



PRIMEIRAS LINHAS
SOBRE
O PROCESSO ORPHANOLOGICO

Cost.

OBRAS A VENDA NA MESMA LIVRARIA

Codigo criminal do Imperio do Brasil. 1 v. in-4.º	3\$000
Consultor geral do fóro ou Formulario de todas as acções segundas no seus diversos ramos, postos de accordo com a ultima reforma judiciaria, pelo Dr. M. G. d'A. Autran 4 v. in-4.º	30\$000
Cada parte vende-se tambem separadamente.	
Consultor civil. 1 v. in-4.º	8\$000
" criminal. 1 v. in-4.º	8\$000
" commercial. 1 v. in-4.º	8\$000
" orphanologico. 1 v. in-4.º	8\$000
— Director do juizo de paz. 1 vol. in-4.º	8\$000
ALENCAR ARARIPE.—Relações do Imperio. Compilação juridica. 1 v. in-4.º	6\$000
ANDRADE PINTO.—Atribuições dos presidentes de provincia. 1 v. in-4.º	6\$000
— impostos e rendas geraes do Imperio do Brasil. 1.ª parte, in-4.º br.	4\$000
ARAUJO E SILVA.—Processo administrativo no thesouro nacional. 1 v. in-4.º	7\$000
— Roteiro dos collectores, contendo a maneira de se fazerem os lançamentos e cobranças dos impostos, etc., etc. 1 v. in-4.º	6\$000
ATHAYDE.—Regulamento das alfandegas e mesas de rendas. 1 v. in-4.º	5\$000
AUTRAN (Conselheiro). — Prelecções de economia politica. 1 v. in-4.º	6\$000
— (Dr. Godofredo).—Da fiança criminal. 1 v. in-4.º	3\$000
— — Do habeas-corpus 1 v. in-4.º	3\$000
— — A lei judiciaria de 20 de Setembro de 1871. 1 v. in-4.º	4\$000
— Novo regulamento para a cobrança do imposto do sello. 1 v. in-4.º br.	1\$000
ZEVEDO CASTRO.—Lei do elemento servil de 28 de Setembro de 1871, em fórma de repertorio. 1 v. in-4.º	3\$000
— Novo regulamento do imposto de transmissão de propriedade annotado. 1 v. in-4.º	3\$000
— Repertorio da novissima reforma judiciaria. 1 v. in-4.º	4\$000
BAPISTA PEREIRA.—Codigo criminal do Imperio do Brasil annotado. 1 v. in-4.º	3\$000
CAMARA LEAL.—O imposto de transmissão de propriedade, repertorio em ordem alphabetica. 1 v. in-4.º	4\$000
CAMPOS PORTO.—Repertorio da legislação ecclesiastica de 1500 a 1871. 1 grosso v. in-4.º	12\$000
CAZALDO MELDES DE ALMEIDA. — Direito civil ecclesiastico brasileiro, antigo e moderno em suas relações com o direito canonico e legislação actual. 2 tomos em 4 v. in-4.º	30\$000
O tomo 2.º, excedendo a 1000 paginas, vende-se separadamente, 12\$000.	
— Codigo philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal, seguido do <i>Auxiliar Juridico</i> , que lhe serve de appendice. 2 vols. in-folio	47\$000
O <i>Auxiliar Juridico</i> vende-se separadamente, 17\$000.	

PRIMEIRAS LINHAS

SOBRE

REPOZICION DO SENADO

COMUNICACAO SE. U. DO BR.

FOR

O PROCESSO ORPHANOLOGICO

JOSÉ PEREIRA DE CARVALHO

EXTENSA E CUIDADOSAMENTE ANNOTADA COM TODA A LEGISLAÇÃO,
JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAES SUPERIORES, ATÉ O ANNO DE 1873, 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

PARTE SEGUNDA

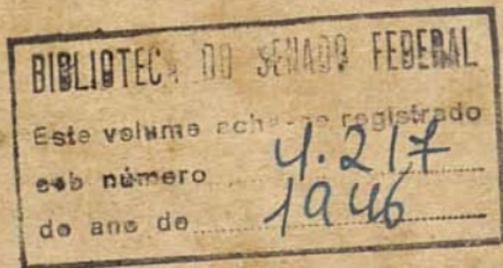
✓
342.165
e33j
1879-80
3 ed.

RIO DE JANEIRO
B. L. GARNIER--LIVREIRO-EDITOR
71 Rua do Ouvidor 71

1880

Viduœ, et pupillo non nocebitis. Si læseris eos
vociferabuntur ad me, et ego audiam clamorem
eorum; et indignabitur furor meus, percutiamque
vos gladio, et erunt uxores vestrœ viduœ, et filii
vestri pupilli.

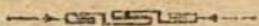
(EXOD., CAP. XXII, V. 22.)



PRIMEIRAS LINHAS

SOBRE

O PROCESSO ORPHANOLOGICO



CAPITULO XVIII

DOS TUTORES

§ 113

Pouca utilidade resultaria do inventario e partilha se as pessoas e os bens dos orphãos ficassem em abandono(207).

(207) E' do interesse publico, e conforme o direito natural, que aquelle a quem falta a idade ou a capacidade necessaria para bem reger, seja regido por outros: § 6º *Instit. de Atil.*, Tutor.; *Grot.*, de Jur. bel. et pac., liv. 2º, cap. 22, § 12; *Mel. Freire*, liv. 2º, tit. 11, § 1.º Todas as sociedades bem constituidas reconhecêrão a necessidade de tutores e curadores, e em todos os codigos se achão disposições a este respeito (a).

(a) E' a razão de ser a tutela considerada um *munus publico*: un *uffizio publico personale e gratuito*, como diz *Buniva: Diritto delle persone*, tomo 2º, pag. 219 e 220.—Ella é obrigatoria, segundo algumas legislações: *Cod. Civ. Port.*, art. 186 — Gli *uffizi tutelari non si possono ricusare se non pei motivi ammessi dalla legge*: *Buniva*, tomo 2º, pag. 220. — Las tutelas i las curaduras o curatelas son cargos *impuestas* a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirijir-se a si mismos o adimínistrar competentemente sus negocios, etc.: *Cod. Civ. de Chili*, art. 333. *Cod. Civ. Austriaco*, art. 200. *Vej. Zeras, Etud. sur la legislation Russe*, pag. 239.—Segundo outras apenas em certos casos: *Cod. Civ. Fr.*, arts. 401 e 432.

Entre nós é sempre obrigatoria: *Ord. do liv. 4º, tit. 102.*

F' para cuidar daquelles e destes que se dão tutores e curadores(208).

(208) Por direito romano davão-se tutores aos impuberes e curadores aos puberes até a idade de vinte e cinco annos: havia entre uns e outros algumas diferenças, quaes as expostas por *Stryk.*, Us. mod., liv. 26, tit. 1º, § 5º, e por *Mel. Freire*, parte II, tit. 12, § 2. A nossa Ord., que em grande parte se conformou com o direito romano, ainda fez differença de tutores e curadores, como se nota na Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 8º; tit. 63, § 1º, e liv. 4º, tit. 102 e tit. 104, § 6º; porém, advertindo que essas diferenças estavam abolidas pelo uso das nações, determinou-se na cit. Ord. do liv. 4º, tit. 104, § 6º, que tudo o que se havia legislado a respeito dos tutores procedesse a respeito dos curadores dos menores. Nota-se o mesmo no *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 13(b).

(b) No antigo direito romano, no direito das doze taboas, duas classes de pessoas erão sujeitas á tutela: os impuberes e as mulheres.

Os primeiros erão todos os individuos menores de quatorze annos, sendo homens e de doze, sendo mulheres, idade fixada para regular a puberdade, segundo *Labeo* e *Proculus*.

Attendendo á incapacidade que tem o homem de reger-se a si e a seus bens, até essa idade, dava-lhes a lei quem o defendesse, *tutores atque defensores*, como mais tarde o disse a *Instit.* *Dig. liv. 26, tit. 1º, leis 1ª e 9ª*: era esse o tutor, o qual tinha a *vis ac potestas* sobre a pessoa do pupillo, e que pela *auctoritas* tornava legitima em juizo a pessoa incompleta do impubere. Com a puberdade acabava a tutela e começava a curatella como ainda hoje na *Russia*; *Zezas Obr. cit.*, pag. 240.

A tutela dos impuberes, com quanto soffresse algumas modificações no decurso dos seculos, desde o tempo da lei das doze taboas até as de *Justiniano*, modificações que principalmente entenderão com a facultadê de supprir (*auferre*) a incapacidade do pupillo, e represental-o nos actos judiciaes, foi todavia mantida até o tempo do *Imperador*. Nella teremos occasião de tratar no decurso deste capitulo.

O mesmo, porém, não aconteceu á tutela das mulheres, que, rigórosa, perpetua no antigo direito, enfraqueceu em seguida, a ponto de dizer *Cicero* que os antigos quizerão que as mulheres estivessem em poder de tutores, e que os juriconsultos inventarão tutores que se acharão sob o poder das mulheres: *hi invenerunt genera tutorum, quæ*

potestate mulierum contineretur; e, finalmente, cahio no tempo dos Imperadores autorisando Justiniano as mulheres a serem tutoras de seus filhos.

A fraqueza do sexo foi o motivo da instituição da tutela das mulheres, e, como tal motivo subsistia nellas por toda a vida, a tutela das mulheres era perpetua. *Veteres voluerunt feminas etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*, diz Gaio.

Para que a mulher podesse, porém, ficar sujeita á tutela, era preciso que fosse *sui juris*, isto é, que não estivesse sob a *potestas* do pai, a *manus* do marido ou *in mancipium*, porque em qualquer destes casos, ao pai, ao marido e ao senhor, cabia governal-a; sômente a mulher livre de qualquer poder podia, assim como o impubere, ser sujeita á tutela: *Ortolan, Comment. à Inst., vol. 2º, n. 255; Hulot, Chave das Leis Rom., vol. 2º, verb. Tutelle; Mackeldey, § 601. Didier Pailhé, n. 90; Van We ter, Dir. Rom., vol. 2º § 635.*

A tutela das mulheres podia ser *testamentaria, legitima e dativa*.

A primeira podia ser deixada á mulher no testamento de seu pai ou avô, e de seu sogro ou marido, se ella estivesse *in manu* deste.

A tutela legitima cabia aos *agnados*, e na falta destes aos *gentilicos* se a mulher era ingenua; ao patrono, ou aos filhos deste, se era liberta, e finalmente áquelle que, tendo recebido a mulher *in mancipio*, a manumettia em virtude de um *pactum contractæ fideiçæ*, porque ficava então em relação a ella na posição de patrono, *Gaio, Com. 1º, §§ 157, 172 a 180*. Os tutores *mulierum* não tinham a administração dos bens, a qual competia ás proprias mulheres, d'ahi a conveniencia de uma acção contra taes tutores e obrigação delles prestarem contas: *V. da Silva, Hist. do Dir. Rom., § 46.*

Quando a tutela testamentaria era deixada pelo marido, a mulher tinha o direito de escolher para tutor a pessoa que quizesse, e o tutor assim escolhido denominava-se *tutor optivus*, em contraposição ao *tutor dativus*, que era o designado expressamente no testamento,

O tutor nomeado era, em regra, obrigado a servir pessoalmente salvo se fosse incapaz, ou allegasse excusa, pela qual devesse ser dispensado; em relação á tutela da mulher, não se observava, porém, este rigor, e os tutores legitimos podião por meio de uma *in jure cessio* passar a outrem o exercicio da tutela.

A tutela dativa tinha lugar em falta da testamentaria e legitima e era dada pelo magistrado de conformidade com a lei Atilia, a requirimento da propria mulher.

Este rigor do antigo direito em relação ás tutelas das mulheres enfraqueceu, porém, com o tempo, como já o dissemos, até que taes tutelas desapparecêrão completamente desde que os Impp. concedêrão ás mães e avós, ainda que a principio como privilegio, o exercerem

§ 114

Os tutores ou são testamentarios, ou legitimos, ou dativos(209).

§ 115

Preferem na tutela os tutores testamentarios(210), sendo

(209) Chamão-se tutores testamentarios aquelles que são nomeados em testamento; legitimos, aquelles que a lei nomêa na falta ou incapacidade dos testamenteiros, e dativos, aquelles que, na falta ou incapacidade de uns e outros, são nomeados pelo juiz; Ord. do liv. 4^o, tit. 102, §§ 1^o, 5^o e 7^o.

(210) Porque sendo nomeados pelas pessoas em quem se presume maior affecto e amizade, e que maior interesse têm na felicidade dos orphãos, deve suppôr-se que são as mais capazes de administrarem bem a tutela e de desempenharem os pesados deveres que ella impõe (c).

as tutelas de seus filhos: *novelas* 25, *cap.* 25; 37, *cap.* 2, e *lei* 5^a do *Cod.*, *cap.* 5^o, *tit.* 35; depois, independente de privilegio, Justiniano permittio em geral ás mães e avós o exercerem as tutorias dos filhos se conservassem viúvas; *Novel.* 118, *cap.* 5^o.

Foi esta a disposição que os compiladores da Ordenação passarão para o nosso direito. O *Cod. Civ. chileno* cingio-se ao systema romano e sujeitou os menores puberes á curatella, desde que não hajão obtido—*habilitacion de edad art.* 342; — e as mulheres divorciadas, em certos casos: *arts.* 163 e 349.

Estas disposições não se vêm, porém, reproduzidas nas demais legislações. O *Cod. It.* sómente admite a curatella judicial no caso de conflicto do menor com seu pai: *arts.* 224 e 226; e aos emancipados, *art.* 314. O *Cod. Civ. Port.* sómente falla de curatella em relação aos bens dos ausentes, *arts.* 55 e *segs.*

O *Cod. da Luisiania* estabeleceu a curatella dos menores puberes; *arts.* 357 e *segs.*; mencionando os curadores *ad litem*, a par dos curadores *ad bona*, *art.* 358 e 359. O *Cod. Civ. Austriaco* só admite a curatella dos maiores impedidos de exercitarem por si os seus direitos.—*Art.* 183. A legislação russa admite a curatella voluntaria do maior de 17 annos.—*Zézas*, pag. 249.

(c) A preferencia dada pelo direito romano á tutela testamentaria é evidente da disposição imperativa do § 3^o da taboa 5^a da lei das doze taboas: *Uti legassit super pecunia tutelave suce rei, ita jus esto*; e esta disposição é no entender dos jurisconsultos romanos tida como a base das tutelas testamentarias: *Ulp.*, *Regul.* 11, § 14; *Gaio*, *Instit.*

idoneos(211), e tendo sido feita a sua nomeação em testamento solemne(212) e por pessoa legitima(213).

(211) Algumas pessoas ha que, ainda sendo nomeadas em testamento, não podem ser tutores: taes são os menores de vinte e cinco annos, os sandeus, os prodigos, os inimigos do orphão, os pobres, os escravos, os infames, os religiosos, os impedidos de impedimento perpetuo, os fidalgos, cavalleiros, doutores, e todos os mais que por direito não podem ser tutores: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, e tit. 104, § 5.º Desta materia trataremos mais largamente no capitulo seguinte(d).

comment. 2º, § 224; *pomp., frag.* 120 *D. de verb. signif.*, e *Justin., novel.* 22, cap. 2.º

A lei entendeu que ninguem melhor do que o pai podia escolher a pessoa propria para ser encarregada de velar sobre o menor: os laços de sangue, e a affeição que delles se gerão, autorisção com justiça tal supposição: *Hulot, Chave das Leis Rom., verb. Tutel., vol.* 2.º, pag. 670, edic. de 1810. — *Optimum semper præsumitur parentum pro liberis consilium.*

A novella 118, no cap. 5º, declarou expressamente que a tutela testamentaria seria preferida a qualquer outra, quando, dispondo que as mãis e avós seriam preferidas a toda e qualquer tutor legitimo e dativo, acrescentou: *testamentaris solis tutoribus precedentibus eas, defuncti namque voluntatem, et electionem præponi volumus.*

A preferencia da tutela testamentaria sobre as outras resalta ainda, no direito romano, do facto de ser tal especie de tutela a de que tratão as leis em primeiro lugar, indicando assim que é tambem a primeira que se deve exercer sobre o pupillo. Entre nós a preferencia está mais do que evidente das disposições dos §§ 1º, 2º, 3º e 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 102.—Il legislatore che confida ai genitori mentre vivano l'educazione del figliullo e loro accorda la patria podestà, a buon diritto concede ad essi eziandio la facoltà di continuare dopo morte l'opera loro scegliendo tal persona che e voglia e sappia procurare il maggior bene dei minori loro figli supperstiti. — *Buniva, Diritto delle persone, tomo* 2º, pag. 221.

Esta preferencia pela tutela testamentaria, pôde vêr-se no Cod.Civ. do Chili, arts. 353, 356 e 310; Cod.Ital., arts. 242, 244 a 245; Cod.Port., arts.199, n.2 e 202, e Cod.Civ. Fr., arts.402 e 405, Cod. Austr.,art.196.

(d) A idoneidade do tutor era tambem exigida pelo direito romano.

Até certo ponto, porém, a tolerancia daquelle direito era maior do que a do nosso. E' assim que podia ser nomeado tutor testamentario o escravo, quando o senhor o manumettia, e mesmo quando não o

(212) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1.º Ainda que o testamento em que se faz a nomeação do tutor não seja solemne e perfeito, sempre esse tutor assim nomeado deverá ser preferido a qualquer outro, achando o juiz que elle tem as qualidades necessarias, pois que uma tal nomeação feita pelo pai do orphão

manumettisse expressamente era valida a nomeação, porquanto deduzia-se della, como consequencia a liberdade do escravo: *Inst.*, liv. 1º, tit. 14, § 1º; *D. liv. 26, tit. 2º, pag. 32, § 2º de Paulo*; *Hulot. Obr. cit., verb. Tuteur. vol. 2º, pag. 685 in fine*; *Mackeldey, § 602, n. 1*; *Cod.*, liv. 26, tit. 27, lei 5ª, sendo assim ampliadas as disposições do *Dig. liv. 26, tit. 2º, lei 10, § 10*; *liv. 4º, tit. 5º, lei 24, § 10*, e *Cod.*, liv. 7º, tit. 4º, lei 9ª, que permittião ao senhor deixar o escravo como tutor de seu filho, porque entendia-se por esse facto deixava-lhe a liberdade por *fidei-commissum*, ficando derogada a *lei Fusia Canina* que sómente permittia a manumissão dos escravos por testamento, declarando o senhor expressamente a doação da liberdade que fazia e o nome do manumettido, lei essa que aliás Justiniano abrogou, como se vé na *Inst.*, liv. 1º, tit. 7.º

Pelo direito romano podião tambem ser nomeados tutores em testamento os desasizados e os menores: aquelles para quando ficassem sãos, estes para exercerem a tutela quando maiores: *Instit.*, liv. 1º, tit. 14, § 2º; *Dig.*, liv. 26, tit. 2, lei 10, § 3, e liv. 32, § 2º; *Hulot, obr. cit.*, pag. 686. *Von Wetter, Ob. cit.* § 623.

No nosso direito não se pôde admittir taes tutores, e a sua nomeação em testamento é inutil, porque a lei ordena expressamente que o juiz a não cumpra: *Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º*; *Consol. das Leis Civ.*, art. 262, § 2º e nota; *Secco, Orph. Prat.*, art. 165, n. 1 e nota; *Lobão, Aç. Sum.*, vol. 1º, § 364; *B. Carn.*, vol. 3º, § 246, ns. 4 e 29; *C. da Rocha, vol. 1º, § 369, etc.*

A idoneidade, isto é, a reunião das qualidades necessarias para que alguém possa ser incumbido da importante missão de velar sobre a pessoa e bens de um menor, não podia deixar de ser exigida com rigor por todas as legislações.

Os antigos costumes francezes exigião que o tutor fosse, não sómente idoneo, mas tambem *sufficiente, idoine et suffisant*; estas expressões, que, assim repetidas, parecem envolver um pleonasmio, vêmol-as reproduzidas em mais de um lugar das nossas OOrd., e mórmente na do liv. 4º, tit. 102, § 5º, aonde, tratando da ordem em que deve ser deferida a tutela legitima, se diz: *E se tiver muitos parentes em igual grão, o juiz escolherá o mais idoneo e pertencente para isso.*

Pothier, no vol. 9º de suas obras, diz no n. 154 do § 1º do art. 2º da secç. 4ª:

tem a seu favor a presumpção de direito. Toda a differença consiste nisto: que se o testamento é solemne e perfeito, não precisa o tutor nomeado da confirmação do juiz; se, porém, não tem semelhantes requisitos, então a confirmação torna-se necessaria. Esta distincção foi adoptada pelo *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, § 2º, n. 7, e § 4º (e).

(213) São pessoas legitimas para nomear tutores todos os ascendentes, tanto legitimos, como illegitimos, e tanto pater-

Il ne suffit pas que le plus proche parent soit capable, pour qu'on doive l'élire, la coutume veut qu'il soit idoine. Celui qui a la capacité civile pour être tuteur n'est pas néanmoins toujours propre à gouverner la personne et les biens du mineur: *v. g.*, la rusticité ou trop grande simplicité, les infirmités habituelles, le dérèglement des mœurs, empêchent qu'une personne doive être jugée idoine. La coutume veut encore que celui qu'on élira soit suffisant. Un homme sans biens, un homme qui a fait faillite, est suspect de dissiper les denier de la tutelle, et n'est pas suffisant.—Sobre as pessoas que não podem ser tótoras—veja-se notas ao cap. 19.

(e) Os codigos modernos permitem aos pais a nomeação de tutores por actos authenticos *inter-vivos*, e sujeitão tal nomeação ás regras geraes das designações por testamento: *Cod. Civ. Fr.*, art. 398 com referencia ao art. 392; *Cod. Port.*, art. 193; *Cod. Ital.*, art. 242, 2º periodo. *Cod. Austr.*, art. 193. Afástou-se da generalidade o *Cod. Civ. do Chili*, arts. 353 a 365.

Parece que, exigindo a Ord. do liv. 4º, tit. 102, no § 1º, que a nomeação do tutor testamentario para ser valida deva ser feita em testamento *perfeito e solemne*, desde que tal não seja o testamento, não pôde prevalecer a nomeação.

Esta é, com effeito, a conclusão a tirar do preceito da lei: *B. Carn.*, vol. 3º, § 248, n. 22; no entanto, fundando-se em que a lei confiou ao pai a nomeação do tutor testamentario, por julgal-o o mais apto para fazer boa e escrupulosa escolha da pessoa a quem ia encarregar da educação e tratamento de seu filho, e da administração dos bens deste, opinarão os EE. que, ainda no caso de ser nullo o testamento em que se fez a nomeação de tutor, fosse este preferido a qualquer outro, tendo a confirmação do juiz, porque a vontade do pai se havia manifestado: *Lobão, Ac. Sum.*, vol. 1º, § 366, *añãz* cita a opinião de *Cocceo*; *B. Carn.*, liv. 1º, tit. 28, § 251, n. 11; *Paiva e Pona*, cap. 8º, n. 12; *Dir. de Fam.*, § 145, nota 1ª, etc.

