liv. 3º, tit. 15., § 1º, ou *appellará*, como na Ord. do liv. 3º, tit. 69, § 4º, tit. 70 princ., tit. 78, § 2º, e tit. 79, § 1º, exigem expressamente que ella seja interposta no decendio; e a unica excepção a esta regra era o favor concedido ao menor, que, em beneficio da restituição a que tivesse direito, podia appellar fóra do decendio: *Ords., liv. 3º, tit. 41, § 1º, tit. 81, § 9º*. A dispensa do prazo dado pelo desembargo do paço, produzia o mesmo effeito; mas este tribunal foi extinto pela lei de 22 de Setembro de 1838, e as autoridades que ficarão com as suas attribuições não podem dispensar na lei.

Convem notar que o herdeiro que vendeu a herança não pôde mais figurar no inventario, interpondo esses recursos. — *Accs. da Rel. da corte, etc. do Sup. Trib. de Just., cits. (Dir. 13—140)*.

A partilha pôde ser emendada ainda que a lesão seja inferior á sexta parte. — *Accs. da Rel. da Fortaleza de 25 de Junho, de 10 de Agosto*



## § 109

Pela partilha adquirem os herdeiros o dominio dos bens, que se lhes adjudicárão em sorte (199), e não pôde a posse ou a entrega delles ser-lhes impedida ou demorada (200).

de poder dentro do anno requerer a emenda della, ainda pela simples lesão da sexta parte, pois que a Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 19, lhe concede para esse fim aquelle espaço de tempo, tenha ou não tenha approved a partilha: *Vallasco*, de *Partition.*, cap. 40, n. 12, e *Guerreiro*, *Trat.* 2º, liv. 8º, cap. 5º, n. 3.

(199) Sem dependencia da natural e effectiva apprehensão: Alv. de 9 de Novembro de 1754. Poderá porventura o cabeça de casal entregar ao coherdeiro, em lugar dos bens, a importancia delles, pelo preço em que forão avaliados no inventario? Por certo que não, porque em tal caso, além de verificar-se uma venda coacta, contra a expressa disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 11, se fraudaria a real fazenda, não se pagando siza. Se, pois, o cabeça de casal duvidar entregar ao coherdeiro os proprios bens que lhe pertencêrão na partilha, deverá o juiz constrangê-lo a isso pelos meios legaes, salvo se esses bens deixassem de existir sem culpa do dito cabeça de casal, porque em tal caso satisfará com o seu valor. Tendo deixado de existir por culpa sua, deverá satisfazê-los pelo juramento *in litem*.

(200) A Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 22, determina expressamente que os coherdeiros serão mettidos na posse de seus bens apenas acabar a partilha, sem embargo de quaesquer

e de 5 de Outubro de 1875, e do Sup. Trib. de Just. de 25 de Novembro de 1876 (*Dir.* 12—87). Em contrario: *Acc. do Sup. Trib. de Just. de 16 de Julho de 1873 (Dir.* 1º—96). Não pôde ser fundamento para a emenda da partilha a preferencia que o herdeiro julgue ter a certos bens do monte e que forão lançados a outro.—*Accs.* do Sup. Trib. de Just. de 16 de Julho de 1873 e da Rel. da cõrte, como revisora, de 7 de Outubro do mesmo anno (*Dir.* 1º—95 e 436).

« A partilha, depois de haver passado em julgado a sentença, poderá ser emendada no mesmo inventario por accordo de todos os interessados, se tiver havido erro de facto na descripção ou qualificação dos bens, ou erro de calculo.—*Art. 732 do Cod. do Proc. Civ. Port.*

## § 110

As cartas ou formaes da partilha só têm execução entre o cabeça de casal e coherdeiros, e não contra terceiros (201), salvo se figurão no inventario e forão nelle convencidos (202).

embargos, parecendo por consequencia excluir todos, e ainda aquelles que por determinação de outras leis suspendem as execuções as mais privilegiadas. Com esta generalidade entendem muitos a cit. Ord.: outros, porém, e com muita razão, fundando-se em que as leis devem entender-se nos termos habeis, e de maneira que se não sigão absurdos, excluem os embargos de nullidade e de paga, provados *in continenti* e na fórmula do assento de 6 de Março de 1690. E com effeito não seria uma notoria injustiça obrigar-se o cabeça de casal, ou qualquer dos herdeiros, a entregar a outro uma cousa que já recebeu e de cujo recebimento apresentasse um documento legal? Não seria uma incoherencia constranger o cabeça de casal a fazer entrega dos bens, apresentando elle uma sentença que julgou nulla a partilha? Estou portanto persuadido de que a cit. Ord., apezar da sua generalidade, não quiz excluir os embargos de nullidade e de paga, e que tanto uns como outros devem receber-se suspensivamente, offerecendo-se logo com elles uma prova terminante, *Guerreiro*: *Trat.* 2º, liv. 8º, cap. 3º, n. 1, e cap. 6, n. 2 e 3 (g).

(201) Pela regra. *Res inter alios acta et judicata, aliis nec nocet nec prodest*: Ord. do liv. 3º, tit. 81; *Mel. Freire*, tomo 4º, tit. 21, § 16, e tit. 22, § 4. Excepto se esses terceiros recebêrão cousa do vencido ou condemnado: Ord. do liv. 4º, tit. 61, § 4º; L. 170, Dig., de verb. signif.; ou se forão seus successores universaes; Ord. do liv. 3º, tit. 27, e tit. 82, pr. Deve, porém, neste caso preceder habilitação, Ord. do liv. 3º, tit. 87, § 2.

(202) Tendo-se carregado no inventario uma divida activa com citação do devedor, e tendo-a este confessado, póde ao depois ser constrangido a pagal-a executivamente ao herdeiro a quem se deitou em sorte. O mesmo acontecerá se, tendo-se

(g) Nem os embargos oppostos por parte de menores impedem ou demorão este effeito da partilha.—*Phebo, parte I, aresto 77.*

## § 111

Julgando-so nulla a partilha, procede-se a novo inventario (203), e julgando-se apenas errada procede-se á sua reforma no mesmo inventario, de que deve requerer-se a remessa ao juiz da appellação (204).

## § 112

Os salarios dos partidores achão-se taxados pela lei (205), e podem cobral-os executivamente (206).

---

descripto como pertencente á herança um predio de que outro está de posse, este tiver confessado no inventario não lhe pertencer o dito predio, mas sim ao defunto inventariado.

(203) Ainda que já sejam maiores todos os coherdeiros quando se decide a nullidade da partilha, deve o novo inventario fazer-se no juizo dos orphãos, aonde se fez o primeiro que se julgou nullo e que o outro vai substituir. Podem, porém, os coherdeiros fazer a partilha extra-judicial e amigavelmente se nisso convierem (h).

(204) Quando se não faça a remessa dos proprios autos, deve a sentença, que julgou reformavel a partilha, ajantar-se ao traslado do inventario para nelle se fazer a reforma ou emenda, na fórma que a dita sentença determinar. Neste caso não tem o juiz arbitrio algum, e deve executar á risca o que se decidiu no juizo superior. Qualquer excesso é caso de appellação, por ser este recurso que compete quando se excede o modo da execução: Ord. do liv. 3º, tit. 76.

(205) Até á quantia de trinta mil réis pertencem-lhes déz réis por milheiro. Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 51. Valendo os bens de trinta até cem mil réis, pertencem-lhes seiscentos réis para ambas; de cem mil réis até quatrocentos, pertencem-lhes mil réis-

---

(h) As partilhas, cujo julgamento pertencia outr'ora aos juizes municipaes e de orphãos, *Reg. de 15 de Março de 1813, art. 2, § 1º, e art. 4; Lei de 3 de Dezembro, art. 114, § 1º e 117*, devem ser julgadas actualmente pelos juizes de direito, *art. 24, § 1º, da lei de 20 de Se-*

de quatrocentos até dous mil cruzados, mil e seiscentos réis; de dous mil cruzados até cinco, dous mil e quatrocentos réis; de cinco mil cruzados até dez, quatro mil e oitocentos réis; e dahi para cima, seis mil e quatrocentos réis, e nada mais, nem a titulo de arbitramento ou esportula: Alv. de 21 de Junho de 1759 (i).

(206) Como estes salarios dos partidores fazem parte das custas, podem cobrar-se, como ellas, executivamente, exigindo-se de cada um dos herdeiros a sua respectiva parte. E' aqui *tembro de 1871*, desde que excederem á quantia de 500\$, art. 23, § 2º, da lei de 20 de Setembro, e arts. 64, § 2º e 66, §§ 1º e 2º do Decr. de 23 de Novembro de 1871; podem os juizes de direito mandar emendar a partilha antes de julgar-a: *Avs. n. 264 de 11 de Agosto de 1874 e n. 451 de 7 de Novembro de 1877, § 3º; Acc. da Rel. da côrte de 2 de Julho de 1878.*

(i) Os emolumentos que cabem aos partidores achão-se taxados no regimento das custas art. 186 do Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874; devem ser deduzidos do monte partível: *Av. n. 453 de 29 de Setembro de 1863*; e, no caso de emenda da partilha, só têm direito a elles se a reforma houver sido ordenada por decisão proferida em virtude de embargos, appellação ou acção recisoria.—*Av. de 7 de Fevereiro de 1877 (Dir. 12—625).*

Não devendo estes emolumentos, nos inventarios em que são interessados orphãos, ser pagos senão depois de findo todo o processo, § 3º do art. 201 do Regim. de custas, não se costuma deduzir os emolumentos dos partidores do monte partível, como doutrinou o Av. de 1863 acima citado, mas sim incluem-n'os os escrivães nas custas, as quaes são rateadas entre os interessados. Quanto á condemnação nas custas dos inventarios, faz-se ordinariamente em todos os herdeiros *pro-rata*; a consequencia é que os officiaes judiciaes, com especialidade os escrivães, que muitas vezes adiantão os emolumentos a partidores e juizes, sob promessa de prompto pagamento dos interessados, lutão com as maiores difficuldades na cobrança da escassa esportula que a lei lhes concede, e que os herdeiros, já de posse dos quinhões e livres da dependencia do cartorio, raras vezes apressão-se em satisfazer. Fora para desejar que se adoptasse entre nós, por preceito legislativo, e como complemento das disposições do Decr. de 2 de Setembro de 1874, a regra consagrada no art. 2157 do Codigo Civil Portuguez: « As custas do inventario serão pagas pelo cabeça de casal ou inventariante, que as descontará na entrega dos quinhões aos coherdeiros, ou as haverá destes executivamente. »

Vej. *Av. n. 349 de 25 de Agosto de 1877.*

applicavel o que dissemos a respeito dos salarios dos avaliadores na nota 95 (j).

(j) Art. 205 do Regim., mandado observar pelo Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874.

Na partilha deve ser fixada pelo juiz a importancia dos impostos a pagar; constão elles:

Sello dos quinhões hereditarios. — *Leis n. 317 de 21 de Outubro de 1843, art. 12, § 1º; Reg. n. 631 de 10 de Julho de 1850, art. 13, lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, arts. 13 e 19, e Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870.*

Imposto de transmissão de propriedade na côrte: *Lei n. 70 de 22 de Out. de 1843, art. 21; Alv. n. 26 de 16 de Fevereiro de 1843; Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19; Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1876, arts. 2 a 13, etc.*

Decima ou taxa de heranças e legados nas provincias: *Lei de 1836 cit.; Alv. de 17 de Junho de 1809; Alv. de 2 de Outubro de 1811; Regul. n. 156 de 28 de Abril de 1812; Regul. n. 410 de 4 de Junho de 1845; Decr. n. 1343 de 8 de Março de 1854; Decr. n. 2708 de 1º de Dezembro de 1860 e leis provinciaes respectivas.*

Não podem ser julgadas as partilhas:

a) Se houverem sido preteridas as disposições dos arts. 92 e seus paragraphos, e 93 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872.

b) Se não houverem sido cumpridas as disposições dos arts. 199 a 201 do Regul. n. 3153 de 26 de Abril de 1835. — *Art. 205 do cit. Reg.*

Sobre a importante materia dos dous ultimos caps. 16 e 17 devem ser consultados por aquelles que desejarem ficar conhecedores das variasas questões a que tem servido de thema as partilhas:

*Alvaro Vullasco, Trat. das Part., caps. 22 a 39 e consulta 52 e 53. Guerreiro, De inventario e de divisionibus.*

*Pégas, Ad Ordinat., vol. 7º (ã Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 4º).*

*Paiva e Pona, Orphanologia Pratica, parte II, cap. 11.*

Entre os tratados mais recentes recommendamos com especialidade:

O que se acha consolidado nos arts. 1141 a 1195 da *Cons. das Leis Civ.* e as notas cõrrespondentes, 3ª edição, onde se achará admiravel e systematicamente consubstanciada todaa materia legislativa e doutrinal sobre o assumpto.

O que se acha expellido nos §§ 122 a 136 das *Instit. Orphan.* do Sr. conselheiro Ramalho.

Podem ser consultados com proveito as obras:

*Tratado de Orphan. Prat.* do Dr. Francisco Henriques de Souza Sêcco, arts. 133 a 138 e notas.

*As Memorias Theor. e Prat. do Dir. Orphan.* de Eça e Leiva, 3ª edição, cap. 4º e 5º.

As nossas leis, como se vê, concedem aos juizes que fazem as par-

tilhas largo arbitrio na confecção dos quinhões hereditarios. O devem ser estes feitos no bom e no máo, e com attenção a direitos adquiridos ou á commodidade dos herdeiros, são principios doutrinarios oriundos da exegese dos commentadores, e aos quaes a pratica permanente e tenaz procura dar a immutabilidade que consagra o *minime sunt mutanda* da lei 23 D. de Legibus.

Andarão es compiladores Philippinos bem arredios do axioma de Bacon: *Optima lex est quæ minimum relinquit arbitrio iudicis!*

E não acertarão assim procedendo; attestão-n'o algumas partilhas que por ahi se vêm feitas, senão com lesão no valor numerico dos quinhões, com evidente desconhecimento do direito de herdeiros conferentes e possuidores de longa data, e grave detrimento dos interesses dos orphãos, aos quaes nem sempre pôde valer a equidade na luta contra interesses altamente obrigados de herdeiros maiores!

O Codigo Civil Francez inaugurou o systema do sorteio dos quinhões hereditarios.

Tem-n'o imitado a quasi totalidade dos codigos posteriores.

Eis em resumo o processo seguido na França:

Depois da apposição dos sellos, art. 819; levantamento destes, art. 821; avaliação dos bens moveis e immoveis, arts. 824 e 825; vendas dos moveis, em caso de necessidade e havendo accordo dos interessados, art. 826; ou dos immoveis indivisiveis, art. 827; o juiz commissario, que deve presidir ao inventario, manda que os interessados procedão, perante um notario escolhido á aprazimento das partes, e, na ausencia de accordo destas, nomeado pelo juiz, á formação do montemór, conferencia das doações e das dividas, verificação dos debitos mutuos e organização dos quinhões hereditarios, em numero igual ao dos herdeiros successiveis *per capita*: arts. 823, 829 e 831.

Os quinhões são organisados por um dos herdeiros designado por accordo dos outros; na falta deste accordo, ou no caso de não aceitar a incumbencia o herdeiro nomeado, compete ao juiz a indicação do organisador dos quinhões, art. 834; estes devem compôr-se de moveis, immoveis, direitos e acções de igual valor, e não serem formados de modo a tornar necessario o fraccionamento dos bens de raiz da herança: art. 832.

A desigualdade, quanto aos bens, compensa-se por meio de reposições em dinheiro: art. 833.

Feitas assim as quotas hereditarias, procede-se ao sorteio, podendo antes os herdeiros reclamar contra o modo de organização dos quinhões, arts. 834 e 835.

Quando forem interessados menores ou interdictos, o processo das partilhas deve ser todo elle feito judicialmente, sendo os menores assistidos por tutores no caso de conflicto de interesses entre si; art. 838.

O Codigo Civil Italiano adotou fielmente a fórma de partilha supra, nos arts. 988, 990, 991 e 993 a 997, e regulou-as no Codigo do Processo Civil, art. 887 a 895.

Conferem: Codigo Civ. Chileno, arts. 1317 á 1353, com algumas alterações e ampliações á lei franceza, e Cod. Civ. Venezuelano, arts. 941 á 945.

O Cod. Civ. Portuguez reproduzio nos arts. 2140 e 2142 a 2147 as disposições dos arts. 827, 831, 832, 835 com algumas variantes, quanto ao meio de partilha o immovel indivisivel, consignados nas disposições dos arts. 2145 a 2147.

Os lotes ou quinhões hereditarios são organizados e differencados por letras do alphabeto, em virtude do despacho de determinação de partilha proferido pelo juiz do inventario, pelo escrivão, nos termos do art. 725 do Cod. do Prcesso Civ: art. 724 do cit. Cod.

Organizado o mappa da partilha p... m os interessados, no prazo de cinco dias examinareem-n'o e reclamarem por escripto, fundando-se :

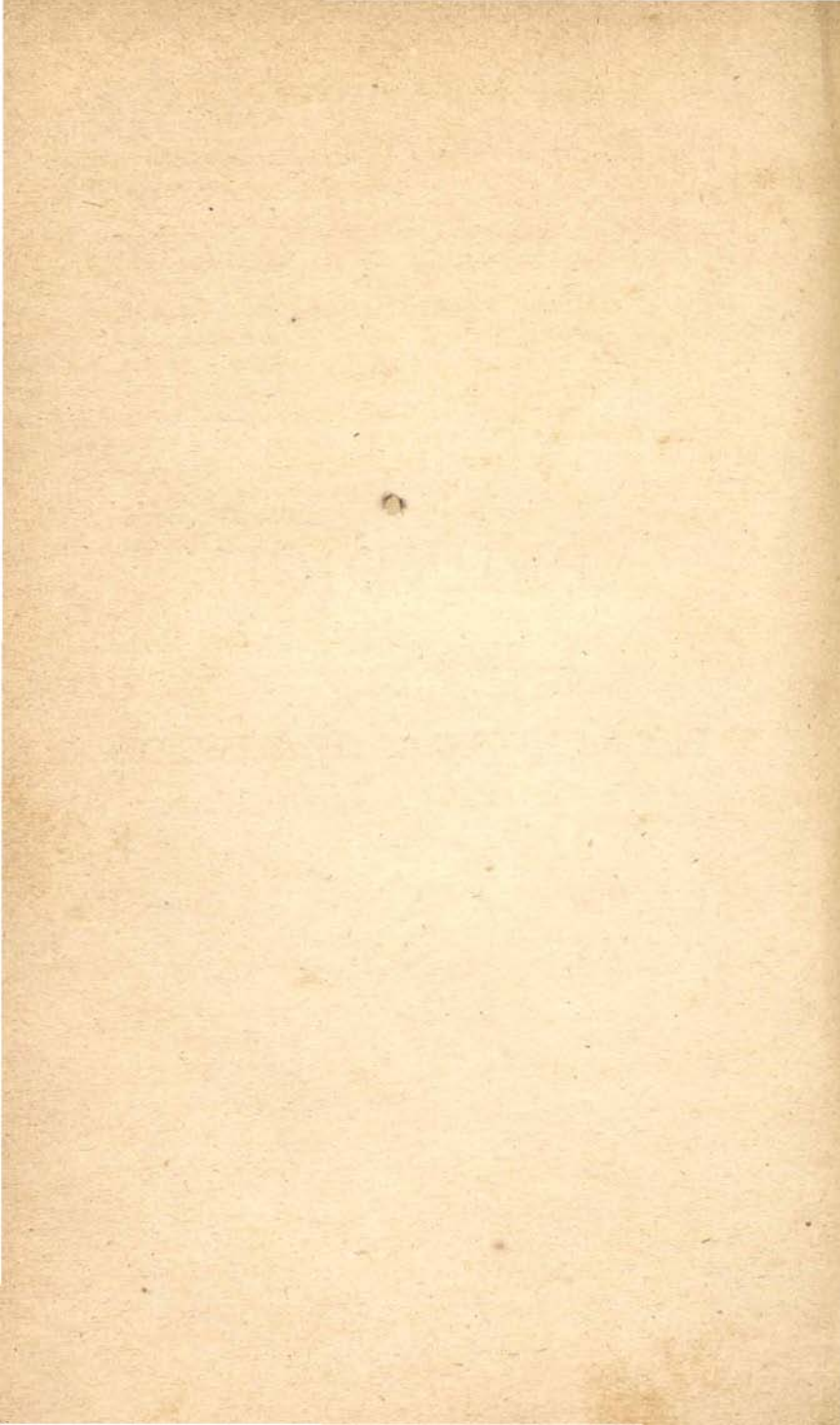
a) Na desigualdade dos lotes;

b) Na não observancia do despacho determinador da partilha: art. 726 do Cod. do Proces. Civ.

As reclamações são decididas em conferencia dos interessados ou pelo juiz, raduzindo se a auto o mesmo ou novo mappa, que servirá de base ao sorteio: art. cit., §§ 1º e 2º, e art. 727.

O sorteio far-se-ha nos termos dos arts. 727 e 728 do Cod. do Proc. Civ. cit., seguindo-se a elle o julgamento da partilha nos termos do art. 729.

Fim da primeira parte.





# APPENDICE

A'

PRIMEIRA PARTE

137



## APPENDICE A' PRIMEIRA PARTE

### § 1.º

As convenções consulares abrirão excepção á fôrma de processo, que ficou estabelecida nos capitulos anteriores, para a protecção das heranças dos menores desde que estes sejam estrangeiros.

A independencia das autoridades locaes e a sujeição aos agentes consulares, realisação do estatuto pessoal, forão estipuladas nas convenções, com applicação reciproca.

*Intrasti urbem, ambula juxta ritium ejus* dizia o antigo brocardo; o principio posto em pratica nas convenções é a excepção a esta regra.

Vamos transcrever as estipulações nellas firmadas em referencia á intervenção dos agentes consulares na liquidação do espolio dos subditos de suas respectivas nações.

### § 2.º

CONVENÇÃO CONSULAR CELEBRADA ENTRE O BRASIL E A GRÃ-BRETANHA A 22 DE ABRIL DE 1873, E PROMULGADA PELO DECRETO N. 5533 DE 24 DE JANEIRO DE 1874.

Art. 4.º Se algum subdito de uma das altas partes contratantes fallecer no territorio da outra, e, ao tempo do

fallecimento, não se achar presente pessoa alguma que legalmente tenha o direito para administrar o espolio do fallecido, observar-se-ha as seguintes disposições :

1.<sup>a</sup> Quando o fallecido deixar, nas sobreditas circumstancias, sómente herdeiros de sua nacionalidade ou que devão gozar do estado civil de seu paiz, o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular da nação a que o finado pertencia, avisando a autoridade competente, arrecadará e terá sob sua guarda a propriedade do fallecido, pagará as despesas do funeral e conservará o excedente para o pagamento das dividas, e em beneficio dos herdeiros a quem de direito pertencer.

Todavia o dito consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular, deverá immediatamente requerer ao tribunal competente titulo para administração dos bens deixados pelo fallecido, e esse titulo lhe será dado com as limitações e pelo tempo que ao referido tribunal parecerem conformes ao direito.

2.<sup>a</sup> Se o finado, porém, deixar no paiz do fallecimento, e nas já mencionadas circumstancias, algum herdeiro ou legatario universal, que seja subdito de outra nacionalidade, ou a quem não se possa outorgar o estado civil de seu pai, então cada um dos dous governos poderá determinar se o tribunal competente procederá de conformidade com a lei, ou confiará a arrecadação e administração aos respectivos funcionarios consulares com as devidas limitações.

Quando não existir consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular no lugar do fallecimento, no caso do § 1.<sup>o</sup> deste artigo, em que a elles pertence a guarda e administração do espolio, a autoridade competente procederá a esses actos até que o respectivo funcionario consular compareça....

### Memorandum

Segundo a disposição do art. 4º da convenção consular que nesta data assignamos, o funcionario consular, logo que arrecadar os bens da herança de seus nacionaes nos termos convencionados, deverá pedir á autoridade competente o necessario titulo para a respectiva administração, e ella lh'o dará com as limitações e pelo tempo que lhe parecer conformes ao direito.

As principaes limitações, que diversas disposições brasileiras estabelecem em casos, taes se achão colligidas no aegulamento n. 2433 de 15 de Junho de 1859, e forão reproduzidas nas convenções consulares outr'ora celebradas. Em resumo são as seguintes :

O funcionario consular, quando dá-se o caso, passa a fazer arrecadação, avisando a autoridade competente ; e, na hypothese de ter o finado deixado testamento, apresenta logo este á mesma autoridade para ser aberto e registrado.

Trata de sepultar o fallecido decentemente, conforme a sua fortuna.

A' proporção que vai fazendo a arrecadação perante duas testemunhas, que elle nomêa, vai descrevendo e inventariando os bens, inventario que, depois de completado, entrega á referida autoridade.

Conserva sob sua vigilancia e zelosa administração os bens da herança, paga as despezas do enterro e as dividas que não admittão duvidas, quando haja bens sufficientes para o pagamento de todas, e semelhantemente trata de cobrar as activas.

Requer a avaliação judicial dos bens, se a autoridade não a tiver ainda determinado, e tem o direito de nomear um dos avaliadores.

Inventariados judicialmente os bens com suas avaliações, deve requerer a partilha, e para isso tem de declarar os nomes dos herdeiros e o seu gráo de parentesco, ou se é conjuge.

Sendo necessario arrematar bens para pagar ás dividas' ou para que não se deteriorem, ou porque sejam de difficil ou dispendiosa guarda, ou administração, requererá isso á respectiva autoridade. Os bens de raiz serão sempre arrematados perante o tribunal em hasta publica, ou moveis ou semoventes, mórmente os de menor valor; depois da avaliação poderão ser vendidos em leilão sob a vigilancia do funcionario consular, se a autoridade assim permittir.

As dividas passivas de maior importancia, ou que offererem duvidas ou contestações, dependerão de decisão do juizo, perante o qual o funcionario fará valer o direito ou razões de opposição por parte da herança.

O funcionario consular não entregará quinhão nenhum hereditario a herdeiro ou a legatario sem que prèviamente tenha pago o respectivo imposto, que é igual ao que pagão os nacionaes em caso identico.

Quando a herança é pequena, o funcionario consular deve dar conta de sua administração e da entrega dos bens aos herdeiros antes de dous annos, e no caso contrario até o fim desse prazo.

Se no fim do praso não o tiver feito, os bens ou o seu producto serão entregues ao thesouro nacional, perante quem os herdeiros, que possão apparecer, requererão a restituição.

E' escusado dizer que as decisões de questões sobre a validade ou não do testamento, sobre direitos dos herdeiros ou demanda contra a herança, são da competencia da autoridade brasileira, e bem assim a nomeação dos tutores

ou curadores, a cujo respeito o funcionario consular deve ser ouvido.

Cumpre accrescentar, para esclarecer tambem a estipulação do dito art. 4º *in principio*, que pela lei brasileira são legitimamente autorisados para administrar o espolio do finado.

- 1.º O conjuge.
- 2.º Os descendentes ou ascendentes.
- 3.º Os collateraes até segundo gráo inclusive.
- 4.º O herdeiro instituido.
- 5.º O testamenteiro.
- 6.º O procurador do herdeiro ou legatario de causa certa em relação a esta.
- 7.º No caso de fallencia ou de sociedade commercial, o administrador, que a lei commercial designa.

### Memorandum

As obrigações do administrador consular na Grã-Bretanha são :

1.º Sepultar o fallecido de modo conforme a herança por elle deixada.

2.º Tirar carta de administração dos bens moveis e de raiz do fallecido ; porém, antes de lhe ser concedida a carta de administração, terá elle de declarar sob juramento a importancia provavel dos bens moveis e de raiz do fallecido no paiz, e de assignar uma obrigação com duas fianças para a devida administração da dita herança.

3.º Fazer ou promover a feitura de um inventario verdadeiro e perfeito de todos os bens e objectos, tanto moveis

como immoveis, de qualquer especie, que pertencião ao finado na occasião do seu fallecimento.

4.º Reunir todos os bens e objectos assim inventariados, comprehendidas as dividas de que era credor o fallecido.

5.º Vender a parte da propriedade do intestado que fôr necessaria para levantar somma sufficiente afim de fazer face aos pagamentos abaixo mencionados.

6.º Pagar a cargo da herança do fallecido, e antes de qualquer divida ou imposto, as despezas do funeral, e depois das despezas do funeral, as da obtenção da carta de administração.

7.º Pagar todas as dividas do fallecido até onde o activo em suas mãos lh'o permittir.

8.º Conservar o excedente da herança, se houver, a bem da pessoa ou pessoas que a ella tenham direito.

Segundo a lei da Grã-Bretanha, o administrador só é competente para a distribuição da propriedade pessoal que naquelle paiz comprehende os arrendamentos.

### § 3.º

#### DECRETO N. 6236 DE 21 DE JUNHO DE 1876

Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 25 de Fevereiro de 1876 entre o Brasil e Portugal.

Art. 15. No caso de morte de subditos de uma das altas partes contratantes no territorio da outra, a autoridade local competente deverá, sem demora, communicar-a ao consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular res-



pectivo, e estes por sua parte a communicarão igualmente áquella autoridade se antes tiverem conhecimento.

Art. 16. Pertence aos funcionarios consulares do paiz do fallecido exercer todos os actos necessarios para a arrecadação, guarda, conservação, administração e liquidação da herança, assim como para a sua entrega aos herdeiros ou seus mandatarios devidamente autorisados em qualquer dos casos seguintes :

1.º Quando os herdeiros são desconhecidos.

2.º Quando são menores, ausentes ou incapazes da nacionalidade do fallecido.

3.º Quando o executor nomeado em testamento está ausente ou não aceita o encargo.

Art. 17. O inventario, administração e liquidação da herança corre pelo juiz territorial :

1.º Quando ha executor nomeado em testamento, que esteja presente e aceite o encargo.

2.º Quando ha conjuge sobrevivente a quem pertence continuar na posse da herança como cabeça de casal.

3.º Quando ha herdeiro maior e presente, que na conformidade das leis dos dous Estados deva ser inventariante.

4.º Quando com herdeiros da nacionalidade do finado concorrerem herdeiros menores, ausentes ou incapazes de diversa nacionalidade.

§ Unico. Se, porém, em qualquer destas hypotheses concorrer herdeiro menor, ausente e incapaz da nacionalidade do finado, o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular requererá á autoridade local competente nomeação para exercer as funcções de tutor ou curador, a qual lhe será concedida. Feita a partilha, o funcionario consular arrecadará a quota hereditaria que couber aos seus representados, e continuará na administração dos bens, assim como das pessoas dos menores e incapazes.

Fica entendido que, finda a partilha e entregues os bens ao funcionario consular ou a seu procurador, cessa a intervenção da autoridade local, salvo para os effeitos de que trata a segunda parte do n. 2º do art. 23.

O pai, ou tutor nomeado em testamento, exercerá as funcções da tutela dos respectivos herdeiros menores, sendo neste caso o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular investido nas attribuições de curador dos ditos menores. Se o pai, ou o tutor declarado, fallecer ou for removido, observar-se-ha o que dispõe a primeira parte deste paragrapho.

Art. 18. Aos menores filhos de subdito portuguez nascidos no Brasil será applicado o estado civil de seu pai até sua maioridade, nos termos da lei de 10 de Setembro de 1860, e para os effeitos do que é estipulado na presente convenção. Reciprocamente os funcionarios consulares brasileiros em Portugal arrecadarão e administrarão as heranças de seus compatriotas, quando se verificar a hypothese do n. 2º do art. 16, ou representarão os menores filhos de brasileiro fallecido, na fórma do § unico do art. 17.

Art. 19. Os legatarios universaes são equiparados aos herdeiros.

Art. 20. Quando todos os herdeiros forem maiores poderão, por mutuo accôrdo, proceder a inventario, administração e liquidação da respectiva herança perante o juiz territorial ou funcionario consular.

Art. 21. O funcionario consular, nos casos em que, pelo art. 16, lhe compete exclusivamente a arrecadação, inventario, guarda, administração e liquidação da herança, deverá observar as seguintes disposições :

1.ª Se o arrolamento de todos os bens fôr possível em um dia, praticará esta diligencia logo depois do falleci-

mento, tomando os ditos bens sob sua guarda e administração.

2.<sup>a</sup> Quando o arrolamento não puder ser feito dentro desse prazo, porá incontinenti os sellos nos effeitos moveis e papeis do fallecido, fazendo depois o rol de todos os bens, aos quaes dará o destino declarado.

3.<sup>a</sup> Os actos referidos nos dous numeros antecedentes, serão praticados na presença da autoridade local, se esta, depois de prevenida pelo funcionario consular, entender que deve assistir, e de duas testemunhas idoneas.

4.<sup>a</sup> Se depois do fallecimento, observado o disposto no art. 15, a autoridade local, comparecendo na residencia do finado, ahí não encontrar o funcionario consular, limitar-se-ha a appôr os seus sellos.

Chegando o funcionario consular, se estiver presente a autoridade local, serão levantados os sellos, e o dito funcionario procederá, na presença da mesma autoridade, ao arrolamento dos bens, querendo ella assistir.

Se não estiver presente a mencionada autoridade, o funcionario consular a ella se dirigirá por escripto, convidando-a a comparecer n'um prazo nunca menos de tres dias, nem maior de oito, para que tenha lugar o levantamento dos sellos e demais actos enumerados. Dado o não comparecimento da autoridade local, o funcionario consular procederá por si só.

5.<sup>a</sup> Se durante as supracitadas operações apparecer um testamento entre os papeis do defunto, ou se existir testamento em qualquer outra parte, a sua abertura será feita, segundo as formalidades legaes, pelo juiz territorial, o qual remetterá delle cópia authentica, dentro do prazo de quatro dias, ao funcionario consular.

6.<sup>a</sup> Dentro do prazo de quatro dias o funcionario consular remetterá á autoridade local cópia authentica dos

termos, tanto da apposição e levantamento dos sellos, como do arrolamento dos bens.

7.ª O funcionario consular annunciará o fallecimento do autor da herança dentro de quinze dias da data em que tiver recebido a noticia.

Art. 22. As questões de validade do testamento serão submettidas aos juizes territoriaes.

Art. 23. O funcionario consular, depois de praticar as operações que ficão mencionadas no art. 21, observará, na administração e liquidação da herança, estes preceitos:

1.º Pagará antes de tudo as despezas do funeral, que serão feitas conforme a posição e fortuna do fallecido.

2.º Venderá immediatamente em publico leilão, na fôrma das leis e usos estabelecidos, os bens que se possão deteriorar, ou que seião de difficil ou dispendiosa guarda.

Para a venda dos immoveis requisitará o funcionario consular autorisação do juiz territorial.

3.º Cobrará, quer amigavel, quer judicialmente, as dividas activas, rendas, dividendo de acções, juros de inscripções da divida publica ou apolices, e quaesquer outros rendimentos e quantias devidas á herança, e passará quitação aos devedores.

4.º Pagará, com as quantias pertencenees á herança, ou com o producto da venda dos bens, tanto moveis como immoveis, todos os encargos e dividas da herança, cumprindo os legados de que ella esteja onerada, conforme as disposições testamentarias.

5.º Se, allegando a insufficiencia dos valores da herança, o funcionario consular recusar-se ao pagamento de todos ou parte dos creditos, devidamente comprovados, os credores terão o direito de requerer á autoridade competente, se o julgarem conveniente aos seus interesses, a faculdade de se constituir em concurso,

Obtida esta declaração, nos termos e pelos meios estabelecidos na legislação de cada um dos dous paizes, o funcionario consular deverá immediatamente remetter á autoridade judicial, ou aos syndicos da fallencia, segundo competir, todos os documentos, effeitos ou valores pertencentes á herança testamentaria ou *abintestato*, ficando o referido funcionario encarregado de representar os herdeiros ausentes, os menores e os incapazes.

Art. 24. A superveniencia de herdeiros de nacionalidade diversa da do fallecido não fará cessar a arrecadação e administração da herança, que se effectuar nos casos de que trata o art. 16, senão quando os mesmos herdeiros se apresentarem com sentença de habilitação passada em julgado, e em cuja acção e processo fosse ouvido competentemente o respectivo funcionario consular.

Art. 25. Se o fallecimento se der em localidade onde não haja funcionario consular, a autoridade local o comunicará immediatamente ao governo, por intermedio do presidente da provincia ou do governador civil do districto, consignando na sua participação todos os esclarecimentos que houver obtido sobre o caso e suas circumstancias, e procederá á apposição dos sellos, arrolamento dos bens e aos actos subsequentes da administração da herança. Pela presidencia ou governo civil será nos mesmos termos e sem demora transmittida aquella participação ao funcionario consular competente, o qual poderá comparecer no lugar, ou nomear, sob sua responsabilidade, quem o represente; e elle, ou o seu representante, receberá a herança, proseguindo na liquidação se não estiver terminada.

Art. 26. Se o fallecido tiver pertencido a alguma sociedade commercial, proceder-se-ha na fórma das prescripções das leis commerciaes dos respectivos paizes.

§ 1.º Se ao tempo do fallecimento os bens, ou parte dos

bens de uma herança, cuja liquidação e administração é regulada por esta convenção, se acharem embargados, penhorados ou sequestrados, o funcionario consular não poderá tomar posse dos ditos bens antes do levantamento do mesmo embargo, penhora ou sequestro.

§ 2.º Se durante a liquidação sobrevier embargo, penhora ou sequestro dos bens de uma herança, o funcionario consular será depositario dos mesmos bens penhorados, embargados ou sequestrados.

O funcionario consular conserva sempre o direito de ser ouvido, e de velar na observancia das formalidades exigidas pelas leis, podendo em todos os casos requerer o que julgar a bem dos interesses da herança; e tanto no juizo commercial, como no da penhora, se a execução se effectuar, receberá as quotas liquidas ou os remanescentes que pertencão á mesma herança.

Art. 27. Liquidada a herança, o funcionario consular extrahirá dos respectivos documentos um mappa do monte partivel, e remettêl-o-ha á autoridade local competente, acompanhado de uma demonstração da administração e liquidação.

§ 1.º Estes dous documentos poderão, se a autoridade local assim o requisitar, ser conferidos com os originaes, que para tal fim serão franqueados no archivo consular.

§ 2.º A autoridade local mandará juntar o mappa e demonstração ás cópias authenticas dos termos da apposição, e levantamento dos sellos e arrolamento dos bens, e fará a partilha, formando os quinhões e designando as tornas, se houuer lugar.

§ 5.º Em caso nenhum os consules serão juizes das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça; estas contestações serão submettidas aos tribunaes competentes.

§ 4.º A autoridade local, depois de proferida a sentença de partilha, remetterá ao funcionario consular um traslado da mesma e do calculo respectivo.

Art. 28. Se algum subdito de uma das altas partes contratantes fallecer no territorio da outra, a sua successão, no que respeita á ordem hereditaria e á partilha será regulada segundo a lei do paiz a que elle pertencer, qualquer que seja a natureza dos bens, observadas todavia as disposições especiaes da lei local que regerem os immoveis.

Quando, porém, acontecer que algum subdito de uma das altas partes contratantes concorra em seu paiz com herdeiros estrangeiros, terá elle o direito de preferir que o seu quinhão hereditario seja regulado nos termos da lei de sua patria.

Art. 29. O funcionario consular não poderá fazer remessa ou entrega da herança aos legitimos herdeiros, ou a seus procuradores, senão depois de pagas todas as dividas que o defunto tivesse contrahido no paiz, ou depois de haver decorrido um anno, a contar do fallecimento, sem que se tenha apresentado reclamação alguma contra a herança.

Art. 30. Antes de qualquer distribuição do producto da herança aos herdeiros deverão ser pagos os direitos fiscaes do paiz onde se abra a successão.

Estes direitos serão os mesmos que pagão ou vierem a pagar os subditos do paiz em casos analogos.

O funcionario consular declarará préviamente ás autoridades fiscaes os nomes dos herdeiros e o seu grão de parentesco, e, pagos os direitos, farão as mesmas autoridades a transferencia do dominio e posse da herança para o nome dos herdeiros nos termos dessa declaração.

Art. 31. As despesas que o funcionario consular fôr obrigado a fazer em bem da herança ou de parte della,

que não estiver sob sua guarda e administração, nos termos desta convenção, serão abonadas pela autoridade local competente, e pagas como despesas de tutoria ou curadoria pelas forças da mesma herança.

Art. 32. Se a herança de subdito de uma das altas partes contratantes, fallecido no territorio da outra, se tornar vaga, isto é, se não houver conjuge sobrevivente, nem herdeiro em grão successivel, será devolvida á fazenda publica do paiz em que se deu o fallecimento.

Tres annuncios serão publicados consecutivamente, por diligencia do juiz territorial, de tres em tres mezes, no jornal do lugar em que a successão se tiver aberto e nos da capital do paiz. Estes annuncios deverão conter o nome e appellido do defunto, o lugar e data de seu nascimento, se forem conhecidos, a profissão que exercia, a data e lugar do fallecimento. Annuncios semelhantes serão publicados, por diligencia do mesmo juiz, nos jornaes da localidade em que nasceu o autor da herança e nos da cidade mais proxima.

Se decorridos dous annos, a contar do fallecimento, não se tiver apresentado conjuge sobrevivente ou herdeiro, quer pessoalmente, quer por procurador, o juiz territorial, por sentença, que será intimada ao funcionario consular, ordenará a entrega da herança ao Estado.

A administração da fazenda publica tomará então posse da mesma herança, ficando obrigada a prestar contas aos herdeiros que se apresentarem dentro dos prazos em que o direito de petição de herança se pôde tornar effectivo a avor dos subditos nacionaes em idênticas circumstancias.



## § 4.º

## DECRETO N. 6582 DE 30 DE MAIO DE 1877

Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 6 de Agosto de 1876 entre o Brasil e a Italia.

Art. 16. No caso de morte do subdito de uma das allas partes contratantes no territorio da outra, a autoridade local competente deverá, sem demora, communicar-a ao consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular do districto em que tiver occorrido a morte, e estes por sua parte a communicarão igualmente áquella autoridade se antes tiverem conhecimento.

Art. 17. Pertence aos funcionarios consulares do paiz do fallecido exercer todos os actos necessarios para a arrecadação, guarda, conservação, administração e liquidação da herança, assim como para a sua entrega aos herdeiros ou seus mandatarios devidamente autorisados em qualquer dos casos seguintes :

1.º Quando os herdeiros são desconhecidos.

2.º Quando são menores, ausentes ou incapazes de nacionalidade do fallecido.

3.º Quando o executor nomeado em testamento está ausente ou não aceita o encargo.

Art. 18. O inventario, administração e liquidação da herança corre pelo juizo territorial.

1.º Quando ha executor nomeado em testamento, que esteja presente e aceite o encargo.

2.º Quando ha conjuge sobrevivente, a quem pertença,

conforme a lei brasileira, continuar na posse da herança, como cabeça de casal (capo de famiglia).

Reciprocamente, a successão de um brasileiro fallecido na Italia será administrada e liquidada segundo as regras estabelecidas no presente paragrapho sempre que não contrariarem as leis italianas.

3.º Quando ha herdeiro maior e presente, que, na conformidade das leis dos dous Estados, deva ser inventariante.

4.º Quando com herdeiros da nacionalidade do finado concorrerem herdeiros menores, ausentes ou incapazes de diversa nacionalidade.

§ Unico. Se, porém, em qualquer destas hypotheses, concorrer herdeiro menor, ausente ou incapaz da nacionalidade, do finado, o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular, requererá á autoridade local competente nomeação para exercer as funcções de tutor ou curador, a qual lhe será concedida. Feita a partilha, o funcionario consular arrecadará a quota hereditaria que couber aos seus representados e continuará na administração dos bens, assim como das pessoas dos menores incapazes.

Fica entendido que, finda a partilha e entregues os bens ao consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular, ou a seu procurador, cessa a intervenção da autoridade local, salvo para os effeitos de que trata a segunda parte do n. 2. do art. 24.

O pai, ou tutor nomeado em testamento, exercerá as funcções da tutela dos respectivos herdeiros menores, sendo neste caso o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular, investido nas attribuições de curador dos ditos menores. Se o pai ou o tutor declarado fallecer ou fôr removido, observar-se-ha o que dispõe a primeira parte deste paragrapho.

Art. 19. Aos menores filhos de subdito italiano, nascidos no Brasil, será applicado o estado civil de seu pai até á sua maioridade, nos termos da lei de 10 de Setembro de 1850, e para os effeitos do que é estipulado na presente convenção.

Reciprocamente os funcionarios consulares brasileiros na Italia arrecadarão as heranças de seus compatriotas, quando se verificar a hypothese do n. 2 do art. 17, ou representarão os menores filhos de brasileiro fallecido, na fôrma do parographo unico do art. 18.

Art. 20. Os legatarios universaes são equiparados aos herdeiros.

Art. 21. Quando todos os herdeiros forem maiores poderão por mutuo accordo, proceder a inventario, administração e liquidação da respectiva herança perante o juiz territorial ou funcionario consular.

Art. 22. O funcionario consular, nos casos em que pelo art. 17 lhe compete exclusivamente a arrecadação, inventario, guarda, administração e liquidação da herança, deverá observar as seguintes disposições :

1.º Se o arrolamento de todos os bens fôr possivel em um dia, praticará esta diligencia logo depois do fallecimento, tomando os ditos bens sob sua guarda e administração.

2.º Quando o arrolamento não puder ser feito dentro desse prazo, porá incontinenti os sellos nos effeitos moveis e papeis do fallecido, fazendo depois o rol de todos os bens, aos quaes dará o destino declarado nesta convenção.

3.º Os actos referidos nos dous numeros antecedentes serão praticados na presença da autoridade local, se esta, depois de prevenida pelo funcionario consular, entender que deve assistir, e de duas testemunhas idoneas.

4.º Se depois do fallecimento, observado o disposto no

art. 16, a autoridade local, comparecendo na residencia do finado, ahi não encontrar o funcionario consular, limitar-se-ha a appôr os seus sellos.

Chegando o funcionario consular, se estiver presente a autoridade local, serão levantados os sellos e o dito funcionario procederá na presença da mesma autoridade ao arrolamento dos bens, querendo ella assistir.