A verdade, porém, é que todas as disposições testamentarias acompanhão a sorte do testamento, e que a confirmação, de que tratão os EE., é uma nova nomeação feita pelo juiz.

nos, como maternos, com a differença, porém, que a nomeação feita pelos ascendentes paternos legitimos aos descendentes não precisa de confirmação, e que a feita pelos ascendentes paternos naturaes e pelos maternos, tanto legitimos, como naturaes, depende da confirmação do juiz: Ord. do liv. 4º, tit. 102, §§ 1º e 2º. Por identidade de razão, se qualquer consanguineo ou estranho instituir por herdeiro a um menor, e lhe nomear tutor em testamento solemne, deverá o juiz preferir a qualquer outro tutor assim nomeado, achando-lhe as qualidades necessarias: *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 3º, § 1º, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tomo 1º, § 369. O tutor nomeado para os filhos se entende tambem nomeado para as filhas, liv. 45, *Dig.*, de Leg. 2º, e para os posthumos, se nascem vivos: liv. 5, *Dig.*, de Testam. Tutel. Se o nomeado para tutor é menor ou tem alguma impossibilidade temporaria, deve ser admittido logo que complete a idade ou que cesse o impedimento, cessando as funcções daquelle que interinamente se tiver nomeado: *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 3º, § 4º (f).

(f) Não tendo os avós pelas OOrd. patrio poder sobre os netos, é uma verdadeira anomalia a faculdade de nomear-lhes tutor, que concedeu o § 1º da Ord. do liv. 4º, tit. 102.

E' essa faculdade um attributo do patrio poder, e que unicamente deste pôde dimanar: *tutor enim a patre liberis datur jure patriæ potestatis*, dizião os romanos. — *Veja Cod. Civ. Port.*, art. 193, e *Cod. Ital.*, art. 243.

O direito romano concedia ao avô a faculdade de nomear tutor testamentario ao neto, porque aquelle tinha patrio poder sobre este: *Inst.*, liv. 1º, tit. 9º, § 3º; tit. 12, §§ 6º, 7º e 9º; *Novel.* 81, *cap.* 2º, etc.

A organização da familia romana era tal que o chefe de familia podia ter sob a sua potestas o filho casado e os netos, e se neste caso especial não podia o avô dar em seu testamento tutor ao neto, era porque este por sua morte não ficava *sui juris*, mas cahia sob o poder do pai.

O facto é que unicamente ao patrio poder deve o chefe a faculdade de nomear tutor testamentario: *Ortol.*, *Comment. à Inst.*, vol. 2º, pag. 140 *in fine*; *Hulot*, *obr. cit.*, vol. 2º, *verbo Tutela*; e a lei das doze taboas, querendo, no rigor barbaro de seus preceitos, indicar que sómente em virtude de tal poder tinham pleno valor as disposições dos ascendentes em relação aos descendentes, ordenou que aquillo que alguém dispuzesse em seu testamento *super pecunia tutelave suæ rei* fizesse lei, e como tal se guardasse.

No nosso direito, porém, o avô não tem patrio poder sobre os netos,

tanto que não tem o usufructo dos bens adventicios destes: de onde provém, pois, a disposição anomala da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º?

A explicação mais aceitavel do facto nos parece ser a que dá Lobão no seu *Tratado das Ac. Sum.*, § 365 e nota.

A Ord. Manoelina reconhecia no avô patrio poder sobre o neto, tanto que no caso do fallecimento da avó, se o avô sobrevivente não dava as providencias que, relativamente ao inventario, recommendava a Ord. do liv. 1º, tit. 67, § 6º, ficava o avô (assim como o pai no caso de morte da mãe dos orphãos) *privado do usufructo dos bens destes*.

Os compiladores das OOrd. Philippinas, extrahindo o § 8º da Ord. do liv. 1º, tit. 88, do § 6º da Ord. Manoelina do liv. 1º tit. 67, suprimirão as expressões—*ou avô será privado do usufructo de seus bens*—e redigirão do seguinte modo o trecho do § 8º, cit.: *E não o fazendo (o inventario) assim dentro no dito tempo, e pelo modo que dito é, o pai ou avô, que assim o não fizer, por esse mesmo feito será privado da herança dos filhos, ou descendentes, que ao tal tempo tiver, para nunca mais em tempo algum lhes poder succeder; e mais, se fór seu pai, será privado do uso e fructo de seus bens, etc.*, expressões das quaes se deduz a negação do patrio poder ao avô.

A Ord. do liv. 4º, tit. 104, tratando dos casos de excusa da tutela, enumera entre elles o de já ter alguém cinco netos *debaixo de sua administração*, considerando assim o avô como tendo sobre os netos *a administração* de suas pessoas e bens, o que nelle suppõe unicamente os poderes de tutor, e não o patrio poder.

Na compilação da Ord. do liv. 4º, tit. 102, extrahida da Manoelina do liv. 1º, tit. 67, § 20, esquecerão-se, porém, os compiladores da suppressão que havião feito quando compilarão a do liv. 1º, tit. 88, § 8º, e concederão ao avô o poder de nomear tutor testamentario ao neto, sem se lembrarem de que já lhe havião negado patrio poder sobre este.

Ao que fica dito accresce ainda uma razão, que nos parece clara, mente demonstrativa de que sómente a um engano ou esquecimento aliás pouco perdoavel em codificadores, se deve a autorisação concedida aos avós no § 1º da Ord. do liv. 4º, tit. 102.

O principio de direito romano já citado—*Tutor a patre liberis datur, jure patriæ potestatis* foi, e nem podia deixar de sê-lo, reconhecido pelos compiladores da Ord., tanto que não julgárão validas as nomeações de tutores feitas em testamento pelo pai ao filho natural, e pela mãe ao filho legitimo ou natural, sem confirmação do juiz: cretendo elles negado ao avô na Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 8º, o patrio poder sobre os netos, como podião, a não ser por esquecimento ou descuido, deixar, de exigir para as nomeações de tutores testamentarios feitos pelo avô aos netos, a confirmação exigida no § 2º da Ord. do liv. 4º, tit. 102, para os feitos, pelo pai ao filho natural, e pela mãe ao filho legitimo ou natural?

O Cod. Civ. Fr. concede a faculdade de nomear tutor testamentario ao conjuge que fallece em ultimo lugar, marido ou mulher: *art. 397*; porquanto, pelo fallecimento de qualquer delles, passa a tutela dos filhos ao sobrevivente, de pleno direito: *art. 390*. Sômente é exigida a confirmação do tutor nomeado pela mãe, quando esta passou a segundas nupcias, e o conselho de familia, conservou-lhe a tutela dos filhos do primeiro consorcio; *art. 400*. Se o conselho houver-lhe recusado a continuação da tutela, perde a mulher o direito de nomear tutor aos filhos do primeiro leito: *art. 393*. Conferem, quanto ao direito de nomeação que dá á mulher o Cod. Fr., o Cod. Civ. Ital., *art. 242*; Cod. Civ. Port., *arts. 193, § unico, 194 e 195*; Cod. do Chili, *art. 358*.

Divergem, porém, em alguns pontos: o Cod. do Chili, veda á mulher binuba a nomeação de tutor testamentario aos filhos; o Cod. Port. sômente sujeita á aprovação do conselho de familia a nomeação que fizer a mulher binuba do segundo conjuge para tutor dos filhos do primeiro matrimonio; o Cod. Civ. Ital. veda a nomeação de mais de um tutor testamentario, ainda que sejam muitos os filhos menores: *art. 246*; em contrario dispuzerão o Cod. chileno, *art. 361*, e o Cod. Port., *art. 194*. O Cod. Civ. Austr. nega á mulher a faculdade de nomear tutor ao filho.—*Art. 197*.

A faculdade de poder um consanguineo, e mesmo um estranho, nomear em testamento tutor a um menor, desde que o institua seu herdeiro ou legatario, e que seja tal tutor confirmado pelo juiz, não é concedida por lei expressa do nosso corpo de direito; os EE. deduzirão-n'a da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 2º.

Nesta Ord. é o pai autorisado a nomear tutor testamentario a seu filho natural, e a mãe aos legitimos e naturaes, dependendo a nomeação da confirmação do juiz: ora, o pai em relação ao filho natural, e a mãe em relação, quer aos naturaes, quer aos legitimos, achão-se na mesma posição que qualquer consanguineo ou estranho, porque como estes o pai não tem patrio poder sobre o filho natural, nem a mãe sobre os naturaes e legitimos, e se a lei faculta neste caso ao pai e á mãe o nomear aos filhos tutor testamentario, por igualdade de circumstancia deve entender-se que tambem o faculta aos consanguineos e estranhos, que instituem os menores por herdeiros ou legatarios.

Tal é a opinião abraçada por Lobão, *Ac. Sum.*, § 369; *B. Carn.*, vol. 3º, § 251, n. 11; *Secco*, *art. 167*, n. 7, e outros. Lobão vai ao ponto de entender, de accordo com o Cod. Frederico, que a nomeação do tutor feita ao menor pelo estranho ou consanguineo, que o instituiu herdeiro, pôde ter lugar ainda em vida do pai do menor.

Parece-nos que a nomeação seria em tal caso inutil, senão defeituosa no nosso direito, porquanto o tutor sômente poderia vir a ter a administração dos bens do menor quando o pai morresse sem deixar tutor ao filho; mas o tutor nomeado por um estranho não pôde preferir á tutela legitima da mãe e avó, quando estas queirão ser titoras de seu filho ou neto, e nem o juiz deve confirmar tal tutor. **Accresce**

que a nomeação de um tutor testamentario, feita ao menor em vida do pai por um estranho, não deve ser consentida no nosso direito, já porque enquanto o pai foi vivo, a elle, e sómente a elle, cabe o poder sobre o filho; já porque por sua morte também a elle é que compete nomear-lhe tutor, sem que o facto de existir um nomeado por um estranho possa em nada cercear-lhe o direito.

No direito romano podia também dar-se essa nomeação: era, porém, preciso que o menor, a quem um estranho nomeava tutor em testamento, não possuisse outros bens além dos que pelo mesmo estranho lhe erão deixados, e que o tutor fosse confirmado pelo magistrado. *Mackeldey*, § 605; *Dig. liv. 26, tit. 2º, lei 4ª*; *Cod., liv. 5º, tit. 28, lei 4ª*; *Ortol, Comm à Inst., vol. 2º, § 184*; *Hulot, Chave das Leis Rom., verbo Tuteur*. O *Cod. Civ. Port.*, art. 197, permite ao estranho, que instituir o menor herdeiro ou legatario, o nomear-lhe tutor, com tres condições, porém: 1ª, que os pais não hajão nomeado; 2ª, que a herança ou legado deixados sejão maiores que o patrimonio do menor; 3ª, que a nomeação seja confirmada pelo conselho de familia. Em todo o caso tem o instituidor direito de nomear um administrador dos bens deixados, enquanto durar a minoridade. O *Cod. Civ. chileno* tem no art. 360 disposição bem semelhante, a qual elle faz extensiva aos pais inhabilitados por sentença para administração dos filhos, e ás mãis divorciadas e binubas, *art.: 357 e 358*. *Veja. Cod. Austr.*, art. 197.

A nomeação de tutor aos posthumos cabia no direito romano ao avô e ao pai; mas aquelle sómente podia nomear-lhe tutor se o posthumo nascesse *sui juris*, e com direito a ser herdeiro seu do avô.

O antigo direito, considerando o posthumo um ente incerto, não consentia que elle podesse ser instituido herdeiro ou legatario, e mesmo receber tutor em testamento de pessoas fallecidas antes do seu nascimento. *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*, diz Gaio; este rigor, porém, foi abrandado, e como pareceu crueldade privar o posthumo da herança de seu pai, ou ascendente, quando seria elle herdeiro incontestavel se na época do fallecimento de seu pai fosse nascido, decidio-se que o posthumo, para o fim de ser instituido herdeiro, e receber tutor em testamento, fosse considerado como nascido; entretanto foi sómente Justiniano quem ampliou esta decisão em relação a todas as pessoas: o posthumo, segundo o direito justiniano, pôde ser instituido herdeiro, não sómente por seu pai, mas ainda por qualquer outra pessoa, e é igualmente considerado nascido, não sómente com relação ao chefe da familia a que elle pertence, como ainda em referencia a todo o mundo. *Hulot, obr. cit., verbo Tuteur; Instit., liv. 1º, tit. 13, § 4º*. Todos os codigos modernos têm abrigado os direitos dos nascituros, pondo-os sob a protecção de curadores: *Cod. Fr.*, art. 393; *Cod. Ital.*, art. 236; *Cod. Chil.*, art. 343, e 485 e 486, e *Cod. Port.*, art. 157. O *Cod. Civ. Austr.* nomeia um administrador aos nascituros.—*Art. 274.*

§ 116

Na falta da tutela testamentaria tem lugar a legitima, e preferem nella aquelles, a quem a lei devolve a successão(214).

(214) Tem a preferencia na tutela legitima dos orphãos as mãis e avós, querendo-a ellas: Ord. do liv. 4, tit. 102, § 3.º E', porém, necessario para o juiz as dever admittir que ellas renunciem o beneficio do *S. C. veleiano* e todos os outros privilegios que por direito são outorgados ás mulheres, fazendo-se esta renuncia por um termo nos autos do inventario, assignado pelo juiz e por tres testemunhas, declarando uma dellas que assigna a rogo da tutora, não sabendo ella escrever: cit. Ord. Deixando de viver honestamente, ou passando a segundas nupcias, perdem a tutela, e não torna a ser-lhes conferida ainda que viuvem. Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 4.º Ainda que esta Ord. confere *ipso jure* ás mãis e avós a tutela dos filhos ou netos, querendo-a ellas, comtudo a Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 37, e o § 112 do regimento do desembargo do paço parece imporem-lhes a obrigação de recorrer ao provedor ou ao soberano para poderem entrar na administração da tutela. O grande *Mello*, parecendo-lhe antinomicas e inconciliaveis estas leis, fez esta distincção: que para as mãis e avós serem tutoras dos filhos ou netos puberes bastava obrigarem-se, na fórma da cit. Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º; mas que para serem tutoras dos filhos ou netos impuberes devião recorrer, na fórma da cit. Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 37, e do § 112 de regimento do desembargo do paço, ou ao provedor da comarca, não excedendo as legitimas a 180\$, ou ao soberano pelo sobredito tribunal, excedendo as legitimas a esta quantia Esta conciliação, porém, é excluida pelas mesmas leis que se pretendem conciliar, porque o § 37 do tit. 52, nas palavras—filhos menores—compreheende a tutela dos puberes até vinte e cinco annos, e o § 112 do Regim. do desembargo do paço tambem os comprehende na pálvra—orphãos. O nosso Guerreiro, no Trat. 3º, liv. 3º, cap. 5º, n. 41, inventou outra conciliação daquellas leis, dizendo que as mãis e avós não têm necessidade de recorrer para serem tutoras, mas

sómente para serem administradoras, e que portanto a Ord. do liv. 4.º tit. 102, se entende da tutela, e a do liv. 1.º, tit. 62, § 37, da administração. Esta conciliação também não satisfaz, porque a palavra—administrar—tambem se ach. na cit. Ord. do tit. 102. O nosso *Pona*, no cap. 8.º, n. 3.º discorre de outro modo, dizendo que as mãis e avós só precisão recorrer para não metterem no cofre os alcances, e não para serem tutores. Esta conciliação parece melhor, porque o citado § 3.º diz apenas—lhe deixará ter os orphãos—e os §§ 37 e 112 dizem—as pessoas legitimas—palavras que significão mais e devem por isso obrar mais. Esta conciliação abraça e approva como melhor *Almeida e Souza*, Ac. Sum., § 373 na nota. Depois das mãis e avós seguem-se os outros consanguineos, preferido sempre o mais proximo em igualdade de circumstancias: cit. Ord. do liv. 4.º, tit. 102, § 5.º Se por uma parte parece de grande utilidade para os orphãos esta tutela legitima, por se presumir mais affecto nos parentes mais proximos e uma melhor administração nos que têm esperança de succeder; por outra parte póde receiar-se que esta esperança dê causa a machinações criminosas contra a vida dos mesmos orphãos, e por isso deve o juiz preferir sempre aquelle dos consanguineos de mais prohibidade, ainda mesmo que não seja tão abonado como os outros nem tão proximo, desconfiando daquelles que se offerecerem ou que fizerem esforços para obterem a nomeação: *Guerreiro*, Trat. 3.º, liv. 2.º, cap. 3.º, n. 40 e seguintes. E' controverso se tendo os orphãos alguns bens vinculados, emphyteuticos ou fidei-commissarios, deverá deferir-se a tutella ao immediato successor, ou se a mãi dos ditos orphãos lhe prefere? *Stryk.*, liv. 26, tit. 4.º, § 15, dá preferencia á mãi, ainda neste caso, dizendo que a tutela se lhe não defere *propter spem succedendi, sed propter naturalem amorem, quem ergaliberos fovet*. Não havendo mãi, ou não querendo a tutela, então nestes casos deve preferir a todos os outros consanguineos o immediato successor dos ditos bens: *Stryk.*, cit. loc., § 7.º; *Mello*, ad *Struv.*, exerc. 31, thes. 25, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., § 374, na nota. (g)

(g) A maneira pela qual se deferia no antigo direito romano a tutela revela bem claramente a indole daquelle direito, e a especialissima organização que elle havia dado á familia.

Até a epoca em que forão publicadas as *Institutas* de Justiniano (533 D. de C.) existião, no sentido lato da expressão, quatro especies de tutelas legitimas:

2ª PARTE, 3

1.^a *A dos agnados.*— A lei das doze taboas, na taboa 5^a, § 6^o, havia ordenado que no falta de tutores testamentarios fossem chamados os *agnados* para exercerem a tutela.

A integra deste paragrapho daquella lei não chegou até nós: é porém, conhecida a sua disposição, já pela continua referencia que a ella fazem os *Prudentes*, já porque os §§ 155 e 157 do commentario 1^o das Instit. de Gaio mais explicitamente a ella se referem nos seguintes termos:

Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

Além disto as disposições dos §§ 4^o e 5^o da cit. taboa 5^a, que mandão deferir em primeiro lugar aos *agnados*, e em segundo aos *gentilicos*, a herança do intestado que não houvesse deixado herdeiros seus, é uma prova de que a elles se deferia tambem a tutela legitima.

Sabido o que sejam os *agnados* (*Inst.*, liv. 1^o, tit. 15 § 1^o), e conhecida a importancia que a antiga lei romana dava a todos os direitos do cidadão, comprehender-se-ha facilmente a razão por que os commentadores dizem que a tutela dos *agnados* não era deferida a estes pela razão de deverem proteger o impubere, e terem o onus de administrar os bens deste aquelles que, sendo pela lei chamados á sua herança, podião vir a lucrar e ter portanto o commode; a lei chamava os *agnados*, não por attenção ao pupillo, e pela razão de deverem aquelles que erão parentes deste velar com maior sollicitude pelo seu bem-estar, mas sim porque tendo os *agnados* o direito de succeder ao impubere, tinhão tambem o de velar pelos bens deste, que bem podião vir a ser seus. E' o que claramente exprime Ulpiano nestas palavras:

Hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.

Os *cognados*, isto é, os parentes pelo *sangue*, mas não pela *familia*, erão afastados inteiramente da tutela, porque não tendo parentesco algum civil com os impuberes, nenhum direito tinhão de succeder-lhes.

2.^a A segunda especie de tutela legitima era a dos *patronos*.

Aquelle que libertava um escravo que tinha em seu poder, sendo esse escravo de idade pupillar, tornava-se seu tutor. O escravo assim libertado não podia cahir sob qualquer outra especie de tutela, pois, como diz Ortolan, elle não podia ter tutor testamentario, visto ser esta especie de tutor dada unicamente pelo *chefe de familia* ás pessoas sujeitas ao seu poder; não podia ter por tutor um *agnado*, porque o escravo manumettido sómente depois de livre passava a fundar uma familia, e não podia por consequente ter *agnado* algum.

Os *Prudentes*, vendo esta impossibilidade, e attendendo a que a lei das doze taboas deferia ao *patrono* a herança do liberto, segundo o refere Theophilo, concederão-lhe tambem a tutela do mesmo liberto: esta tutela foi chamada *legitima*, com quanto não fosse expressa-

mente instituida pela lei das doze taboas, por dimanar da interpretação desta lei, como se houvesse sido introduzida pelo proprio texto: *Sed quia per inde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset: Inst., liv. 1º, tit. 17.*

3.º A terceira especie de tutela legitima era chamada dos *ascendentes*. Era esta deferida ao avô ou pai, que emancipava, ainda na idade pupillar, o neto ou filho que tinha em seu poder.

A origem desta especie de tutela é uma amostra das subtilezas a que recorria o povo romano, digno inventor das *Acções da Lei e do Processo Formular*.

O unico meio de emancipação que tinhamo no antigo direito romano o pai e o avô, para libertar do patrio poder seu filho ou neto, era o systema de vendas e resgates, bastante conhecido de todos, que tinha por base o § 3º da taboa 4ª da lei das doze taboas, e ao qual se refere Justiniano no § 6º da Instit., liv. 1º, tit. 12: sómente mais tarde foi introduzida a emancipação *Anastasiana* e finalmente a *Justiniana*.

Ora, na fórmula da emancipação da lei das doze taboas, o pai, pelo facto do resgate do filho depois da ultima venda, ficava com este, não *in postetate*, como o tinha antes das ditas vendas, mas *in mancipio*, e libertando-o em seguida ficava o filho para com o pai na posição do liberto para com seu patrono, de onde resultava ficar o pai com direito á herança do filhe, apesar de o haver demittido de seu poder, e em consequencia tambem com direito á tutela. Em attenção a esta posição em que ficava o pai, em referencia ao filho, entenderão os juriconsutos, dever, por deferencia a elle, assemelhal-o, com effeito ao patrono, e dar-lhe a tutela legitima: *Vicem legitimi tutoris obtinet*, diz Ulpiano. *Et. non minus huic, quam patronis, honor prestandus est, diz Gaio*. Tal era a tutela legitima dos ascendentes.

4.ª A quarta especie de tutela legitima era a *fiduciaria*, *Inst., liv. 1º, tit. 9º*, e tinha lugar quando o pai emancipava um filho impubere e morria sem haver completado o tempo da tutela, isto é, deixando o filho ainda em idade pupillar, ou quando este facto se dava com o avô em relação ao neto, porque então os irmãos do emancipado, no primeiro caso, ou pai no segundo, ficavão como seus tutores fiduciários.

O facto passava-se do seguinte modo:

O pai, emancipando o filho impubere, ficava seu tutor em virtude da tutela que cabia aos ascendentes, e de que acabámos de fallar; mas, se acontecia morrer o pai e deixar o filho emancipado ainda no estado de impuberdade, os filhos varões que deixava, irmãos do impubere emancipado, passavão a ser os *tutores fiduciarios* deste.

O avô podia emancipar o neto impubere, conservando seu filho, pai do dito neto, em seu poder; ficava assim o avô tutor legitimo do neto, se, porém, morria deixando este ainda impubere, seu filho ficava sendo *tutor fiduciario* de seu neto, isto é, o pai *tutor fidu-*

ciario do filho. Taes erão as quatro especies de tutela legitima existentes no direito romano no tempo da Instit.

Alguns commentadores entenderão que, a se querer ligar á expressão *legitima*, o verdadeiro sentido que tinha no antigo direito romano, isto é, *tutela creada pela lei das doze Taboas*, sómente deverião ser mencionadas como taes as tutelas *dos agnados, dos gentílicos, do patrono*, e dos filhos destes; parece-nos, porém, que havendo Justiniano dado força de lei ás *Institutas* com quanto tivessem ellas sido feitas unicamente com o fim de servirem de compendio para o estudo do direito romano, depois de sua publicação todas as quatro especies de tutela de que acabamos de fallar devião ser consideradas como tutelas *legitimas*, rigorosamente fallando, pois todas havião sido sancionadas por lei.

Estas diversas especies de tutela, baseadas em principios do antigo direito, que no tempo de Justiniano já se achavão abolidos, não escapárão ás reformas do illustre Imperador.

A novella 118 no cap. 5º acabou com a distincção de *cognados e agnados*, chamando indistinctamente á tutela legitima os parentes mais proximos do orphão e estabelecendo a ordem em que esta seria deferida.