Se não estiver presente a mencionada autoridade, o funcionario consular a ella se dirigirá por escripto, convidando-a a comparecer em um prazo nunca menor de tres dias, nem maior de oito, para que tenha lugar o levantamento dos sellos e de mais actos enumerados. Dado o não comparecimento da autoridade local, o funcionario consular procederá por si só.

5.º Se durante as supracitadas operações apparecer um testamento entre os papeis do defunto, ou se existir testamento em qualquer outra parte, a sua abertura será feita, segundo as formalidades legais, pelo juiz territorial, o qual remetterá delle cópia authentica, dentro do prazo de quatro dias, ao funcionario consular.

6.º Dentro do prazo de quatro dias o funcionario consular remetterá á autoridade local cópia authentica dos termos, tanto da apposição e levantamento dos sellos, como do arrolamento dos bens.

7.º O funcionario consular annunciará o fallecimento do autor da herança nos jornaes do lugar do mesmo fallecimento, dentro de quinze dias da data em que tiver recebido a noticia.

Art. 23. As questões de validade do testamento serão submittidas ás autoridades judicias competentes dos respectivos paizes.

Art. 24. O funcionario consular, depois de praticar as

operações que ficão mencionadas no art. 22, observará, na administração e liquidação da herança, estes preceitos :

1.º Pagará antes de tudo as despezas do funeral, que serão feitas conforme a posição e fortuna do fallecido.

2.º Venderá immediatamente, em publico leilão, na fôrma das leis e usos estabelecidos, os bens que se possão deteriorar, ou que seião de difficil ou dispendiosa guarda.

Para a venda dos immoveis requisitará o funcionario consular autorisação do juiz territorial.

3.º Cobrará, quer amigavel, quer judicialmente, as dividas activas, rendas, dividendo de acções, juros de inscripções da divida publica ou apolices, e quaesquer outros rendimentos e quantias devidas á herança, e passará quitação aos devedores.

4.º Pagará com as quantias pertencentes á herança, ou com o producto da venda dos bens, tanto moveis, como immoveis, todos os encargos e dividas da herança, cumprindo os legados de que ella esteja onerada, conforme as disposições testamentarias.

5.º Se, allegando a insufficiencia dos valores da herança, o funcionario consular recusar-se ao pagamento de todos ou parte dos creditos, devidamente comprovados, os credores terão o direito de requerer á autoridade competente, se o julgarem conveniente aos seus interesses, a faculdade de se constituirem em concurso.

Obtida esta declaração, nos termos e pelos meios estabelecidos na legislação de cada um dos dous paizes, o funcionario consular deverá immediatamente remetter á autoridade judicial, ou aos syndicos da fallencia, segundo competir, todos os documentos, effeitos ou valores pertencentes á herança testamentaria ou *ab intestato*, ficando o referido funcionario encarregado de representar os herdeiros ausentes, os menores e os incapazes,

Art. 25. A superveniencia de herdeiros de nacionalidade diversa da do fallecido não fará cessar a arrecadação e administração da herança que se effectuar, nos casos de que trata o art. 17 senão quando os mesmos herdeiros se apresentarem com sentença de habilitação passada em julgado, e em cuja acção e processo fosse ouvido competentemente o respectivo funcionario consular.

Art. 26. Se o fallecimento se der em localidade onde não ha já funcionario consular, a autoridade local o communicará immediatamente ao governo, consignando na sua participação todos os esclarecimentos que houver obtido sobre o caso e suas circumstancias, e procederá á apposição dos sellos, arrolamento dos bens e aos actos subseqüentes da administração da herança. Nos mesmos termos, e sem demora, será transmittida aquella participação ao funcionario consular competente, o qual poderá comparecer no lugar, ou nomear, sob sua responsabilidade, quem o represente, e elle ou o seu representante receberá a herança, proseguindo na liquidação se não estiver terminada.

Art. 27. Se o fallecido tiver pertencido á alguma sociedade commercial, proceder-se-ha na fórma das prescripções das leis commerciaes dos respectivos paizes.

§ 1.º Se ao tempo do fallecimento os bens ou parte dos bens de uma herança, cuja liquidação e administração é regulada por esta convenção, se acharem embargados, penhorados ou sequestrados, o funcionario consular não poderá tomar posse dos ditos bens, antes do levantamento do mesmo embargo, penhora ou sequestro.

§ 2.º Se durante a liquidação sobrevier embargo, penhora ou sequestro dos bens de uma herança, o funcionario consular será depositario dos mesmos bens penhorados, embargados ou sequestrados.

O funcionario consular conserva sempre o direito de

ser ouvido é de velar na observancia das formalidades exigidas pelas leis, podendo em todos os casos requerer o que julgar a bem dos interesses da herança; e tanto no juizo commercial, como no da penhora, se a execução se effectuar, receberá as quotas liquidas ou os remanescentes que pertencão á mesma herança.

Art. 28. Liquidada a herança, o funcionario consular extrahirá dos respectivos documentes um mappa do monte partivel, e remettel-o-ha á autoridade local competente, acompanhado de uma demonstração da administração e liquidação.

§ 1.º Estes dous documentos poderãõ, se a autoridade local assim o requisitar, ser conferidos com os originaes, que para tal fim serãõ franqueados no archivo consular.

§ 2.º A autoridade local mandará juntar o mappa e demonstrações ás cópias authenticas dos termos da apposição e levantamento dos sellos e arrolamento dos bens, e fará a partilha, formando os quinhões e designando as tornas se houver lugar.

§ 3.º Em caso nenhum os consules serãõ juizes das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça: estas contestações serãõ submettidas aos tribunaes competentes.

§ 4.º A autoridade local, depois de proferida a sentença de partilha, remetterá ao funcionario consular um traslado da mesma e do calculo respectivo.

Art. 29. Se algum subdito de uma das duas altas partes contratantes fallecer no territorio da outra, a sua successão, no que respeita á ordem hereditaria e á partilha, será regulada segundo a lei do paiz a que elle pertencer, qualquer que seja a natureza dos bens, observadas, todavia, as disposições especiaes da lei local que regerem os immoveis.

Quando, porém, acontecer que algum subdito de uma

das altas partes contratantes concorra em seu paiz com herdeiros estrangeiros, terá elle o direito de preferir que o seu quinhão hereditario seja regulado nos termos da lei de sua patria.

Art. 30. O funcionario consular não poderá fazer remessa ou entrega da herança aos legitimos herdeiros, ou a seus procuradores, senão depois de pagas todas as dividas que o defunto tivesse contrahido no paiz em que falleceu, ou depois de haver decorrido um anno, a contar do fallecimento, sem que se tenha apresentado reclamação alguma contra a herança.

Art. 31. Antes de qualquer distribuição do producto da herança aos herdeiros, deverão ser pagos os direitos fiscaes do paiz onde se abra a successão.

Estes direitos serão os mesmos que pagão ou vierem a pagar os subditos do paiz em casos analogos.

O funcionario consular declarará préviamente ás autoridades fiscaes os nomes dos herdeiros e o seu grão de parentesco, e, pagos os direitos, farão as mesmas autoridades a transferencia do dominio e posse da herança para o nome dos herdeiros, nos termos dessa declaração.

Art. 32. As despesas que o funcionario consular fôr obrigado a fazer em bem da herança ou de parte della, que não estiver sob sua guarda e administração, nos termos desta convenção, serão abonadas pela autoridade local competente, e pagas como despesas de tutoria ou curadoria pelas forças da mesma herança.

Art. 33. Se a herança de subdito de uma das altas partes contratantes, fallecido no territorio da outra, se tornar vaga, isto é, se não houver conjuge sobrevivente, nem herdeiro em grão successivel, será devolvida á fazenda publica do paiz em que se deu o fallecimento.

Tres annuncios serão publicados consecutivamente por



diligencia do juiz territorial, de tres em tres mezes, nos jornaes do lugar em que a successão se tiver aberto e nos da capital do paiz. Estes annuncios deverãõ conter o nome e o appellido do defunto, o lugar e data do seu nascimento, se forem conhecidos, a profissão que exercia, a data e lugar do fallecimento. Annuncios semelhantes serão publicados, por diligencia do mesmo juiz, nos jornaes da localidade em que nasceu o autor da herança e nos da cidade mais proxima.

Se, decorridos dous annos, a contar do fallecimento, não se tiver apresentado conjuge sobrevivente ou herdeiro, quer pessoalmente, quer por procurador, o juiz territorial, por sentença, que será intimada ao funcionario consular, ordenará a entrega da herança ao Estado. A administaação da fazenda publica tomará então posse da mesma herança, ficando obrigada a prestar conta aos herdeiros que se apresentarem dentro dos prazos em que o direito de petição de herança se pôde tornar effectivo a favor dos subditos nacionaes em identicas circumstancias.

#### DECRETO N. 7039 DE 26 DE OUTUBRO DE 1878

Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 15 de Junho de 1878 entre o Brasil e a Hespanha.

Arts. 16. No caso de morte de subdito de uma das altas partes contratantes no territorio da outra, a autoridade local competente deverá sem demora communicar-a ao consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular res-

pectivo, e estes por sua parte a communicarãõ igualmente aquella autoridade se antes tiverem conhecimento.

Art. 17. Pertence aos funcionarios consulares do paiz do fallecido exercer todos os actos necessarios para a arrecadação, guarda, conservação, administração e liquidação da herança, assim como para a sua entrega aos herdeiros ou seus mandatarios devidamente autorizados, nos casos seguintes :

1.º Quando os herdeiros são desconhecidos.

2.º Quando são menores, ausentes ou incapazes, da nacionalidade do fallecido.

3.º Quando o executor testamentario está ausente ou não aceita o encargo.

Art. 18. O inventario, administração e liquidação da herança corre pelo juizo territorial :

1.º Quando ha executor testamentario, que esteja presente e aceite o encargo.

2.º Quando ha conjuge sobrevivente a quem pertença continuar na posse da herança como cabeça de casal.

3.º Quando ha herdeiro maior e presente, que, na conformidade das leis dos dous Estados, deva ser inventariante.

4.º Quando, com herdeiros da nacionalidade do finado, concorrerem herdeiros menores, ausentes ou incapazes, de diversa nacionalidade.

§ Unico. Se, porém, em qualquer destas hypotheses concorrer herdeiro menor, ausente ou incapaz, que seja incontestavelmente da nacionalidade do finado, o consular, consul, vice-consul ou agente consular, poderá requerer, á competente autoridade local, nomeação para exercer as funcções de tutor ou curador, e a dita autoridade lh'a poderá conceder, se para negal-a não tiver motivos legaes ou outros que lhe pareção attendiveis.

Feita a partilha, o funcionario consular arrecadará a quota hereditaria que couber aos seus representados, e continuará na administração dos bens, assim como das pessoas dos menores e incapazes.

Fica entendido que, finda a partilha e entregue os bens ao funcionario consular ou a seu procurador, cessa a intervenção da autoridade local, salvo para os effeitos de que trata a segunda parte do n. 2 do art. 24.

O pai ou tutor nomeado em testamento exercerá as funções da tutella dos respectivos herdeiros menores, podendo ser neste caso o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular, investido nas attribuições de curador dos ditos menores.

Se o pai ou o tutor declarado fallecer ou fôr removido, observar-se-ha o que dispõe a primeira parte deste paragrapho.

Art. 19. Aos menores, filhos de subdito hespanhol, nascidos no Brasil, será applicado o estado civil de seu pai até a sua maioridade, nos termos da lei de 10 de Setembro de 1860, e para os effeitos do que é estipulado na presente convenção.

Reciprocamente, os funcionarios consulares do Brasil em Hespanha terão a faculdade de arrecadar, liquidar e administrar as heranças de seus compatriotas em identicas circumstancias.

Nos effeitos de que trata este artigo não se comprehendem as tutellas e curatellas, as quaes só podem ser confiadas pela autoridade local e reguladas pelas leis do paiz.

Art. 20. Os legatarios universaes são equiparados aos herdeiros.

Art. 21. Quando todos os herdeiros forem maiores poderão, por mutuo accôrdo, proceder a inventario, admi-

nistração e liquidação da respectiva herança perante o juiz territorial ou funcionario consular.

Art. 22. O funcionario consular, nos casos em que pelo art. 17 lhe compete exclusivamente a arrecadação, inventario, guarda, administração e liquidação da herança, deverá observar as seguintes disposições:

1.<sup>a</sup> Se o arrolamento de todos os bens for possível em um dia, praticará esta diligencia logo depois do fallecimento, tomando os ditos bens sob sua guarda e administração.

2.<sup>a</sup> Quando o arrolamento não puder ser feito dentro desse prazo, porá incontinenti os sellos nos bens moveis e papeis do fallecido, fazendo depois o rol de todos elles, aos quaes dará o destino declarado.

3.<sup>a</sup> Os actos referidos nos dous numeros antecedentes serão praticados na presença da autoridade local, se esta, depois de prevenida pelo funcionario consular, entender que deve assistir, e de duas testemunhas idoneas.

4.<sup>a</sup> Se depois do fallecimento, observado o disposto no art. 16, a autoridade local, comparecendo na residencia do finado, ahí não encontrar o funcionario consular, limitar-se-ha a appôr os seus sellos.

Chegando o funcionario consular, se estiver presente a autoridade local, serão levantados os sellos, e o dito funcionario procederá, na presença da mesma autoridade ao arrolamento dos bens, querendo ella assistir.

Se não estiver presente a mencionada autoridade, o funcionario consular a ella dirigirá por escripto, convidando-a a comparecer n'um prazo nunca menos de tres dias, nem maior de oito, para que tenha lugar o levantamento dos sellos e demais actos ennumerados.

Dado o não comparecimento da autoridade local, o funcionario consular procederá por si só.

5.<sup>a</sup> Se durante as supracitadas operações apparecer um testamento entre os papeis do defunto, ou se existir testamento em qualquer outra parte, a sua abertura será feita, segundo as formalidades legais, pelo juiz territorial, o qual remetterá delle cópia authentica, dentro do prazo de quatro dias, ao funcionario consular.

6.<sup>a</sup> Dentro do prazo de quatro dias o funcionario consular remetterá á autoridade local cópia authentica dos termos, tanto da apposição e levantamento dos sellos, como do arrolamento dos bens.

7.<sup>a</sup> O funcionario consular annunciará o fallecimento do autor da herança, dentro de quinze dias, da data em que tiver recebido a noticia.

Art. 23. As questões de validade de testamento serão submettidas aos juizes territoriaes.

Art. 24. O funcionario consular, depois de praticar as operações que ficão mencionadas no art. 22, observará, na administração e liquidação da herança, estes preceitos:

1.<sup>o</sup> Pagará antes de tudo as despezas do funeral, que serão feitas conforme a posição e fortuna do fallecido.

2.<sup>o</sup> Venderá immediatamente, em publico leilão, na forma das leis e usos estabelecidos, os bens que se possão deteriorar, ou que seião de difficil ou dispendiosa guarda.

Para a venda dos immoveis requererá o funcionario consular autorisação do juiz territorial.

3.<sup>o</sup> Cobrará, amigavel ou judicialmente, as dividas activas, rendas, dividendo de acções, juros de inscripções da divida publica ou apolices, e quaesquer outros rendimentos e quantias devidas á herança, e passará quitação aos devedores.

4.<sup>o</sup> Pagará com as quantias pertencentes á herança, ou com o producto da venda dos bens, tanto moveis como immoveis, todos os encargos e dividas da herança, cum-

prindo os legados de que ella esteja onerada, conforme as disposições testamentarias.

5.º Se, allegando a insufficiencia dos valores da herança, o funcionario consular recusar-se ao pagamento de todos ou parte dos creditos, devidamente comprovados, os credores terão o direito de requerer á autoridade competente se o julgarem conveniente aos seus interesses, a faculdade de se constituir um concurso.

Obtida essa declaração, nos termos e pelos meios estabelecidos na legislação de cada um dos dous paizes, o funcionario consular deverá immediatamente remetter á autoridade judicial, ou aos syndicos da fallencia, segundo competir, todos os documentos, effeitos ou valores pertencentes á herança testamentaria ou *ab intestato*, ficando o referido funcionario encarregado de representar os herdeiros ausentes, os menores e os incapazes.

Art. 25. A superveniencia de herdeiros de nacionalidade diversa da do fallecido não fará cessar a arrecadação e administração da herança, que se effectuar nos casos de que trata o art. 17, senão quando os mesmos herdeiros se apresentarem com sentença de habilitação passada em julgado, e em cuja acção ou processo fosse ouvido competentemente o respectivo funcionario consular.

Art. 26. Se o fallecimento se der em localidade onde não haja funcionario consular, a autoridade local o comunicará immediatamente ao governo, por intermedio do presidente da provincia ou governador civil, consignando na sua participação todos os esclarecimentos que houver obtido sobre o caso e suas circumstancias, e procederá á opposição dos sellos, arrolamento dos bens e aos actos subseqüentes da administração da herança.

Pelo presidente da provincia ou governador civil será nos mesmos termos, e sem demora, transmittida aquella

participação ao funcionario consular competente, o qual poderá comparecer no lugar, ou nomear, sob sua responsabilidade, quem o represente; e elle, ou o seu representante, receberá a herança, proseguindo na liquidação, se não estiver terminada.

Art. 27. Se o fallecido tiver pertencido á alguma sociedade commercial, proceder-se-ha na fôrma das prescripções das leis commerciaes dos respectivos paizes.

§ 1.º Se ao tempo do fallecimento os bens, ou parte dos bens de uma herança, cuja liquidação e administração é regulada por esta convenção, se acharem embargados, penhorados ou sequestrados, o funcionario consular não poderá tomar posse dos ditos bens antes do levantamento do mesmo embargo, penhora ou sequestro.

§ 2.º Se durante a liquidação sobrevier embargo, penhora ou sequestro dos bens de uma herança, o funcionario consular será depositario dos mesmos bens penhorados, embargados ou sequestrados.

O funcionario consular conserva sempre o direito de ser ouvido, e de velar na observancia das formalidades exigidas pelas leis, podendo em todos os casos requerer o que julgar a bem dos interesses da herança, e tanto no juizo commercial como no da penhora, se a execução se effectuar, receberá as quotas liquidas ou remanescentes que pertencão á mesma herança.

Art. 28. Liquidada a herança, o funcionario consular extrahirá dos respectivos documentos um mappa do monte partivel, e remettêl-o-ha á autoridade local competente, acompanhado de uma demonstração da administração e liquidação.

§ 1.º Estes dous documentos poderão, se a autoridade local assim o requisitar, ser conferidos com os originaes que para tal fim serão franqueados no archivo consular.

§ 2.º A autoridade local mandará juntar o mappa e demonstração ás cópias authenticas dos termos de apposição e levantamento dos sellos, e arrolamento dos bens, e fará a partilha, formando os quinhões e designando as tornas se houver lugar.

§ 3.º Em caso nenhum os consules serão juizes das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça; estas contestações serão submettidas aos tribunaes competentes.

§ 4.º A autoridade local, depois de proferida a sentença de partilha, remetterá ao funcionario consular um traslado da mesma e do calculo respectivo.

Art. 29. Se algum subdito de uma das altas partes contratantes fallecer no territorio da outra, a sua successão, no que respeita á ordem hereditaria e á partilha, será regulada segundo a lei do paiz a que elle pertencer, qualquer que seja a natureza dos bens, observadas todavia as disposições especiaes da lei local que regerem os immoveis.

Quando, porém, acontecer que algum subdito de uma das altas partes contratantes concorra em seu paiz com herdeiros estrangeiros, terá o direito de preferir que o seu quinhão hereditario seja regulado nos termos da lei de sua patria.

Art. 30. O funcionario consular não poderá fazer remessa ou entrega da herança aos legitimos herdeiros, ou a seus procuradores, senão depois de pagas todas as dividas que o defunto tivesse contrahido no paiz, ou de haver decorrido um anno, a contar do fallecimento, sem que se tenha apresentado reclamação alguma contra a herança.

Art. 31. Antes de qualquer distribuição do producto da herança aos herdeiros deverãõ ser pagos os direitos fiscaes do paiz onde se abre a successão.

Estes direitos serão os mesmos que pagão ou vierem a pagar os subditos do paiz em casos analogos.



O funcionario consular declarará previamente ás autoridades fiscaes os nomes dos herdeiros e o seu grão de parentesco, e, pagos os direitos, farão as mesmas autoridades a transferencia do dominio e posse da herança para o nome dos herdeiros, nos termos dessa declaração.

Art. 32. As despezas que o funcionario consular fôr obrigado a fazer em bem da herança ou de parte, que não estiver sob sua guarda e administração, nos termos desta convenção, serão abonadas pela autoridade local competente, pagas como despezas de tutoria ou curadoria pelas forças da mesma herança.

Art. 33. Se a herança de subdito de uma das altas partes contratantes, fallecido no territorio da outra, se torna vaga, isto é, se não houver conjuge sobrevivente nem herdeiro em grão successivel, será devolvida á fazenda publica do paiz em que se deu o fallecimento, salvo o direito do fisco da patria do fallecido aos bens vagos encontrados nella.

Tres annuncios serão publicados consecutivamente, por diligencia do juiz territorial, de tres em tres mezes, nos jornaes do lugar em que a successão se tiver aberto e nos da capital do paiz.

Estes annuncios deverão conter o nome e appellido do defunto, o lugar e data do seu nascimento, se forem conhecidos, a profissão que exercia, a data e lugar do fallecimento.

Annuncios semelhantes serão publicados, por diligencia do mesmo juiz, nos jornaes da localidade em que nasceu o autor da herança e nos da cidade mais próxima.

Se decorrido dous annos, a contar do fallecimento, não se tiver apresentado conjuge sobrevivente ou herdeiro, quer pessoalmente, quer por procurador, o juiz territorial,

por sentença, que será intimada ao funcionario consular, ordenará a entrega da herança ao Estado.

A administração da fazenda publica tomará então posse da mesma herança, ficando obrigada a prestar conta aos herdeiros que se apresentarem dentro dos prazos em que o direito de petição de herança se pôde tornar effectivo a favor dos subditos nacionaes em identicas circumstancias.

**Leis, Decretos e Decisões do governo sobre impostos das heranças e legados, e sua cobrança**

ALVARÁ DE 17 DE JUNHO DE 1809

§ 8.º Nenhuma quitação de herdeiro ou de legatario, por effeito de testamento, poderá ser aceita em juizo, nem se poderá com ella haver o testamento por cumprido, sem que a quitação tenha sido primeiramente sellada, pagando-se por este sello a decima da herança ou legado, que effectivamente se arrecadar, não sendo os herdeiros, ou legatarios, descendentes ou ascendentes do testador.

§ 9.º Igualmente se praticará o mesmo com os herdeiros, que não forem descendentes ou ascendentes do fallecido *ab intestato*, com differença, porém, que o herdeiro, que fôr parente do fallecido *ab intestato* até o segundo grão inclusive, contado na fôrma do direito canonico, não poderá ser empossado da herança, sem que tendo feito inventario, e constando por documento authenticico a quantia liquida da herança no documento, pelo qual lhe houver de mandar passar mandado de entrega, tenha feito pôr o sello, e com elle pago a decima da herança que realmente arrecadar, e a quinta parte sendo parente fôra do segundo grão. E os ministros, a quem toca, farão que os testamenteiros não sejam omissos em dar conta dos testamentos, e que todas as heranças *ab intestato*, não havendo herdeiros forçados,

se proceda a inventario e entrega judicial, para poderem ter lugar estas providencias.