As mãis e avós, que já pelas leis 2ª e 3ª do liv. 5º, tit. 35 do Cod., e novella 44, cap. 2º, podião ser nomeadas tutores de seus filhos, forão pela novella 118, cap., 5º, preferidas a todos os outros tutores, menos aos testamentarios, desde que ellas quizessem aceitar a tutela de seus filhos, fizessem renuncia do beneficio de S. C. veleiano e se conservassem em estado de viuvez.

A tutela legitima defere-se entre nós na mesma ordem da novella 118, cap. 5º, na fôrma da Ord. do liv. 4º, tit. 10º, §§ 3º e 5º.

No § 5º foi a Ord. citada mais exigente do que a novella quanto á capacidade e identidade do tutor.

Procurando dar ao orphão garantia segura da boa administração de seus bens, exigio como condição indispensavel no tutor o ser elle *abonado*, tornando esta condição preferivel á maior proximidade de parentesco. Não querendo, porém, a lei que passasse a estranhos á tutela dos orphãos, sem esgotar-se a lista dos parentes, consentio que estes, ajuda quando não possuissem bens, mas fossem homens de boa reputação, preferissem na tutela aos estranhos, ainda que mais abonados seião.

Pesa ainda infelizmente no nosso direito sobre as mãis, que desejão ser tutoras de seus filhos, uma exigencia repugnante.

A necessidade de uma justificação de idoneidade e de honestidade, e mais que tudo a impossibilidade de assumir a mãi a tutela de seus filhos, sem uma *provisão* dada pelo juiz dos orphãos, são inconciliaveis com os santos direitos da maternidade e com a tendencia que as modernas legislações têm a repellir a organização da antiga fa-

milia romana, fundada no patrio poder, aceitando este com o caracter do *mundium* germanico, e dando como base á familia o casamento:—E. *Glasson*, Mar. Civ. et Div., *Intr.*, pag. 129 a 141.

Quanto á debatida questão de conciliar as disposições das OOrd. do liv. 4º, tit. 102, § 3º e liv. 1º, tit. 62, § 37, e o § 112 do Regim. do desembargo do paço, parece-nos que a pratica a tem inteiramente resolvido.

A necessidade que tem a mãe de uma *provisão* passada pelo juiz dos orphãos, para poder assumir a tutela dos filhos, não pôde ter outro fundamento a não ser a disposição do § 37 da Ord. do liv. 1º, tit. 62, pois que em mais parte alguma vemos a exigencia de *provêr* á mãe para a administração das pessoas e bens dos filhos.

Além da renuncia do beneficio do veleiano, do compromisso de bem administrar as fortunas e pessoas dos filhos, e de requerer a nomeação de novo tutor antes de contrahir segundas nupcias, não exige o § 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 102, a de tirar *provisão* para ser tutora.

O modo pelo qual se procede entre nós á investidura da tutela legitima da mãe e avó é prova de que a pratica tem entendido dever conciliar as disposições das duas OOrd., tidas por antinomicas, observando as exigencias de ambas.

E' assim que a mãe, que deseja ser tutora de seus filhos, começa requerendo ao juiz dos orphãos para que a admitta a justificar que vive honestamente no estado de viuvez, que tem capacidade para reger as pessoas e bens dos menores, e possui bens sufficientes para garantir-lhes as legitimas; julgada por sentença tal justificação, ordena o juiz que faça a mãe renuncia do veleiano e assigne o termo de tutela, depois do que manda passar-lhe *provisão* e fazer inscripção da hypotheca legal dos immoveis.

O julgamento destas justificações compete aos juizes dos orphãos, e não aos juizes de direito; porque as justificações não estão comprehendidas nas expressões *causas civeis* de que usa o art. 24, § 1º, da lei n. 2033 de 20 Setembro de 1871, Av. de 23 de Outubro de 1872, e as que tendem a estabelecer a idoneidade da viuva não tendem com o estado das pessoas, e são dadas para a simples prova de estado de viuvez e da capacidade moral da mãe dos orphãos: Av. n. 246 de 1873.

Os termos de tutela não devem ser lavrados nos autos do inventario, mas sim no livro especial de que trata o art. 27, § 5º do Reg. de 2 de Outubro de 1851; com justa razão condemna o Sr. Dr. Teixeira de Freitas (*Consol.*) nota 12 ao art. 248) essa disposição que offendeu de frente o preceito da Ord. do liv. 1º, tit. 83, § 3º.

O livro de registro das tutelas, que criou o Cod. Civ. Portug., arts. 300 a 302, é sem duvida muito preferivel a esse livro de termos de juramento de que trata o Regul. de 1851. Os artigos 207 e 208 do *Cod. Civ. austriaco* fazem tambem menção de um livro de registro de tutellas.

A tutela que os romanos denominavão dos ascendentes foi a unica que, sob o nome de *legitima*, admittirão as modernas legislações.

Antes, porém, de tratar della vejamos o direito garantido ás mulheres para o exercicio da tutela dos filhos.

O principio cardeal dos codigos modernos é a equiparação da mulher ao marido, quanto aos direitos de patrio poder, direitos sómente sujeitos a uma limitação em seu exercicio, na constancia do matrimonio pela supremacia garantida ao marido, como chefe do casal: *Cod. Civ. Port.*, arts. 137 e segs., e 193 a 196; *Cod. Civ. Fr.*, arts. 371, 377 384 a 387, 397, etc.; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 220 e segs., e 241 e 242. Emcontrario o *Cod. Civ. do Chili*, art. 240 e *Cod. Civ. austriaco*, art. 297.

« Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et émancipés appartient de plein droit au survivant des pères et mères : » *Cod. Civ. Fr.*, art. 390.

Conferem: *Cod. da Luisiania*. art. 268; *Cod. do Chile*, art. 367.

Alguns codigos, como o italiano e o portuguez, deixarão de fallar nessa tutela deferida pela lei ao pai e á mãe, aos quaes aliás reconhecem patrio poder, parecendo assim condemnar a impropriedade da expressão de que servio-se o *Cod. francez*; esta equiparação do patrio poder a uma tutela é, porém, uma revelação da tendencia do direito civil moderno, que, pela nova base attribuida á familia, collocou em pé de igualdade os conjuges, quanto aos direitos sobre os filhos.

A morte de um dos conjuges em nada modifica o patrio poder do sobrevivente; considerado como direito apenas, quanto á mulher, começa o pleno exercicio do poder, que a preeminencia do marido no casal impedia que tomasse toda a amplitude.

O *Cod. civil chileno* consagrou tambem a mesma linguagem do *Cod. francez* (art. 367).

Cabe a tutela legitima aos avós paternos e maternos, preferindo sempre a ascendencia paterna á materna. *Cod. Civ. Fr.*, arts. 402 a 404; *Cod. Civ. Ital.*, art. 241; *Cod. Civ. Port.*, art. 200, ns. 1, 2 e 3, e *Cod. Civ. do Chili*, art. 367.

O *Cod. Port.* e o chileno deferem tambem a tutela legitima aos irmãos germanos e aos tios: art. 367 e 200, ns. 3 e 4; chamando tambem o *Cod. Port.* os irmãos consanguineos e uterinos, que são afastados pelo chileno.

Quanto se avanta, porém, o espirito largo das modernas legislações, em relação á tutela materna, ao estreito pensamento que presidio á compilação Philippina, onde as exigencias por demais rigorosas de prova de idoneidade embaraçao a cada passo a effectividade do direito que á tutela dos filhos ella reconhece nas mães!

« Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de

§ 117

Na falta da tutela testamentaria e da legitima, tem lugar a dativa(215).

(215) Esta especie de tutela recahe quasi sempre em pessoas incapazes, por se não empregarem os meios necessarios para se fazer uma acertada escolha, e tal qual a recommenda a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 7º, nas palavras—o juiz obrigará um homem bom do lugar, que seja abonada, discreto, digno de fé e pertencente, para ser tutor do orphão, e para guardar e administrar sua pessoa e bens. Os juizes, ou por não terem conhecimento dos individuos do seu districto, ou por quererem poupar-se a um trabalho de que não recebem emolumentos, encarregão quasi sempre aos escrivães a escolha dos tutores, resultando daqui milhares de inconvenientes. Foi para os evitar que o Cod. Civ. dos Franc., no art 405 e seguintes determinou que, não tendo os orphãos tutores testamentarios, e tendo-se escusado ou sendo incapazes os legitimos, se procedesse á nomeação de tutor em um conselho de familia, presidido pelo juiz competente. E na verdade quem póde conhecer melhor o tutor que convem aos orphãos do que os seus parentes? Na falta de parentes devem ser convocados os amigos, porque a amizade equivale, e muitas vezes excede, ao parentesco. Este methodo de eleger os tutores é digno de ser adoptado entre nós, servindo nesta parte as disposições daquelle codigo de direito subsidiario. Havendo parentes paternos e maternos deverão concorrer em igual numero para a nomeação do tutor, e nunca os vogaes deverão ser menos de seis. As mulheres de, verão ser excluidas, excepto as mãis e avós, em quem o affecto e o amor supprem a falta da capacidade necessaria para um acto de tanta importancia. Escusando-se legitimamente os nomeados, deveria proceder-se á nova votação com as mesmas formalidades(h).

mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

« A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indument conservée :» *Cod. Civ. Fr.*, art. 395.

Confere o *Cod Civ. Ital.*, arts. 237 a 239.

(h) No antigo direito romano, na falta de tutores testamentarios e legitimos tinha tambem lugar a tutela dada pelos magistrados.

Em virtude da lei *Atilia* o pretor urbano e os tribunaes da plebe nomeavão os tutores dativos em Roma, e nas provincias os presidentes, em virtude da lei *Julia* e *Ticia*.

A tutela testamentaria era, como se sabe, preferida á dos *agnados* ou legitima, e á dos magistrados, e sómente quando não havia esperança de ter o menor um tutor testamentario se deferia a tutela legitima. *Sciendum est enim quandiu testamentaria tutela spectatur legitimam cessare*: D., liv. 26, tit. 2, fr. 11 de Ulp.

Em razão deste principio, todas as vezes que havia esperança de ter o menor um tutor testamentario, recorria-se á tutela dos magistrados, emquanto não apparecia o tutor testamentario, mas não se deferia a tutela aos *agnados*.

O testador podia, como já se disse em uma nota anterior, nomear tutor a seus filhos, para depois de certo tempo, ou de realisada certa condição, o herdeiro instituido podia não se apressar em adir á herança, e ficarem assim suspensas as disposições testamentarias e a nomeação de tutor até que realizasse a adição; o tutor testamentario podia cair em poder do inimigo, e ficar assim inhabilitado de assumir o exercicio da tutela durante algum tempo, isto é, emquanto não volvesse á Roma, porque então em virtude do *jus postliminium* podia exercer aquelle cargo; em todos estes casos, existindo tutor testamentario nomeado, e não estando perdida a esperança da tutela testamentaria, não cahião os orphãos sob a tutela dos *agnados*, mas nomeava-lhes o magistrado um tutor dativo interino: *Instit.*, liv. 1.º, tit. 20, de *Atiliano Tut.*, § 1.º

Convem notar que a denominação de *tutela dativa* dada á tutela que provinha da nomeação dos magistrados não era admittida no direito romano. *Dare tutorem* sómente o podião fazer o pai e o avô em testamento: o *tutor dativo* era, por consequente, naquelle direito o tutor testamentario: *Vocantur autem hi qui nominatum testamento tutores dantur, dativi*, dizia Gaio: *Testamento quoque nominatum tutores dati... tutores dativi appellantur*, dizia Ulp.: os tutores dados segundo a lei *Atilia* chamavão-se *Atilianos*: *Qui atilianus tutor vocatur* diz. Gaio: *Quos tutores atilianus appellamus*, diz Ulp. ao tutor dado nas provincias, segundo a lei *Julia* e *Ticia*, chamava-se *juliatitianus*; sómente mais tarde foi adoptada a denominação de tutela dativa para designar a deferida pelos magistrados.

Com o correr dos tempos cahio em desuso a lei *Atilia*, e passou a nomeação dos tutores dativos a pertencer aos consules, no tempo do Imperador Claudio; Antonino o Pio transferio, porém, de novo essa nomeação para os pretores, privando della os consules. No tempo de Justiniano, segundo se vê do § 4º da *Inst. de Atiliano Tut.*, o pretor urbano e o prefeito da cidade erão os competentes para nomear tutores dativos na cidade, e os presidentes, ou os magistrados por ordem

delles, nas provincias, quando as fortunas dos orphãos não erão consideraveis.

O pretor urbano e prefeito da cidade não davão, porém, indistinctamente tutores a quaesquer menores; a jurisdicção de ambos comprehendia, é verdade, igual extensão de territorio, mas o mesmo não se dava quanto ás pessoas, e menores havia aos quaes o pretor urbano podia dar tutores, e o prefeito da cidade não.

E' assim que explica Theophilo as expressões *secundum suam jurisdictionem*, de que usa o § 4º da Inst. cit.

Os magistrados nas provincias não podião nomear tutores aos orphãos sem ordem dos presidentes; Justiniano autorizou-os a fazerem taes nomeações independente da ordem, desde que os bens dos orphãos não excedessem a quinhentos solidos (cerca de 4:800\$ de nossa moeda). Os presidentes nomeavão os tutores *ex-inquisitione*, isto é, procedendo a um inquerito sobre a capacidade, fortuna e costumes da pessoa que desejavão nomear; os magistrados (*defensores civitatum*) não procedião a esse inquerito, mas obrigavão os tutores que nomeavão a prestar fiança.—Vide *Hulot., obr. cit. verb. Tutelle; Mackeldey, Inst. de Direito Rom., § 607, etc. Didier-Pailhé, Cours. Elem. de Dir. Rom., n. 102.*

A Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 7º, manda que na falta de parente do orphão, que possa ser constrangido a aceitar a tutela, o juiz obrigue a servir o cargo *um homem bom do lugar, que seja abonado, discreto, digno de fé e pertencente para ser tutor do orphão.*

Sobre a tutela dativa entre nós, pôde ver-se, entre os EE. mais communs: Lobão, *Acç. Sum.*, vol. 1º, §§ 375 a 377; C. da Rocha, § 362; Paiva e Pona, *Orph. Prat.*, cap. 8º; Secco, *Orph. Prat.*, parte II, cap. 1º, secç. 6ª, art. 163, § 4º; B. Carn., vol. 3º, § 250; Menezes, *Juiz. Divis.*, cap. 6º, *Consol. das leis civis*, art. 258 e notas; *Prat. das Correç.*, ediç. de 1862, pag. 333: *Direitos de Fam.*, § 146, n. 3, e principalmente *Guerr. Trat. 3º, liv. 3º.*

Os codigos modernos reconhecerão a necessidade da nomeação de tutor por autoridade dos magistrados.

A falta dos tutores testamentarios e legitimos suppre-se com a tutela dativa. Os tutores dativos são nomeados pelo conselho de familia: *Cod. Civ. Port.*, arts. 202 e 203. Conferem: *Cod. Civ. Fr.*, art. 405 e seg.; *Cod. Ital.*, art. 245. O cod. civil chileno confiou a nomeação do tutor dativo ao magistrado — arts. 371 e 372 — afastando-se dos outros acima citados, que a confiãrão aos conselhos de familia. Quanto á organização e attribuições destes, veja-se: *Cod. Civ. Port.*, arts. 207 a 219 e 224 a 226; *Cod. Civ. Fr.*, arts. 405 a 419; *Cod. Civ. Ital.*, art. 249 a 263; *Buniva*, *Diritto delle persone*, tomo 2º, pag. 226. *Cod. Civ. Austr.*, art. 199. Vej. *Demol.*, vol. 7, ns. 189 e segs. e *Zézas*, *Etudes sur la législation Russe*, pag. 239 e segs., *Cattaneo e Borda*, *Il Codice Civile*, pag. 218, vol. 1º, etc.

§ 118

A nomeação do tutor deve fazer-se dentro de trinta dias (216).

(216) Ord. do liv. 4º, tit. 102, princ. Este termo começa a correr do dia em que ficarem orphãos aquelles a quem deve nomear-se tutor, e por isso os juizes devem usar de todos os meios para terem promptamente noticia das pessoas que morrem no seu districto, deixando filhos menores, encarregando os juizes vintaneiros de lhes darem parte disso e procedendo contra aquelles que o não fizerem. Bom seria que aos parochos se impuzesse tambem a obrigação de fazerem estas participações, ou que elles quizessem voluntariamente dar-se a este trabalho em beneficio do interesse publico (i).

(i) Parece pouco conciliavel com a disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 102, reproduzida no art. 2º, § 4º, da lei de 22 de Setembro de 1828 e admittida, pelo art. 5º, § 4º, do Reg. de 15 de Março de 1842, princ. que manda aos juizes darem tutores aos menores dentro de trinta dias a contar do em que ficarem orphãos, como o fez notar o Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota 3ª ao art. 248 da *Consol. das leis civis*, a pratica aconselhada pelos praxistas, de serem nomeados os tutores depois do julgamento das partilhas. Vê-se no *Direito*, vol. 15, pag. 16, que a falta de nomeação de tutor no começo do inventario annulla este.

O fundamento de tal pratica foi o considerar-se que não ha prejuizo algum para os orphãos com a nomeação de tutores feita depois de julgadas as partilhas. A lei, ordenando que a nomeação fosse feita dentro dos trinta dias, teve por fim impedir que os orphãos se achassem sem ter quem por elles velasse; se, porém, durante o inventario o tutor que se nomêa não é um estranho, mas sim um parente, e interessado no inventario, como as mãis ou irmãos do orphão, o juiz nomêa, apezar de já ter o orphão tutor, um curador para velar pelos direitos do mesmo orphão durante o processo divisorio, visto como o tutor, sendo interessado no inventario, não está no caso de o fazer; se, porém, o orphão não tem parentes, e o tutor que tem de ser nomeado é um estranho, a nomeação de um tutor *ad hoc*, que vulgarmente se costuma fazer, suppre até a partilha a falta do tutor effectivo, que depois com melhor conhecimento e escolha de pessoa pôde o juiz fazer mais acertadamente.

Para os casos de proteger o orphão, quando der-se conflicto de interesses com o tutor, creárão os codigos modernos, á imitação do francez,

§ 119

Não só se devem dar tutores aos orphãos ricos, mas tambem aos pobres (217) e até mesmo aos expostos (218).

(217) Ainda que a Ord. do liv. 1º, tit. 88, e a do liv. 4º, tit. 102, mandão dar indistinctamente tutor a todos os orphãos, sem fazerem differença dos ricos e dos pobres, comtudo raras vezes se nomêa tutor áquelles que não tiverão legitima, porque em não havendo emolumentos esquecem as obrigações e os deveres mais importantes. O que daqui resulta é ajuntar-se á pobreza a falta de educação e um total desamparo em uma idade em que tanto se precisa de um director. E que pôde esperar a sociedade de milhares de individuos que, perdendo os autores de sua existencia nos mais tenros annos da sua infancia, não achárão um braço bemfazejo que os desviasse da estrada do crime, ensinando-lhes a da virtude? A sociedade deverá dar-se por satisfeita se esses seus abandonados filhos se limitarem a augmentar o numero dos ociosos e se não abalancarem a toda a qualidade de excessos. Se o interesse social exige que se punão severamente os ociosos, tambem a razão e a justiça desapprovão o seu castigo emquanto se não puzerem os meios de se evitar esse mal. Haja todo o cuidado em se darem tutores aos orphãos pobres, e a lei terá menos delictos a punir, a agricultura maior numero de braços a empregar, e os officios e as artes florescerão consideravelmente (j).

(218) Chamão-se expostos aquelles infelizes que forão aban-

o *pro-tutor* ou *sub-tutor*, cuja nomeação effectua-se juntamente com a do tutor: *Cod. Civ. Fr.*, arts. 420 a 426; *Cod. Civ. Port.*, arts. 205 e 206; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 264 a 267.

Quando o juiz dos orphãos fôr omisso em dar tutores aos orphãos, os juizes de direito em correccão os darão: art. 32, § 3º, do Dec. de 2 de Outubro de 1851; obrigação que já a Ord. do liv. 1º, tit. 62, §§ 3º e 37, impunha aos provedores de comarca. Os juizes de par segundo o disposto no art. 5º, § 11 da lei de 15 de Outubro de 1827, devem informar os juizes dos orphãos ácerca dos menores a quem fallecer o pai; e mesmo devem fazer os subdelegados e parochos: *Dec. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, arts. 23 e 24.*

(j) Os juizes devem, com effeito, á vista das disposições das OOrd.

donados por seus pais logo pouco depois do seu nascimento, ou para se livrarem das despezas e dos incommodos da criação e educação, ou para se pouparem á infamia. Este uso barbaro, mas que as circumstancias tornão muitas vezes indispensavel, data do estabelecimento das sociedades civis, e todas ellas providenciãrão sobre o modo de criar os infelizes fructos de um amor illegitimo. Parecia que o piedoso estabelecimento de se criarem á custa do publico todos os expostos concorreria para se salvar da morte um grande numero delles, com proveito da sociedade, e que as amas, por meio do interesse, suppririão de alguma sorte a barbaridade das mãis: a

do liv. 1º, tit. 88, e liv. 4º, tit. 103, dar tutores tambem aos orphãos pobres: antes da idade de oito annos, se os tutores os criarem e tratarem bem têm incontestavelmente o direito de empregal-os em seu serviço, independente do pagamento de soldada: *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 12, e liv. 4º, tit. 31, § 8º; Alv. de 24 de Outubro de 1814, § 1º*; desde porém, que os orphãos cheguem a esta idade, e não tenham parentes que os protejão, sendo inteiramente pobres deverãõ ser remettidos para os arsenaes, *Reg. de 21 de Fevereiro de 1832, art. 49; Dec. de 11 de Julho de 1832, Port. de 23 de Agosto de 1834, Dec. de 20 de Dezembro de 1837*, isto no caso de serem homens; sendo mulheres, deverãõ ser dados a serviço pelos juizes em casas honestas.

Quando os orphãos se poderem empregar em officinas e dedicar-se a qualquer meio de vida, e sendo possivel achar tutores que delles se queirão encarregar, será preferivel conserval-os sob a vigilancia de taes tutores a envial-os aos arsenaes.

Os filhos de pai incognito achão-se sob a jurisdicção dos juizes dos orphãos, que podem nomear-lhes tutores, quando suas mãis não tenham bons costumes ou não cuidem desveladamente de sua educação: *Av. n. 312 de 20 de Outubro de 1859*.

Os juizes dos orphãos deverãõ encarregar pessoas boas da educação e tratamento dos menores filhos de escravas, na falta de estabelecimento e associações autorisadas pelo governo para tal fim: *Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, art. 2º, § 3º*.

O Cod. Civ. Port. confia ás municipalidades a tutela dos filhos de pessoas miseraveis, que não possuem alimentar e educal-os, quando vivos, ou que não possuem sél-o pelos parentes quando mortos os pais. — As municipalidades são neste caso consideradas tutores; cessa, porém, tal tutela se os pais melhorarem de condição: *arts. 294 a 296*.

Sobre a nomeação de tutores segundo a Conv. Consul. de 25 de Fevereiro de 1876, vej. o *av. n. 515 de 30 de Novembro de 1877*.

experiencia, porém, tem convencido do contrario, e a combinação das listas dos que se expõem com as listas dos que se salvão da morte faz estremecer o coração menos sensível.

Parece que á proporção que se augmentão as mesadas das amas dos expostos se lhes diminue o amor e a caridade por estes infelizes, e que a natureza se vinga por este modo da tyrannia dos pais, que abandonarão sem remorso o fructo das suas entranhas! Se o primeiro plano não produzio o effeito desejado, ainda pôde decretar-se outro que o produza. Se em todas as cidades e villas do reino se estabelecesse uma casa para a criação de leite de todos os expostos do respectivo termo; se além das amas necessarias e sadias houvesse um certo numero de cabras para supprirem as faltas; se um homem de probidade vigiasse cuidadosamente este estabelecimento, para providenciar tudo aquillo que occorresse; e se, finalmente, o cirurgião e o medico do partido ajudassem a natureza com os soccorros da sua arte, estou certo de que com menos despeza do que aquella que actualmente se está fazendo se evitaria a morte de um grande numero de expostos. E quantas pessoas deixarião legados a um tão pio e tão proveitoso estabelecimento se vissem que elle era bem administrado? Fimdo o tempo da criação ficão os expostos considerados como orphãos, e devem ser apresentados ao juiz competente para lhes nomear tutor: Alv. de 31 de Janeiro de 1775, § 3.º Os tutores nomeados para os expostos devem fazer-lhes aprender os officios para que tiverem mais inclinação: cit. Alv., § 8.º Não havendo commodidade para os expostos aprenderem officios, devem os juizes, a requerimento dos tutores, repartil-os pelos lavradores, que lhes não pagarão soldada até aos doze annos, dando-lhes apenas educação, sustento e vestido, Ord. de 10 de Maio de 1783, recommendada por outra de 6 de Dezembro de 1802. Não satisfeitos os nossos augustos soberanos com estas providencias, determinarão que em todas as misericordias se elegeisse annualmente um mordomo de expostos para requerer o favor delles: Alv. de 18 de Outubro de 1806 k).

(k) Segundo o disposto na Prov. de 22 de Fevereiro de 1823, forão declarados senhores de sua liberdade em toda a sua extensão os expostos de còr preta e parda, e os arts. 69, 70 e 76 da lei de 1º de Outubro de 1828 os mandarão collocar sob a vigilancia das camaras muni-

§ 120

Ha casos em que se deve dar tutor aos menores, ainda mesmo em vida de seu pai (219).

§ 121

As principaes obrigações dos tutores são as seguintes: 1ª, jurar (220); 2ª, caucionar (221); 3ª, educar competente-

(219) O mesmo é não ter pai que têt-o absolutamente incapaz de bem administrar e de satisfazer aos seus deveres, sendo por isso que a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º, determina « que, se o pai fôr turbado dõo entendimento, ou doente de tal enfermidade que não possa bem reger e administrar os bens de seus filhos, se lhe não entreguem os bens, que aos ditos filhos pertencerem por morte de sua mãe, mas-se lhes nomêe tutor ou curador. » Por identidade de razão se deve nomear tutores aos filhos daquelle que se ausentou para lugares remotos, sem tenção de voltar tão depressa, e aos daquelle que é bebado por habito, e jogador por officio. Nomear tutor aos filhos de semelhantes homens é prival-os do usufructo que a lei lhes concede; seria talvez um meio de fazêl-os emendar; e, quando assim não acontecesse, sempre se tirava o proveito de se retirarem os filhos da companhia de um pai, que necessariamente os corromperia com o seu exemplo.

(220) Além de que todos aquelles, que exercitão officio publico, são obrigados a prestar juramento, pela Ord. do liv. 1º, tit. 67, § 15, é terminante a respeito dos tutores a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 5º, nas palavras:—E além disto o dito tutor dará juramento de fazer todas as cousas, que forem em proveito do orphão, e guardar fielmente sua pessoa e bens.—O *Cod. Fredre.* traz a fórmula do juramento dos tutores na maneira seguinte: Eu N. juro e prometto a Deos que, tendo sido

cipaes nas casas destinadas para a sua criação e educação.—*Vide Consolid. das leis, arts. 275 e 276, e notas.*

O *Cod. Civ. Port.* nos arts. 284 a 293 regulou a condição dos ex-postos.

confirmado tutor do pupillo N., que foi confiado aos meus cuidados, serei fiel na minha administração, e me empenharei, quanto fôr possível, na conservação da sua pessoa e dos seus bens. Juro que farei toda a diligencia por dar-lhe uma boa educação; que não alienarei seus bens sem autoridade e decreto judicial, mas antes os conservarei em bom estado; que defenderei sua pessoa, tanto em juizo, como fóra d'elle; que farei uma exacta descripção dos seus bens, e que darei conta dos seus rendimentos nos devidos tempos e da maneira prescripta pela lei; que entregarei fielmente todo o alcance, para ser devidamente arrecadado, até que possa empregar-se com vantagem; que não contratarei com o pupillo, nem por mim nem por interposta pessoa; e, emfim, que eu me conduzirei em tudo e por tudo como convem a um homem honrado. Assim como eu o prometto, assim Deos me ajude por seu filho Jesus Christo. Amen.» Transcrevi esta fórmula do juramento por me parecer digna de adoptar-se, visto que nella se comprehendem todas as obrigações de um bom tutor. Até me parece de grande utilidade o imprimir-se, para se dar a cada tutor um exemplar, afim de ter sempre presente a norma da sua conducta e não poder allegar ignorancia (1).

(221) Esta caução deve ser a fidei-jussoria: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3. Os tutores legitimamente nomeados em testamento pelos pais não são obrigados a caucionar: Ord. do liv. 4º, tit. 102, §§ 1º e 2º. As mãis e avós tutoras são obrigadas a dar caução, não tendo bens de raiz sufficientes para segurarem as legitimas de seus filhos ou netos: cit. Ord., § 3. Os outros tutores legitimos tambem são dispensados da caução fidei-jussoria, se forem notoriamente ricos, ou tão pobres que não possam achar fiador: neste caso contenta-se a lei com a caução juratoria, sendo elles pessoas de probidade: e bons administradores: cit. Ord., § 5º. Os tutores dativos sempre devem dar fiança, porque ainda que o illustre *Mel. Freire*, parte II, tit. 11, n. 14, os presume dispensados disso, em razão de que o § 7º da cit. Ord., tratando desta qualidade de tutores, lhes

(1) Vide Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 5º; B. Carn., vol. 3º, § 253, ns. 1 e 2; *Dir. de Fam.*, § 150, n. 1, e *Consol. das Leis Civ.*, art. 251 e nota 3; *Cod. Civ. Port.*, art. 243, n. 4. Deve ser pessoal o juramento do tutor, ou pôde ser prestado por procurador habilitado com poderes especiaes? Nenhuma lei ha que prohiba o deferimento do juramento ao mandatario habilitado com poderes especiaes. Se o juramento deciso-

não impõe a obrigação de caucionarem; comtudo parece não dever concluir-se dahi que os dispensasse da caução, porque tendo-a o legislador exigido dos tutores legitimos, em quem se presume tanto affecto pelos orphãos, em razão do parentesco que os une, não é de crêr que a dispensasse aos tutores dativos, em quem tal affecto não é presumivel, por serem estranhos, sendo antes de conjecturar que o legislador quiz evitar repetições, e que se subentendesse no dito § 7º o que já tinha disposto nos antecedentes. Ainda que isto admittisse alguma duvida, sêmpre o juiz obrará melhor exigindo caução a semelhantes tutores: *Guerreiro*, *Trat.* 3º, *liv.* 2º, *cap.* 9, *n.* 51, e *Almeida e Souza*, *Ac. Sum.*, § 375 na nota (m).

rio pôde ser deferido ao procurador, *L. 2ª*, § 1º, *Cod. de jurejur.*, *Per. e Souza*, *Prim. Linh.*, nota 971, *Paula Baptista*, nota 1ª, ao § 166, qual a razão de vedar que tenha lugar, quando se tratar da caução juratoria do tutor?

(m) No direito romano o tutor era obrigado a garantir por meio de uma caução a boa administração dos bens do pupillo: á *satisfatio* erão, porém, unicamente obrigados os tutores legitimos, e não os testamentarios, e os que erão nomeados pelo magistrado *ex inquisitione*: *Instit.*, *liv.* 1º, *tit.* 24, *princ.*; *D.* *liv.* 26, *tit.* 2º, *leis* 17 e 19, e *tit.* 5º, *lei* 13, § 2º; *liv.* 46, *tit.* 6º, *leis* 1ª e seguintes; *Cod.*, *liv.* 5º, *tit.* 42; *liv.* 4º, e *tit.* 70, *lei* 7ª, § 5º; porque a nomeação por parte do pai, no caso de tutela testamentaria, e a indagação a que o magistrado procedia a respeito da capacidade do individuo que queria nomear tutor, equivalia a uma caução, pois era por si uma garantia: *Hulot.*, *obr. cit. verb. Tuteur*.

A *satisfatio* era uma caução fidei-jussoria que offerencia o tutor; ella prestava-se por meio de palavras especiaes; o tutor compromettia-se a defender e resguardar os bens do pupillo, e os fiadores declaravão que se tornavão responsaveis pela administração do tutor.

Estes compromissos tomavão o tutor e os fiadores, respondendo a perguntas, que lhes devião ser feitas pelo proprio pupillo, por um seu escravo, e na falta deste por um escravo publico ou por uma pessoa designada pelo pretor.

Os prefeitos da cidade, os pretores e os presidentes das provincias, que erão as autoridades competentes para nomearem tutores, não o erão todavia para receberem a *satisfatio*; aos magistrados inferiores competia esta tarefa: *Ulp. fr.* 1º, § 2º, *D.* *liv.* 27, *tit.* 8º. Se a *satisfatio* era insufficiente para garantir os bens do pupillo, por não serem bastante bonados os fiadores offercidos pelo tutor, tinha o pupillo contra o magistrado que a havia aceitado uma acção subsidiaria, da qual podia usar quando o tutor e os fiadores não podessem, por insufficiencia de bens, satisfazer os prejuizos que o pupillo tivesse soffrido: *Inst. cit.* § 2º; *Dig. e Cod.*, *tits. de magistratibus conveniendis*.

Esta *acção subsidiaria* não podia ser usada contra o prefeito da cidade, o pretor e o presidente da provincia: *Neque quis alius, cui tutores dandi jus est: Inst. cit., § 4º*; mas unicamente contra os magistrados que aceitavão a *satisfatio*; é verdade que no tempo de Justiniano os *defensores civitatum*, que erão os magistrados competentes para receberem a *satisfatio*, o erão tambem para nomear tutores aos pupillos, cujas fortunas não excedessem de quinhentos solidos: *Inst., tit. 20, de Atil. tut., § 5º*; parece portanto que, á vista das expressões *neque quis alius, cui tutores dandi jus est*, de que se serve o § 4º da Instit. do tit. 24, os *defensores das cidades* devião estar isentos de responder pela *acção subsidiaria*, que contra elles quizerem propór os pupillos prejudicados.

Ortolan explica do seguinte modo esta duvida :

« Essas expressões (as do § 4º da Inst. cit.) são tiradas de Ulpiano, que as escreveu em época em que unicamente os magistrados superiores possuíão o direito de fazer essas nomeações de tutores e curadores; quanto aos magistrados particulares das cidades, não as fazião senão como delegados dos presidentes e por ordem destes : foi Justiniano quem deu-lhes o direito de nomear tutores sem esperarem ordem alguma. Acresce que se elles são obrigados á *acção subsidiaria*, não o são pelo facto de terem nomeado tutor ou curador, mas sim porque devem além disso exigir a *satisfatio* : » *Ortolan, Comment. ao § 4º da Inst. cit. n. 279.*

A responsabilidade de taes magistrados á *acção subsidiaria*, deduz-se igualmente do facto de competir-lhes a *nominatio tutorum*, isto é, a proposição ou informação de pessoas idoneas para tutores aos magistrados incumbidos de nomeal-os; segundo a const. 4ª do Cod. de Magist. Conven., podia ser intentada contra elles a *acção subsidiaria*, se os tutores por elles propostos não fossem sufficientemente solváveis.

A satisfação podia ser tambem o meio de fazer com que a administração dos bens do menor competisse unicamente a um d'entre muitos tutores nomeados.

O pai ou avô podião no direito romano nomear mais de um tutor testamentario para seu filho ou neto: *Inst., liv. 1º, tit. 24, § 1.º*

Quando tal acontecia, ou a tutela era exercida por todos os tutores conjunctamente, ficando commum a todos a responsabilidade dos actos que praticassem, o que principalmente tinha lugar quando os tutores nomeados se oppunhão a que um só d'entre elles exercesse a tutela, ou podião os encargos da tutela ser divididos entre os tutores, exercendo um a administração dos bens sitos em um lugar, outro a dos situados em lugar diverso, e assim caber a cada um, uma parte da administração do patrimonio do pupillo; ou, finalmente, podia a tutela ser exercida por um só dos tutores, ficando os outros na posição de *tutores honorarios*, privados pessoalmente da administração da

tutela, mas encarregados de velar pela administração do tutor gerente, e por esse facto participantes da responsabilidade deste.

Dava-se esta ultima hypothese: 1º, quando o testador designava no testamento qual dos tutores nomeados exercia a tutela; 2º, quando os tutores elegião um dentre elles para exercer o cargo; 3º, quando o magistrado designava qual delles administraria a pessoa e bens do orphão; 4º, finalmente, quando, sendo os tutores daquelles que não erão obrigados a caucionar, um delles se offercia a *satisfar*; neste caso o que assim *satisfava* era preferido na administração da tutela, mesmo ao que o testador houvesse designado no testamento para tal fim, o qual se quizesse assumir a tutela era obrigado a *satisfar* tambem: *Inst. cit.*, § 1º. Eis porque a *Inst.* diz que um tutor não pôde obrigar o seu co-tutor a *satisfar*, mas offerre-lhe, como meio de ficar na administração da tutela, o fazer a *satisdação*: *Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concutore suo, sed offerre debet, ut electionem det concutatori vel contutori, utrum velit satis accipere, an satisfacere.*

Além da quantia da *satisdação* tinha ainda o pupillo no direito romano hypotheca sobre todos os bens do tutor: *Ortol. Com. á Inst.*, § 1º *doliv.* 1º, *tit.* 24, *n.* 277.

No D. das OOrd. a Ord do liv. 4º, tit. 102, sòmente exige que prestem fiança os tutores legitimos (§ 5º), e estes a mãe e a avó sòmente quando não possuem bens sufficientes para garantia dos bens dos orphãos (§ 3º); os tutores testamentarios são expressamente dispensados da fiança no § 1º da cit. Ord.; os dativos não são obrigados á fiança, segundo a opinião de alguns, porque o § 7º da Ord. não o exige: *B. Carn.*, vol., 3º, § 252, n. 2, 3, 6 e 8; *Guerreir, o Trat.* 3, liv. 4º, cap. 9º; *Cònsolid. das leis civ.*, arts. 249 e 251 e notas, e arts. 252, 253 e 258 e notas; *Lobão, Ac. Sum.*, notas ao § 374, e *Alv. de 24 de Julho de 1713*; todavia o *Alv. de 7 de Dezembro de 1689* os obriga a caucionar.

O tutor legitimo pôde ser dispensado de prestar fiança se jurar que não achou fiador e fôr homem probo: *Ord. do liv.* 4º, *tit.* 102, § 5º.

A lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, adoptando o principio attestado por *B. Carn.*, § 252 n. 9, como vigente em grande numero de legislações, concedeu no art. 3º, § 2º aos menores a hypotheca legal sobre os immoveis dos tutores; esta hypotheca, que fica constituida desde a assignatura do termo de tutela (*art.* 136, § 1º *do Reg. de 26 de Abril de 1865*) deve ser inscripta pelo tutor dentro do prazo de oito dias depois da assignatura do termo de tutela, ainda que o tutor não haja entrad. em exercicio (*art.* 199, § 1º *do Reg. cit.*), sob pena de ser ella inscripta por qualquer parente do menor (*art.* 200 *do cit. Reg.*), e ficar o tutor sujeito á responsabilidade civil, e ás penas do estelliionato, se se provar que por fraude deixou de fazer a inscripção; presume-se tal fraude se no caso de alienação de alguns de seus immo-

mente os orphãos e fazêl-os assoldadar (222); 4ª, adminis-

(222) A obrigação de educar os orphãos é sem duvida a principal, e a mais importante de todas, por ser da boa ou má educação que depende em grande parte a felicidade ou desgraça

veis o tutor não declarar a responsabilidade que tem pela administração ou tutela (*art. 212 do Reg.*). A inscrição destas hypothecas não precisa ser reformada; subsiste por todo o tempo da tutela e por mais anno depois de ter ella cessado; e no caso de haverem questões pendentes subsistem até que estas terminem: *art. 217 do Reg.* As hypothecas geraes dos menores não precisam ser inscriptas para valerem contra terceiros.—*Regul. cit. art. 123.*

O escrivão dos orphãos é obrigado a intimar o tutor, na occasião da assignatura do termo de tutela, para fazer a inscrição da hypotheca (*art. 201 do Reg.*), e o juiz dos orphãos deve obrigar o tutor a fazer tal inscrição. (*art. 206 do Reg.*) Os juizes de direito não deverão julgar as partilhas e contas de tutores, quando dos autos do inventario, ou das contas, não constar a certidão da inscrição (*art. 206 do Reg., combinado com o art. 24, § 1º, parte II da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871*).

Estas disposições da lei e regulamento, hypothecarios entendem com todas as especies de tutores testamentarios, legitimos e dativos, e tambem com os pais em relação aos bens adventicios dos filhos.

As disposições da lei hypothecaria não importão extincção da fiança que prestavão os tutores legitimos, na fórmula do §. 5º da Ord. do liv., 4º, tit. 102, e os dativos na fórmula do Alv. de 7 de Dezembro de 1689; e sempre que o tutor não possuir bens para garantir com a hypotheca delles os dos orphãos (nos casos em que podem ser nomeados tutores, pessoas que não possuem bens), ou sempre que os bens possuidos pelo tutor não forem sufficientes, deve o juiz exigir que o tutor preste fiança antes de assumir o exercicio da tutela, tendo o fiador bens no lugar da residencia do menor. *Alv. de 24 de Julho de 1713; Dir. Fam., § 150, n. 4, nota 4.ª*—*Vej. Buniva, tomo 2º pags. de 268 a 271.*—*Vej. Cod. Civ. Port., arts. 224, n. 9,906, n. 2,918 a 925; Cod do Chili, arts. 374 a 378, e Cod. Ital., arts. 292, 293, 1969, 1983 e 1984.*

O factos de não haver sido o tutor chamado a contes e convencido de alcance e de haver sido assignado o termo datutella, antes da lei hypothecaria n. 1237 de 1864, e de não haver sido inscripta a hypotheca, impedem que o seu *ex pupillo* vá em execução promovido por terceiro contra o *ex-tutor*, discutir preferencia sobre seus bens, havidos por direito de herança liquidado em inventario judicial? *Vej. Dir. n. 20, pag. 438 e segs.*

dos homens. A educação religiosa deve ser a mesma a respeito de todos, porque, professando felizmente os portuguezes a religião catholica apostolica romana, devem ser instruidos nos seus santos preceitos, tanto os ricos, como os pobres, e tanto os da mais alta, como as da mais humilde gerarchia. A respeito da educação scientifica, ella deve regular-se pela qualidade e pelos teres de cada um, fazendo-se applicar os orphãos em tempo competente áquellas sciencias, artes ou officios a que se applicarão os seus ascendentes, e para que tiverem maior propensão: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 16. Aquelle que não sabe perfeitamente uma sciencia, uma arte ou um officio, não pôde reputar-se ao abrigo dos golpes da desgraça, por mais rico e abastado que seja, e por isso os juizes dos orphãos e os tutores devem ter o maior cuidado possível no desempenho desta sua obrigação, constringendo aquelles, que se recusarem a aprender a arte ou officio que se lhes destinar, já pelos efficazes meios da persuasão, já por todos os outros que o pai dos orphãos empregaria se vivo fosse. Não depende da vontade ou consentimento dos orphãos aprenderem uma arte ou um officio, pois que a Ord. cit. usa das palavras—serão postos a aprender os officios—cujas palavras induzem necessidade e precisão: Guerreiro, Trat. 3º, liv. 5º, cap. 13, n. 12. E que resultado se tiraria se o consentimento do orphão fosse necessario? Aquelle que ainda não cogita do futuro, e que tem uma natural aversão a tudo aquillo que o constrange, poderia annuir voluntariamente a uma cousa, de que só vê os incommodos e de que ainda desconhece as utilidades? O orphão só deve ser consultado a respeito da arte ou officio a que se destina, para se observar a sua propensão, porque segundo diz Seneca:—*Temenda est via, quam natura præscripsit, nec ab illa declinandum.*— Por mais pobres que sejam os orphãos, sempre se deverão mandar ensinar a ler e escrever; porque, além da utilidade que disto resulta a elles e á sociedade, são cousas que se aprendem em uma idade em que nenhuma outra cousa util se pôde fazer, accrescendo que por esta applicação se distrahem os mesmos orphãos de alguns vicios que a ociosidade traz consigo. Reconheceu isto a cit. Ord. no § 15, dizendo:—E mandará ensinar a ler e escrever áquelles que forem para isto até idade de doze annos.—Só não tendo os orphãos rendimentos, de que possam sustentar-se e aprender algum officio, é que se deverão dar

á soldada, depois de saberem ler e escrever. Nesse caso deverá o tutor levar-os á audiencia, na fórma que determina a cit. Ord., § 13, a qual não póde deixar de ser revogada dentro de pouco tempo, por não estar em harmonia com as luzes do século a pratica de se arrematarem os orphãos em uma audiencia publica, á voz de um porteiro. Aquelle que ficar com o orphão deve dar fiador á soldada, e assignar escriptura se a dita soldada exceder á quantia da Ord. do liv. 3º, tit. 59, hoje triplificada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814; aliás basta que assigne um termo feito pelo escrivão do inventario, devendo assim entender-se a cit. Ord., § 13 Fugindo os orphãos da casa dos amos por culpa destes antes do tempo ajustado, têm obrigação de lhes pagarem a soldada por inteiro: cit. Ord., § 17. São justas causas para a fuga dos orphãos: o faltar-se-lhes com o necessario sustento ou vestido; o não se lhes dar cama para dormir; o dar-se-lhes mais trabalho do que aquelle com que podem; o denegar-se-lhes o descanso necessario para se restaurarem as forças; o occupal-os em serviços diversos daquelles para que forão assoldados ou em diversos lugares, e o tratal-os com rigor, dando-lhes maior castigo do que aquelle que se faz necessario, e que as leis autorisão: *Solars.*, liv. 2º; *Polit.*, cap. 12; *Zach.*, de *Solar.*, cap. 23, e *Guerreiro*, cit. loc., cap. 12, n. 46 até 50.

Não tendo os orphãos justa causa para a fuga, são obrigados a ir completar o tempo do ajuste, e a servir além disso os annos por outro tanto tempo quanto foi o que andarão fugidos, não excedendo a seis mezes: cit. Ord., § 17. Não podem, porém, os amos ser constrangidos a receber os orphãos que assim fugirão, passado um mez; e tendo já pago a soldada têm direito a pedirem o que se lhes estiver restando, descontado o tempo que os ditos orphãos os servirão: cit. Ord. Não se achando determinada pela lei qual seja a soldada por que devão ajustar-se os serviços dos orphãos, fica isso no arbitrio do juiz, cujo arbitrio deverá regular-se pela idade, agilidade e prestimo dos ditos orphãos, pela qualidade do serviço, pelo uso do paiz e por outras semelhantes circumstancias: *Zach.*, quæst. 58, n. 5, e *Guerreiro*, cit. loc., n. 65.