§ 13. Os escrivães, que receberem quaesquer papeis sujeitos á taxa e sello, sem que tenha sido paga, incorrerão na perda de perdimento do officio, e no decuplo do valor da taxa, e os magistrados na de suspensão e emprazamento, e os juizes ordinarios, a lém da suspensão, no pagamento do decuplo da taxa do papel que consentirem nos autos sem pagar o sello competente, o que se provará por haverem proferido algum despacho depois de estar inserto nos autos o papel, que devêra ser primeiramente sellado.

E todos os que falsarem o sello e as assignaturas das verbas dos pagamentos incorrerão nas penas dos que falsificação o meu signal, impostos na Ord. do liv. 5º, tit. 52. E os que receberem heranças ou legados por conluio particulares, perdêl-os-hão, com outro tanto do seu valor para a minha Real Fazenda.

§ 14. Para este fim, e para serem punidos todos os que commetterem alguma outra fraude, se admittiráõ denuncias, applicando-se ao denunciante a metade das penas penuniarias, e sendo a outra para a minha Real Fazenda.

#### ALVARÁ DE 2 DE OUTUBRO DE 1811

Eu o Principe Regente. Faço saber aos que o presente alvará de declaração virem, que, havendo eu determinado pelo alvará de 17 de Junho de 1809 que nenhuma quitação de herdeiro, ou legatario por effeito de testamento, podessa ser aceita em juizo, nem se houvesse por cumprido o testamento sem que a quitação fosse primeiramente sellada, pagando-se por este sello a decima da herança, ou legado

que effectivamente se arrecadar, não sendo os herdeiros, ou legatarios, descendentes ou ascendentes do testador, e que o mesmo se praticasse com os herdeiros que não fossem descendentes ou ascendentes do fallecido *ab intestato*, com as differenças expressas no § 9º do sobredito alvará :

Constando na minha real presença que muitos testamenteiros, satisfazendo as disposições testamentarias, conservão indevidamente a parte das heranças e legados que pertencem á minha Real Fazenda, por todo o tempo que lhes é e fôr possível demorar as suas contas no respectivo juizo, procurando sempre retardar o cumprimento dos testamentos, com prejuizo dos herdeiros e legatarios, bem como da minha Real Fazenda; e sendo necessario estabelecer providências para que effectivamente paguem á minha Real Fazenda a taxa estabelecida pelo sobredito alvará as heranças e legados que competirem aos testamenteiros, que forem igualmente instituidos herdeiros ou legatarios, pois que a primeira qualidade os não isenta dos encargos a que estão sujeitos pela segunda, não sendo ascendentes ou descendentes do testador, hei por bem ordenar o seguinte :

1.º Os testamenteiros serão obrigados a entrar nos cofres da minha Real Fazenda com a parte que lhes pertence, na conformidade do § 8º do Alv. de 17 de Junho de 1809, sobre as heranças e legados, logo que fizerem pagamento aos herdeiros e legatarios. Estes pagamentos sómente poderão ser feitos por quitação passada no juizo respectivo, não sendo valiosos os recibos particulares dos herdeiros e legatarios, nem podendo lavrar-se por estes a quitação fóra do prazo de trinta dias.

2.º Nenhuma quitação de herdeiro ou legatario por effeito de testamento será valida sem que conste por uma verba, nelle posto, que foi paga a decima da herança ou

legado, que é devido á minha Real Fazenda, antes de ser a dita quitação assignada pelo herdeiro ou legatario. Os escrivães, que o contrario fizerem, incorrerão nas penas estabelecidas no § 13 do sobredito alvará, e semelhantemente os magistrados que admittirem nas contas dos testamenteiros quitações, em que se mostre não ter sido feito o pagamento da taxa na fôrma que fica ordenado.

3.º O testamenteiro, que fizer qualquer pagamento a algum herdeiro ou legatario, sem primeiramente ter pago o mesmo testamenteiro a taxa imposta no § 8º do sobredito alvará, não ficará desobrigado em juizo por um tal pagamento, e incorrerá demais na pena de pagar pelos seus bens o duplo da taxa, que será distribuido, na fôrma do § 14 do mesmo alvará, metade para o denunciante e outra metade para a Real Fazenda.

4.º Nas mesmas penas estabelecidas no paragrapho antecedente incorrerão os testamenteiros que retiverem as taxas devidas á minha Real Fazenda pelos pagamentos das heranças e legados, que tiverem feito depois da publicação do Alv. de 17 de Junho de 1809 até ao presente, sendo-lhes unicamente permittido o prazo de trinta dias, contados depois da publicação deste alvará, para dentro dellés pagarem as taxas relativas ás heranças e legados que tiverem pago até o presente.

5.º O herdeiro, que igualmente fôr testamenteiro, não sendo ascendente ou descendente do testador, será obrigado a apresentar no juizo competente conhecimento em fôrma, pelo qual mostre haver feito o devido pagamento á minha Real Fazenda; e o que sonegar o liquido da herança que arrecadar, em prejuizo da contribuição a que é obrigado, incorrerá na pena do perdimento da herança, a terça parte para o denunciante e o mais para a minha Real Fazenda.

6.º A disposição do paragrapho antecedente terá lugar a respeito de todas as heranças e legados de testamenteiros, havidos por testamento depois da publicação do Alv. de 17 de Junho de 1800. Taes herdeiros, testamenteiros, deverão declarar no juizo respectivo o liquido da herança que tiverão dentro do prazo de dous annos, e sómente no fim deste prazo é que terão lugar as penas impostas no § 5.º

7.º Os ministros a quem tocar vigiar sobre o cumprimento dos testamentos, aquelles perante quem se procede a inventario dos bens do fallecido, e á administração dos mesmos, na fôrma dos alvarás de 17 de Junho de 1763 e 10 de Novembro de 1810, terão o maior cuidado em fazer com que os testamentos sejião cumpridos no preciso prazo de tempo que lhes é concedido, procedendo logo contra todos os testamenteiros omissos na fôrma da lei. Farão concluir com a maior brevidade os inventarios e administrações, sem prorrogação de tempo concedido para taes inventarios e administrações, salvo nos casos de absoluta necessidade, que me deverão ser consultados pelos respectivos tribunaes, para eu resolver o que me parecer. Darão parte annualmente no meu Real Erario, e nas juntas da fazenda das capitánias onde servirem, dos pagamentos de heranças e legados que em cada um anno se fizerem nõ districto da sua jurisdicção; e os ministros sujeitos a residencia serão obrigados a apresentar nella a competente certidão de assim o haverem cumprido, e com pena de inhabilidade para continuarem no meu real serviço todos os que o contrario praticarem.

## ORDEM DE 13 DE NOVEMBRO DE 1833

Declara que não se deve cobrar a meia siza das quantias por que se libertão os escravos, por se não dar nelles a compra e venda dos mesmos, de que trata o Alv. de 3 de Junho de 1809; e quanto á exigencia da taxa estabelecida pelos legados da liberdade, deverá cessar por abusiva.

## ORDEM DE 23 DE JANEIRO DE 1834

De 23, ao juiz municipal da villa da Praia, em resposta á sua representação de 12 de Dezembro ullimo ácerca da disposição do § 8º do Alv. de 17 de Junho de 1809, sobre dever ou não pagar decima de legado o usufructo, que, enquanto não houver declaração da assembléa geral a tal respeito, cumpra a disposição do referido paragrapho da maneira até agora praticada, não se dando por desonerado o testamenteiro sem que se mostre pago o sello de taes legados, ou elles sejam de propriedade ou do usufructo, e ou pague o legatario daquella ou deste.

## REGULAMENTO N. 151 DE ABRIL DE 1842

Art. 15. O imposto da meia siza, estabelecido pelo Alv. de 3 de Junho de 1809, § 2º, será arrecadado, deduzindo-se 5 % do valor de qualquer escravo que fôr vendido, adjudicado ou arrematado, dado ou cedido em solução de divida.

§ Unico. E' isenta deste imposto a alforria de qualquer escravo, seja onerosa ou gratuita.

REGULAMENTO N. 156 DE 28 DE ABRIL DE 1842

Art. 1.º Todas as heranças, ou sejam de testamento, ou *ab intestato*, no municipio da côrte, cujos herdeiros e legatarios tiverem de pagar taxa, serão arrecadadas, inventariadas e partilhadas com audiencia do procurador da fazenda do juizo dos feitos della.

Art. 2.º O procurador da fazenda, por si e pelo solicitador, a que dará as instrucções necessarias, assistirá a todos os actos da arrecadação e inventario, para fiscalisar a exactidão da descripção e avaliação dos bens, das declarações do inventariante, das despezas attendiveis, e da certeza das dividas activas e passivas, e para requerer quanto convier á expedição do mesmo inventario.

Art. 3.º Os juizes perante quem se proceder a arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos, testados ou intestados, de que se deva pagar taxa, ou seja a requerimento de parte ou *ex-officio*, ordenarão préviamente a citação e audiencia do procurador da fazenda, sem embargo nem prejuizo da assistencia e promoção que pertença ao promotor dos residuos.

Art. 4.º Feito o termo de encerramento do inventario, se procederá á liquidação do quanto se dever á Fazenda Nacional da taxa de herança ou legados; e pela importancia dessa taxa se contemplará a Fazenda Nacional como qualquer dos herdeiros para a respectiva partilha, e nesta se lhe adjudicará dos bens inventariados os que necessarios forem para o seu pagamento, excepto o caso de serem as



heranças ou legados de usufructo, em que se procederá da maneira declarada nos arts. 12, 13, 14, 15 e 16.

Art. 5.º Julgada a partilha por sentença, qualquer dos herdeiros contemplados nella poderá, dentro de cinco dias, offerecer-se a pagar á Fazenda Nacional o imposto das taxas devidas; e neste caso, effectuando o pagamento em moeda corrente, dentro de vinte e quatro horas, por uma declaração ou additamento da primeira sentença, se lhe adjudicará os bens que á Fazenda Nacional se havião lançado em partilha, sem obrigação de pagamento de siza, meia siza, nem outro algum encargo.

Art. 6.º Não havendo herdeiro que assim se offereça ao pagamento, o procurador da fazenda tomará conta dos bens dados em partilha á Fazenda Nacional, e pondo-os no deposito publico, ou deixando-os em poder do inventariante, como depositario judicial, lavrados os devidos termos, requererá ao juiz do inventario que os faça arrematar em hasta publica, para o que andarão em prégão nove dias os bens de raiz, e tres os moveis e semoventes; e recolherá o producto ao respectivo cofre com todas as declarações necessarias relativamente á herança e legados a que pertence.

Art. 7.º As arrecadações, inventarios e partilhas, serão feitas pelos juizes da provedoria, dos orphãos e do civil, conforme a legislação existente, quando se lhes der principio dentro de trinta dias contados do fallecimento do testador.

Art. 8.º Se dentro deste prazo se não tiver dado começo á arrecadação e inventario, o procurador da fazenda obrigará aos testamenteiros, administradores e cabeças de casal a virem fazê-lo no juizo privativo da fazenda, e ahi se seguirão os termos expostos nos arts. 2, 3, 4 e 5.

Art. 9.º O que fica disposto nos artigos antecedentes é extensivo a todas as arrecadações e inventarios actualmente

pendentes, em que houver divida de taxa de herança ou legado, e que não tiverem sentença de partilha passada em julgado.

Art. 10. O procurador da fazenda, pelos meios a seu alcance, procurará ter noticia de todas as heranças de fallecidos, testados ou intestados, de que se devão taxas, para promover os inventarios e partilhas, na fôrma dos arts. 1, 2, 3, 4 e 5, correspondendo-se com os paróchos e juizes de paz, e subdelegados do municipio, para lhe fazerem a participação dos que fallecerem e deixarem heranças; examinando os cartorios dos escrivães dos juizos da provedoria e do civil, e os livros da distribuição, todas as vezes que julgar necessario.

Art. 11. A cobrança das taxas, devidas de heranças já inventariadas e partilhadas, será promovida pelos meios executivos, na conformidade das leis, havendo o procurador da fazenda as contas e precisas informações da recebedoria do municipio.

Art. 12. Se as heranças e legados consistirem em usufructo, será a decima deduzida do rendimento annuo do objecto deixado em usufructo, e será paga pela fôrma seguinte :

§ 1.º Se os bens deixados em usufructo forem predios urbanos, sitios na cidade e lugares notaveis, sujeitos á decima urbana, se pagará annualmente a taxa do sello do seu aluguel liquido ou do seu valor estimado, deduzida primeiro a decima urbana, e as despesas do concerto e reparo.

§ 2.º Se, porém, forem sitios fóra da cidade, não sujeitos ao imposto da decima urbana, o imposto do sello é devido do rendimento por que estiverem alugados, ou do preço por que poderião alugar-se, no caso de serem occupados

pelos mesmos usufructuarios, procedendo-se para esse fim ao competente arbitramento.

§ 3.º A mesma disposição do parographo antecedente é extensiva aos predios rusticos deixados em usufructo.

§ 4.º Nos usufructos consistentes em fundos de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, se deduzirá o imposto do sello do rendimento liquido annual, que couber aos usufructuarios em rateio, fazendo-se a conta á vista do respectivo dividendo, e, no caso de o não haver, pelo ultimo balanço, ou contas das mesmas companhias ou sociedades.

§ 5.º Nos usufructos de dinheiro o imposto do sello é devido dos juros da lei, quando o usufructuario o conservar em seu poder, ou dos juros estipulados no caso de o ter em gyro.

Art. 13. Nos bens moveis e semoventes se deduzirá por uma vez sómente metade do imposto do sello sobre o valor em que forem arbitrados nos respectivos inventarios, com declaração, porém, de que os escravos menores de doze annos só ficão sujeitos ao imposto depois que completarem esta idade.

Art. 14. O arbitramento uma vez feito não poderá ser renovado durante a vida dos usufructuarios, salvo provando que os bens têm diminuido consideravelmente de rendimento.

Art. 15. Para se fazer a cobrança da taxa das heranças e legados do usufructo, de que trata o artigo antecedente, o procurador da fazenda promoverá o cumprimento das disposições testamentarias ; e, lavrados os respectivos termos da entrega, e quitação dos herdeiros e legatarios, usufructuarios, com todas as especificadas declarações da qualidade e valor dos bens, enviará as certidões dellas á recebedoria

do municipio, afim de se abrirem contas aos ditos herdeiros e legatarios.

Art. 16. Quando fôr preciso o arbitramento em algum dos casos dos artigos antecedentes, será feito por um louvado nomeado pelo administrador da recebedoria, e por este confirmado, com recurso para o tribunal do thesouro publico nacional, que poderão interpôr as partes que se julgarem lesadas dentro de quinze dias improrogaveis, e contados da data da intimação que lhes será feita do arbitramento.

Art. 17. Para facilitar os meios da fiscalisação desta arrecadação, nenhum testamento se mandará cumprir definitivamente, sem que seja primeiramente apresentado na recebedoria do municipio, e nelle se lance a verba da apresentação assignada pelo administrador, sob pena ao juiz de pagar uma multa de cincoenta a cem mil réis, e ao escriptivo de ametade, além das em que incorrer pela responsabilidade.

Art. 18. Na recebedoria do municipio se fará a inscripção de todos os testamentos, em que houverem herdeiros ou legatarios sujeitos á contribuição da taxa do sello, em um livro para esse fim especialmente destinado, aberto, numerado e rubricado pelo inspector-geral do thesouro publico nacional.

Cada inscripção conterà o titulo, debito e credito do testamento :

§ 1.º O titulo constará do numero do testamento, nome do testador, sua profissão, dia do seu obito, lugar da sua residencia ao tempo deste, e data da approvação, abertura e aceitação.

§ 2.º No debito serão designados os nomes dos herdeiros e legatarios, a natureza dos legados ou heranças, por classes, com especificação do que consistir em dinheiro, apo-

lices, acções, bens moveis, semoventes e de raiz, e outros effeitos que constem dos testamentos.

§ 3.º No credito serão lançados pela ordem chronologica os pagamentos da taxa do sello que effectivamente se realizarem, com indicação e com referencia á respectiva verba do debito.

Art. 19. Da mesma sorte se procederá a respeito dos inventarios e partilhas dos bens dos intestados, cujos herdeiros forem sujeitos á taxa; ordenando o juiz nas sentenças que sejam os autos apresentados á recebedoria do municipio para se proceder á inscripção, que se fará na fórma do artigo antecedente, e que se não extraião do processo, não se entreguem formaes, nem aceitem quitações judiciais, emquanto nos mesmos autos não estiver lançada a verba da apresentação, sob as penas do art. 17.

Art. 20. A inscripção a respeito dos bens deixados em usufructo, de que se dever taxa, será especificadamente feita, contendo o nome do testador e dos usufructuarios, e os objectos que constituem o usufructo, lançando-se as verbas de debito e credito na fórma do art. 18.

#### ORDENAÇÃO 116 DE 4 DE OUTUBRO DE 1842

O Sr. administrador da recebedoria mande restituir a João Pedro Teixeira Coelho os 60\$, que pagou na recebedoria, de decima do legado que lhe deixou seu tio Manoel Teixeira Campos, pois que deve prevalecer o pagamento da mesma taxa feito na collectoria de Vassouras, para as rendas provinciaes, por ser o legado de uma casa sita na sobredita villa da provincia do Rio de Janeiro, e proceder a natureza do imposto geral ou provincial do lugar da

existencia dos bens de que o dito se deve; cassando o conhecimento, que se desentranhará da respectiva conta testamentaria, substituindo-se pelo que foi passado pela collectoria.

REGULAMENTO N. 410 DE 4 DE JUNHO DE 1845

Art. 1.º São comprehendidos na disposição do alvará de 17 de Junho de 1809, para pagamento da taxa do sello das heranças e legados, os estrangeiros (art. 31 da lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843), e delles se cobrará nos mesmos casos e pela mesma fôrma por que se cobra dos nacionaes.

Art. 2.º O pagamento da taxa a que se offerecer qualquer herdeiro, nos termos do art. 5.º do regulamento de 28 de Abril de 1842, se poderá tambem fazer, em qualquer estado que esteja o inventario, logo que se possa directamente liquidar o imposto, ou elle esteja liquido pelo testamento.

Art. 3.º Sempre que se houyer de apresentar louvados por parte da fazenda nacional, nos casos de que trata o dito regulamento, devem elles ser nomeados pelo administrador da recebedoria do municipio (portaria de 6 de Junho de 1842).

Art. 4.º Os escrivães dos juizos, perante quem se proceder á arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos *ab-intestados*, de que se deva pagar taxa, que deixarem de cumprir a disposição do art. 19 do regulamento, incorrerão em uma multa de 50\$ por cada um inventario que deixarem de remetter á recebedoria do municipio, para o effeito de ser inscripto, a qual será imposta pelo procurador dos feitos e applicada á fazenda nacional.

Art. 5.º No principio de cada trimestre remetter-se-ha ao procurador dos feitos um extracto da inscripção, que se tiver feito no trimestre anterior, para proceder ás diligencias que lhe incumbe o regulamento.

Art. 6.º A quota do imposto, estabelecida pelo § 8º do sobredito alvará de 17 de Junho de 1809 será deduzida da fórma seguinte :

1.º Pelas quitações, que derem os herdeiros ou legatarios por effeito de testamento, que não forem ascendentes ou descendentes do testador, se pagará a taxa correspondente á decima do valor da herança ou legado que effectivamente se arrecadar.

2.º Pelas quitações que derem os herdeiros *ab-intestado*, que não forem descendentes ou ascendentes do fallecido, mas parentes até o segundo gráo inclusive, na fórma do direito canonico, pagar-se-ha a quota igual á decima da herança que realmente se arrecadar.

São parentes collateraes ou transversaes dentro do segundo gráo, para serem sujeitos sómente ao imposto da decima da herança havida por testamento, ou *ab-intestado* :

1.º Os irmãos.

2.º Os sobrinhos, filhos de irmãos.

3.º Os tios, irmãos dos pais.

4.º Os primos, filhos dos tios, irmãos dos pais.

3.º Pelas quitações, que em igual caso derem os parentes do fallecido intestado fóra do segundo gráo, se pagará a taxa igual á quinta parte da herança arrecadada por elles.

Art. 7.º São isentos do pagamento do imposto :

1.º As heranças e legados, ou usufructo, deixados á santa casa da misericordia, aos expostos, ao recolhimento, como partes integrantes deste instituto (alvará de 28 de Setembro de 1810 e resolução de 13 de Dezembro de 1817).

2.º Os premios ou legados deixados aos testamenteiros, que não excederem á vintena testamentaria (resolução do 1º de Julho de 1817).

3.º As heranças ou legados consistentes em apolices de fundos publicos e seus juros (Art. 37 da lei de 15 de Novembro de 1827).

Art. 8.º As guias passadas pelos escrivães dos juizos perante quem se fizerem os inventarios, ou se derem as contas testamentarias para pagamento do imposto, deverão conter o anno do fallecimento do testador ou *ab-intestado*, a natureza da herança ou legado, e a declaração do grão de parentesco do herdeiro.

Art. 9.º A cobrança das taxas devidas das heranças já inventariadas e partilhadas, que não tiverem sido pagas dentro do prazo de oito dias da data das sentenças da partilha ou despachos de entrega, tenha-se ou não verificado o recebimento pelos herdeiros ou legatarios, será promovida pelos meios executivos na fórma do art. 11 do regulamento.

#### AVISO N. 56 DE 5 DE JUNHO DE 1845

Illm. e Exm. Sr.—Ao officio de V. Ex. de 8 de Maio ultimo n. 70, que trata da divida proposta pelo juiz municipal da villa do Conde, sobre estarem ou não sujeitos ao paragrapho unico do art. 6º do regulamento de 26 de Abril de 1844 os inventarios daquelles que morrêrão antes da publicação da lei, embora seja posterior o inventario, respondendo que assim como o dito regulamento a ninguem obriga a passar creditos e escripturas publicas de dividas, ou de outro quaesquer contratos, só para o fim de pro-



duzirem o respectivo imposto do sello para a fazenda publica, da mesma sorte não se pôde entender que elle compelle indistinctamente a todos os herdeiros a fazer inventarios judiciaes, só porque nas quitações, ou nos contratos de partilhas, aliás amplamente facultados pela legislação, se haja de impôr um sello proporcional ás quotas hereditarias. O sello recahe nos paragraphos de que se trata, exarados depois da publicação do regulamento e sobre os valores que nelles se declarão, e a pena para o caso de fraude está no art. 14 da lei de 21 de Outubro de 1843, cujos termos não é licito exceder.

## AVISO N. 90 DE 18 DE AGOSTO DE 1845

Illm. e Exm. Sr.—Tendo-me sido remettido, em aviso da repartição da justiça de 14 de Julho ultimo, o officio de Antonio Luiz Pereira da Cunha Junior, juiz municipal supplente da Villa Bella da Princeza, de 20 de Junho, pedindo solução ás seguintes duvidas: primeira, se os legados pios não cumpridos, e as esmoladas deixadas em testamento a pessoas reconhecidamente pobres ou mendigos, são sujeitos á decima legataria; e segunda, se a excepção da decima legataria concedida á santa casa da misericordia da côrte se estende a outras casas de misericordia do Imperio; cumpre-me dizer a V. Ex., para o fazer constar ao dito juiz municipal supplente, que não compete ao governo solver as duvidas por elle propostas, por ser provincial o imposto de que se trata, excepto no municipio da côrte, onde tanto uns como outros legados estão sujeitos á decima, e que a excepção estabelecida pelo alvará de 17 de Junho de 1809 á casa da misericordia do Rio de Janeiro foi am-

pliada a todas as casas de misericordia do Brasil pelo outro alvará de 20 de Maio de 1811.