Tambem se não acha determinado pela lei o espaço de tempo porque se devem assoldadar os orphãos; e por isso depende igualmente do arbitrio do juiz o regulal-o, tendo em vista os

interesses dos mesmos orphãos, e lembrando-se que o assoldadal-os por mais de dous ou tres annos, além de ser uma especie de escravidão, pôde obstar a uma melhor fortuna. Ainda que o ajuste se faça por muitos annos, e com todos os requisitos legaes, ficará sem effeito apenas os orphãos se emanciparem: porque semelhantes ajustes sempre tem a tacita condição de obrigarem sómente os ditos orphãos emquanto estiverem debaixo da tutela: *Pacion.*, de *Locat.*, cap. 15, e *Guerreiro*, cit. loc., n. 66. E' controverso se as soldadas dos orphãos, ou o direito de se pedirem, prescrevem pelo tempo marcado a respeito dos outros criados pela Ord. do liv. 4º, tit. 32? Os melhores autores assentão que sim, com a differença de que a respeito dos outros criados começa o tempo da prescripção desde o dia em que deixárão de servir, e a respeito dos orphãos só começa desde o dia em que completárão os vinte e cinco annos: cit. Ord. in fine e princ., e *Guerreiro*, « cit. loc., n. 67 e seguintes. A que soldada seja obrigado aquelle, que sem contrato algum se servio do orphão fóra do lugar aonde está o tutor? Tambem é controverso: uns querem que lhe seja applicavel a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 18, devendo pagar-lhe mil réis cada mez; outros, e com melhor fundamento, dizem que a cit. Ord. não tem applicação em tal caso, mas sim a do liv. 4º, tit. 29, aonde se regulão as soldadas dos que não convencionárão preço: *Guerreiro*, cit. loc., n. 86. E que soldada deverá pagar aquelle que, tomando um orphão por tempo e soldada certa, e com todos os requisitos legaes, se servio delle por mais annos, sem fazer novo contrato na presença do juiz e do tutor? Ainda que alguns dizem haver em tal caso uma tacita reconducção, e dever regular a mesma soldada, comtudo *Guerreiro*, cit. loc., n. 88, sustenta com razão que, depois de findo o tempo do ajuste, deve pagar-se ao orphão a soldada de mil réis por mez, e que é em tal caso applicavel a disposição da cit. Ord., § 18. Na concurrencia de diversas pessoas dispostas a assoldadar os orphãos, deve o juiz preferir, tanto por tanto, as mãis, permanecendo no estado de viuvez; na falta destas os avós, e depois destes, os irmãos e os outros consanguineos, preferindo os mais proximos aos mais remotos; e, em igualdade de grão, os paternos aos maternos, cit. Ord., § 13. Deverá sempre excluir aquelles amos, que forem suspeitos, e principalmente os que tiverem uma

trar-lhes os seus bens, como o faria um diligente administrador, e como prudente e bom pai de familia (223) : 5º, dar

conducta reprehensivel: *Guerreiro*, cit. loc. » n. 16 e seguintes. Na concorrência de diversos amos, que não tenham preferencia entre si, deverá o juiz preferir sempre os lavradores, por ser a agricultura a profissão a mais importante e a mais innocente. Quando os bons costumes e a boa moral desaparecem dos campos, em que estado estarão as cidades e as villas! Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 15 e seguintes (n).

(223) O methodo de administração, geralmente adoptado por todos os tutores e juizes de se arrendarem judicialmente os bens dos orphãos a quem mais offerece, parece-me contrario aos interesses dos mesmos orphãos, e tambem por consequencia contrario á lei, que tanto os quer beneficiar. Mostra a experiencia que semelhantes arrendatarios, bem longe de cuidarem da conservação e melhoramento dos predios, só cuidão de tirar delles a utilidade possivel com a menor despeza, deixando por isso as vinhas por podar, e praticando outras cousas semelhantes ou peiores ainda. Accresce que quasi sempre apparecem para arrendar judicialmente os predios dos orphãos individuos que possuem predios confinantes com os delles, para lhes usurparem a seu salvo grandes bocados de terra, confundindo os marcos que as dividião, ou collocando-os aonde bem lhes parece.

O bom pai de familia não arrenda todos os seus predios; e

(n) Já fizemos vêr em uma nota anterior que não está em uso dar os orphãos á soldada, e que aquelles que forem pobres e não tiverem quem os proteja devem ser remettidos para os arsenaes. Quaes os orphãos que se achão nestas condições, Vej. Acç. da Rel. da côrte de 28 de Abril de 1874 e o Decr. n. 1517 de 4 de Janeiro de 1855, art. 10, § 2.º O Dec. n. 2745 de 13 de Fevereiro de 1861, no art. 1.º, § 1.º, n. 1, manda recolher ao instituto dos menores artezaões da casa de correcção os orphãos que pela policia forem presos por vadios, vagabundos e abandonados; assim tambem os que não poderem ser corrigidos por seus pais ou tutores, havendo pedido destes para sua admissão.

Quanto ao dever de criar e educar os orphãos, vej. *Cod. Civ. do Chili*, art. 428 a 434; *Cod. Port.*, art. 243, n. 2, e *Cod. Ital.*, art. 278; *Buniva*, tomo 2º, pag. 267.

quando arrenda algum delles escolhe arrendatarios de probidade e incapazes de lhe causarem prejuizos. Parece portanto que os tutores deverão fazer cultivar por sua conta a maior parte dos predios dos pupillos, e que, ainda quando se vejão na necessidade de arrendar alguns, devem escolher arrendatarios capazes e de probidade, e não aquelles que lhes offerecem maiores rendas. Devem igualmente fazer os reparos e melhoramentos de que os ditos predios precisarem; determinar as vendas dos fructos nos tempos mais opportunos; segurar as rendas, exigindo fiadores abonados e titulos legaes; vender os moveis que forem sujeitos á corrupção ou que poderem damnificar-se, e empregar, com autoridade do juiz, os dinheiros provenientes destas rendas, e quaesquer outros, na compra de bens de raiz que possão ser proveitosos ao pupillo, e fazer tudo aquillo que um bom administrador faria a respeito das suas cousas, conformando-se com as disposições da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 22 e seguintes. Quando a importancia dos reparos ou bemfeitorias fôr de alguma importancia, deverá sempre obter licença e approvação do juiz; e quando uma absoluta necessidade demandar a venda de alguns bens de raiz, deverá inculcar os que menos conta fizerem aos orphãos, para serem vendidos em hasta publica, fiscalizando sobre a arrecadação e applicação do seu producto: cit. Ord. (o)

(o) Quanto ás obrigações que têm os tutores como administradores dos bens dos pupillos, veja-se as disposições da Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 4º, 5º, 16, 23, 25, 26 e 29; Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, e *Consol. das Leis*, arts. 284 a 292; quanto aos dinheiros dos orphãos, Ord. cit., §§ 31 a 44, já fizemos vér que os dinheiros dos orphãos devem ser dados por emprestimo á nação á vista da disposição do § 4º do art. 6º do Dec. de 13 de Novembro de 1841, medida esta por certo preferivel ao emprego delles em bens de raiz; segundo a Port. de 31 de Março de 1846, podem ser tambem empregados em apolices da dívida publica: *Av. n. 135 de 3 de Junho de 1853*. Para o levantamento do dinheiro dos orphãos dado por emprestimo á nação é bastante, segundo as instrucções de 12 de Outubro de 1842, requisitar a entrega do dinheiro ao collecter do districto: *Av. n. 71 de 8 de Março de 1853*. Vej. Observações á nota 314, ao § 161; *Zêzas, obr. cit.*, pag. 244; *Sanojo, Insit. de Develio Civ. Venezolano*, 1º vol., ns. 262 e segs.; *Buniva, Diritto delle persone*, pag. 266, etc.

Tutor, embora pai, não pôde permutar bens de orphãos. *Dir.*, vol. 6º,

exacta conta dos seus rendimentos (224); 6ª, indemnisa-os de todos o prejuizos (225); 7ª, autorisa-os e representa-os (226).

(224) Esta materia ha de ser tratada no cap. 23, aonde se achará tudo o que é relativo ás contas dos tutores e curadores, por não caber no curto espaço de uma nota o que é necessario dizer-se a este respeito.

(225) Os pupillos podem obrigar os seus tutores a dar-lhes conta de sua administração, e a reparar-lhes todos os danos e prejuizos, que lhes causarão por sua omissão, culpa ou negligencia: Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 26 e 29; liv. 3º, tit. 41, § 3º, e liv. 4º, tit. 102, § 9º. Esta acção póde ser intentada, ou perante o juiz do domicilio do tutor, ou perante o juiz que o nomeou: Ord. do liv. 3º, tit. 11, § 3; e não só depois de finda a tutela, na fórma do direito romano, L. 4º, in pr., e L. 9º, § 4º, *Dig. de tut. et rationib. distrah.*, mas ainda antes disso, na fórma do uso geralmente adoptado por todas as nações civilisadas: *Stryk.*, ao cit. tit., § 5, e *Mel. Freire*, parte II, tit. 11, § 16, na nota. Não respondem, porém, os tutores pela administração dos bens situados em diverso districto; porque a respeito destes deve o juiz do inventario officiar ao do dito districto, aonde esses bens estiverem, para os fazer administrar por um curador capaz e juramentado, e para lhe fazer dar conta dos seus rendimentos, quando lhe forem pedidos: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 8. Na falta dos tutores são responsaveis os seus herdeiros, e, na falta destes, os fiadores: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 5º, nas palavras:—Dará fiador abonado, que por elle se obrigue.—Como os bens do tutor ficão tacitamente hypothecados aos pupillos, têm estes a preferencia no concurso dos outros credores menos privilegiados: lei de 20 de Junho de 1774. Na falta dos tutores, de seus herdeiros, e dos fiadores, respon-

pag. 301. Accs. da Rel. da côrte de 20 de Agosto de 1872 e 16 de Dezembro de 1873 e do S. T. de Just. de 4 de Março de 1874, que negou a revista.

Os bens do menor ficão em poder do pai que é por direito o seu legitimo administrador. *Accs. da Rel. da côrte de 5 de Novembro de 1872 e 6 de Maio de 1876.* Está incluída na obrigação de administrar a obrigação de cobrar as reposições devidas aos orphãos nas partilhas, como o determinão a Resol. de 12 de Junho de 1770 e Alv. de 8 de Agosto de 1799.

dem subsidiariamente os magistrados que taes tutores nomearão ou confirmarão: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 3º, in fin., e §§ 7, 16, 18 e 24, nas palavras—Porque todo o damno e perda que receberem pagará pelos seus bens.—Cessa a responsabilidade dos magistrados se provarem que os tutores erão capazes e abonados ao tempo da nomeação, ou que, apezar de serem pobres e de não terem dado caução, erão comtudo geralmente reputados por homens de probidade: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 5.º Nos prejuizos causados pelo tutor devem abonar-se as despezas que elle legitimamente fizesse em beneficio do pupillo, porque seria injusto que este se locupletasse com o prejuizo alheio: Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 15 e 23.

(226) Ou os orphãos varões são menores de quatorze annos e as femeas de doze, ou excedem esta idade: no primeiro caso o tutor representa-os, tanto em juizo, como fóra d'elle, sem que os ditos orphãos intervenhão em cousa alguma, e sem que seja necessaria a sua citação; no segundo autorisa-os tão sómente, e a sua citação para os negocios judiciaes é de absoluta necessidade: Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 8.º Se por culpa ou negligencia do tutor se perder a demanda, é nos bens d'elle que deve fazer-se a execução; e não tendo elle bens sufficientes se deve fazer nos do juiz que tal tutor nomeou: cit. Ord., § 9.º Só em ultimo caso se deve a execução fazer nos bens do orphão, e ainda então lhe fica direito a pedir a restituição *in integrum*, para haver a emenda do damno que recebeu: cit. Ord. Poderá o tutor transigir em nome do orphão? Eis-aqui uma questão que occorre frequentes vezes, e que a nossa legislação não providenciou expressamente. O direito romano autorisava os tutores para transigirem em nome dos orphãos, porém de tal modo que era o mesmo que denegar-lhes semelhante autoridade; porque tornando-se sómente validas as ditas transacções emquanto uteis e proveitosas aos orphãos, lei 46, § ultimo, *Dig. de admin. et perie tutor.*, ninguem queria contratar com uma pessoa, cujo character lhe não dava uma garantia segura. O que daqui resultava era privarem-se os orphãos do beneficio de conseguirem em tempo opportuno, e a troco de um ligeiro sacrificio, a terminação de um litigio incerto e dispendioso. O Cod. Civ. dos francezes no art. 467, autorisando os tutores para transigirem valida e irrevogavelmente, o fez de maneira que raras vezes a transacção deixará de ser util aos orphãos, pois que a tornou dependente do voto dos tres jurisconsultos designados pelo

magistrado, e da approvação deste. Tantas e tão acertadas precauções removem toda a suspeita, e por isso estou persuadido que o citado artigo do Cod. Civ. dos francezes se deve considerar como direito subsidiario, quando não queiramos conceder que as nossas leis autorisão semelhantes transacções, senão expressa pelo menos tacitamente, pois que approvando ellas a venda dos bens de raiz dos orphãos, quando se prova a necessidade della, e é decretada pelo juiz com as formalidades da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 26, parece que tambem tacitamente approvão as transacções, provando-se a necessidade e utilidade dellas, e precedendo licença do juiz, porque no mais se comprehende o menos (p).

(p) No direito romano dizia-se que o tutor intervinha nos negocios do pupillo, ou como administrador (*negotia gerere*), ou dando authorisação para os actos que o pupillo não podia fazer sem ella (Auctor fieri, auctoritatem interponere).

Esta authorisação (*auctoritas*) não se deve, porém, entender no sentido em que a toma o direito moderno: era alguma cousa mais do que a licença ou permissão, que actualmente deve o tutor conceder ao pupillo para que este possa praticar validamente certos actos, os quaes, sendo feitos sem esta authorisação, seriam de nenhum valor.

No rigor do antigo direito romano nenhum cidadão podia ser representado por outro nos actos que se devião realizar por meio de palavras ou solemnidades determinadas pela lei: assim, n'aquelles actos que devião ter lugar nos comicios populares, como a feitura dos testamentos; nos que se realizavão por meio de uma ficção de direito, como as adopções, a *in jure cessio*, a *mancipatio*, a *emancipatio*, a *estipulatio*, etc.; emfim, em todos aquelles em que se devia observar fórmulas e solemnidades especiaes, privativas do direito civil romano, o cidadão devia comparecer pessoalmente, e proferir por si mesmo as palavras ou fórmulas sacramentaes: *Nemo aliene nomine lege agere potest*, dizia Ulpiano. Ora, o impubere podia achar-se em idade em que ainda não tivesse o uso da palavra, *infans*, *qui fari non potest*, e estava assím impossibilitado de praticar os actos civis, já porque não podia repetir as palavras sacramentaes já porque não podia ser representado por pessoa alguma, ainda pelo seu tutor; a consequencia era não poder o impubere celebrar acto algum, e portanto ficar muitas vezes privado de alcançar vantagens, como, por exemplo, adquirir os bens de uma herança que lhe era deixada, mas que elle perdia por não poder adila.

Podia tambem acontecer que o impubere se achasse *proximo da puberdade*, idade em que já teria, não sómente o uso da palavra, mas além disso algum entendimento; porque, como diz Gaio no Com-

ment. 3º, § 109, *Proximi pubertati jam aliquem intellectum habent*. em tal caso podia o impubere repetir as palavras sacramentaes dos actos civis; mas como elle ainda não possuia o *plenum animi iudicium*, isto é, sufficiente desenvolvimento intellectual para comprehender o alcance dos actos que praticava, desenvolvimento esse que sómente adquiria com a puberdade, não tinha a capacidade civil necessaria para praticar actos, que a lei sómente permittia que fossem praticados por cidadãos capazes.

Para remediar a esse inconveniente, e supprir a capacidade que faltava ao impubere, é que vinha o tutor assistil-o.

A assistencia do tutor era, pois, essencial para a validade do acto, porque elle vinha augmentar (*augere*) a capacidade do pupillo e supprir-lhe a insufficiencia: o impubere proferia as palavras sacramentaes necessarias para a celebração do acto, e o tutor as que o tornavão participante e cooperador: dahi provinha o dizer-se no direito romano que em taes casos o tutor *auctor fit, auctoritatem præstat*; eis tambem porque Marciano diz que o tutor — *persona, non rei vel cause datur*.

E' verdade que além destes actos, em que se requeria expressamente a presença do cidadão que nelle figurava como parte, outros havia, como os contratos e transacções, que se celebravão segundo o direito das gentes, nos quaes o cidadão romano podia figurar por procurador; mas naquelles que devião ser celebrados segundo o direito civil, a legislação romana não admittia a representação da parte: era preciso o seu comparecimento pessoal.

Vê-se, pois, que no antigo direito romano o tutor não *autorisava* nem *representava* o pupillo, tomando-se estas expressões no sentido em que são actualmente empregados.

Este rigor foi, porém, modificado com o tempo.

Na época de Justiniano já havião desaparecido a mór parte daquellas fórmulas e solemnidades de que o antigo direito romano revestia certos actos; as *Ações da Lei*, cujos mysterios *Cneio Flavio* e *Sexto Elio* havião desde muito divulgado, tinhão sido derogadas pela lei *Ebutia*, e substituidas pelas fórmulas ou *ordinaria iudicia*, as quaes por sua vez receberão de Diocleciano o ultimo golpe, sendo em substituição postas em vigor as *extraordinaria iudicia*, para por ellas se regularem todos os pleitos, passando assim a sér regra geral o que antigamente era apenas excepção. Theodosio e Valentiniano querendo abrandar o rigor do antigo direito, já havião permittido que os tutores adissem as heranças para os pupillos.

No direito de Justiniano vigorava como regra geral o principio de que os impuberes sómente podião, sem autorisação de seus tutores praticar actos que tendessem a melhorar a sua sorte: assim, podião receber doações, aceitar perdões de dividas, etc; não podião, porém peiorar a sua sorte, isto é, praticar actos de que podesse resultar-lhes

compromissos, sem autorisação dos tutores; assim, não podião fazer compras, vendas, alugueis, pagamentos de dividas, etc., e, se as fizessem, as pessoas que com elles contratavão contrahião a obrigação e ficavão responsaveis por ella; mas os pupillos a nada ficavão obrigados.: *Inst.*, liv. 1º, tit. 2, princ.

Como, porém, podia acontecer que os pupillos houvessem auferido algum lucro; por exemplo: se tivessem recebido o preço da venda que houvessem feito, e o tutor fosse reivindicar do comprador o objecto vendido, erão os pupillos obrigados a restituir a parte do preço que ainda não tivessem dispendido, por não ser licito o locupletar-se alguém com a jactura alheia: *Jure naturæ æquum est*, dizia Pomponio, *neminem cum alteriùs detrimento et injuria fieri locupletiozem*.

Apesar da regra que acima referimos—de poder o pupillo, sem autorisação do tutor praticar actos que tendessem a melhorar a sua condição, como aceitar doações, etc., todavia não podia elle sem autorisação do tutor aceitar heranças e fidei-commissos, *Inst.*, liv. 1º, tit. 21º § 1º, e isto pela simples razão de poderem taes heranças vir oberadas de dividas, as quaes o pupillo não podia sem autorisação do tutor comprometter-se a pagar; é isto o que ensina Ulpiano no frag. 8º, do liv. 29, cap. 2º, do Dig., quando diz: *Moræ nostræ civitatis neque pupillus neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possunt: hereditas autem quin obliget non æri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est*.

Já dissemos que no antigo direito romano, enquanto o impubere se achava na infancia, não podia receber herança alguma, porquanto não podia proferir as palavras solemnes da adição, e nem podia o tutor proferil-as por elle; Theodosio e Valentiniano remediãrão a esse inconveniente permittindo que o tutor podesse fazer a adição em nome do pupillo: Cod., liv. 6º, cap. 30, const. 18, § 2º; quando, porém, o pupillo não era *infante*, podia fazer a adição da herança com a *auctoritas* do tutor: *Pupillus si fari possit, licet hujus ætatis sit ut causam acquirendæ hæreditatis non intelligat... tamen cum tutoris auctoritate hæreditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter ei præstatur: Paulo, frag. 9º do liv. 29 do Dig., cap. 2º; Inst., liv. 1º, tit. 21, § 2º*.

O tutor era obrigado a figurar em juizo protegendo e defendendo sempre o pupillo; por isso quando um conflicto de interesses levava-o a intentar uma acção contra o impubere, recebia este um curador que o defendesse, em lugar do antigo tutor *pretoriano* de que falla Gaio no Comment. 1º, § 184: *Inst. cit.*, § 3º.

Não podem os tutores transigir, no nosso direito, em nome do pupillo, em vista do disposto no art. 6º da disposição provisoria. Os tribunaes têm observado uniformemente este preceito. Muito haveria que dizer, se se tratasse de *jure constituendo*, sobre o valor juridico de tal alvitre, mas... *lex ita scripta est*. Os Cods. das nações mais cultas

permettem a transacção do tutor desde que fór autorisada ou pelo conselho de familia, ou pela autoridade judiciaria competente: *Cod. Franc. art. 46*; *Cod. Austr.*, art. 233; *Cod. Ital.*, art. 296, *in fine*; *Cod. do Chili*, art. 400; *Cod. Holland.*, art. 465; *Cod. Pruss.* art. 525, etc., etc.

Se offerece grandes inconvenientes a concessão de amplo poder de transigir feita aos tutores, não os offerece menores a expressa prohibição do acto, mesmo quando a severa fiscalisação do juiz, assegurasse proficuo resultado para o orphão.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

De l'administration du tuteur.

COD. CIV. FRANC., art. 450.—Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.

Il administrera ses biens en bon père de famille, et repondra des dommages intérêts qui pourraient resulter d'une mauvaise gestion.

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille, n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

CONFEREM: *Cod. Civ. Port.*, arts., 243, n. 1; 244, ns. 2 e 3, e 248; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 277 e 300; *Cod. Civ. do Chili*, arts. 390 e 391. *Cod. Civ. Austr.*, art. 209 e seg.

COD. CIV. FRANC., art. 451. Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur en présence du subrogé tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.

CONFEREM: *Cod. Civ. Port.*, arts. 243, n. 4, e 246; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 281, 282, 285, 286, 288 e 289; *Cod. Civ. do Chili*, arts. 378 a 389. Art 316 do *Cod. Venezuelano*; *Cod. Austr.*, art. 224.

COD. CIV. FRANC.; art. 452 — Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et apres des affiches ou publications, dor le procès verbal de venté fera mention, tous les meubles outres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

CONFERE: *Cod. Civ. Ital.*, art. 290 O Cod. Civ. portuguez não torna obrigatoria esta venda, e antes só a permite quando os bens se não poderem conservar: art. 243, n. 12. O Cod. chileno só a permite *por causa de utilidade necesidad manifesta*: art. 393. O Cod.

Austr. permette a venda quando os bens moveis superabundão e não prestão utilidade ao menor. *Art.* 231 e 242.

COD. CIV. FRANC., art. 453. — Les père et mère, tant qu'ils ont la juiissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature.

Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert, qui sera nommé par le subrogé tuteur, et prêtera serment devant le juge de paix: ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature.

COD. CIV. FRANC., art. 454. — Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à la quelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens.

Le même acte spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.

CONFEREM: Cod. Civ. Port., art. 224, n. 8; Cod. Civ. Ital., art. 291. Diverge o *Cod. Civ. do Chili*, que permite ao tutor despender o necessario para a criação e educação do menor, segundo a classe e condição deste, *sacando de los bienes del pupillo, i en quanto fuere posible, de los frutos*, tornando responsavel o tutor pelos gastos immoderados. A fixação dos alimentos pôde ser requerida pelo tutor e é feita pelo juiz: *arts. 431 e 432.*

COD. CIV. FRANC., art. 455. — Ce conseil determinera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense; cet emploi devra être fait dans le delai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

Art. 456. — Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le delai exprimé dans l'article précédent, les intéretes de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soi.

CONFERE o Cod. Civ. italiano, art. 291.

COD. CIV. FRANC., art. 457. — Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille.

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire, présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles

qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu' il jugera utiles.

Art. 458.— Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet, ne seront exécutées qu' après que le tuteur en aura demandé et obtenu l' homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur du roi.

CONFEREM: Cod. Civ. Portug. (quanto á primeira parte do art. 457), art. 224, n. 16; Cod. Civ. Ital., art. 296: — L' autorizzazione del consiglio di famiglia non può essere data in genere, ma deve essere speciale per *ciás cun* atto e contratto.

N' ell' autorizzare vendite d' immobili, il consiglio determinerà, se esse debbano farsi ai pubblici incanti o per offerte private: art. 297. Cod. Civ. do Chili, art. 393 a 395 (quanto á primeira parte do art. 457). O consentimento para taes actos é dado pelo juiz.

COD. CIV. FR., art. 459.— La vente se fera publiquement, en presence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par la mère des communes où elles auront été apposées.

Vej.: Cod. Civ. Ital., art. 297 supra transcripto; Cod. Civ. Port., arts. 268 a 274; Cod. do Proc. Civ. Port., art. 744, § 2º, e 758, e Cod. Civ. do Chili, art. 394.

COD. CIV. FRANC., art. 460.— Les formalités exigées par les articles 457 e 458, pour l' aliénation des biens du mineur, ne s' appliquent point aux cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d' un propriétaire par indivis.

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l' article précédent: les étrangers y seront nécessairement admis.

COD. CIV. FRANC., art. 461.— Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sous une autorisation préalable du conseil de famille: l' acceptation n' aura lieu que sous bénéfice d' inventaire.

CONF.: Cod. Civ. Ital., art. 296, 1ª parte, in fine, e Cod. Civ. do Chili, art. 397.

COD. CIV. FRANC., art. 462.— Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n' aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l' état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance.

§ 122

Tudo o que fica dito a respeito dos tutores é applicavel, tanto aos seculares, como aos ecclesiasticos(227).

(227) Como os ecclesiasticos succedem aos seus consanguineos *ab intestado*, Ord. do liv. 2º, tit. 18, § 5º, por isso podem ser cênstrangidos pelo juiz do inventario a aceitar a tutela le-

COD. CIV. FRANC., art. 463.—La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

CONF.: *Cod. Civ. Ital.*, art. 296; *Cod. Civ. Port.*, art. 224, n. 17. O Cod. Civ. do Chili, art. 398, dispõe: *Las donaciones o legados no podrán tampoco repudiar-se sin decreto de juez: i si impusieren obligaciones o gravámenes al pupilo, no podron aceptar-se sin previa tasacion de las cosas donadas o legadas.*

COD. CIV. FRANC., art. 454.—Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille.

Art. 465 —La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur.

CONF.: *Cod. Civ. Port.*, art. 224, n. 17, e 243, n. 9; *Cod. Civ. Ital.*, art. 296, e *Cod. Civ. do Chili*, art. 399.

COD. CIV. FRANC., art. 467. — Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes designés par le procureur du roi au tribunal de première instance. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologué par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi.

CONF.: *Cod. Civ. Port.*, art. 224, n. 17; *Cod. Civ. Ital.*, art. 296, e *Cod. Civ. do Chili*, art. 400.

COD. CIV. FRANC., art. 468.—Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la *puissance paternelle*.

Vej. *Cod. Civ. Ital.*, arts. 279 e 280, e *Cod. Civ. Port.*, art. 224, n. 12, e 243, n. 3.

O *Cod. Civ. Austr.* autorisa a queixa à autoridade judiciaria, para usar dos meios coercivos contra o menor. Art. 217.

§ 123

Finalisa a tutela relativamente ao tutor: 1º, pelo lapso do tempo prescripto pela lei(228); 2º, pela mudança de es-

gitima quando ella lhes pertencer, na conformidade da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 6º, e perante o mesmo juiz devem dar contas no tempo competente, sem poderem valer-se do privilegio do fôro: Ord. do liv. 3º, tit. 11, § 3º; *Cabed.*, parte I, dec. 80 e 81. e *Mel. Freire*, parte II, tit. 12, § 13.

(228) Os tutores dativos não podem ser constrangidos a servir mais de dous annos, findos os quaes devem dar contas e fazer entrega: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 9.º E' duvidoso se os testamentarios e legitimos podem despedir-se arbitrariamente da tutela, dadas que sejam as primeiras contas no tempo marcado pela Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 49? A respeito dos primeiros parece-me que só poderãõ desonerar-se da tutela allegando e provando legitima excusa, principalmente se receberãõ algum legado que o pai dos orphãos lhes deixou. A respeito dos segundos estou persuadido que o incommodo da tutela deve repartir-se com igualdade por todos aquelles que têm direito á successão se forem idoneos. A respeito das mãis e avós tutoras não ha duvida alguma, porque como depende da sua vontade o quererem ou não a tutela de seus filhos ou netos, Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3.º, por isso, se ellas se despedirem quando derem as contas, deve nomear-se outro tutor (q).

(q) Não nos parece aceitavel a opinião emittida pelo autor na nota supra, quanto á duração da tutela legitima.

Emquanto á tutela da mãi, esta deverá exercê-la *emquanto bem fizer e se não casar*, diz a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º; o prazo de quatro annos não põe por si termo á tutela; para que esta termine é preciso que occorra alguma das seguintes circumstancias:

Que a mãi declare que não quer mais continuar a ser tutora, porquanto, sendo tal tutela um *direito* e não um *dever* da mãi, pôde ella deixar de exercê-la quando quizer: *Ord. cit.*

Que a mãi se torne incapaz; que incorra em suspeição: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50; que contraia segundas nupcias; finalmente, que a mãi, ou o filho morra.

Fóra destes casos a tutela da mãi deve durar por toda minoridade do filho.

Quanto á tutela dos demais parentes, deve tambem prolongar-se por todo o tempo da minoridade do pupillo, e não podem taes tutores

tado(229); 3º, pelo privilegio ou inhabilidade superveniente(230).

§ 124

Finalisa a tutela relativamente ao pupillo: 1º, pela emancipação(231); 2º, pelo casamento(232); 3º, pela dig-

(229) Se o tutor, durante o tempo da tutela fôr captivo pelo inimigo, se tomar o estado religioso ou qualquer outro incompativel com a administração de que estava encarregada, deve o juiz nomear logo outro, Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1.º, nas palavras—emquanto o fizer bem, e como deve, a proveito do orphão, e não fizer cousa por que deva ser tirado da dita tutoria.

(230) Se o tutor completar durante a tutela a idade de setenta annos, se tiver cinco filhos, se adquirir algum emprego de importancia ou molestias que absolutamente o impossibilitem de poder administrar os bens dos orphãos, em todos estes casos e outros semelhantes, obtida a escusa, deve proceder-se á nomeação de outro tutor: Ord. do liv. 4º, tit. 104(r).

(231) Ou ella seja voluntaria, ou coacta, ou presumida. De todas estas especies de emancipação trataremos no cap. 24 (s).

deixal-a, findos os quatro annos, sem allegarem escusa sufficiente serem removidos por má gerencia ou incorrerem em incapacidade. Deduz-se isto da simples leitura dos §§ 9 e 10 da Ord. do liv. 4º, tit. 102; 40 e 50 da do liv. 1º, tit. 88, e dos diversos paragraphos da Ord. do liv. 4º, tit. 104: *Dir. de Fam., nota 2ª ao n. 4 do § 158.*

O tutor testamentario que aceitar legado deixado pelo testador, como premio do trabalho de exercer a tutela, se allegar excusa no fim dos quatro annos, deverá restituir a metade, a terça ou quarta parte do legado, segundo forem os quattros annos a metade, a terça, ou quarta parte do tempo que deve durar a minoridade do orphão; porque o premio, tendo-se deixado em paga do trabalho da tutela, deve ser necessariamente proporcional á duração desse trabalho.

Isto, porém, não se applica ao caso de ter o tutor testamentario sido afastado da tutela por incapacidade sobreveniente, porque então deixa a tutela por acto involuntario.

Vej. Cod. Civ. Port., art. 198, 201 e 204.

(r) Da parte del tutore cessa la tutela per di lui morte, per la sua assenza, per la sua dispensa, rimozione e rinunzia debitamente accettata: *Buniva, Diritto delle persone, tomo 2º, pag. 291.*

(s) *Vej. notas ao cap. 24.*

(232) Ord. do liv. 4º, tit. 88, § 6.º E', porém. necessario que para o casamento se obtenha licença do juiz dos orphãos: Ord. cit., § 19. Não a obtendo não se entregão ao orphão, apesar de casado, os seus bens e rendimentos antes de completar a idade de vinte annos: cit. Ord. Se o juiz dos orphãos e o tutor deneção a licença para o casamento, e ella é supprida pelo corregedor ou provedor da respectiva comarca, nos termos da lei de 29 de Novembro de 1775 e de 6 de Outubro de 1784; neste caso entregão-se logo os bens ao orphão apenas se verifica o casamento, ainda que não tenha completado os vinte annos, da mesma sorte que se lhe entregarião se elle tivesse casado com licença do juiz dos orphãos e consentimento do tutor. A licença nunca se deve conceder nem supprir senão no caso de se provar a igualdade de pessoa e bens: cit. Ord. Sendo illustres as pessoas que pretendem casar-se, só o desembargo do paço pôde supprir o consentimento dos pais e tutores, e não o corregedor ou provedor: cit. L. (t)

(t) Os parochos não podem receber em matrimonio os orphãos menores, sem que estes apresentem licença do respectivo juiz: *Avs. n. 70 de 18 Junho de 1846, n. 332 de 13 de Novembro de 1858, n. 312 de 20 de Outubro 1859, Circ. n. 223 de 20 de Junho de 1867, av. n. 88 de 23 de Março e n. 289 de 5 de Agosto de 1868*; ainda que taes orphãos não tenham peculio e sejam mesmo indigentes; *Avs. n. 470 de 16 de Outubro de 1869 e de 15 de Maio de 1878.*

O parochos, que, sem tal licença celebrar o casamento incorre na disposição do art. 247 do Cod. Crim: *Avisos cits. e Accs. da Rel. da Côte de 15 de Julho de 1878 (Dir. 19 — 722)*; e da *Rel. do Ouro-Preto de 18 de Junho de 1879. (Dir. 20 — 96).*

O crime do art. 247 é de responsabilidade ou simplesmente particular?

E' ponto questionado e não é uniforme a jurisprudencia dos tribunaes

Em favor, porém, da opinião que, a despeito do Av. n. 245 de 27 de Agosto de 1855, considera-o crime de responsabilidade militão razões de grande ponderação, das quaes não é por certo a menor a que se funda na natureza do deliquente e do delicto que pune o art. citado.

Aquelle é funcionario publico, este é uma transgressão dos deveres inherentes ao cargo.

Parece-nos com estes dous elementos bem accentuado o caracter de um crime de responsabilidade.

Veja *Cod. Crim. Port. art 136, § 2º. Cod. Pen. Franc., art. 199 e 200. Ferrão, tomo 4º, pag. 77 e seg, Chauveau, ediç. Belg., vol. 1º, pag. 553 a 555, etc., etc.*

O filho ou a filha de pai incognito, com quanto tenha a mãe viva, necessita também do consentimento do juiz dos orphãos para casar; pois, segundo o Av. n. 312 de 20 de Outubro de 1859, deve ser considerado orphão.

Os alvarás de supprimento de licença de pai ou tutor para casamento pagão o sello fixo de 67\$500, conforme o art. 10, § 9º do Dec. n. 7540 de 15 de Novembro de 1879. As licenças para casamento concedidas aos orphãos pagão 11\$500 de sello adhesivo: *Dec. e art. cit. e art. 15 § 2º*; pela Ord. n. 115 de 4 de Abril de 1855 não são taes licenças obrigadas a pagar novos e velhos direitos, e em virtude do art. 78 do Reg. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 pagavão unicamente o sello de 2\$000.

Os juizes dos orphãos podem entregar aos maridos das orphãs, que se casarem sem o seu consentimento, os bens a ellas pertencentes, se os dítos maridos forem de reconhecida probidade e boa conduta, e justificarem que possuem capacidade para reger taes bens: *Av. n. 271 de 16 de Dezembro de 1852; lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º, § 5º; Reg. de 15 de Março de 1842, art. 5º, § 8º, e Av. de 16 de Dezembro de 1852*. Segundo a tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841, § 40, da ordem ou sentença para semelhante entrega paga-se o imposto de meio por cento do valor dos bens.

O marido da orphã, que se casou sem licença do juiz dos orphãos, e que não está na posse dos bens da mesma orphã, por ter incorrido na disposição da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 19, não pode alienar taes bens: *Acc. do Supr. Trib. de Just. na Rev. Civ. n. 6917*.

O contrato celebrado por orphão menor de vinte um annos é nullo, embora elle seja casado, se se casou sem licença do juiz dos orphãos e em virtude disso não lhe foram entregues os bens: *Acc. do Trib. do Comm. do Maranhão de 12 de Setembro de 1872*.

Ha simulação de contrato na venda, feita em fraude de terceiro, a um individuo, que não pode dispôr de seus bens, por se ter casado sem licença do juiz dos orphãos: *Accs. da Rel. do Maranhão de 12 de Setembro de 1872 e de 28 de Novembro do mesmo anno, e do Supr. Trib. de Just. de 11 de Março de 1874*.

Nas comarcas geraes são competentes para a concessão de licença para casamento os juizes dos orphãos, e não os de direito, em contrario ao que decidirão os avisos n. 457 de 26 de Outubro de 1875 e de 27 do mesmo mez e anno, de 9 de Agosto de 1876 e de 17 de Janeiro de 1879. *Veja nota ao § 10*.

Os filhos dos estrangeiros não precisam de licença dos juizes dos orphãos para casarem-se.— *Veja Machado, Manual dos Aggr. § 167*

Fm que consiste o supprimento do consentimento paterno?

O pedido do consentimento paterno para o casamento, que em relação aos filhos maiores de vinte e um annos e já emancipados, é ape-

nas um signal de acatamento, é de imprescindivel necessidade quando trata-se de filhos ou filhas menores dessa idade.

Todas as leis, tanto antigas, como modernas, têm concordado em exigir o consentimento dos pais para o casamento dos filhos, e até o seculo XII a igreja exigia esse consenso como condição essencial para a validade do casamento, seguindo assim o systema do direito romano, systema que vai alcançando a aceitação, á proporção que a adopção do casamento civil, como unica fonte dos direitos civis resultantes do matrimonio, vai enfraquecendo a influencia do direito canonico.

Alguns codigos modernos, aceitarão as disposições do concilio Tridentino e sômente attribuirão á falta do consentimento paterno o effeito de fazer incorrer o filho na perda do direito á successão e aos alimentos, ou limitação ao direito de administração: *Cod. Civ. Port.* art. 1053, 1059 e 1068; *Cod. Civ. do Chili*, art. 105 e 114. Veja *Sanojo Cod. Civ. de Venezuela*, vol. 1º, n. 127.

Apezar de ser a lei allemã de 6 de Fevereiro de 1875, que regulou a prova do estado civil e do casamento, *uma das medidas de que o Estado julgou-se com direito a lançar mão contra a Igreja e o Papado*, (E. Glasson, *Du Mar. Civ. et du divorc.*, pag. 113) todavia não foi ella até o ponto de firmar preceitos formaes no sentido de tornar o consentimento dos pais condição de validade dos casamentos; antes respeitou, neste ponto, as legislações especiaes dos diversos estados da confederação, ás quaes confiou a regulamentação destas condições para o matrimonio. Veja *Cit. lei, art. 29 e 36*.

Os *Cods. Civ. Franc.*, art. 182 *Civ. Ital arts.* 63 e 108; e *Civ. austriaco*, arts. 40, 94 considerão motivo e fundamento de nullidade a falta do consentimento dos pais.

O concilio Tridentino, porém, confirmou a doutrina já antes adoptada, que mandava considerar, como validos, posto que illicitos, semelhantes casamentos, *B. Carneiro*, vol. 2º, § 108.

Entre nós a desherdação e a privação do direito de pedir alimentos são as unicas penas impostas, e estas mesmas têm cahido em desuso.

O filho que se casa sem consentimento dos pais sujeita-se, como acima dissemos, á pena de desherdação e de privação de alimentos: *Ord.*, liv. 4, tit. 83, § 1º, 2º e 3º; lei de 29 de Novembro de 1775 e de 6 de Outubro de 1784, § 6º; *Consol. das leis Civs.*, art. 101 e notas, *B. Carn.*, § 108, n. 5 e notas; *Lobão, Acç. Sum.* § 668 e segs.; *Secco, Orphan. Prat.*, parte II, cap. 2º, secç. 2ª, art. 193 e nota.

Ha casos em que os pais ou os tutores teimão em recusar o consense para o casamento de um filho ou pupillo, sem justa razão; para esses casos é que serve o supprimento do consentimento dado pelo juiz dos orphãos.

A lei de 6 de Outubro de 1784 no § 4º dispóz que os filhos familias e os menores não podessem contrahir esponsaes até a idade de

vinte e cinco annos sem consentimento dos pais, tutores e curadores; e prestando estes seu consentimento, delle se fizesse menção na escriptura; se, porém, não quizessem consentir, sendo para isso requeridos, e instados pelos filhos *ou menores, podessem estes recorrer á mesa do desembargo do paço, e aos corregedores e provedores das respectivas comarcas, para supprimem por sua publica autoridade o consentimento dos pais, tutores e curadores.*

Não era indifferente, segundo a antiga legislação portugueza, o recorrerem os menores ao desembargo do paço, ou a qualquer dos juizes de que falla o art. cit. da lei, porquanto, segundo se vê em Lobão, 2º vol., Acc. Sum., dissert. 14ª, §§ 4 e segs., davão os juizes mais elevados o consentimento aos filhos da primeira nobreza, e os juizes de menor categoria aos nobres de inferior gerarchia.

Entre nós, assim como no moderno direito portuguez, de nada valem essas distincções, e são sempre os mesmos juizes os que concedem o consentimento pedido.

Deixaremos de parte alguma pequenas questões que se suscitão, as quaes todas se poderãõ vêr em Lobão, dissert. 14ª, 2º vol. das Accs. Sum., para tratarmos de vêr em que caso deverá o juiz supprir o consentimento dos pais e tutores, e permittir que se faça o casamento a que estes se oppuzerão.

Antes que os filhos recorrão aos juizes devem recorrer primeiro aos pais, instando-os para que lhes prestem consentimento para as nupcias que pretendem contrahir; é este um dever que antes do recurso a juizo lhe impõe a lei de 6 de Outubro de 1784 no § 4º: *Lobão Acc. Sum., diss. 14ª, § 24;* e tambem os juizes só devem supplementar os consensos paternos e de tutores quando injustos os seus dissensos; injustiça que se verifica quando os pretendidos matrimonios o são pelos meios licitos e honestos quando *dignos* e iguaes, nas qualidades das familias e conveniencias em bens.

Os AA. têm procurado ennumerar os casos em que os juizes deverão supprir os consentimentos dos pais ou tutores, e permittir assim que se realizem os consorcios a que os mesmos se oppõem; mas para esse fim procurão os escriptores demonstrar o que sejião casamentos indignos e desiguaes, quaes as desvantagens que delles provém.

Não os acompanharemos nessa prolixa enumeração, e áquelles que quizerem conhecer as diversas hypotheses figuradas pelos AA., remettemos a Lobão, 2º vol. das Acc. Sum., disse. 14ª, § 1º ao § 21, aonde minuciosamente trata dos diversos casos, que podião ser previstos, segundo as opiniões dos praxistas.

A regra que o juiz tem a observar é que, em todo o caso, só deverá conceder o supprimento do consentimento paterno, quando vir que o pai ou tutor oppõe-se *sem razão e com injustiça* ao casamento

do filho ou pupillo, por isso que em regra a recusa do pai suppõe-se baseada em justa causa.

Para não deixarmos de enumerar casos, em que deva o juiz negar o supprimento pedido, enumeraremos alguns de que falla o Dr. Secco na sua *Orphanologia Practica*.

1º se os contrahentes não têm meios, ou modo de vida conhecida, officio ou industria, com que possam manter os encargos do matrimonio e alimentar-se; 2º, se algum delles foi condemnado em pena infamante ou deshonrosa na opinião publica; 3º, se são notados alguns delles, de prodigalidade, embriaguez, libertinagem ou outro vicio torpe. « Porém se um ou outro dos esposos fór de tal fórma destituido de bens, que elles não possam viver juntamente, segundo sua condição, nem providenciar ás precisões de seus filhos depois da morte de um, ou outro; ou que um, ou outro seja de um nascimento totalmente abjecto; ou de outra parte, se elle tiver uma má conducta, e passe por um vicioso, jogador, bebado, etc. Estas razões serão sufficientes para autorisar os pais a se oppôr a um semelhante matrimonio ». Cod. Fred., p. 1, liv. 2º, tit. 2º, § 21; 4º, se algum delles padece molestia contagiosa e incuravel, 5º; se algum delles injuriou gravemente o pai ou a mãe dissidentes: Corrêa Telles, Dig. 2, arts. 50, 351, 352 a 356 e 358; C. da Rocha, nota ao § 223; 6º, finalmente, a desigualdade pela differença dos misteres nas funcções do bem estar da vida civil, ou na excessiva desproporção de fortuna (e educação) dos contrahentes. « *Sicut enim videmus, diz Egydio, in uno eadem corpore, quod propter inæqualitatem humorum, consurgit infirmitas et pagna fit, et inter omnes propter injurias, et inæqualitates, quas inter se exercent consurgunt dissensiones et bella... Patet, quales conjuges singuli cives accipere debeant.... In omni conjugio nimia imparitas videtur essa vitenda; non imparitas in excessu, sive sit secundum nobilitatem, sive secundum ætatem, est plurimum est causa litigii, vel est causa, ut conjuges sibi fidem non servent.*

« Matrimonia enim infelices exitus habere solent, quando inter impares contrahuntur: Rot., decis., 9. parte X, n. 59.

« Equalitas est mater concordie; contra, inæqualitas odii, dissidii que parens est: *Tiraq. sobre a lei 5 connub., n. 20.*

E' justa causa para negar-se o consentimento á filha, se o esposo é inepto para governar a casa e sustentar a familia, pelo justo receio de que de tal casamento resultará a pobreza e desordem: *B. Carn., § 109, n. 3º*

O bom senso do juiz o aconselhará melhor, quaes as circumstancias em que deverá conceder ou negar o supprimento do consentimento do pai ou tutor, para o casamento do filho ou pupillo.

Sempre que de semelhante casamento possam resultar desgraças, attentas ás condições dos contrahentes, deverá elle recusar o consentimento, sob peua de carregar tambem com a responsabilidade moral

de qualquer infortunio que possa resultar da união, para a qual correu com seu assentimento.

Resta-nos fazer vêr qual o processo usado nos juizos dos orphãos para o supprimento do consentimento paterno.

Aquelle que desejar casar e encontrar opposição da parte do pai, ou tutor da moça, se quizer obter do juiz o supprimento de consentimento para realizar o consorcio, deverá começar por fazer ao juiz dos orphãos uma petição, em que declare o seu nome, residencia e modo de vida, o nome e residencia da orphã com quem deseja casar-se; se tiver cartas ou quaesquer outros documentos, com que prove o desejo ou annuencia da moça a esse casamento, deverá allegar na petição a existencia delles, e juntal-os; exporã outrosim que empregou os meios necessarios, para obter o consentimento do pai ou tutor da pessoa que deseja tomar por esposa, e que havendo encontrado formal resistencia, não fundada em justa razão, pede que se intime o pai, tutor ou pessoa em cujo poder estiver a menor, para trazê-la a juizo, afim de ser interrogada, e depositada até decisão final.