PORTARIA N. 151 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1846

O Sr. administrador da recebedoria do municipio fique na intelligencia, em solução ao que representou em 26 de Outubro, de que o pagamento da taxa das heranças e legados em usufructo, consistentes em bens de raiz, de que tratão os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 12 do regulamento de 28 de Abril de 1842, poderá ser feito de prompto, por uma vez sómente, deduzindo-se a decima do valor integral dos predios, nos casos especiaes, e em que as partes interessadas assim o requeirão e justifiquem o inconveniente de ser effectuado em prestações annuaes.

AVISO N. 119 DE 10 DE SETEMBRO DE 1847

O Sr. administrador da recebedoria do municipio, em vista da sua informação de 22 de Agosto sobre o requerimento de João José Lopes Ferraz, a respeito da exigencia do pagamento da decima pela provedoria das capellas e residuos da alforria de um escravo deixado em testamento pelo finado Domingos de Mattos Vieira, fique na intelligencia de que as alforrias ou doações de liberdade feitas em testamento não pagão a decima estabelecida pelo alvará de 17 de Junho de 1809 para os legados e heranças, como se tem declarado em diversas ordens. As isenções de decimas de legados e heranças referidas no art. 7º do re-

gulamento de 4 de Junho de 1845, n. 410, já existião antes de sua publicação, e elle nada innovou a respeito daquellas de que não se faz menção; e não tendo as doações de liberdade a natureza de legado, não estão sujeitas a imposto, não se podendo confundir com os legados a manumissão instituida em testamento, muito embora vulgarmente se tenha admittido o uso de intitular-os—legados de liberdade;—são, porém, disposições testamentarias muito diversas em natureza e essencia, e absurdo seria entender-se que, concedida a manumissão por qualquer dos meios que a lei tem estabelecido, deveria esta ficar dependente da solução de um imposto para produzir os seus effeitos.

ORDEM N. 26 DE 16 DE FEVEREIRO DE 1848

Manoel Alves Branco, presidente do tribunal do thesouro publico nacional, para remover duvidas por hypotheses que se tem figurado, em que conflicto se pôde dar entre a fazenda geral e a provincial, por occasião da arrecadação da taxa das heranças e legados que pertence a esta, declara que todas as occasiões ou motivos destes conflictos se desvanecem, e devem deixar de causar embaraço, tendo-se em consideração a seguinte regra geral e seus corollarios, a saber: o direito de haver a taxa das heranças e legados, tanto para a renda geral, como para a provincial, é dependente da morte dos testados ou intestados que essas heranças ou legados deixarão, tendo ella acontecido depois da publicação do alvará de 17 de Junho de 1809, e deve regular-se com referencia ao tempo em que fallecêrão esses testados ou intestados na conformidade das disposições do alvará de 17 de Junho de 1809, dito de 2 de Outubro

de 1811, decreto de 27 de Novembro de 1812, lei de 22 de Outubro de 1836, art. 21; instrucções de 4 de Abril de 1837 e respectivas leis provinciaes.

Desta regra se deduzem os seguintes corollarios :

1.º Nenhuma taxa se tem a receber das heranças e legados dos testados ou intestados, que fallecêrão antes da publicação do alvará de 17 de Junho de 1809, qualquer que seja a época em que tenha sido ou fôr effectuada a entrega, e dada a quitação, como se deduz da litteral disposição do alvará de 2 de Outubro de 1811, § 6º, e decreto de 27 de Novembro de 1812, e o tem decidido o tribunal.

2.º A taxa das heranças e legados dos testados ou intestados, fallecidos desde o 1º de Julho de 1833 até o ultimo de Junho de 1836, pertence em iguaes partes, por metade, ás rendas geraes e provinciaes, ainda que em épocas posteriores se tenha realizado ou realize a entrega e quitação, pois que não destes actos supervenientes, mas da morte do testador e da nota della, é que provém e em que se firma o direito da percepção da taxa.

3.º A taxa das heranças e legados dos testados e intestados, que fallecêrão antes do 1º de Julho de 1833, pertence por inteiro á renda geral, posto que a entrega e quitação tivesse lugar dentro do tempo decorrido desde o 1º de Julho de 1833 até o ultimo de Junho de 1836, ou posteriormente pela mesma razão acima dita.

4.º A circumstancia de ter sido deixado a um, ou mais individuos, o usufructo de bens, que por herança devião ou devem passar a outrem, não altera ou prejudica a procedencia dos corollarios antecedentes, devendo a taxa do usufructo e da herança pertencer no todo á renda geral, ou em partilha com a renda provincial, com attenção ao

tempo da morte dos testados ou intestados, sem nada influir a época da entrega e quitação.

PORTARIA N. 49 DE 10 DE ABRIL DE 1848

O Sr. administrador da recebedoria do municipio, em solução ao que representou em 7 de Março, fique na intelligencia de que ao seu primeiro quesito, a despeza do formal de partilhas quando seja preciso tirar-se do que pertence á fazenda nacional, por não haver herdeiro que se preste a pagar as taxas, na fórma do art. 5º do regulamento de 28 de Abril de 1842, deverá ser a cargo do casal inventariado, e abonada ao inventariante com as mais despezas legalmente feitas, por isso que a fazenda nacional deve haver inteiro e livre de todos os encargos a que lhe tocar para seu pagamento. A respeito do segundo, além de já estar providenciado no art. 6º, se declara que no caso de não se effectuar a arrematação dos bens lançados á fazenda nacional nos prazos marcados, deverão elles ser administrados do mesmo modo que quaesquer outros bens nacionaes. Cumpre outrosim declarar que a partilha dos bens da fazenda nacional não deve ter lugar quando os legados forem em dinheiro, nem a respeito da parte da herança, de que se dever taxa que consistir em moeda, e por isso não se deve dar em bens de qualquer especie á fazenda nacional a quota, que deverá haver em dinheiro da somma pertencente aos herdeiros ou legatarios.

## AVISO N. 163 DE 12 DE OUTUBRO DE 1850

Joaquim José Rodrigues Torres, presidente do tribunal do thesouro publico nacional, em satisfação ao officio do Sr. presidente da provincia de S. Pedro, datado de 22 de Agosto ultimo, sob n. 36, acompanhado da cópia do officio que lhe dirigiu o procurador-fiscal da thesouraria, expondo-lhe a diversidade das opiniões delle e do juiz de direito da segunda vara crime de Porto Alegre, relativamente a dever-se ou não exigir, e cobrar a taxa hereditaria dos fructos e rendimentos que as heranças produzem no tempo da factura e processo do inventario, declara ao Sr. inspector da thesouraria da dita provincia que bem proceder o juiz de direito estabelecendo a regra de que não é devida a referida taxa daquelles fructos e rendimentos:

1.º Porque não ha lei alguma que assim o determine, pois que a lei que estabeleceu o tributo da decima de heranças e legados, lançando-o só e expressamente sobre os bens que ficão dos fallecidos testados e intestados, e que devem passar aos seus herdeiros escriptos ou legitimos competentemente habilitados com relação ao valor que tem ao tempo do fallecimento, e lhes é certificada pela avaliação no inventario, como se deduz das mui claras disposições dos alvarás de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º, e de 2 de Outubro de 1811, não se pôde fazer extensiva aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados ou intestados, a este computo que já não pôde ser considerado herança, mas producto e proveito della. 2.º Porque sendo decretada, pelo alvará de 9 de Novembro de 1754, que a posse civil, que os defuntos em sua vida houverem tido, passe logo nos bens livres dos herdeiros escriptos ou legitimos, tendo essa posse civil todos os effeitos de posse

natural, sem que seja necessario que se tome, segue-se que todos os fructos e rendimentos dos bens do defuncto ficão desde o acto da morte pertencendo aos herdeiros escriptos ou legitimos de pleno direito, sem mais onus ou encargo algum da taxa hereditaria, além da do valor que tinhão os bens da herança ao tempo do fallecimento.

E para obviar a outras duvidas, que poderãõ occorrer sobre a materia, declara mais ao dito Sr. inspector da thesouraria que, acontecendo que os bens de que se compuzer a herança, depois de competentemente descriptos e avaliados, e no tempo decorrido da morte do testado ou intestado até a adjudicação por sentença da partilha, tenham augmento de valor, como, *v. g.*, no caso de venda por preço maior que o da avaliação, deve essa maioria no valor da propriedade ser contemplada a favor tambem da fazenda nacional para della se pagar a taxa; assim como, se nos ditos bens de que a herança se compuzer, e no decurso do referido tempo da morte do testado ou intestado até a sentença de partilhas, acontecer a perda delles no todo ou em parte, como, *v. g.*, no caso de ruina total e destruição dos immoveis ou morte dos semoventes, se deverá contemplar a perda ou diminuição da herança em prejuizo tambem da fazenda nacional, e que em taes circumstancias ou a taxa se não deve por não haver do que deduzir, por nada terem os herdeiros a receber, ou se deve pagar sómente a correspondente ao valor dos bens existentes, pois que ella é deduzida do liquido nos termos dos supramencionados alvarás.

## ORDEM N. 228 DE 18 DE SETEMBRO DE 1851

A duvida que o collecter das rendas geraes do municipio de Pirahy, sujeita por seu officio n. 32 de 16 de Agosto ultimo á consideração de V. S., já se acha resolvida na ordem de 23 de Agosto do anno passado, expedida á thesouraria da provincia do Rio de Janeiro, da qual se vê que antes de consummada alguma execução contra a mesma herança, ou de partilhados os seus bens, qualquer herdeiro tem o direito de remir as dividas da herança, como teria o proprio devedor a quem succedem, e por isso só posteriormente a qualquer daquelles factos se deverão considerar sujeitos ao imposto da siza as adjudicações de bens da herança em favor dos herdeiros da mesma, por já então ter cessado o direito de remissão e se verificar uma verdadeira transacção com os credores; cumprindo-me, porém, prevenil-o de que a citada ordem de 23 de Agosto só contempla os herdeiros necessarios, e de que no caso de não pagamento de siza, por não serem os bens de raiz ou por se comprehenderem as adjudicações respectivas na especie acima mencionada, dever-se-ha cobrar o imposto do sello proporcional.

## AVISO N. 33 DE 31 DE JANEIRO DE 1852

Joaquim José Rodrigues Torres, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria de fazenda da provincia de Minas Geraes, em solução á duvida proposta no seu officio n. 2 de 3 deste mez, que as partilhas de bens por herança são indistinctamente su-



jeitas ao imposto do sello proporcional, quer sejam feitas judicialmente, quer extrajudicialmente, como dispõe expressamente o art. 14 do regulamento de 10 de Julho de 1850, devendo quando feitas por escriptura publica pagar o sello antes de ser a mesma escriptura lavrada no livro das notas do tabellião, e quando por escriptos particulares pagar o sello no prazo marcado do art. 19, § 3º, sob pena, tanto em um caso como em outro caso, de não poderem ser attendidas em juizo sem a revalidação. Adverte, porém, ao Sr. inspector de que as referidas disposições do regulamento se devem ter em consideração nas occasiões, em que se suscitem duvidas a respeito da quota, prazo do pagamento do sello e da sua revalidação, mas nenhum procedimento activo devem ter os empregados de fazenda para obrigar as partes ao pagamento do dito sello, porque a lei se limitou a punir a falta da maneira acima indicada.

## DECRETO N. 1343 DE 8 DE MARÇO DE 1854

Suscitando-se duvida na arrecadação do sello de heranças e legados, á vista da lei de 11 de Agosto de 1831, se os ascendentes e descendentes a que a mesma lei se refere se achão ou não comprehendidos na isenção estabelecida no § 8º do alvará de 17 de Junho de 1809; e tendo ouvido a competente secção do conselho de Estado, hei pôr bem, em conformidade da minha imperial resolução de 11 de Fevereiro do corrente anno, declarar que unicamente têm direito ao gozo da isenção e favores concedidos pelo citado alvará de 17 de Junho de 1809, § 8º e 9º, os ascendentes e descendentes que são os herdeiros necessarios ou forçados.

## ORDEM N. 311 DE 15 DE OUTUBRO DE 1855

Tendo em consideração o que requereu a escrava Felicidade, e de accordo com o espirito das ordens de 13 de Novembro de 1833 e 10 de Setembro de 1847, resolvi relevar a mesma escrava do pagamento da decima do legado que lhe deixou Manoel Ferreira Bernardes para a sua liberdade, o que participo ao Sr. administrador da recebedoria do municipio para seu conhecimento e execução.

## AVISO N. 68 DE 6 DE FEVEREIRO DE 1856

Circular n. 4. — O marquez de Paraná, presidente do tribunal do thesouro nacional, para obviar qualquer duvida que possa occorrer na execução do decreto n. 1343 de 8 de Março de 1854, declara aos Srs. inspectores das thesourarias das provincias que as palavras *herdeiros necessarios ou forçados* do final do dito decreto não devem ser precedidas do artigo *os*, como por erro typographico se lê na collecção das leis da typographia nacional, devendo, portanto, entender-se que unicamente têm direito ao gozo da isenção e favores concedidos pelo alvará de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º, a que se refere o citado decreto, os ascendentes e descendentes que são herdeiros necessarios ou forçados.

## AVISO N. 292 DE 2 DE SETEMBRO DE 1856

João Mauricio Wanderley, presidente interino do tribunal do thesouro publico nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria do Espirito-Santo, em resposta ao seu officio n. 90 de 22 de Julho ultimo, que nem o regulamento de 10 de Julho de 1850, nem qual-quer outra disposição em vigor, prescreve a obrigação ou dá a faculdade aos procuradores da fazenda geral para intervirem nos inventarios, afim de fiscalisar-se a exactidão da descripção e avaliação dos bens no interesse do pagamento do sello dos quinhões hereditarios, de que trata a lei de 21 de Outubro de 1843, art. 12, § 1.º

## ORDEM DE 28 DE OUTUBRO DE 1856

O Sr. administrador interino da recebedoria admitta Bernardo Ribeiro de Carvalho, sobre cujo requerimento informou em officio n. 1063 de 23 do corrente, a pagar de uma só vez, na fórmula da ordem n. 151 de 7 de Dezembro de 1846, o imposto da decima e sello proporcional do legado de 6:000\$, deixados em prestação a D. Maria Rosa de Carvalho por Bernardo Brandão e Castro, satisfazendo igualmente desde já a decima e sello proporcional do mesmo legado, que tem de passar para a filha e netos da usufructuaria quando esta se finar.

## DECRETO N. 2708 DE 15 DE DEZEMBRO DE 1860

Regulamento para a arrecadação no municipio da côrte da taxa de heranças e legados em conformidade do art. 46 da lei n. 514 de 28 de Outubro de 1846.

## CAPITULO I

## DA TAXA DE HERANÇAS E LEGADOS, E SUA QUOTA

Art. 1.º A taxa de heranças e legados é o imposto devido ao Estado pela transmissão da propriedade por titulo de successão legitima ou testamentaria (Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º).

Art. 2.º A quota do imposto será deduzida (citado alvará de 17 de Junho de 1809 e regulamento de 4 de Junho de 1845, art. 6º) pela fórma seguinte :

§ 1.º Pela transmissão por testamento a herdeiros ou legatarios, que não forem ascendentes ou descendentes do testador, se pagará a taxa correspondente á decima do valor da herança ou legado que effectivamente se arrecadar.

§ 2.º Pela transmissão a herdeiros *ab-intestado*, que não forem ascendentes do fallecido, mas parentes até o segundo gráo inclusive, na fórma do direito canonico, pagar-se-ha a quota igual á decima da herança que realmente se arrecadar.

São parentes collateraes ou transversaes dentro do segundo gráo, para serem sujeitos sómente ao imposto da decima de herança havida *ab-intestado*:

1.º Os irmãos.

2.º Os sobrinhos, filhos dos irmãos.

3.º Os tios, irmãos dos pais.

4.º Os primos, filhos dos tios, irmãos dos pais.

§ 3.º Pela transmissão a parentes do fallecido intestado fóra do segundo grão, se pagará a taxa igual á quinta parte da herança por elles arrecadada.

§ 4.º Pela transmissão *ab-intestado* ao conjuge sobrevivente se pagará a taxa igual á quinta parte da herança por elle arrecadada, salva a disposição do § 2.º.

Art. 3.º A disposição do artigo antecedente, quanto aos ascendentes e descendentes, refere-se aos herdeiros necessarios ou forçados (Dec. n. 1343 de 8 de Março de 1854), ordens n. 68 de 6 de Fevereiro de 1856 e n. 110 de 31 de Março de 1858).

§ 1.º Os filhos naturaes reconhecidos por escriptura publica ou testamento nos termos da lei de 2 de Setembro de 1847 pagarão a taxa que fôr devida quando em juizo fôr contestada a sua qualidade, salvo o direito de restituição, provando o seu direito e qualidade de herdeiros forçados (Ord., liv. 4.º, tit. 93, e lei de 11 de Agosto de 1831).

§ 2.º Os ascendentes e descendentes por afinidade não pagarão o imposto, se a aquisição se realizar havendo comunicação de bens; os adoptivos, porém, reputar-se-hão estranhos para os effeitos deste regulamento.

§ 3.º Os filhos do primeiro matrimonio, que herdarem de seu irmão predefuncto nos termos da Ord., liv. 4.º, tit. 91, § 2.º, estão sujeitos á taxa de heranças e legados (Av. de 13 de Janeiro de 1854).

Art. 4.º No caso de curadoria e successão provisoria, na fôrma da Ord., liv. 1.º, tit. 62, § 38; regimento do desembargo do paço, § 50, e regulamento n. 2433 de 15 de Junho

de 1859, art. 47, a taxa será devida, salvo o direito de restituição, apparecendo o ausente.

Art. 5.º A doação *causa mortis*, por ser equiparada a legado, fica sujeita ao imposto, quando se verificar na época do fallecimento do doador ou testador.

## CAPITULO II

### DA ISENÇÃO DA TAXA DE HERANÇAS E LEGADOS

Art. 6.º São isentos do pagamento da taxa :

1.º As heranças e legados de propriedade ou usufructo deixados á santa casa da misericordia, aos expostos, ao recolhimento e hospicio de Pedro II, como partes integrantes do seu instituto (Alvs. de 28 de Setembro de 1810 e de 20 de Maio de 1811, Res. de 13 de Dezembro de 1831 e Dec. n. 1077 de 4 de Dezembro de 1852), e ao recolhimento de Santa Theresa, fundado pelo Dec. n. 931 de 14 de Março de 1852.

2.º Os premios ou legados deixados aos testamenteiros, que não excederem á vintena testamentaria, pagando-se o imposto do excesso, quando taes premios e legados excederem á mesma vintena, sendo para este fim arbitrada na fórma do Dec. de 3 de Julho de 1854 (Res. do 1º de Junho de 1817).

3.º As heranças e legados consistentes em apolices de fundos publicos geraes ou provinciaes, que gozarem dos privilegios daquellas, se os fallecidos erão dellas possuidores, e bem assim seus juroes (Lei de 15 de Novembro de 1827, art. 37).

4.º As alforrias ou doações de liberdade feitas em testamento e os legados deixados para esse fim.

5.º Os legados de propriedade ou usufructo deixados ás caixas economicas, monte-pios ou de soccorro, e sociedades de soccorros mutuos, creadas em virtude da lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860.

### CAPITULO III

#### DA ARRECADAÇÃO E FISCALISAÇÃO DA TAXA DE HERANÇAS E LEGADOS

Art. 7.º Todas as heranças, ou seião de testamento, ou *ab-intestado* no municipio da côrte, cujos herdeiros e legatarios tiverem de pagar taxa, serão inventariadas, avaliadas e partilhadas, com audiencia do procurador da fazenda do juizo dos feitos ou do seu ajudante (Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 1º).

§ Unico. A partilha dos bens poderá effectuar-se amigavelmente, satisfeito préviamente o imposto, devido na fórmula deste regulamento.

Art. 8.º O procurador da fazenda por si, por seu ajudante e pelo solicitador, a quem dará as instrucções necessarias, assistirá a todos os actos da arrecadação e inventario, para fiscalisar a exactidão da descripção, e avaliação dos bens, das declarações do inventariante, das despezas attendiveis, e da certeza das dividas activas e passivas, e para requerer quanto convier á expedição do mesmo inventario (Citado Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 2º).

Art. 9.º Os juizes perante quem se proceder a arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos, testados ou intestados, de que se dever pagar taxa, ou seja a requerimento de parte ou *ex-officio*, ordenarão previamente a citação e audiencia do procurador da fazenda, sem embargo nem prejuizo da assistencia e promoção que pertença ao promotor dos residuos (Cit. regulamento, art. 3.º).

Art. 10 As avaliações dos bens nos inventarios em que se deva pagar a taxa serão feitas por louvados, nomeados a aprazimento das partes e do procurador da fazenda, nos termos da Ord., liv. 3.º, tit. 17 (Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 36).

Art. 11. A cobrança do imposto se effectuará logo que se possa liquidar directamente pelo inventario, em qualquer estado d'elle, ou esteja liquida pelo testamento a sua importancia (art. 2.º do Reg. de 4 de Junho de 1845).

§ Unico. Nenhuma partilha se julgará por sentença, nenhuma herança ou legado, ainda mesmo de usufructo, poderá ser entregue, nem se passará ou receberá quitação sem constar o pagamento do imposto devido pela forma marcada neste regulamento (Alv. de 17 de Junho de 1809, §§ 8.º e 9.º).

Art. 12. O procurador da fazenda, achando que o imposto está em termos de se liquidar, requererá que se proceda ao calculo respectivo ou conta, e que para o seu pagamento se arrematem do espolio tantos quantos bens forem necessarios, excepto no caso de usufructo, em que se procederá do modo determinado nos arts. 13 e seguintes.

§ 1.º Se algum herdeiro ou interessado se offerecer a pagar a importancia devida ao thesouro, effectuar o pagamento em moeda corrente dentro de quarenta e oito horas, não terá lugar a arrematação de que trata este artigo.



§ 2.º Nas arrematações de bens para pagamento do imposto seguir-se-hão os termos das execuções fiscaes no mesmo juizo do inventario (Art. 11 do Reg. de 28 de Abril de 1842 e art. 9º do Reg. de 4 de Junho de 1845).

Art. 13. Consistindo as heranças e legados, não na mesma propriedade, mas em usufructo, os herdeiros e legatarios poderão pagar o imposto, ou por uma vez sómente, ou em prestações annuaes (art. 12 de Reg. de 28 de Abril de 1842).

Art. 14. Se os herdeiros e legatarios preferirem pagar a taxa do usufructo por uma vez sómente, e quando a herança ou legado consistir em bens moveis e semoventes não exceptuados no art. 15, a taxa do usufructo será cobrada na razão da decima sobre metade do valor em que forem arbitrados nos respectivos inventarios, com declaração, porém, de que os escravos menores de doze annos só ficão sujeitos ao imposto depois de completarem esta idade (art. 13 do citado Reg. de 1842).