O juiz dos orphãos, recebendo esta petição, a fará distribuir, se fôr caso disso, e mandará passar mandado para vir o pai, tutor ou pessoa em cujo poder esteja a menor trazê-la a juizo para ser interrogada, marcando dia, hora e lugar para proceder-se ao interrogatorio.

Vindo a menor á sua presença no dia e hora marcados, o juiz lhe fará as perguntas que julgar necessarias para chegar ao conhecimento de todo o facto, e, vendo que é verdade o que allegou o requerente na petição, fará depositar a menor em uma casa honesta, lavrando-se o competente auto de deposito, que deverá ser rubricado pelo juiz e assignado pelo escrivão e pelo depositario.

Realizado o deposito, fará o juiz intimar o oppoente, para o que será passado mandado, para vir dentro de um prazo marcado apresentar em juizo as razões porque se oppõe ao casamento.

Citado o oppoente, ou elle se apresenta ou não: No primeiro caso deverá offerecer por escripto as razões que entender que justificação a sua opposição; e se o juiz julgar necessario ouvir sobre ella o peticionario, mandal-o ha responder tambem por escripto em prazo marcado, podendo ainda haver prova testemunhal, se ella fôr necessaria. Feito tudo isto, ouvirã o juiz o curador-geral, se o houver no lugar, senão, nomeará um curador *ad hoc*, e com a resposta deste proferirá a sentença segundo as provas dadas, concedendo ou não o supprimento requerido, podendo, no caso de concessão, mandar que o casamento se faça por escriptura de dote e arrhas se assim o julgar mais prudente; nas comarcas geraes ordenará o juiz dos orphãos a conclusão do feito ao juiz de direito para julgamento. *Decr. n. 5467 de 12 Novembro de 1873, art. 4º, § 6º.*

No caso de não comparecer o oppoente, para offerecer no prazo marcado as suas razões, mandará o juiz, á vista da certidão de não comparecimento passada pelo escrivão, dar vista ao curador geral, ou curador *ad hoc*, para dizer o que entender de justiça, e feitos os autos conclusos, com a resposta do dito curador, julgará o juiz, como acima dissemos.

Se entender que deve autorisar o casamento, poderá dar a sua sentença no theor seguinte.

No caso de comparecimento do oppoente, dirá: Vistos os autos, e a allegação do supplicante, e não havendo o pai (tutor) apresentado justa causa de sua opposição ao casamento da menor F..., passe-se alvará na fôrma requerida, pagas pelo requerente as custas.

Se o oppoente não se tiver apresentado dirá: A' vista dos autos e da allegação do supplicante, e da revelia do pai (tutor) da menor F..., passe se alvará na fôrma requerida pagas as custas. A fôrma de processo que deixámos expendida é a seguida actualmente na pratica e modelada pela da lei de 6 de Outubro de 1784, combinada com o Alv. de 1775. Taes sentenças não devem ser fundamentadas; prohibe-o expressamente a cit. lei de 1784. A vista ao oppoente deve ser concedida em cartorio, e por tres dias apenas.

Da sentença que assim concede licença para casamento supprindo o consentimento do pai ou tutor, tem a parte o recurso de agravo.

A lei de 29 de Novembro de 1775 concedia este recurso, quer houvesse concessão de licença, quer fosse esta negada: Seja dado o agravo de petição da *concessão* ou *negação* dellas para as respectivas Relações, etc.

O assento de 10 de Junho de 1777 mandou que no caso destes agravos fossem remettidos os proprios autos; não só porque assim é a litteral disposição da lei, diz o cit. Ass., mas porque do contrario se seguirão os inconvenientes das despezas das partes nos traslados e nas sentenças, que necessariamente devião haver se se conhecesse por instrumento do agravo.

O Regul. de 15 de Março de 1842 no art. 15, § 12, seguiu as disposições da lei e Ass. citados; restringio, porém, a concessão de agravo ao caso da sentença que concede a licença para casamento, e não da sentença que nega esse consentimento. Os termos do § 6º do art. 4º do Decr. n. 5467 de 1873 autorisão á opinião de que tal recurso acha-se ampliado ao caso de denegação do supprimento do consentimento. Veja *Mach., Man. dos Agg.*; pag. 226 e seg.

Em contrario, mas a nosso vér contra lei expressa, julgou a Relação da córte, *Acc. de 28 de Fevereiro de 1879, (Dir. 18, 587 a 588)*, declarando ser tal sentença appellavel e não agravavel.

O Sr. Dr. Teixeira de Freitas na nota 1ª ao art. 105 da 1ª edição de sua *Consolidação das leis civis*, acreditou que, visto declarar o

art. 15, § 12 do Reg. cit. de 15 de Março de 1842, que o recurso de agravo seria neste caso sempre de petição, na conformidade do Ass. de 10 de Junho de 1777, que se reportou ao disposto na lei de 29 de Novembro de 1775, haveria casos em que a parte ficaria sem recurso, por isso que segundo o disposto no art. 15 do cit. Regul. o agravo de petição sómente tem lugar quando a relação ou juiz de direito, que dever tomar delle conhecimento, se achar no termo ou dentro de cinco leguas do lugar onde se agravava.

Na segunda edição, porém, o distincto juriconsulto aceitou a observação feita pelo Sr. conselheiro Rebouças, e concordou em que, referindo-se o art. 15 do Reg. Cit. ao Ass. de 10 de Junho de 1777, e não fazendo este Ass. questão de distancias para concessão de agravo de petição no caso presente, entende-se que o cit. Reg. aceitou a disposição daquelle Ass. em toda a sua amplitude, abrindo assim no § 12 uma excepção ao dispositivo do art. 15.

E' hoje liquido que da sentença que concede licença para casamento, supprindo o consentimento do pai ou tutor, ha o recurso de agravo de petição, ainda que a relação ou juiz de direito, que deva tomar conhecimento delle, se ache fóra do termo ou em distancia maior de cinco leguas do lugar onde se agrava. Veja-se sobre esta materia os textos das seguintes leis de 23 de Novembro de 1816, de 19 de Junho de 1775, *Alv. de 29 de Novembro de 1775*, de 29 de Agosto de 1776, *Avs. de 10 de Junho de 1777 e lei de 6 de Outubro de 1784*. Os alvarás de supprimento do consentimento paterno ou de tutor pagão sello de 67\$500.—*Decr. n. 7540 art, 1º § 9º*;

A ENTREGA DOS BENS DE ORPHÃOS A SEUS MARIDOS, QUANDO CASAREM SEM LICENÇA DOS MESMOS JUIZES

A Ord. do liv. 1, tit. 88, §§ 19, 20 e 21, tratando dos orphãos que se casão sem consentimento do juiz antes da maioridade, firma tres hypotheses:

1.ª Ou o orphão menor casa-se sem consentimento, mas por seu livre arbitrio, sem ser seduzido ou alliciado por alguém, e assim se casando fal-o em condições inferiores ás de sua familia e fortuna;

2.ª Ou o orphão casa-se sem consentimento do juiz, mas seduzido por algum estranho;

3.ª Ou, finalmente, o orphão casa-se sem consentimento do juiz, e fal-o seduzido pelo proprio tutor ou curador.

No primeiro caso a pena imposta ao orphão é a de não lhe serem entregues os bens antes de chegar á idade de vinte annos; e esta pena haverá outro qualquer que sem autoridade do juiz casar com alguma orphã ou menor de vinte e cinco annos, que tutor, ou curador tiver: *Cit. Ord. § 19.*

Na segunda hypothese, aquelle, que assim enganou, ou induzio o orphão, será constringido a perfazer ao dito orphão sobre a fazenda da

dita pessoa, com quem assim casou, tanto quanto lhe devéra ser dado em casamento com a dita pessoa, com quem assim casou. *cit. Ord.* § 20.

Finalmente, no terceiro caso será o tutor ou curador constrangido a dar de sua fazenda ao dito orphão outro tanto quanto elle tiver: *Cit. Ord.*, § 21.

Isto, porém, dá-se no caso de casamento de orphão, quando não ha o consentimento do juiz, pois que, havendo-o, aquelle pôde casar ainda com dezoito annos de idade apenas, entrando desde logo no gozo de seus bens, que lhe deverãõ ser entregues pelo juiz dos orphãos: *Ord. cit.* § 27; B. Carn., § 258, n. 4; *Dir. de Fam.*, § 159; n. 2, notas 3 e 4. *Cons. das Leis Civ.*, arts. 18, 19 e 20, e notas; Secco, *Orph. Prat.*, parte II, secç. 2^o, art. 193, § 2.^o

Quando, em vez de ser o orphão quem assim se casa sem consentimento do juiz, é a orphã, dever se-hia observar a mesma regra, e na realidade deve ella ser observada em geral; mas, attendendo a que, apezar de haver a orphã feito o seu casamento sem consentimento do juiz, pôde, todavia, ter casado com homem probo e ajuizado, consente a lei que o juiz faça ao marido da orphã, que assim se casou, entrega dos bens que a ella pertencem, justificando elle a sua probidade e bom senso e entendendo o juiz que não ha inconveniente em ter semelhante procedimento: B. Carn., § 258, n. 4, aonde cita em conformidade a opinião de Strykio, liv. 23, tit. 7, § 27; *Dir. de Fam.*, loc. cit., nota verbis: *sendo orphã, os bens entregão-se ao marido sem embargo de ser ella menor de dezoito annos*; *Cons. das Leis Civ.*, art. 20 e nota 2.

A faculdade de conceder assim a entrega dos bens da orphã, que casou sem consentimento do juiz, ao marido desta, é justamente em que consiste a attribuição do juiz dos orphãos, de que trata o art. 5^o, § 8^o do Regul. de 15 de Março de 1812, e art. 2^o, § 4^o da lei de 22 de Setembro de 1828.

O *Av. n. 182 de 23 de Junho de 1859* prohibe a entrega dos bens do orphão, casado sem autorisação, antes da maioridade, e em accordãos de 12 de Setembro e de 28 de Novembro de 1872 decidio a relação de S. Luiz que ha simulação de contrato na venda, feita em fraude de terceiro, a individuo que se casou sem licença do juiz dos orphãos. O Sup. Trib. de Just. confirmou esta doutrina em Acc. de 11 de Março de 1874. E' nullo o contrato antenupcial, exclusivo da communhão, celebrado pelo pubere, orphã de pai e que não tem tutor ou curador, sem autorisação do juiz dos orphãos e assistencia de um curador. O consentimento materno não suppre a assistencia de curador e a licença do juiz. O contrato nullo não pôde ser ratificado na constancia do matrimonio e a nullidade pôde ser allegada dentro de 30 annos, depois da viuvez da pubere. *Accs. da Rel. do Ouro Preto de 11 de Setembro de 1877 e de 21 de Maio de 1878. S. T. de J. de 7 Maio de 1879*

nidade(233); 4º, pelo supplemento de idade(234); 5º, pela morte(235).

(233) Quaes são as dignidades ecclesiasticas, civis e militares, que fazem considerar os orphãos como emancipados e livres da tutela, o diremos no cap. 23, aonde fazemos tenção de tratar da emancipação e de tudo o que lhe é relativo.

(234) A concessão desta graça é privativa do tribunal do desembargo do paço, que só a costuma conceder aos varões que têm a idade de vinte annos completos, e ás femeas a de dezoito, precedendo a prova da necessaria capacidade: Ord. do liv. 1º, tit. 3º, § 7; tit. 88, §§ 27 e 28, e liv. 3º, tit. 42, pr. O modo pratico de obter este supplemento de idade é justificar-se perante o juiz do inventario a capacidade do impetrante, extrahir-se instrumento dessa justificação, e com elle e com a certidão da idade requerer-se ao dito tribunal a provisão necessaria. E' da tarifa o mandar-se passar a dita provisão sem precedencia de informe, commettendo-se ao provedor o fazer realizar a graça, achando serem verdadeiras as premissas da supplica.(u)

(235) Tanto natural, como civil; porque no primeiro caso resolve-se logo a herança do orphão aos seus respectivos herdeiros, e no segundo dá-se-lhe o destino que a lei ordena, cessando immediatamente as funcções do tutor.

(u) Extincto o desembargo do paço, passou essa attribuição para os juizes dos orphãos: *Lei de 22 de Setembro de 1823, art. 2º, § 4º; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 5º, n. 2.*

Obtem-se o supplemento da idade por meio de uma justificação de capacidade prestada perante os juizes dos orphãos, com citação do tutor e do curador-geral. O julgamento de taes justificações e a expedição da carta de emancipação, assignatura e os emolumentos desta, pertencem nas comarcas geraes aos juizes de direito, por isso que taes justificações, dando em resultado e visando sempre a mudança de estado (*de alieni juris para sui juris*), não têm alçada e cahem sob o dominio do preceito geral do art. 24, § 1º da lei n. 2033 de 1871, que passou para os juizes de direito a competencia, para o julgamento em primeira instancia de todas as causas civeis: *Av. n. 246 de 5 de Junho de 1873.*

Na primeira parte desta obra tratámos mais detidamente desta especie de emancipação.

A capacidade civil do emancipado não é completa. A faculdade dis-

CAPITULO XIX

DOS QUE NÃO PODEM SER TUTORES

§ 125

Pessoas ha, que a lei inhabilita de poderem ser tutores(236).

(236) Tendo a lei tanto em vista a boa administração e arrecadação dos bens dos orphãos, era impossivel que não excluísse de poderem ser tutores todos aquelles de quem essa boa administração e arrecadação não podesse esperar-se.

positiva de bens immoveis lhe é tolhida, assim como a constituição de onus reaes, sobre os mesmos bens: *Ord. do liv. 3o, tit. 42, § 2o* Para a pratica destes actos torna-se indispensavel a autorisação do juiz dos orphãos.

A applicação do brocardo: *annus inceptus pro completo habetur*. feita pelo Trib. da Relaç. da Côte, (Acc de 20 de Fevereiro de 1877, *Dir. 12—694*), não nos parece acertada, quando se trata da fixação da idade idonea para requerer-se o supplemento. Quando a lei exige a idade como condição de capacidade para a pratica de qualquer acto, entende-se da idade *cumprida*.

Assim como o brocardo não pôde ter applicação para os casos da maioridade, gozo de direitos politicos, etc., etc, não o pôde ter para a emancipação supplementada.

Tem, porém, esta especie de emancipação o poder de operar em favor do emancipado a extincção da jurisdicção dos juizes dos orphãos?

Parece-nos muito duvidosa a solução.

Pela affirmativa pôdem ser offerecidas as seguintes considerações.

Além da prohibição da faculdade alienativa que acima mencionámos está o menor emancipado impedido de praticar sem a autorisação do juiz dos orphãos, ou de seus pais e tutor, se os tiver um acto importantissimo do *estado civil*, qual o casamento.

Veda-lh'o expressamente a lei de 6 de Outubro de 1784, § 4, que exige a maioridade, para a pratica desse acto, e sem a idade de vinte e um annos *completos* não é o emancipado maior: *Resol. de 31 de Outubro de 1831*.

A simples faculdade de administrar, concessão feita pela lei em favor daquelles que parecem ter-se antecipado no desenvolvimento intellectual á época em que a lei o julga completo, não autorisa o pleno exercicio de todos os direitos civis que a lei fez dependente da

§ 126

Esta inhabilidade, ou resulta da incapacidade physica, ou da incapacidade moral, ou do justo receio.

§ 127

São inhabeis pela incapacidade physica: 1º, os surdos e mudos(237); 2º, os cegos(238); 3º, os enfermos(239); 4º, os velhos(240).

(237) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, nas palavras—ou impedido de algum outro impedimento perpetuo. Esta inhabilidade comprehende não só os surdos e mudos de nascimento, mas aquelles que emmudegêrão depois disso: L. 1ª, § 2, *Dig.*, de tutel.; L. 10, § 1, *Dig.* de leg. tutor: não comprehende, porém, aquelles que fallão e ouvem com difficuldade: L. ult. *Dig.*, de excus. tutor., e *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 2º, cap. 2, n. 7.

(238) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1, e liv. 1, § 1, *Dig.*, de tutorib. E', porém, necessario que a cegueira seja completa, e por isso esta inhabilidade não comprehende aquelles a quem falta uma só vista nem aquelles que são myopes: L. Frater., *Dig.*, de excus. tutor., e *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 2º, cap. 2, n. 11.

(239) E', porém, necessario que a enfermidade, além de grave, seja perpetua: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1, e L. 12, *Dig.*, de excus. tutor. Estão nestas circumstancias os epilepticos, os paralyticos, os hydropicos, os tísicos e outros semelhantes: *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 2º, cap. 2, n. 111. Não póde dizer-se o mesmo dos gotosos, salvo se esta molestia estiver muito adiantada, L. 3, *Dig.*, qui morb., nem dos rheumaticos: L. 3, *Cod.* de decur.

inteira expansão das faculdades intellectuaes, a qual ella suppõe existir sómente na época da maioridade. *Rom. Inst. Orph.* § 80, n. 1.

Veja-se: *Cod. Civ. Franc.*, arts. 482 a 487; *Cod. Civ. Ital.*, arts. 317 a 321, etc., etc.

Veja-se *Demolombe*, Cours de Code Napol.. vol. 8º, cap. 3º, pag. 193 e seguintes. Pela negativa milita o facto de considerarem as ordenações do liv. 1º, tit. 88 § 28 e liv. 3º tit. 42 § 1º, é supplementado como maior de 25 annos, salvo para a pratica dos actos comprehendidos nas limitações expressas em lei.

§ 128

São inhabeis pela incapacidade moral: 1º, os menores(241); 2º, as mulheres(242); 3º, os religiosos(243);

(240) A velhice é uma enfermidade gravissima e perpetua: *Seneca*, Epist. 30. Os velhos são inhabeis para bem administrar, porque se têm mais experiencia e madureza do que os outros faltão-lhes as forças e agilidade indispensavel para qualquer administração. Só se reputão por velhos aquelles que excedem a idade de setenta annos: Ord. do liv. 4º, tit. 104, § 5 (a).

(241) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1. E' controverso se o menor que obteve supplemento de idade é inhabil para tutor. Ainda que alguns autores affirmão que essa inhabilidade cessa quando na provisão de supplemento de idade se lhes concedeu o direito de poderem alienar, comtudo uma tal opinião parece-me insustentavel á face da Ord. do liv. 4º tit. 104, § 3, que, por isso mesmò que falla geralmente, deve tambem applicar-se sem distincção alguma, decidindo-se que os menores, ainda que tenham supplemento de idade, concebido nos termos mais amplos, são inhabeis para serem tutores, emquanto não completarem os vinte e cinco annos. Se o menor fôr nomeado por tutor em testamento solemne só deve entrar na administração depois de completar aquella idade; mas, completa ella, não lhe pôde a administração ser disputada pelos tutores legitimos.

A opinião contraria, sustentada pelo insigne *Mel. Freire*, parte II, tit. 11, § 8º na nota, aonde segue que a nomeação de um menor para tutor é nulla e não pôde em tempo algum pro-

(a) A Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, não considera a velhice como incapacidade para a tutela, e a Ord. do liv. 4º, tit. 104, § 3º, apenas *escusa* deste cargo os maiores de setenta annos; sendo, porém, a escusa um facto, que depende da vontade do tutor allegar ou não, segue-se que o maior de setenta annos pôde aceitar a tutela para que foi nomeado. Se não se pôde, portanto, considerar o maior de setenta annos como inhabil para ser tutor, tambem não se deve consentir que exerça a tutela o individuo que nessa idade esteja alquebrado de corpo e de espirito, ao ponto de nem a sua pessoa e bens poder reger com segurança.

Ao bom criterio do juiz deve ficar confiada a decisão sobre a conveniencia, ou inconveniencia de deferir-se ao maior de setenta annos a tutela de qualquer menor.

duzir effeito, parece-me que não deve seguir-se, já porque a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1, em que elle se funda, não inhabilita o menor de começar na administração depois dos vinte e cinco annos; já porque, conformando-se os nossos legisladores com o direito romano, este reconhecia a validade de uma semelhante nomeação para depois da idade legitima: L. 10, § 3, *Dig.*, de Testam., tutel.; já, finalmente, porque com a legislação romana se conformarão nesta parte as nações civilisadas, *Cod. Fred.*, parte 1ª, liv. 3º, tit. 3, § 4 (b).

(242) Excepto as mãis e avós, porque presumio a lei que o

(b) E' claro que a disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, reproduzida quanto á prohibição dos menores pela do tit. 104, § 3º (onde se trata dos menores, não como *excusaveis*, mas sim como *incapazes*, do exercicio da tutela, á vista das expressões finaes do paragrapho: *E postò que tal menor*, etc.), não comprehende os menores de vintº e um annos que sejam casados; estes são emancipados e havidos por maiores, e estão no caso de serem tutores, mesmo porque estão aptos para o patrio poder.

Dever-se-ha, porém, entender que, á vista do § 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 104, possão elles allegar como escusa a sua idade? Parece-nos que não. porque o casamento, tornando-os capazes de exercer o *patrio poder*, tira-lhes toda a presumpção de fraqueza que a lei nelles supõe em virtude da idade. Acresce que, como já fizemos vér, a inserção da minoridade em um dos paragraphos do tit. 104 da Ordenação em que trata das excusas, foi menos advertidamente feita, tanto que no final desse paragrapho se prohibe expressamente que a tutela seja deferida ao menor, ainda que elle a queira exercer, o que significa que a lei o considerou *incapaz* e não *excusavel* do cargo de tutor.

A opinião de Pereira de Carvalho, quando entende que o menor pôde ser nomeado tutor em testamento, para exercer o cargo quando alcançar a maioridade, não nos parece sustentavel no nosso direito.

Se o menor não fór casado é inhabil para a tutela, segundo a disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, e portanto não pôde ser nomeado para tal cargo em testamento, porque a nomeação sómente deve recahir em pessoa capaz, segundo a lei.

Nem procede o dizer-se que a lei romana autorisava essa nomeação, com quanto tambem prohibisse que o menor pudesse ser tutor; porque a lei romana tambem permittia que o louco pudesse ser nomeado tutor, para exercer o cargo quando estivesse são de espirito: *D. liv. 26, tit. 1º, fr. 11 de Paulo; Inst., liv. 1º, tit. 14, § 2, etc.*; e no entanto deste facto ninguem ainda concluiu que no nosso direito pudesse o louco ser nomeado tutor, sob a condição de exercer a tutela quando *cum sua mentis esse cæperit*. A opinião de M. Freire nos parece a unica sustentavel no nosso direito.

4º, os infames(244); 5º, os escravos(245); 6º, os sandeus e

affectedo que ellas têm pelos filhos e pelos netos suppriria qualquer falta de capacidade: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3, e liv. 1º, tit. 62, § 37.—Veja-se a nota 214 (c).

(243) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1. Os religiosos professos, por isso que se reputão por mortos para os empregos civis, não podem ser tutores. Estarão por ventura na mesma razão os egressos ou secularizados? Estou persuadido que nenhuma inhabilidade têm, e que podem ser tutores, se o quizerem ser, como qualquer outro ecclesiastico, mas que não podem ser obrigados a isso; porque, tendo-os a lei declarado por incapazes de succeder, seria injusto constrangêl-os a ser tutores.—Veja-se as notas 72 e 227.

(244) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1. Ou a infamia seja de direito, ou de facto; e por isso não só são inhabeis os filhos dos traidores e sodomitas, Ord. do liv. 5º, tit. 6º, § 13, e do tit. 13 in pr., mas tambem os bebados, os vadios, os jogadores, os que têm uma conducta reprehensivel e escandalosa e outros semelhantes. Nem todas as profissões que o povo reputa por vis tornão infames as pessoas que as exercitão. Nenhuma profissão se deve reputar por infame se ella é util á sociedade (d).