Art. 15. Se os herdeiros e legatarios preferirem pagar o imposto em prestações annuaes, será a decima deduzida do rendimento annuo do objecto deixado em usufructo, e paga pela fórma seguinte :

§ 1.º Se os bens deixados em usufructo forem predios sujeitos á decima urbana, se pagará annualmente a taxa do seu aluguel liquido ou do seu valor estimado, deduzidos primeiro dez por cento equivalentes á decima urbana, e ás despesas do concerto e reparo (art. 12, § 1º do citado Reg. de 1842, e Av. de 13 de Janeiro de 1857).

§ 2.º Se, porém, não forem sujeitos á decima urbana, a taxa será devida do rendimento por que estiverem alugados ou do preço porque poderão alugar-se, no caso de serem occupados pelos mesmos usufructuarios, procedendo-se

para esse fim ao competente arbitramento (citado Reg. de 1842, art. 12, § 2º).

§ 3.º Nos usufructos consistentes em fundos de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, se deduzirá o imposto do rendimento liquido annual, que couber aos usufructuarios em rateio, fazendo-se a conta á vista do repectivo dividendo, e, no caso de o não haver, pelo ultimo balanço, ou contas das mesmas companhias ou sociedades (citado Reg. de 1842, art. 12, § 4º).

§ 4.º Nos usufructos de dinheiro o imposto é devido dos juros da lei, quando o usufructuario o conservar em seu poder, ou do juro estipulado ou corrente, no caso de o ter em gyro (citado Reg. de 1842. art. 12, § 5º).

Art. 16. O arbitramento uma vez feito não poderá ser renovado durante a vida dos usufructuarios, salvo provando que os bens têm diminuido consideravelmente de rendimento (citado Reg. de 1842, art. 14, e Av. de 13 de Janeiro de 1857).

Art. 17. Para se fazer a cobrança da taxa das heranças e legados do usufructo, de que trata o artigo antecedente, o procurador da fazenda promoverá o cumprimento das disposições testamentarias, e o herdeiro ou legatario apresentará na recebedoria a guia passada nos termos do art. 43 e rubricada pelo procurador da fazenda, e só á vista da declaração feita em uma das vias da guia, de estar aberta a conta para o pagamento annual da taxa pelo competente empregado, poderá verificar a entrega da herança ou legado.

Art. 18. Quando fôr preciso o arbitramento em algum dos casos dos artigos antecedentes, será feito por louvados nomeados pelo administrador da recebedoria, e por este confirmado, com recurso para o tribunal do thesouro na-

cional, a arbitrio das partes que se julgarem lesadas, dentro do prazo legal contado da data da intimação que lhes será feita do arbitramento, nos termos do regulamento n. 2551 de 17 de Março deste anno (art. 16 do citado Reg. de 1842 e Av. de 13 de Janeiro de 1857).

Art. 19. Havendo entre as dividas activas de herança algumas que se possão reputar incobráveis ou de difficil liquidação por insolvabilidade, fallencia ou outras circumstancias dos devedores, é permittido que os herdeiros paguem o imposto sobre o producto das mesmas dividas em hasta publica no juizo do inventario, ou renunciem asdividas para exonerarem-se do pagamento da taxa, recolhendo-se os respectivos titulos ao cofre dos depositos publicos.

§ Unico. Se os devedores rehabilitarem-se, serão os titulos entregues aos interessados, quando os reclamarem, satisfazendo previamente a taxa ou prestando fiança idonea para pagal-a em prazo razoavel.

Art. 20. Quanto aos titulos de fundos publicos, e acções de companhias ou sociedades estrangeiras ou nacionaes, salva a disposição do art. 6º, § 3º, será a taxa regulada pela cotação média no dia do fallecimento do testado ou intestado.

§ Unico. Se os titulos de que trata este artigo não tiverem cotação, observar-se-ha a respeito delles a regra geral prescripta no art. 10.

Art. 21. Das deixas e legados commettidos em segredo pelos testadores nas cartas chamadas de consciencia pagar-se-ha a taxa, na fórma estabelecida pela resolução de 26 de Julho de 1813.

Art. 22. O imposto não é extensivo aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados ou intestados (Alv. de 9 de Novembro de 1754, ordem n. 163 de 12 de Outubro de 1850).

Art. 23. O augmento de valor que tiverem os bens desde a morte do testado ou intestado até a época do pagamento do imposto será attendido a favor da fazenda nacional para delle se pagar a taxa devida, bem como o será em prejuizo da mesma fazenda a perda de valor no caso de ruina total ou parcial dos bens de que se compuzer a herança (ordem n. 163 de 12 de Outubro de 1850).

Art. 24. A favor da fazenda publica correrão os juros legaes desde que se completar um anno do fallecimento do testado ou intestado, sem que se tenha pago o imposto, salvo se na fórma da legislação em vigor o tempo para o cumprimento do testamento fôr maior, ou o da conclusão do inventario prorogado.

§ Unico. Os juros serão cobrados conjunctamente e do mesmo modo que o imposto.

Art. 25. O testamenteiro ou inventariante moroso é pessoal e solidariamente responsavel pelo imposto e seus juros, guardada a disposição do artigo antecedente (Res. de 21 de Maio de 1821).

Art. 26. As arrecadações, inventarios e partilhas, serão feitas pelos juizes da provedoria, dos orphãos e do civil, conforme a legislação existente, quando se lhes der principio dentro de trinta dias contados do fallecimento do testador.

§ Unico. Se dentro deste prazo se não tiver dado começo á arrecadação e inventario, o procurador da fazenda obrigará os testamenteiros, administradores e cabeças do casal, a virem fazê-lo no juizo privativo dos feitos da fazenda, e ahi se seguirão os termos expostos no art. 10 e seguintes (arts. 7º e 8º do citado Reg. de 1842).

Art. 27. O que fica disposto nos artigos antecedentes é extensivo a todas as arrecadações e inventarios actualmente pendentés, em que houver divida de taxa de herança ou

legado, e não tiverem sido julgados por sentença na época da publicação deste regulamento (art. 9º do citado Reg. de 1842).

Art. 28. O procurador da fazenda, pelos meios ao seu alcance, procurará ter noticia de todas as heranças de falecidos, testados ou intestados, de que se devão taxa, para promover os inventarios e partilhas, na fôrma dos arts. 10 e seguintes, correspondendo-se com os parochos, e juizes de paz e subdelegados do municipio, para lhe fazerem a participação dos que fallecerem e deixarem heranças, examinando os cartorios dos escrivães dos juizes da provedoria e do civil, e os livros da distribuição, todas as vezes que julgar necessario (art. 10 do citado Reg. de 1842).

Art. 29. Os testamentos que forem abertos no municipio da côrte, ou nelle tiverem de ser cumpridos, logo depois de registrados deverão ser presentes á recebedoria do municipio para inscrevê-los no livro competente, lançando-lhes a verba da apresentação assignada pelo administrador (arts. 17 e 18 do citado Reg. de 1842).

§ Unico. Nenhum testamento se poderá mandar definitivamente cumprir sem que conste que se tenha feito a referida remessa e inscripção, e o juiz que o contrario fizer incorrerá na multa de 50\$ a 100\$ (cit. art. 17 de Reg. de 1842).

Art. 30. Ao escrivão do juizo da provedoria de capellas e residuos, que deixar de fazer a remessa dos testamentos na fôrma do artigo antecedente dentro de oito dias da data do registro, que der certidão ou praticar qualquer outro acto relativo a testamento que não esteja inscripto na recebedoria, será imposta a multa de 25\$ a 50\$, além das penas em que incorrer pela responsabilidade (art. 17 do citado Reg. de 1842).

Art. 31. Na recebedoria do municipio se fará a inscrip-

ção dos testamentos de que trata o art. 29, ainda mesmo daquelles que não instituirem herdeiros e legatarios sujeitos á taxa.

§ 1.º O titulo da inscripção constará do numero que lhe competir, nome do testador, naturalidade, estado, profissão, data do obito, residencia ao tempo deste, data da abertura do testamento, nome do testamenteiro e prazo concedido para o cumprimento das disposições testamentarias.

§ 2.º Serão designados os herdeiros e legatarios por seus nomes, natureza da herança ou legado, com especificação do que consistir em dinheiro, apolices, acções, bens moveis, semoventes e de raiz, e outros effeitos.

§ 3.º Abonar-se-hão na inscripção os pagamentos da taxa á medida que se verificarem.

Art. 32. Os escrivães dos juizos, perante quem se proceder á arrecadação e inventario dos bens dos fallecidos intestados, cujos herdeiros devão pagar taxa, são obrigados a remetter á estação fiscal os inventarios logo depois do encerramento dos mesmos, e os que deixarem de fazer incorrerão em uma multa de 25\$ a 50\$ por cada inventario.

§ 1.º Os juizes ordenarão, quando os escrivães o não tenham feito, essa remessa, sob as penas do § unico do art. 29.

§ 2.º Emquanto não constar do processo que esta formalidade foi preenchida, não se poderá, sob as penas deste artigo, julgar a partilha, extrahir formaes, certidões de quinhões, nem passar ou aceitar quitações judiciaes (arts. 11 do presente regulamento, 19 do citado Reg. de 1842 e e 4º do Reg. de 4 de Junho de 1845).

Art. 33. No principio de cada trimestre a directoria geral do contencioso remetterá ao procurador dos feitos um

extracto das inscrições que se tiver feito no trimestre anterior na recebedoria do municipio, para proceder ás diligencias que lhe incumbe o presente regulamento (art. 5º do Reg. de 4 de Junho de 1845).

Art. 34. A cobrança das taxas devidas de heranças já inventariadas e partilhadas será promovida pelos meios executivos, á vista de certidões extrahidas na conformidade das leis em vigor, depois de inscripta a divida nos livros competentes do thesouro nacional (art. 11 do citado Reg. de 1842 e art. 9º do citado Reg. de 1845).

Art. 35. Os usufructuarios actualmente sujeitos á taxa poderão pagar o imposto sobre o usufructo na fôrma do art. 13, requerendo-o ao juiz do inventario, com audiencia do procurador da fazenda.

Art. 36. Os usufructuarios poderão pagar a taxa por uma vez sómente, na fôrma do art. 14, em qualquer tempo, ainda mesmo depois de abertas as contas de usufructo na recebedoria do municipio, não devendo, porém, levar-se-lhes em conta o imposto em divida.

Art. 37. A cobrança da taxa do usufructo, no caso em que se tiver aberto a conta na recebedoria do municipio aos herdeiros e legatarios para pagal-a em prestações annuaes, será realizada á boca do cofre, no mez de Julho de cada anno, annunciando-se este prazo por editaes com a necessaria antecipação.

Art. 38. Nenhuma conta de taxa de usufructo aberta na recebedoria do municipio se poderá fechar a requerimento dos herdeiros ou legatarios, sem que estes provem achar-se extincto o usufructo, mediante declaração da autoridade judicial no inventario respectivo, que não será feita sem mostrar-se pago o imposto vencido até a extinção do mesmo usufructo.

## CAPITULO IV

## DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 39. A taxa das heranças e legados recahe sobre todos os bens, qualquer que seja a sua natureza, moveis, semoventes ou immoveis, direitos e acções, comprehendidos os titulos de fundos publicos, ou acções de companhias ou sociedades estrangeiras, com tanto que tenham pertencido ao defunto no momento de sua morte.

§ Unico. Exceptuão-se da disposição deste artigo os bens immoveis, moveis e semoventes, situados em paiz estrangeiro.

Art. 40. São comprehendidos nas disposições do presente regulamento, para o pagamento da taxa das heranças e legados, os estrangeiros (lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843, art. 31, e Reg. de 4 de Junho de 1845, art. 1º), e delles se cobrará nos mesmos casos e pela mesma fórma por que se cobra dos nacionaes.

Art. 41. O direito do thesouro á percepção da taxa de heranças e legados, consistentes em bens situados nas provincias ao tempo da morte dos testados ou intestados, e a classificação da respectiva renda como geral ou provincial, se regulará pelas disposições seguintes :

§ 1.º Nenhuma taxa se arrecadará das heranças e legados dos testados ou intestados que fallecêrão antes da publicação do alvará de 17 de Junho de 1809, qualquer que seja a época em que tenha sido ou fôr effectuada a entrega e dada a quitação (Alv. de 2 de Outubro de 1811, § 6º, e Dec. de 27 de Novembro de 1812).

§ 2.º A taxa das heranças e legados dos testados ou



intestados, fallecidos desde o 1º de Julho de 1833 até o ultimo de Junho de 1836, pertence em iguaes partes, por metade, ás rendas geraes e provinciaes, ainda que em épocas posteriores se tenha realizado ou realize a entrega e quitação (lei de 22 de Outubro de 1836, art. 21, e lei de 24 de Outubro de 1832, art. 77).

§ 3.º A taxa das heranças e legados dos testados ou intestados que fallecerão antes do 1º de Julho de 1833 pertence por inteiro á renda geral, posto que a entrega e quitação tivesse lugar dentro do tempo decorrido desde o 1º de Junho de 1833 até o ultimo de Junho de 1836 (lei de 24 de Outubro de 1832, art. 77).

§ 4.º As disposições dos paragraphos antecedentes são extensivas ao usufructo de bens que por herança devião ou devem passar a outrem, devendo a taxa do usufructo e da herança pertencer no todo á renda geral ou em partilha com a renda provincial, com attenção ao tempo da morte dos testados ou intestados, sem nada influir a época da entrega e quitação.

Art. 42. A taxa de heranças e legados, consistentes em bens situados no municipio da cõrte, será paga na recebedoria do mesmo municipio, qualquer que tenha sido o domicilio do defunto.

Art. 43. As guias dos escrivães dos juizos, perante quem se fizerem os inventarios ou se derem as contas testamentarias para pagamento do imposto, serão passadas em duplicata, e deverão conter, além do fallecimento do testador ou *ab-intestado*, natureza da herança ou legado, declaração do grão de parentesco do herdeiro ou legatario, ou de quem tiver officiado por parte da fazenda, e do solicitador respectivo.

Art. 44. Do producto da taxa de herança e legados, arrecadado na conformidade do art. 8º, e sem o emprego

do meio executivo, se deduzirá 1 %, sendo  $\frac{2}{3}$  para o procurador da fazenda e  $\frac{1}{3}$  % para o solicitador, pago pelo thesouro nacional, sem prejuizo da porcentagem que competir aos empregados da recebedoria.

§ Unico. Da taxa de heranças e legados devida ao thesouro antes da execução do regulamento n. 156 de 28 de Abril de 1842 se abonará ao procurador da fazenda 2 % e ao solicitador 1 %, e esta porcentagem tambem será paga pelo thesouro nacional.

Art. 45. A taxa de heranças e legados será escripturada como renda propria do exercicio em que fôr exigivel, na fórma dos arts. 24 e 25.

Art. 46. Os livros da inscripção de que trata o art. 31 permanecerão na recebedoria do municipio emquanto não estiverem findos pela declaração do julgamento das contas dos testamentos, a qual será feita à vista dos autos, que o escrivão da provedoria deverá remetter dez dias depois da publicação da sentença, sob pena de multa de <sup>o</sup> a 50\$000.

Art. 47. O procurador da fazenda, por intermedio dos collectores da provincia do Rio de Janeiro, e os procuradores-fiscaes, por intermedio dos mesmos agentes fiscaes nas demais provincias promoverão o andamento dos inventarios, a que ahi se proceder, quando a fazenda nacional fôr interessada pela taxa, sendo os referidos agentes fiscaes citados e ouvidos, como fica disposto no art. 9.º

Art. 48. Ao administrador da recebedoria incumbe igualmente promover a cobrança da taxa, dando ao procurador da fazenda e á directoria geral das rendas todos os esclarecimentos sobre omissões ou faltas commettidas de que tiver noticia pelos livros da inscripção e por qualquer outro meio a seu alcance.

Art. 49. Ao juro da mora de que tratão os arts. 24 e 25

ficão sujeitos os que deverem taxa de heranças, cuja partilha tiver sido julgada antes da publicação deste regulamento, se não realizarem o pagamento no prazo de sessenta dias, contaõ da publicação do presente regulamento.

§ Unico. Esta disposição não é applicavel ao caso em que se tiverem adjudicado bens á fazenda, não sendo dinheiro, na fórmula do art. 5º do regulamento de 28 de Abril de 1842, salvo se os devedores preferirem pagar a taxa, para lhes serem adjudicados os mesmos bens, marcando-lhes para esse fim o novo prazo de dez dias.

Art. 50. Aos actuaes devedores da taxa da decima de heranças e legados, se no prazo que fôr marcado pelo ministro da fazenda, e espontaneamente se apresentarem na recebedoria do municipio para solverem seus debitos, poderá o mesmo ministro conceder um abatimento nunca maior da importancia do juro legal, deixando de abonar-se neste caso a porcentagem marcada no art. 44.

Art. 51. As questões que se levantarem em juizo, ou perante as repartições de fazenda, a respeito da obrigação, applicação, isenção, arrecadação, e restituição do imposto da taxa de heranças e legados, e bem assim as multas comminadas neste regulamento, são da exclusiva competencia da autoridade administrativa (Dec. n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, art. 3º, §§ 1º e 25), pertencendo os julgamentos das mesmas questões, bem como a imposição das multas, á recebedoria do municipio, nos termos do regulamento n. 2551 de 17 de Março deste anno.

§ Unico. As multas, em que incorrerem os juizes na fórmula do presente regulamento, serão impostas pelo ministro da fazenda, á vista da participação ou prova da falta ou negligencia, com recurso para o conselho de Estado, na fórmula do regulamento de 5 de Fevereiro de 1842.

Art. 52. Para a imposição das multas dos alvarás de 17

de Junho de 1809, § 13, e de 2 de Outubro de 1811, admittir-se-hão denuncias perante as repartições fiscaes, e o procurador da fazenda ou seu ajudante, sendo o producto das mesmas multas distribuido entre o denunciante e a fazenda nacional, na fôrma estabelecida nas disposições citadas.

Art. 53. Ficão revogadas as disposições em contrario.

LEI N. 1507 DE 26 DE SETEMBRO DE 1867

Art. 19. O governo fica autorisado para expedir um regulamento uniformisando as regras para cobrança dos actuaes impostos sobre a transmissão da propriedade e usufructo de immoveis, moveis e semoventes, por titulo oneroso ou gratuito, *inter vivos* ou *causa mortis*, ecomprehendendo no imposto que os substituir sob a denominação de transmissão de propriedade :

1.º A taxa de heranças e legados.

6.º O sello proporcional dos quinhões hereditarios e legados, doações, troca de immoveis e constituição de emphytheuse ou sub-empheuse.

§ 1.º A arrecadação do imposto se regulará pelas disposições que seguem :

1.ª A taxa sobre a transmissão por titulo successivo ou testamentario será cobrada no municipio da cõrte :

Em linha recta, na razão do actual sello proporcional.

Entre os conjuges por testamento, 5 %.

A irmãos, tios irmãos dos pais e sobrinhos filhos de irmãos, 5 %.

A primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós e sobrinhos netos de irmãos, 10 %.

Entre os demais parentes até o decimo grão contado por direito civil, 15 %.

Entre os conjuges, *ab-intestato*, 15 %.

Entre estranhos, 20 %.

As heranças não excedentes de 100\$ ficão exceptuadas do imposto.

DECRETO N. 4113 DE 4 DE MARÇO DE 1868.

Attendendo á necessidade de prevenir os conflictos que se podem dar entre a fazenda geral e provincial na arrecadação do imposto da transmissão das heranças e legados de apolices, e fixar regras para a mesma arrecadação, e tendo ouvido a secção de fazenda do conselho de Estado, hei por bem, á vista do art. 20 da lei n. 1507 de 26 de Setembro do anno passado, decretar o seguinte :

Art. 1.º O imposto da transmissão das heranças e legados consistentes em apolices da divida publica fundada e seus juros pertencerá exclusivamente á renda geral, qualquer que seja o domicilio do defunto.

§ Unico. Das heranças e legados consistentes em apolices provinciaes não se cobrará o imposto para a renda geral.

Art. 2.º O pagamento do imposto poderá ter lugar na estação fiscal do districto em que se achar a repartição que tiver a seu cargo a transferencia das apolices, ou em que se proceder ao inventaario dos bens do fallecido testado ou intestado.

Art. 3.º Nenhuma transferencia de apolices, por titulo

successivo ou testamentario se effectuará na caixa da amortização, nas caixas filiaes e thesourarias de fazenda, sem que conste o pagamento prévio do imposto da herança e legado.

Art. 4.º Nenhum pagamento de juros de apolices se realizará do 1.º de Julho de 1868 em diante na caixa da amortização, nas caixas filiaes e thesourarias de fazenda, a procuradores, sem que apresentem certidão de vida dos possuidores, salvo se a existencia destes constar dos documentos para esse fim exhibidos.

§ Unico. A certidão de vida produzirá effeito por dous annos.

Art. 5.º As repartições e funcionarios publicos geraes e provinciaes nos actos de seu officio fiscalizarão o pagamento dos impostos, devidos tanto á fazenda geral, como á provincial, da transmissão de apolices, por titulo successivo ou testamentario.

Art. 6.º O imposto de que tratão os artigos antecedentes será cobrado das heranças e legados dos fallecidos testados ou intestados depois da publicação do presente decreto nos periodicos em que se publicarem os actos officiaes na côrte e na provincia.

DECRETO N. 4355 DE 17 DE ABRIL DE 1869.

Usando da autorisação conferida pelos arts. 19 e 31 da lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, e tendo ouvido a secção de fazenda do conselho de Estado, hei por bem ordenar que na arrecadação do imposto de transmissão de propriedade se observe o regulamento

que com este baixa, assignado pelo visconde de Itaborahy, 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 17 de Abril de 1879, quadragésimo oitavo da independencia e do Imperio.

Com a rubrica de S. M. o Imperador.

*Visconde de Itaborahy.*

---

REGULAMENTO A QUE SE REFERE O DECRETO DESTA DATA  
N. 4355.

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 de dispensa da lei da amortização, de habilitação para haver 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 E' devido, na conformidade da tabella annexa:

1.º Das heranças por testamento e *ab intestato*, e dos legados.

Art. 4.º Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.  
 § Unico. São também isentos do imposto de transmissão:

5.º As heranças não excedentes de 100\$, não se comprehendendo n'esta expressão as quotas hereditarias.

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 (decreto 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, os dos inventarios.

§ 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. 8.º O imposto de transmissão será pago por inteiro pelos adquirentes dos bens; nas permutações, por ambos os permutantes; nas arrematações e adjudicações, metade por conta do executado e metade pelo arrematante ou adjudicatario.

§ 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 d'este artigo :

1.º Os contratos e actos em que se estipular designada 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. 11. A taxa de heranças e legados de usufructo será paga por uma vez sómente, na fórma do art. 7.º, 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 pagal-a nos termos deste artigo, fechando-se-lhes a respectiva conta.

Art. 12. A disposição do art. 7.º 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. 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, visivel pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (decreto 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 decisão entre as partes.

§ Unico. As reclamações deverãõ ser intentadas dentro

do prazo de cinco 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 combinadas neste regulamento, caberão os recursos facultados pelo decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, arts. 3.º, § 1.º, 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 trinta 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 deverão justificar o facto em juizo, exhibindo depois os documentos necessarios perante a autoridade administrativa competente, que procederá como de direito fôr.

Art. 16. Os tabelliões ou escrivães, 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, exigirão 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 forão pagos.

Art. 18. Os tabelliães, escrivães 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. 4413 de 4 de Março de 1868 e todas as disposições em contrario a este regulamento.

TABELLA ANNEXA AO REGULAMENTO, QUE ACOMPANHA O DECRETO  
N. 4355 DE 17 DE ABRIL DE 1869.

Transmissão por titulo successivo ou testamentario, no municipio da côrte :

Em linha recta, sendo herdeiros necessarios. . . . .	$\frac{1}{10}$ ‰
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 decimo 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. . . . .	$\frac{1}{10}$ ‰
Não sendo necessarios . . . . .	2 ‰

Entre os 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 decimo 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 applicação . . . . .	6 »
As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se forem iguaes . . . . .	$\frac{1}{10}$ »
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 estrangeiros . . . . .	5 »
As permutações pagarão do menor dos valores permutados ou de qualquer delles, se forem iguaes . . . . .	$\frac{1}{10}$ »
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 forem iguaes . . . . .	$\frac{1}{10}$ »
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 forem do titulo de transmissão, na conformidade da presente tabella :

Por titulo gratuito . . . . .	5 <sup>0</sup> / <sub>10</sub>
Por titulo oneroso. . . . .	4 »
VII A constituição de emphyteuse ou de sub-emphyteuse . . . . .	<sup>1</sup> / <sub>40</sub> »
Da joia, se a houver, mais . . . . .	1 »
VIII Cessão de privilegio de qualquer emprego com autorisação do poder competente, antes de realizada a empresa ou de seu effectivo gozo, excepto a dos assegurados pela lei de 28 de Agosto de 1830. . . . .	<sup>1</sup> / <sub>40</sub> »
IX Venda em leilão, arrematação ou adjudicação de bens moveis, não sendo escravos ou embarcações . . . . .	1 »
Se os bens pertencerem a massas fallidas. . . . .	<sup>1</sup> / <sub>2</sub> »
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 »
Nos demais casos . . . . .	2 »
(a) XI Todos os actos translativos de immoveis sujeitos á transcripção, na conformidade da legislação hypothecaria, além dos direitos, que devidos forem do titulo de transmissão. . . . .	<sup>1</sup> / <sub>10</sub> »

(a) Além dos 6 % que cobra-se dos actos de transmissão referidos no § 3º, não póde ser o <sup>1</sup>/<sub>10</sub> % que exige o § 11 desta tabella por todos os actos translativos de immoveis sujeitos á inscripção na conformidade da lei hypothecaria, pois do contrario dar-se-hia duplicata de pagamento do imposto da transmissão.— Av. n. 19 de 16 de Janeiro de 1871.

## AVISO N. 46 DE 4 DE FEVEREIRO DE 1871

Declara que a remissão de dividas feita por um herdeiro, no inventario, não está sujeita ao imposto de transmissão de propriedade, visto não dar-se em tal caso a alienação a titulo oneroso.

## AVISO N. 71 DE 22 DE FEVEREIRO DE 1871

Solvendo dvidas suscitadas na execução do decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869, declara, que a transmissão da nua propriedade, isto é, do dominio directo desligado do util, está tambem sujeita ao imposto regulado nesse decreto.

## AVISO N. 369 DE 7 DE NOVEMBRO DE 1871

Firma a competencia da autoridade administrativa para decidir que sobre materias de imposto, e indica as providencias adequadas para a cobrança do imposto de transmissão em um inventario.

Tendo sido ouvida a secção de fazenda do conselho de Estado sobre a materia exposta pelo Dr. procurador dos feitos da fazenda da côrte, no officio que a V. S. dirigio em 4 de Agosto do anno passado, n. 95, e no qual consultára : 1°, se, contemplado Rodrigo Delfim Pereira como legatario de parte da terça no testamento, com que falleceu seu sogro o commendador Manoel Maria

Bregaro, devêra ou não, conforme o disposto no art. 3º § 2º do decreto n. 2078 de 15 de Dezembro de 1860, pagar o imposto devido pela transmissão dessa parte da terça, visto como nos termos do seu contrato ante-nupcial se estipulára rigorosa exclusão da communhão; 2º, qual o recurso a seguir-se se o herdeiro instituído negar-se a satisfazer o imposto; foi a mesma secção de parecer:

Quanto a primeira parte, que a recebedoria do Rio de Janeiro deve exigir o imposto de transmissão de propriedade do referido genro e inventariante do finado commendador Manoel Maria Bregaro, pois que fôra elle contemplado indevidamente na disposição benefica, havendo, á vista do contrato ante-nupcial, rigorosa exclusão da communhão de bens, o qual só cessará no caso de existencia de filhos, quando se dêsse separação de matrimonio, ou fallecimento.

Quanto á segunda parte, que o recurso a seguir-se, realzada a hypothese prevista, é para a autoridade administrativa, por isso que a autoridade judiciaria não tem jurisdicção para a classificação de impostos, sua arrecadação e recursos, como se acha disposto no art. 51 do regulamento n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 e art. 45 do regulamento n. 4355 de 17 de Abril de 1869.

AVISO N. 46 DE 16 DE FEVEREIRO DE 1872 (FAZENDA)

Illm. e Exm. Sr.— Para que se possa executar o disposto no art. 3º, § 1º n. 2 da lei de 28 de Setembro de 1871, rogo a V. Ex. se digne dar as necessarias ordens aos juizes

de primeira instancia deste municipio para que de ora em diante, por occasião de se liquidar o imposto de transmissão de propriedade das heranças, nos processos de inventario e outros, que perante elles correrem, fação distinguir a quota relativa ao imposto dos escravos da dos demais bens, conforme solicitou o administrador da recebedoria do Rio de Janeiro em officio n. 6 de 3 do corrente mez.— *Visconde do Rio-Branco.*

AVISO N. 160 DE 28 DE ABRIL DE 1873

Illm. e Exm. Sr.— Foi presente a S. M. o Imperador o officio de V. Ex. de 31 de Março ultimo, sob n. 88, acompanhado do que lhe dirigio o juiz municipal do termo de Itabira, consultando se o julgamento da liquidação de contas de mais de 500\$, nos processos de inventario, para serem pagos os impostos provenientes de legados, compete ao juiz de direito ou ao juiz municipal.

E o mesmo augusto senhor manda declarar a V. Ex. que a decisão de que trata, versando sobre um incidente e não pondo termo á causa em primeira instancia, pertence ao juiz municipal, conforme a doutrina do aviso expedido ao presidente da provincia da Bahia em 15 daquelle mez.— *Manoel Antonio Duarte de Azevedo.*



## DECRETO N. 5581 DE 31 DE MARÇO DE 1874

Dá regulamento para arrecadação do imposto de transmissão de propriedade.

## 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, recahe 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 da 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. 3º).

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, § 1º).

Art. 5.º A herança ou legado de affim de qualquer grão a conjuge sujeito ao regimen da communhão pagará taxa segundo o grão de parentesco entre o instituidor e o instituido, cobrando-se a que fôr applicavel a estranhos quando o instituido fôr casado por outra fórmula (Decr. cit., art. 3º, § 2º, combinado com o art. 19 da lei de 26 de Setembro de 1867).

§ Unico. Tambem se consideraráõ estranhos, para os effeitos deste regulamento, os adoptivos (Decr. cit., art. 3º, § 2º).

Art. 6.º O fiduciario e o fidei-commissario pagaráõ a taxa correspondente ao grão de seu parentesco com o testador, sendo, porém, devida a correspondente ao grão de parentesco entre os mesmos fiduciario e fidei-commissario, 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 de mãe que passar a segundas nupcias, e succederem em bens hereditarios de irmão pre-

defuncto (Ord., liv. 4º, tit. 91, § 2º), são sujeitos ao imposto como irmãos.

Art. 8.º Nos casos de curadoria e successão provisoria (Ord., liv. 1º, 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. 4º).

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. 5º).

Art. 10. Das deixas e legados commettidos em segredo, nas cartas chamadas de consciencia, a taxa será cobrada na forma estabelecida pela resolução de 26 de Julho de 1813 (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 « CAUSÁ-MORTIS »

Art. 13. São isentos do imposto :

1.º Os legados de propriedade ou usufructo deixados á santa casa da misericordia e aos expostos, ao recolhimento e hospicio de Pedro II, como partes integrantes do seu

instituto, e ao recolhimento de Santa Theresa (Decr. cit., art. 6º, n. 1), com excepção dos legados pios não cumpridos (Ord. n. 90 de 18 de Agosto de 1855);

2.º Os premios ou legados aos testamenteiros, até a importancia da vintena, sendo esta arbitrada na fórma do Decr. 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\$, não se comprehendendo nesta expressão as quotas hereditarias (lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19; Decr. n. 4335 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, organisados 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 escravos (Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, arts. 64 e 69).

. . . . .  
 . . . . .

## CAPITULO V

## DAS ISENÇÕES DO IMPOSTO NA TRANSMISSÃO « INTER-VIVOS »

Art. 23. São isentos do imposto :

3.º As tornas ou reposições em dinheiro, pelo excesso de bens lançados a um herdeiro ou socio, excepto se os bens forem 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 da compra e venda (cap. 6.º, § 4.º 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 indemnisação do pagamento do imposto de que trata o art. 2.º deste regulamento (Decr. de 28 de Abril de 1842, art. 5.º; Decr. de 15 de Dezembro de 1860, art. 12).

## 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.

Art. 20. 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.<sup>a</sup> O valor dos bens livres em geral será arbitrada por peritos ;

2.<sup>a</sup> O da constituição do emphyteuse ou sub-emphyteuse será a importancia de vinte fôros, e da joia se a houver ;

3.<sup>a</sup> Do dominio directo, o de vinte fôros e um laudemio ;

4.<sup>a</sup> Dos bens emphyteuticos o do predio livre, deduzido o do dominio directo ; e dos bens sub-emphyteuticos, esse mesmo valor, deduzidos vinte pensões sub-emphyteuticas, equivalentes ao dominio do emphyteuta principal ;

5.<sup>a</sup> Do usufruto vitalicio, o producto do rendimento de um anno multiplicado por cinco ; e do temporario, o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos quantos forem os do usufructo, nunca excedendo de cinco ;

6.<sup>a</sup> Da propriedade separada do usufructo, o producto do rendimento de um anno multiplicado por dez ;

7.<sup>a</sup> Das pensões vitalicias, o producto da pensão de um anno multiplicado por cinco ;

8.<sup>a</sup> Das acções de companhias e dos titulos da divida publica, o médio do mercado.

## CAPITULO VII

### DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 27. . . .

§ 2.<sup>o</sup> Os co-herdeiros respondem solidariamente pelo pagamento do imposto de transmissão *causa-mortis*.

Art. 28. O pagamento do imposto realizar-se-ha :

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 lugar 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 córte, na recebedoria do Rio de Janeiro ou na estação fiscal do districto em que proceder-se ao inventario.

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.

Os juros do imposto de propriedade separada do usufructo são devidos depois de um anno da extincção do usufructo; no caso de fideicômmissio, 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 de transmissão *inter vivos* effectuar-se-ha antes de celebrado o acto que o 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 vigor.

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 pronunciado pela lei em razão de preterição de solemnidades, visivel pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 684, § 1º) ;

3.º Nos outros casos de nullidade absoluta do contrato ou acto, sendo decretado 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 fiscaos, sobre questões relativas ao imposto e às multas, de que trata este regulamento e o de 15 de Dezem-



bro de 1860, arts. 30, 32 e 46, caberão os recursos facultados pelo decreto n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, arts. 3º, § 1º e 27.

§ Unico. As multas, em que incorrerem os juizes, conforme o citado decreto de 1860, art. 29, serão impostas pelo ministro da fazenda, com recurso para o conselho de Estado.

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. 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.

§ Unico. No caso de imposição de multa, por sonegação do imposto de transmissão de heranças e legados, não se pagarão os juros de que trata o art. 31.

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*.

TABELLA ANNEXA AO REGULAMENTO QUE ACOMPANHA O DECRETO  
N. 5581 DE 31 DE MARÇO DE 1874

I. Transmissão por titulo successivo ou testamentario:

Em linha recta	{ sendo herdeiros necessarios . . . . .	$\frac{1}{10}$ $\frac{0}{0}$
	{ não sendo necessarios . . . . .	5 »
Entre os conjuges por testamento . . . . .		5 »
A irmãos, tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós e sobrinhos netos de irmãos . . . . .		10 »
Entre os mais parentes até o decimo grão, contado por direito civil. . . . .		15 »
Entre os conjuges <i>ab-intestato</i> . . . . .		15 »
A religiosos professos e secularizados, qualquer que seja o grão ou a linha de parentesco. . . . .		15 »
Entre estranhos . . . . .		20 »
. . . . .		. . . . .
X. Todos os actos translativos de immoveis sujeitos á transcripção, na conformidade da legislação hypothecaria, além dos direitos que devidos forem do titulo de transmissão.		$\frac{1}{10}$ »

AVISO N. 422 DE 9 DE NOVEMBRO DE 1874

Communico ao Sr. administrador da recebedoria do Rio de Janeiro, para seu conhecimento e devidos effeitos, que o tribunal do thesouro nacional resolveu deferir o recurso que para o mesmo tribunal interpôz Manoel Moutinho de Avilez Caryalho dos despachos do Sr. administrador, de 27 de Fevereiro e 17 de Abril deste anno, exigindo do recorrente o pagamento do imposto de transmissão de propriedade de bens de raiz, que de mais recebeu no inventario e partilha dos bens deixados por sua sogra, com obrigação de fazer reposições ou tornas a varios herdeiros, e sobre o qual informou o dito Sr. administrador em officio de 9 de Maio ultimo; porquanto, dos documentos com

que o recorrente instruiu o seu recurso, vê-se que a partilha foi feita por acto exclusivo do juizo, sem ter havido accordo ou intervenção das partes interessadas, caso unico em que o imposto era exigivel, nos termos do regulamento de 17 de Abril de 1869, que declarou em vigor todas as excepções anteriores, e entre outras, as do capitulo 6º, § 4º, dos artigos das sizas de 27 de Setembro de 1476.

Rege na provincia do Rio de Janeiro a cobrança do imposto de decima das heranças e legados o

DECRETO N. 2099 DE 26 DE DEZEMBRO DE 1874

Art. 1.º O sello de heranças e legados, estabelecido pelo alvará de 17 de Junho de 1809, §§ 8º e 9º, é o imposto devido pela transmissão, uso e gozo da propriedade por titulo de successão legitima ou testamentaria.

Art. 2.º O imposto será cobrado do modo seguinte :

§ 1.º Pela transmissão da propriedade *ab intestato* :

I. Em linha recta, sendo os herdeiros necessarios, gratuito.

II. Entre os collateraes do segundo grão, contado por direito civil, 10 % do valor liquido da herança.

III. Entre os demais parentes até o decimo grão, contado por direito civil, e entre os conjuges, 15 %.

§ 2.º Pela transmissão de propriedade por titulo testamentario :

I. Em linha recta, sendo os herdeiros necessarios, gratuito.

II. Entre os conjuges, havendo communhão de bens, 5 %.

III. Entre os collateraes do segundo grão, contado por direito civil, e entre os conjuges, não havendo communhão de bens, 10 %.

IV. Entre os demais parentes, 15 %.

V. Entre os estranhos, 20 %.

Art. 3.º São herdeiros necesarios os ascendentes e descendentes successiveis *ab intestato*.

Art. 4.º Os filhos naturaes, reconhecidos por escriptura publica ou testamento, nos termos da lei de 2 de Setembro de 1847, pagarão o sello da herança a que são sujeitos os estranhos, quando em juizo fôr contestada a sua qualidade hereditaria, salvo o direito de restituição, quando o reconhecimento fôr confirmado por sentença passada em julgado.

Art. 5.º Os ascendentes e descendentes por affinidade não pagarão imposto, se a aquisição realizar-se, havendo communhão de bens.

Os adoptivos, porém, reputar-se-hão estranhos, para serem, como taes, sujeitos ao pagamento do imposto devido.

Art. 6.º Os filhos de pai ou mãe que passar a segundas nupcias e succederem em bens hereditarios do irmão predefunto, nos termos da Ord., liv. 4.º, tit. 91, § 2.º, estão sujeitos ao imposto como irmãos.

Art. 7.º Nos casos de curadoria e successão provisoria é exigivel o imposto, salvo o direito de restituição, apparecendo o ausente.

Art. 8.º A doação *causa-mortis* é sujeita a imposto ao tempo de tornar-se effectiva.

Art. 9.º Nas deixas e legados commettidos em segredo pelos testadores, nas cartas de consciencia, o imposto será cobrado na fórmula estabelecida pela resolução de 26 de Julho de 1813.

Art. 10. O imposto de heranças e legados consistentes em usufructo será pago de uma vez pelo modo seguinte:

I. De bens moveis e semoventes, 5 % do seu valor em inventario.

II. De bens immoveis :

N. 1. Quando o usufructo fôr deixado por tempo certo, 10 % da quantia em que importar o rendimento liquido conhecido e estimado de um anno, repetidos por tantos annos quantos durar o usufructo ;

N. 2. Quando o usufructo fôr deixado por tempo incerto, 5 % do valor conhecido ou estimado do immovel ;

N. 3. Quando os bens forem predios sujeitos á decima urbana, o seu rendimento será o que tiver servido para o lançamento deste imposto, deduzidos primeiramente 10 % equivalentes á mesma decima ;

N. 4. Quando os predios não forem sujeitos á decima urbana, será o rendimento o seu aluguel na occasião ou o que pderem dar segundo o arbitramento.

III. De dinheiro :

N. 1. Quando fôr deixado por tempo certo, será deduzido o imposto na razão de 10 % da importancia do juro legal de um anno, repetidos por tantos annos quantos durar o usufructo ;

N. 2. Quando fôr por tempo incerto, 5 % da quantia deixada em usufructo.

IV. De apolices da divida publica provincial, qualquer que seja o domicilio do defunto :

N. 1. Quando forem deixados por tempo certo, 10 % dos juros correspondentes ao tempo do usufructo ;

N. 2. Quando o usufructo fôr por tempo incerto, 5 % do valor das apolices deixadas, calculando-se esse valor pela cotação média do dia do fallecimento do testador ou do immediatamente proximo.

V. De fundos de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua denominação :

N. 1. Sendo o usufructo por tempo certo, 10 % da importancia do rendimento liquido de um anno, calculado pelo ultimo dividendo, e na falta deste pelo ultimo balanço da companhia ou sociedade, repetidos por tantos annos quantos durar o usufructo;

N. 2. Quando o usufructo fôr por tempo incerto, 5 % do valor dos fundos deixados, regulando este valor pela cotação média do dia do fallecimento do testador ou do immediatamente proximo. Se estes titulos não tiverem cotação, será o seu valor estimado

Art. 11. Quando o usufructo fôr constituido em dinheiro, em bens moveis ou semoventes, será cobrado de uma só vez, e quando em bens immoveis, considerados taes por sua natureza ou destino, sêl-o-ha por uma só vez ou em prestações annuas, como mais convier ao usufructuario, abrindo-se neste ultimo caso conta corrente na respectiva repartição fiscal.

Art. 12. Havendo entre as dividas activas da herança algumas incobráveis ou de difficil liquidação, é permittido ao herdeiro pagar o imposto sobre o producto das mesmas dividas em hasta publica, em juizo do inventario, ou renunciar ás dividas para se exonerar do imposto, sendo os respectivos titulos arrecadados pelas collectorias e pela directoria de fazenda na capital.

§ Unico. Se os devedores rehabilitarem-se, serão os titulos entregues aos interessados, quando os reclamarem, pagando previamente o imposto.

Art. 13. O imposto não é extensivo aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados ou intestados.

Art. 14. A favor da fazenda provincial correrão ou juros legaes desde que se completar um anno depois do fallecimento do testador ou intestado sem que se tenha

pago o imposto, salvo se no testamento se der maior prazo para seu cumprimento, ou se na fôrma da lei fôr prorogado o prazo para a conclusão do inventario.

Art. 1<sup>o</sup>. O valor dos bens para pagamento do imposto será o do tempo em que este se tornar exigivel, se elle se effectuar um anno depois da avaliação judicial dos mesmos.

Art. 16 São isentos de imposto:

1.º Os legados deixados ás casas de caridade da provincia, ao asylo de Santa Leopoldina e ao hospital de S. João Baptista de Nietheroy;

2.º As alforrias ou doações de liberdade em testamento e os legados para ellas;

3.º As heranças não excedentes de 100\$, não se comprehendendo nesta expressão as quotas hereditárias;

4.º A vintena do testamenteiro, os premios ou legados a testamenteiros até a importancia da vintena, sendo esta arbitrada na fôrma do decreto de 3 de Julho de 1854;

5.º Os legados pios deixados á pessoa incerta;

6.º Os legados para serem applicados em utilidade dos municipios da provincia ou da instrucção publica nesta.

Art. 17. O imposto será restituído sempre que por sentença irrevogavel do poder judiciario fôr annullado titulo de successão, em virtude do qual se pagou o imposto, ou quando este fôr pago em excesso.

Art. 18. Nenhuma transferencia de apolices por titulo de successão legitima ou testamentaria se effectuará na directoria de fazenda sem que conste o pagamento prévio do imposto nos casos em que fôr devido.

Art. 19. A sonegação ou defraudação do imposto será punida com a multa de 10 a 30 % do valor dos bens.

Art. 20. Ficão revogadas as disposições em contrario.

AVISO DE 9 DE JULHO DE 1878.

A' recebedoria communicou-se em 9 de Julho de 1878 que fôra presente ao tribunal do thesouro o recurso interposto por José Meirelles Alves Moreira e seus filhos menores, e o Dr. Eduardo Meirelles Alves Moreira, da decisão da mesma recebedoria, indeferindo-lhes o requerimento em que pedirão restituição da quantia de 13:924\$997, a que se julgão com direito na qualidade de herdeiros da fallecida D. Feliciana Meirelles Alves Moreira; e que o mesmo tribunal, embora reconhecesse que o referido recurso está prompto por já ter sido a questão decidida em 1873, entretanto, considerando o pedido como reclamação:

E, attendendo a que o finado commendador Lourenço de Souza Meirelles instituiu, na accepção juridica da palavra, um verdadeiro *fidei-commisso* de seus bens; que, tendo fallecido a fiduciaria D. Mariana Cecilia de Souza Meirelles passárão, em vista da respectiva verba testamentaria, os bens della para os fidei-commissarios D. Feliciana Meirelles Alves e Joaquim de Souza Meirelles; devidamente representado por seus filhos, pois era fallecido ao tempo em que deixou de existir a sobredita fiduciaria, que na verba testamentaria de que se trata houve uma limitação bastante clara, fazendo o testador a substituição dos bens de raiz e apolices que existissem ao tempo da morte da fiduciaria; que, finalmente, a ordem n. 289 de 12 de Outubro de 1870 não revogou a de n. 136 de 28 de Maio de 1864;

Attendendo a que, havendo a fiduciaria D. Mariana, fallecido em Julho de 1870, e devendo cobrar-se o imposto pela transferencia da propriedade, tendo em vista o grão de parentesco entre a mesma fiduciaria e os fidei-commissarios, na letra da ordem de 1864, muito bem se calculou



e cobrou pela tabella annexa ao regulamento de 17 de Abril de 1869, na razão de 10 %., na parte concernente á *fidei-commissaria* D. Feliciana, mãe e avó dos recorrentes; e

Considerando que a restituição pedida pelos recorrentes da metade dos direitos que forão pagos, por entenderem que o grão de parentesco devia ser o do *fidei-commissario* e o do testador, para assim regular o *quantum* do imposto, e não o da *fidei-commissaria* e fiduciaria, é contra a disposição das leis que estavam em vigor ao tempo do fallecimento do instituidor, e que semelhante disposição está consubstanciada na referida ordem n. 136 de 28 de Maio de 1864, em que se baseou a recebedoria e que vigorou até a expedição da dita ordem n. 280 de 12 de Outubro de 1870, que não tem applicação ao caso que pretendem os recorrentes, mas cuja doutrina passou para o art. 6º do regulamento de 31 de Março de 1874;

Considerando que nas heranças de substituição reciproca o fiduciario e o *fidei-commissario* deverão pagar hoje a taxa correspondente ao grão de parentesco como testador, sendo, porém, devida a correspondente ao grão de parentesco entre os mesmos fiduciario e *fidei-commissario* quando este apenas tiver direito ao que restar por ser facultado áquelle o direito de dispôr;

Considerando que no regimen da legislação anterior o grão de parentesco que determinava o *quantum* da taxa era o que existia entre o fiduciario e o *fidei-commissario*, disposição que se fundava no principio de que no *fidei-commisso* a propriedade passava para o fiduciario, apenas gravada com a substituição em favor do *fidei-commissario*, e nesta hypothese o imposto era lançado segundo o grão de parentesco existente entre o possuidor da propriedade gravada e o substituto, e que se o citado regulamento de 31 de

Março estabeleceu outra regra para a incidência do imposto não pôde ter a retroactividade que pretendem os recorrentes, porque imposto devido é o que existia ao tempo da instituição feita muitos annos antes deste regulamento, que só é applicavel aos casos que occorrem depois delle ;

Considerando que os recorrentes laborão em manifesto erro quando julgão que a fiduciaria D. Mariana era simplesmente usufructuaria da herança que transmittio por morte a D. Feliciana, e que os direitos, obrigações e effeitos juridicos, que dimanavão do usufructo e do fidei-commisso, são mui distinctos, porquanto o usufructuario só tem o uso e gozo da propriedade, que fica pertencendo ao instituidor, quando no fidei-commisso a propriedade passa para o fiduciario, apenas gravada com a clausula resolutiva da substituição, e que só por esta condição dos dous actos vê-se a immensa differença que ha entre um e outro ;

Considerando, finalmente, que a razão em que se fundão os recorrentes para asseverar que o grão de parentesco se deveria regular, como se D. Mariana fosse apenas usufructuaria não tem procedencia, e é diametralmente opposta ás mais triviaes noções da jurisprudencia civil.

E tendo em vista os fundamentos que servem de base á referida decisão :

Resolvêra negar provimento ao recurso e confirmar a decisão recorrida.

*G. da Silveira Martins.*

## DECRETO N. 7303 DE 31 DE MAIO DE 1879

Promulga a convenção consular concluída em 21 de Outubro de 1878 entre o Brasil e a Confederação Suissa.

Tendo-se concluído e assignado nesta côrte aos 21 dias do mez de Outubro do anno proximo passado, entre o Brasil e a Confederação Suissa, uma convenção sobre attribuições consulares, e tendo sido essa convenção mutuamente ratificada, trocando-se as ratificações em Berna aos 16 dias do mez de Abril do corrente anno, hei por bem que seja observada e cumprida tão inteiramente como nella se contém.

João Lins Vieira Cansansão de Sinimbú, do meu conselho, senador do Imperio, presidente do conselho de ministros, ministro e secretario de Estado dos negocios da agricultura, commercio e obras publicas, e interino dos negocios estrangeiros, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro, aos 31 dias do mez de Maio de 1879, quinquagesimo-oitavo da independencia e do Imperio...

Nós D. Pedro II, Imperador constitucional e defensor perpetuo do Brasil, etc.

Fazemos saber a todos os que a presente carta de confirmação, approvação e ratificação virem que aos 21 dias do mez de Outubro do corrente anno se concluiu e assignou nesta côrte, entre nós e a Confederação Suissa, pelos respectivos plenipotenciarios, que se achavão munidos dos competentes plenos poderes, uma convenção consular, cujo theor é o seguinte:

. . . . .  
 Art. 10. No caso de morte de subdito de uma das altas partes contratantes no territoria de outra, a autoridade lo-

cal competente deverá sem demora commuical-a ao consular, vice-consul ou agente consular do districto, e estes por sua parte a communicarão igualmente áquella autoridade se antes tiverem conhecimento.

Art. 11. Pertence aos funcionarios consulares do paiz do fallecido exercer todos os actor necessarios para a arrecadação (*recouvrement*), guarda, conservação, administração e liquidação da herança, assim como para sua entrega aos herdeiros ou seus mandatarios devidamente autorizados em qualquer dos casos seguintes :

1.º Quando os herdeiros são desconhecidos;

2.º Quando, pertencendo á nacionalidade do fallecido, são menores, ausentes ou incapazes;

3.º Quando o executor nomeado em testamento está ausente ou não aceita o encargo.

Art. 12. O inventario, administração e liquidação da herança correm pelo juizo territorial :

1.º Quando ha executor nomeado em testamento, que esteja presente e aceite o encargo;

2.º Quando ha conjuge sobrevivente a quem pertença continuar na posse da herança como cabeça de casal (*chef de famille*);

3.º Quando ha herdeiro maior e presente, que, na conformidade da lei local, deve ser inventariante;

4.º Quando com herdeiros da nacionalidade do finado concorrerem herdeiros menores, ausentes ou incapazes, pertencentes á diversa nacionalidade.

§ Unico. Se, porém, em qualquer destas hypotheses, concorrer herdeiro menor, ausente ou incapaz, que seja incontestavelmente da nacionalidade do finado, o consular, consul, vice-consul ou agente consular, poderá requerer á autoridade local competente nomeação para exercer as funções de tutor ou curador, e a dita autoridade lh'a poderá

conceder se para negal-a não tiver motivos legaes ou outros que lhe pareção attendiveis. Feita a partilha, o funcionario consular arrecadará (*prendra possession*) a quota hereditaria que couber aos seus representados, e continuará na administração dos bens, assim como das pessoas dos menores e incapazes.

Fica entendido que, finda a partilha e entregues os bens ao funcionario consular ou a seu procurador, cessa a intervenção da autoridade local, salvo para os effeitos de que trata a segunda parte do n. 2 do art. 18.

O pai ou tutor nomeado em testamento exercerá as funções de tutela dos respectivos herdeiros menores, podendo ser neste caso o consul-geral, consul, vice-consul ou agente consular investido nas attribuições de curador dos ditos menores. Se o pai ou tutor declarado fallecer ou fôr removido, observar-se-ha o que dispõe a primeira parte deste paragrapho.

Art. 13. Aos herdeiros menores, nascidos no Brasil de pais suissos, será applicado o estado civil de seu pai a'ê a sua maioridade, nos termos da lei de 10 de Setembro de 1860 e para os effeitos do que é estipulado na presente convenção. Reciprocamente os consules brasileiros na Suissa terão a faculdade de arrecadar, liquidar e administrar as heranças de seus compatriotas em idênticas circumstancias.

Nos effeitos de que trata este artigo não se comprehendem as funções de tutor e curador, as quaes só podem ser conferidas pela autoridade local e reguladas pelas leis do paiz.

Art. 14. Os legatarios universaes são equiparados aos herdeiros.

Art. 15. Quando todos os herdeiros forem maiores poderão, por mutuo accordo, proceder a inventario, adminis-

tração e liquidação da respectiva herança perante o juiz territorial ou funcionario consular.

Art. 16. O funcionario consular, nos casos em que pelo art. 11 lhe compete exclusivamente a arrecadação, inventario, guarda, administração e liquidação de herança, deverá observar as seguintes disposições:

1.º Se o arrolamento de todos os bens fôr possível em um dia, praticará esta diligencia logo depois do fallecimento, tomando os ditos bens sob sua guarda e administração.

2.º Quando o arrolamento não puder ser feito nesse prazo, porá incontinenti os sellos nos effeitos, moveis e papeis do fallecido, fazendo depois o rol de todos os bens, aos quaes dará o destino declarado.

3.º Os actos referidos nos dous numeros antecedentes serão praticados na presença da autoridade local, se esta, depois de prevenida pelo funcionario consular, entender que deve assistir, e de duas testemunhas idoneas.

4.º Se depois do fallecimento, observado o disposto no art. 10, a autoridade local, comparecendo na residencia do finado, ahí não encontrar o funcionario consular, limitar-se-ha a appôr os seus sellos.

Estando presentes o funcionario consular e a autoridade local serão levantados os sellos, e o dito funcionario procederá na presença da mesma autoridade ao arrolamento dos bens, querendo ella assistir.

Se não estiver presente a mencionada autoridade, o funcionario consular a ella se dirigirá por escripto, convidando-a a comparecer em um prazo nunca menor de tres dias, nem maior de oito, para que tenha lugar o levantamento dos sellos e demais actos enumerados. Dado o não comparecimento da autoridade local, o funcionario consular procederá por si só.

5.º Se durante as supracitadas operações apparecer um

testamento entre os papeis do defunto, ou se existir testamento em qualquer parte, a sua abertura será feita, segundo as formalidades legaes, pelo juiz territorial, o qual remetterá delle cópia authentica, dentro do prazo de quatro dias, ao funcionario consular.

6.º Dentro do prazo de quatro dias o funcionario consular remetterá á autoridade local cópia authentica dos termos, tanto da apposição e levantamento dos sellos, como do arrolamento dos bens.

7.º O funcionario consular publicará o fallecimento do autor da herança (*personne de la succession de laquelle s'agit*) dentro de quinze dias da data em que tiver recebido a noticia.

Art. 17. As questões de validade do testamento serão submittidas aos juizes territoriaes.

Art. 18. O funcionario consular, depois de praticar as operações que ficão mencionadas no art. 16, observará, na administração e liquidação da herança, estes preceitos:

1.º Pagará antes de tudo as despezas do funeral, que serão feitas conforme a posição e fortuna do fallecido.

2.º Venderá immediatamente em publico leilão, na fórma das leis e usos estabelecidos, os bens que se possão deteriorar ou que sejam de deffícil ou despendiosa guarda.

Para venda dos immoveis requererá o funcionario consular autorisação do juiz territorial.

3.º Cobrará, quer amigavel, quer judicialmente, as dividas activas, rendas, dividendos de acções, juro de inscripções da divida publica ou apolices, e quaesquer outros rendimentos e quantias devidas á herança, e passará quitação aos devedores.

4.º Pagará, com as quantias pertencentes á herança ou com o producto da venda dos bens, tanto moveis, como immoveis, todos os encargos e dividas da herança, cumprindo

os legados de que ella esteja onerada, conforme as disposições testamentarias.

5.º Se, allegando a insufficiencia dos valores da herança, o funcionario consular recusar-se ao pagamento de todos ou parte dos créditos, devidamente comprovados, os credores terão o direito de requerer á autoridade competente, se o julgarem conveniente aos seus interesses, a faculdade de se constituir em concurso.

Obtida esta declaração nos termos indicados e pelos meios estabelecidos na legislação do respectivo paiz, o funcionario consular deverá immediatamente remetter á autoridade judicial ou aos syndicos da fallencia, segundo competir, todos os documentos, effeitos ou valores pertencentes á herança testamentaria ou *ab intestato*, ficando o referido funcionario encarregado de representar os herdeiros ausentes, os menores e os incapazes.

Art. 19. A superveniencia de herdeiros de nacionalidade diversa da do fallecido não fará cessar a arrecadação e administração da herança que se effectuar, nos casos de que trata o art. 11, senão quando os mesmos herdeiros se apresentarem com sentença de habilitação passada em julgado, e em cuja acção e processo fosse ouvido competentemente o respectivo funcionario consular.

Art. 20. Se o fallecimento se der em localidade onde não haja funcionario consular, a autoridade local o communicará immediatamente ao governo por intermedio do presidente da provincia brasileira ou da autoridade competente da Suissa, consignando na sua participação todos os esclarecimentos que houver obtido sobre as circumstancias do obito, e procederá á opposição dos sellos, arrolamento dos bens e actos subsequentes da administração da herança. Pela presidencia ou pela autoridade competente será nos mesmos termos e sem demora transmittida aquella partici-



pação ao funcionario consular, o qual poderá comparecer no lugar ou nomear sob sua responsabilidade quem o represente, e elle, ou seu representante, receberá a herança, proseguindo na liquidação se não estiver terminada.

Art. 21. Se o fallecido tiver pertencido a alguma sociedade commercial proceder-se-ha na fórma das prescripções das leis commerciaes do paiz.

§ 1.º Se ao tempo do fallecimento os bens ou parte dos bens de uma herança, cuja liquidação e administração são reguladas por esta convenção, se acharem embargados (*frappés d'apposition*), penhorados ou sequestrados, o funcionario consular não poderá tomar posse dos ditos bens antes do levantamento do mesmo embargo, penhora ou sequestro.

§ 2.º Se durante a liquidação sobrevier embargo, penhora ou sequestro dos bens de uma herança, o funcionario consular será depositario dos mesmos bens penhorados, embargados ou sequestrados.

O funcionario consular conserva sempre o direito de ser ouvido e de velar na observancia das formalidades exigidas pelas leis, podendo em todos os casos requerer o que julgar a bem dos interesses da herança; e tanto no juizo commercial, como no da penhora, se a execução se effectuar, receberá as quotas liquidas em os remanescentes que pertencão á mesma herança.

Art. 22. Liquidada a herança, o funcionario consular extrahirá dos respectivos documentos um mappa do monte partivel, e remettê-lo-ha á autoridade local competente, acompanhado de um relatorio sobre a administração e liquidação dos bens que lhe houverem sido confiados.

§ 1.º Estes dous documentos poderão, se a autoridade local assim requisitar, ser confiados com os originaes que para tal fim serão franqueados no archivo consular.

§ 2.º A autoridade local mandará juntar o mapo e relatório do agente consular ás cópias authenticas dos termos de apposição, e levantamento dos sellos e arrolamento dos bens, e fará a partilha, formando os quinhões e designando as tornas (*sonetes*) se houver lugar.

§ 3.º Em caso nenhum os cousules serão juizes das contestações relativas aos direitos dos herdeiros, collações á herança, legitima e terça; estas contestações serão submettidas aos tribunaes competentes.

§ 4.º Depois de proferida a sentença de partilha, a autoridade local remetterá ao funcionario consular um traslado da mesma e do calculo respectivo.

Art. 23. Se algum subdito de uma das altas partes contratantes fallecer no territorio da outra, a sua successão, no que respeita á ordem hereditaria e á partilha, será regulada segundo a lei do paiz a que elle pertencer, qualquer que seja a natureza dos bens, observadas todavia as disposições especiaes da lei local que regerem os immoveis.

Quando, porém, acontecer que algum subdito de uma das altas partes contratantes concorra em seu paiz com herdeiros estrangeiros, terá elle o direito de preferir que o seu quinhão hereditario seja regulado nos termos da lei de sua patria.

Art. 24. O funcionario consular não poderá fazer remessa ou entrega da herança aos legitimos herdeiros, ou a seus procuradores, senão depois de pagas todas as dividas que o defunto tivesse contrahido no paiz, ou depois de haver decorrido um anno, a contar do dia do fallecimento, sem que se tenha apresentado reclamação alguma contra a herança.

Art. 25. Antes de qualquer distribuição do producto da herança aos herdeiros deverão ser pagos os direitos fiscaes do paiz onde se abra a successão.

Estes direitos serão os mesmos que pagão ou vierem a pagar os subditos do paiz em casos analogos.

O funcionario consular declarará previamente ao fisco os nomes dos herdeiros, e o seu grão de parentesco, e, pagos os direitos, fará o mesmo fisco a transferencia do dominio e posse da herança para o nome dos herdeiros, nos termos dessa declaração.

Art. 26. As despesas que o funcionario consular fôr obrigado a fazer em bem da herança ou de parte della, que não estiver sob sua guarda e administração, nos termos desta convenção, serão abonadas pela autoridade local competente, e pagas como despeza de tutoria ou curadoria pelas forças da mesma herança.

Art. 27. Se a herança de subdito de uma das altas partes contratantes, fallecido no territorio da outra, se tornar vaga, isto é, se não houver conjuge sobrevivente nem herdeiro em grão successivel, será devolvida à fazenda publica do paiz em que se deu o fallecimento.

Tres annuncios serão publicados consecutivamente, por diligencia do juiz territorial, de tres em tres mezes, nos jornaes do lugar em que a successão se tiver aberto, e nos da capital do paiz. Estes annuncios deverão conter o nome e appellido do defunto, o lugar e data do seu nascimento, se forem conhecidos, a profissão que exercia, a data e lugar do fallecimento. Annuncios semelhantes serão publicados por diligencia do mesmo juiz nos jornaes da localidade em que nasceu o autor da herança e nos da cidade mais proxima.

Se decorridos dous annos, a contar do fallecimento, não se tiver apresentado conjuge sobrevivente ou herdeiro, quer pessoalmente, quer por procurador, o juiz territorial, por sentença, que será intimada ao funcionario consular, resolverá a entrega da herança ao Estado. A administração

da fazenda publica tomará então posse da mesma herança, ficando obrigada a prestar contas aos herdeiros que se apresentarem dentro dos prazos em que o direito de petição de herança se pôde tornar effectivo a favor dos subditos nacionaes em identicas circumstancias.

FIM DA PRIMEIRA PARTE

# INDICE

---

PAG.

Ao leitor . . . . .	5
Advertencia á terceira edição . . . . .	6
Cap. I. Do processo orphanologico em geral . . . . .	7
— II. Do juiz dos orphãos . . . . .	25
— III. Do curador-geral . . . . .	43
— IV. Do escrivão dos orphãos . . . . .	48
— V. Do cabeça de casal . . . . .	64
— VI. Dos herdeiros . . . . .	95
— VII. Da louvação . . . . .	136
— VIII. Da descripção dos bens . . . . .	140
— IX. Da collação . . . . .	147
— X. Da avaliação . . . . .	173
— XI. Das dividas . . . . .	183
— XII. Do funeral e bem da alma . . . . .	190
— XIII. Do testamento . . . . .	196
— XIV. Da alimpação de partilha . . . . .	224
— XV. Da licitação . . . . .	226
— XVI. Da deliberação de partilha . . . . .	238
— XVII. Da partilha . . . . .	250
Appendice á primeira parte . . . . .	275
Convenção consular celebrada entre o Brasil e a Grã-Bretanha a 22 de Abril de 1873, e promulgada pelo decreto n. 5533 de 24 de Janeiro de 1874 . . . . .	»
Decreto n. 6236 de 21 de Junho de 1876 :	
Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 25 de Fevereiro de 1876 entre o Brasil e Portugal . . . . .	280
Decreto n. 6582 de 30 de Maio de 1877 :	
Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 6 de Agosto de 1876 entre o Brasil e a Italia . . . . .	289
Decreto n. 7059 de 26 de Outubro de 1878 :	
Promulga a convenção sobre attribuições consulares, celebrada em 15 de Junho de 1878 entre • Brasil e a Hespanha . . . . .	297

195

Leis, decretos e decisões do governo sobre impostos das heranças e legados, e sua cobrança :	
Alvará de 17 de Junho de 1809 . . . . .	306
— de 2 de Outubro de 1811. . . . .	307
Ordem de 13 de Novembro de 1833. . . . .	311
— de 23 de Janeiro de 1834. . . . .	»
Regulamento n. 151 de Abril de 1842. . . . .	»
— n. 156 de 28 de Abril de 1842 . . . . .	312
Ordenação 116 de 4 de Outubro de 1842 . . . . .	317
Regulamento n. 410 de 4 de Junho de 1845 . . . . .	318
Aviso n. 56 de 5 de Junho de 1845 . . . . .	320
— n. 90 de 18 de Agosto de 1845 . . . . .	321
Portaria n. 151 de 7 de Dezembro de 1846. . . . .	322
Aviso n. 119 de 10 de Setembro de 1847 . . . . .	»
Ordem n. 26 de 16 de Fevereiro de 1848 . . . . .	323
Portaria n. 49 de 10 de Abril de 1848 . . . . .	325
Aviso n. 163 de 12 de Outubro de 1850. . . . .	326
Ordem n. 228 de 18 de Setembro de 1851 . . . . .	328
Aviso n. 33 de 31 de Janeiro de 1852 . . . . .	»
Decreto n. 1343 de 8 de Março de 1854. . . . .	329
Ordem n. 311 de 15 de Outubro de 1855 . . . . .	330
Aviso n. 68 de 6 de Fevereiro de 1856 . . . . .	»
— n. 292 de 2 de Setembro de 1856 . . . . .	331
Ordem de 28 de Outubro de 1856 . . . . .	»
Decreto n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 :	
Cap. I. Da taxa de heranças e legados, e sua quota . . . . .	332
— II. Da isenção da taxa de heranças e legados . . . . .	334
— III. Da arrecadação e fiscalisação da taxa de heranças e legados . . . . .	335
— IV. Disposições geraes . . . . .	344
Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867. . . . .	348
Decreto n. 4113 de 4 de Março de 1868. . . . .	349
— n. 4355 de 17 de Abril de 1869 . . . . .	350
Regulamento a que se refere o decreto desta data n. 4355 . . . . .	351
Tabella annexa ao regulamento que acompanha o decreto n. 4355 de 17 de Abril de 1869. . . . .	355
Aviso n. 46 de 4 de Fevereiro de 1871 . . . . .	358
— n. 71 de 22 de Fevereiro de 1871 . . . . .	»
— n. 369 de 7 de Novembro de 1871 :	
Firma a competencia da autoridade administrativa para decidir sobre materias de imposto, e indica as providencias adequadas para a cobrança do imposto de transmissão em um inventario. . . . .	»



PAG.

Aviso n. 46 de 16 de Fevereiro de 1872 (fazenda) . . . . . 359

— n. 160 de 28 de Abril de 1873 . . . . . 360

Decreto n. 5581 de 31 de Março de 1874:

Cap. I. Do imposto de transmissão . . . . . 361

— II. Das transmissões *causa mortis* . . . . . »

— III. Das isenções do imposto na transmissão *causa mortis* . . . . . 363

— V. Das isenções do imposto na transmissão *inter-vivos* . . . . . 365

— VI. Do valor dos bens para o pagamento do imposto . . . . . »

— VII. Disposições geraes . . . . . 366

Tabella annexa ao regulamento que acompanha o decreto  
n. 5581 de 31 de Março de 1874 . . . . . 369

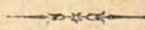
Aviso n. 422 de 9 de Novembro de 1874 . . . . . 370

Decreto n. 2099 de 26 de Dezembro de 1874 . . . . . 371

Aviso de 9 de Julho de 1873 . . . . . 376

Decreto n. 7303 de 31 de Maio de 1879:

Promulga a convenção consular concluida em 21 de Outubro  
de 1878 entre o Brasil e a Confederação Suissa . . . . . 379



L-4  
C-36

04