(c) Paiva e Pona na sua *Orph. Practica*, cap. 8, n. 21, citando a opinião de Spin., entende que a mãi menor de vinte e cinco annos, não pôde exercer a tutela de seus filhos, devendo ser a estes nomeado um tutor dativo até que ella alcance a maioridade. Tal opinião não nos parece sustentavel pelas mesmas razões que apresentámos a respeito do homem menor de vinte e um annos que é casado.

Accresce que a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º, deferindo a tutela ás mãis, não cogitou de semelhante restricção, e nunca de tal coisa se tratou na pratica, deferindo-se sempre a tutela dos filhos ás mãis, quando estas as querem aceitar, sejam muito embora menores de vinte e cinco annos.

(d) Entre nós não existe a infamia de direito, nem a de facto no sentido das antigas legislações romana e portugueza. Os homens de máos costumes, taes como os ebrios, os jogadores, etc., devem ser afastados da tutela, porque são suspeitos, e porque quem offerece á sociedade o triste espectaculo de uma vida desregrada não pôde ser incumbido de velar pela educação e moralisação de entes, em cujas almas deve ser implantado o amor da honestidade, que sómente os bons exemplos podem corroborar e fortalecer.

desassizados(246); 7º, os que seguem outra religião que não seja a catholica romana(247); 8º, os condemnados à morte(248).

§ 129

São inhabeis pelo justo receio:

1.º Os poderosos(249);

(245) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1. A escravidão acha-se completamente abolida neste reino (e).

(246) Mal poderião administrar os bens alheios aquelles que são inhabeis para administrarem os seus, e por isso com razão excluiu a lei semelhantes pessoas de poderem ser tutores. Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º. São igualados aos sandeus e desassizados os furiosos, os prodigos, os desmemoriados, os estupidos e outros semelhantes: Ord. do liv. 4º, tit. 103.

(247) Ainda que semelhantes pessoas são toleradas emquanto respeitão as leis do paiz, comtudo nunca podem exercer empregos publicos, e por isso não podem ser tutores. Podem, porém, sê-lo dos pupillos que seguirem os seus principios religiosos por serem da mesma nação: *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 2, § 8, n. 11 (f).

(248) Tanto natural, como civil, e por isso os banidos, os perpetuamente degradados e outros semelhantes, não podem ser tutores nos lugares do seu degredo.

(249) Ord. do liv. 4º, tit. 104, § 5.º Entrão nesta classe:

(e) O Sr. Dr. Teixeira de Freitas, na nota ao art. 262 da *Consol. das leis civis*, entende que, à semelhança do direito romano, pôde o escravo ser nomeado tutor em testamento por seu senhor, porque tal nomeação importa concessão da alforria; não podemos concordar com esta opinião do eximio jurisconsulto, porque parece nos que a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º, prohibe expressamente a nomeação do escravo para tutor testamentario, e portanto não pôde ser aqui applicavel a doutrina do direito romano. O senhor para nomear seu escravo tutor é preciso manumittil-o expressamente antes de fazer a nomeação, a qual só pôde recahir pessoa já livre na época em que é feita.

(f) A diversidade de religião não é motivo de incapacidade para a tutela, tanto mais quanto a constituição do Imperio sómente inhibio de serem deputados os que professão religião diversa da do Estado art. 35, § 3º; não os inhibio, porém, de serem senadores, como o faz notar o Sr. marquez de S. Vicente no seu *Trat. de Dir. Pub. Bras.*, tit. 2º, secç. 3ª, § 2º, n. 65.

- 2.º Os inimigos do pupillo(250) ;
- 3.º Os que têm bens em commum ou a confinar com elle(251) ;
- 4.º Os que seu pai excluiu declaradamente(252) ;
- 5.º Os que voluntariamente se offerecem(253) ;

1.º, os fidalgos de linhagem, os assentados nos livros de el-rei e os de solar; não assim os de cota de armas: Ord. do liv. 1.º, tit. 17, § 2; tit. 90, § 16, e liv. 5.º, tit. 120, e *Guerreiro*, Trat. 3.º, liv. 2.º, cap. 2, n. 121 e seguintes; 2.º, os cavalleiros, em cujo número se comprehendem os cavalleiros fidalgos, os confirmados por el-rei e os das ordens militares: cit., Ord. do liv. 5.º, tit. 120; 3.º, os doutores em leis, canones ou medicina, feitos por exame em estudo geral: cit. Ord. do liv. 4.º, tit. 104, § 5, e liv. 5.º, tit. 120 in pr. Por identidade de razão são comprehendidos nestas leis os doutores de todas as outras faculdades: *Guerreiro* cit., loc., n. 91 e seguintes: a razão porque a lei inhabilita semelhantes pessoas de poderem ser tutores é porque além não de poderem nem devem distrahir-se das obrigações a que estão ligadas, seria difficil aos pupillos obrigal-as a dar-lhes contas em razão do seu poderio, *Guerreiro*, Trat. 3.º, liv. 3.º, cap. 4.º, n. 62.

(250) Ord. do liv. 4.º, tit. 102, § 1. Estão na mesma razão os que tiverão inimizade capital com o pai do pupillo, porque senão deve esperar delles uma boa admistração, salvo se essa inimizade foi seguida de uma verdadeira e sincera reconciliação L. 6, § 17, *Dig.* de excus. tutores e *Guerreiro*, Trat. 3.º, liv. 2.º, cap. 2, n. 151.

(251) Pelas usurpações que lhes podem fazer. *Guerreiro*, Trat. 3.º, Liv. 3.º cap. 4.º, n. 61.

(252) L. 1, *Dig.*, de Tutor. e curat. dat., *Manz.*, de Tutor., P. 1.ª, tit. 5, n. 59, e *Guerreiro*, Trat. 3.º, liv. 3.º, cap. 4, n. 32. Aquelle que o pai excluiu de ser tutor de seus filhos tem contra si toda a presumpção e por isso nunca o juiz o deve admittir, ainda que muito capaz e idoneo lhe pareça.

(253) Aquelles que voluntariamente se offerecem para tutores, e principalmente dos orphãos ricos, devem ter-se por suspeitos, pois é raro que alguém queira sujeitar-se a incommodos e trabalhos penosos por impulsos de beneficencia: *Guerreiro.*, Trat. 3, liv. 3.º, cap. 4, e *Peg. forens.*, tomo 3.º,

6.º Os padraſtos dos pupillos(254);

7.º Os pobres(255).

cap. 27, n. 8, aonde, tratando dos que ſe offerecem para provedores das misericordias, e dos que fazem grandes eſforços para o serem diz: *Videmus quidem plures iſtanter appetere munus proviſoris et fratrum ſantæ miſericordiæ, præcipue ubi dives eſt-ut experientia docet; quod non omnes miſericordia ducti illud appetunt, ſed lucri faciendi gratia.* E o citado *Guerreiro* accreſcenta: Que, tendo viſto diſputar muitas vezes a preferencia na tutela dos orphãos ricos, nunca vio acontecer o mesmo a respeito dos pobres, da que tratão de excuſar-se.

(254) Peg. á Ord. do liv. 1º, tit. 3º, § 112, gloz. 72, n. 3. Se as noſſas leis repellem da tutela a viuva mãe do pupillo, quando casa segunda vez, presumindo que já lhe não tem aquelle affecto de que confiavão a boa administração. menos podem confiar naquelle com quem ella casou, *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 3º, cap. 4, ns. 40 e 41. E ainda que alguns aſſentão que o juiz deve confiar a tutela aos padraſtos, ſendo elles capazes e probos, comtudo devem ter niſto toda a cautela, porque, ſegundo diz o cit. *Guerreiro*: *Vitrici erga privignos maligna conſilia nutriunt: eoſques odio habent; mortem illorum, frequenter deſiderant, et multas proditiones ergo eoſ quotidie moliantur.* A experiencia confirma tudo iſto, e a prudencia exige que ſenão fação tentativas, cujos resultados costumão ſer funeſtos (g).

(255) L. 7 e L. 40, § 1, *Dig.*, de Execus. Tutor. et Curat. Semelhantes tutores, além de não poderem perder na administração dos bens do pupillo o tempo que ſe lhes faz neceſſario para ganharem a ſua ſubſiſtencia, não terião com que ſegurar a ſua administração. Ha, porém, um caso em que o juiz os póde admittir, e é quando, ſendo os parentes mais proximos do pupillo, forem tambem pessoas honſtas, dignas de fé, e bons administradores de ſua pessoa e fazenda:

(g) Que os padraſtos podem ſer tutores dos enteados o decido a Relação da córte por accordão de 8 de Novembro de 1851 baseado nas leis 32, § 1º *D. de adoption.*, e 3ª, *Cod. de contr. jud. tut.*, e o tem ſempre ſeguido a pratica. Nenhuma lei ha que prohiba entre nós a tutela dos padraſtos; a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º, que impede as mãis de continuarem a exercer a tutela dos filhos, depois de contrahirem ſegundas nupcias, não prohibe que ſejão tutores dos menores os homens com os quaes ellas contrahirem eſſas nupcias: *Ord.*

Ord. do liv. 4.º, tit. 102, § 5. Bem se vê que não fallamos dos pobres mendigos e miseraveis, porque estes nunca podem ser tutores (h).

cit., § 1.º a razão da prohibição é incidirem as mulheres pelo facto do casamento sob o poder dos maridos.

Quando os padrastrós forem capazes e probos podem ser nomeados tutores, apesar do aviso de Guerreiro citado na nota.

(h) Convem saber como se deverá entender a expressão *pobres*, neste caso.

O juiz é sempre obrigado a escolher tutores abonados aos menores, e sómente em falta absoluta delles poderá escolher um *pobre*, com tanto que seja *pessoa honesta e digna de fé*. Esta concessão, pelo facto de ser feita no § 5º da Ord. do liv. 4º, tit. 102, onde se trata da tutela legitima, tem sido entendida unicamente em relação a esta especie de tutela; as circumstancias, porém, forçãõ a estendê-la tambem á tutela dativa; e senão digão-nos qual o recurso que tem o juiz dos orphãos, sendo obrigado a nomear tutores a todos os orphãos que o não tenham, quando estes não tiverem parentes, e nem forem encontradas pessoas abonadas que possãõ exercer a tutela?

Isto dá-se todos os dias, e o juiz vê-se forçado, quando tem de nomear tutor a um menor pobre, que muitas vezes nada tem de seu, a lançar mão de homens honestos, mas sem fortuna.

Além disso por *pobre* não se entende o homem que goza de algum bem-estar, por minimo que seja, mas sim daquelle que precisa de todo o seu tempo e industria para se manter. B. Carn., vol. 3º, § 246, n. 13. *Et ad hunc effectum ille dicitur pauper qui tota sua industria ac tempore indiget ad se ipsum competententer sustentandum.*—Vide Repert. das Ord., tomo 4º, pag. 139. O Cod. Civ. Port. admite a pobreza como simples escusa: art. 227, n. 9.—*Veja Buniva, Diritto delle persone*, tom 2º, pag. 247 a 253.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Cod. Civ. Franc., art. 442. Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille:

1.º Les mineurs, excepté le père ou la mère;

2.º Les interdits;

3.º Les femmes, outres que la mère et les ascendantes;

4.º Tous ceux qui ont ou dont les pères ou mères ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis.

Conf.: *Cod. Civ. Port.* art. 231, n. 1, 2, 3 e 5; *Cod. Civ. do Chili* art. 497, n. 3 e 5; art. 499, 500 e 506.

Cod. Civ. Franc., art. 443. La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle,

emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée.

Conf.: *Cod. Civ. Ital.*, art. 269 e 271, e *Cod. Civ. do Chili*, art. 497, n. 9, combinado com o art. 267, n. 4.

Cod. Civ. Franc., art. 414, Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituable, s'ils sont en exercice :

1.º Les gens d'une conduite notoire ;

2.º Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.

Art. 445. Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle ne pourra être membre d'un conseil de famille.

Conf.: *Cod. Civ. Port.* arts. 234, n. 6 e 7, e 235, n. 3, *Cod. Civ. Ital.*, art. 269, n. 3, e *Cod. Civ. do Chili*, art. 497, n. 8 e 12.

O Cod. Civ. Port. estendeu a prohibição, por incapacidade aos *devedores de sorima consideravel ao menor* (art. 234, n. 4), prohibição que se vê estatuida nas Novellas 72, cap. 1º, e 99, cap. 1º, e reproduzida no Cod. chileno (art. 596), com excepção do tutor testamentario (art. 507).

São igualmente declarados incapazes pelo Cod. Port. : os juizes singulares, e o curador dos orphãos nos julgados do domicilio do menor ou em que seus bens estiverem (art. 234, n. 8).

A's causas de incapacidade para a tutela mencionadas no Cod. Civ. Franc. acrescentou o Cod. Ital. :

1.ª A que se funda no facto de ter pleito sobre o estado do menor ou da fortuna deste, não sómente em referencia ao proprio individuo e seu pai ou mãe, mas em referencia aos descendentes e conjuge, e comprehensiva não só do pleito existente, como do que possa vir a existir : art. 268, n. 3.

2.ª A proveniente da fallencia, a que se não seguio a rehabilitação : art. 269, n. 4.

Além das mãis e ascendentes femininos excluio da prohibição as irmãs germanas não casadas : art. 268, n. 1.

O codigo civil do Chili foi o que com melhor methodo e maior minuciosidade codificou as causas de incapacidade.

Deixamos de mencional-as detalhadamente a bem da brevidade a guardar nos estreitos limites de uma nota.

Aos amigos do estudo de legislação comparada recommendamos a leitura do liv. 1º, tit. 30, arts. 497 a 513 daquelle codigo

Póde o estrangeiro ser forçado a aceitar uma tutela dativa?

A dação de tutores aos orphãos pela autoridade é a mais directa manifestação da protecção que dispensa o poder publico aos membros desamparados da congregação social.

A força obrigatoria dessa investidura tutelar soffre, sem duvida, a limitação da competencia da autoridade que a dá. Dahi provém o dizer-se que a tutela dativa é a que mais reveste o caracter de *munus publico*. Ao inverso do que se dá em referencia ás tutelas testamen-

CAPITULO XX

DAS ESCUSAS DOS TUTORES

§ 130

O nomeado para tutor pôde requerer a sua escusa, tendo para isso justa causa.

§ 131

Todas as causas que inhabilitão para a tutela são justas e attendíveis para se requerer a escusa(256).

§ 132

Além dellas escusão tambem da tutela testamentaria e da legitima: 1º, o numero de cincó filhos(257); 2º, o emprego(258).

(256) Se por ignorancia, omissão ou descuido, se tiver nomeado para tutor um individuo que tenha inhabilidade legal, deve o juiz, apenas saiba disso, removê-lo immediatamente, ainda que elle não queira escusar-se. Destas inhabilidades tratámos no capitulo antecedente, aonde remettemos os nossos leitores para evitarmos repetição.

(257) E', porém, necessario estarem debaixo da administração daquelle que pretende escusar-se: Ord. do liv. 4º, tit. 104 princ. Contão-se neste numero aquelles que morrerão na guerra ou indo para ella: cit. Ord.; os varões e as femeas; os legitimados *per subsequens matrimonium* e os netos. Quando o quinto filho está gerado, conta-se como vivo e aproveita para a escusa. E' controverso se os filhos ou filhas que professarão em alguma religião aproveitão tambem ao pai para se escusar?

Ainda que muitos assentão que não, porque a cit. Ord. apenas manda contar como existentes os que morrerão gloriosamente em defesa da patria; comtudo a opinião contraria é defendida por *Guerreiro*, Trat. 3, liv. 2º, n. 41, dizendo: « que se

tarias e legitimas, o provimento da dativa é uma funcção do poder publico, e as regras que o regem não são de direito privado. O estrangeiro, escapando á acção do direito publico interno, não pôde ser coagido ao exercicio de um *munus publico*.—Vej. *Av. de 8 de Junho de 1837*.

§ 133

Mais algumas causas ha, que, apesar de não inhabilita-

com effeito a lei reputa como vivos os que morrerão pela patria temporal, tambem se devem reputar por vivos os que morrerão pela patria celeste(a).

(258) São escusos de toda e qualquer tutela, em razão do seu emprego, os desembargadores, corregedores, ouvidores, juizes de fóra, vereadores, vedores da fazenda, contadores, thesoureiros, almoxarifes, officiaes deputados para servirem perante elles, procuradores, escrivães, inquiridores, carcereiros, porteiros e caminheiros: Ord. do liv. 4º, tit. 104, §§ 1 e 2. Os vereadores não podem escusar-se das tutelas que já tinham antes de haverem os ditos empregos: cit. Ord., § 1 (b).

(a) No direito romano o numero de tres filhos era na cidade de Roma escusa legal da tutela, na Itália o de quatro, e nas provincias o de cinco.

A escusa de tres filhos foi concedida pela lei *Papia Popa*, que, desejando proteger as uniões legitimas para pôr termo á dissolução que havia em Roma e que dava causa a consideravel redacção que se notava na população, tornou o casamento, e principalmente a paternidade, fontes de privilegios relativos aos direitos de successão, e ás isenções dos encargos que em geral pesavão sobre todos os cidadãos.

No numero dos filhos, que era preciso ter o cidadão para poder escusar-se da tutela, não se contavão, porém, os filhos adoptivos; estes servião de escusa a seus pais naturaes: *Inst*, liv. 1º, tit. 25, princ.

Vej. *Pothier, Obr.*, vol. 9º, parte I, n. 157; *B Carn.*, vol. 3º, § 247, n. 10 a 14; *Secco, Orph. Prat.*, art. 164, § 4º, n. 6; *Paiva e Pona. Orph. Prat.*, parte I, cap. 8º, n. 43, *Lobão, Ac. Sum.*; §§ 387 e seguintes; *C. da Rocha*, vol. 1º, § 370; *Guerr.*, *Trat. 3º, de tutor.*, liv. 2º, cap. 2º; *Dir. de Fam.*, § 149, n. 7; *Cons. das Leis Civ.*, art. 263, § 1º, etc.

(b) Correspondem aos officiaes da antiga organisação os desembargadores, juizes de direito e juizes municipaes; os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e officiaes de justiça: *Consolid. das Leis*, art. 263, §§ 2º e 3º, e nota, e *Dir. de Fam.*, § 149, n. 1 e 2, e nota

A Ord. do liv. 4º, tit. 104, não escusou das tutelas os diplomatas e os militares, como o fez o direito romano: *Inst.*, liv. 1º, tit. 25, §§ 2 e 14, e o codigo civil dos francezes, arts. 428 e 429.— Vide *Pothier, Obras*, vol. 7º, parte I, n. 156.

rem da tutela, nem escusarem da testamentaria e legitima, escusão comtudo da dativa.

§ 134

Taes são: 1º, o privilegio(259); 2º, a impericia(260); 3º, a complicação de outras tutelas(261).

(259) São excusos da tutela dativa em razão do privilegio: 1º, os professores regios, ainda mesmo aposentados, e seus substitutos: Alv. de 28 de Junho de 1759, Dec. de 14 de Julho de 1775, Prov. de 28 de Fevereiro de 1778 e Resol. de 18 de Agosto de 1779; 2º, os estanqueiros do tabaco: lei de 20 de Março de 1452 e Alv. de 24 de Fevereiro de 1764; 3º, os contratadores das cartas de jogar: lei de 4 de Janeiro de 1645 e Condiç. 11 de 30 de Julho de 1769; 4º, os thesoureiros da bulla da cruzada e seus escrivães: Regim. de 10 de Maio de 1634, § 85; Alv. de 7 de Novembro de 1673, e Decrs. de 27 de Novembro de 1757; 5º, os maridos e filhos das amas dos engeitados: Alv. de 29 de Agosto de 1654, Alv. de 22 de Dezembro de 1695, Alv. de 26 de Outubro de 1701 e de 9 de Novembro de 1802; 6º, os que pedem para Santo Antonio: Resol. de 3 de Novembro em Provis. de 1 de Dezembro de 1716, Alv. de 18 de Maio de 1752 e Provis. de 15 de Fevereiro de 1815; 7º, os milicianos: Alv. de 1 de Setembro de 1800 e Regul. confirmado por Alv. de 20 de Dezembro de 1808, tit. 5º; 8º, os depositarios geraes e parciaes do papel sellado: Alv. de 27 de Abril de 1802, § 35; 9º, os empregados na Companhia Geral das Carnes: Condiç. 26 de 12 de Março de 1794; 10º, os impressores: lei de 20 de Março de 1452 e Prov. de 25 de Outubro de 1617; 11º, os pedidores dos captivos e meninos orphãos: Alv. de 10 de Março de 1562, de 24 de Setembro de 1566, de 12 de Agosto de 1615, de 15 de Abril de 1641 e Provis. de 4 de Abril de 1723; 12º, todos os outros a quem são concedidos iguaes e maiores privilegios.

Deve advertir-se que todos os privilegios que escusão da tutela hão de entender-se a respeito da dativa, e não da testamentaria e legitima se della não fizerem expressa menção, Ord. do liv. 4º, tit. 104 pr., e que os thesoureiros das bullas e estanqueiros têm numero certo e determinado, excedido o qual

§ 135

Ha casos em que a escusa, apesar de justa, não deve ser attendida(262).

não vale a privilegio: Provis. de 17 de Fevereiro de 1817, e Alv. de 24 de Fevereiro de 1764, §§ 27 e 28 (c).

(260) Quando ella differir pouco da estupidez: § 8, Instit. de Excusat. Tutor et Curat., e L. 6, § ult. Dig., eod. titul.; porque se o tutor nomeado tiver, além do senso commum, uma experiencia de administrar e uma prudencia ordinaria, não deverá ser escusa por não saber lêr e escrever, pois segundo diz judiciosamente *Guerreiro*, Trat. 3, liv. 2º, cap. 2, n. 149: *Prudentia namque et ars administrandorum negotiorum, magis exipso rerum usu, quam exotioso studio comparatur* (d).

(261) Como a tutela é para beneficio dos pupillos, afim de que os seus bens sejam exactamente administrados durante a sua menoridade, mal poderia isto conseguir-se se a mesma pessoa podesse ser constrangida a administrar muitas tutelas ao mesmo tempo: Por direito romano aquelle que tinha tres tutelas éra escuso de qualquer outra: L. 2, § 9, e L. 3, Dig., de Excus. Tutor, Casos havia em que uma só escusava de outra, o que acontecia quando ella era muito complicada e trabalhosa: L. 31, § 4, Dig., eod. As tutelas de que o pai se acha encarregado aproveitão ao filho, estando debaixo do patrio poder, e vice-versa: L. 4, § 1, e L. 5, Dig., eod, e *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 9, § 9. Podem comprehender-se nesta escusa os ecclesiasticos, a quem é comettida a cura das almas: cit. *Cod. Freder.*, §§ 4 e 10, e *Cod. Civ. dos Franc.*, art. 435.

(262) Acontece isto: 1º, quando o tutor aceita a tutela sem

(c) Não tem mais applicação os casos de escusa mencionados nesta nota: *Consolid. das Leis*, nota ao art. 263; *Dir. de Fam.* nota 1ª ao § 149.

(d) Deve-se mencionar tambem como causa de escusa a enfermidade temporaria de que trata o § 4º da Ord. do liv. 4º, tit. 104, e que o autor deixou de enumerar, naturalmente por já tê-la incl. do entre as causas de incapacidade; mas a enfermidade para poder ser considerada causa de incapacidade para a tutela deve ser *perpetua*: Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1º. O direito romano mencionava a enfermidade temporaria, e até a *debilidade da saude*, como causa de escusa: *Inst.*, liv. 1º, tit. 25, § 7º.—Vide *B. Carn.*, vol. 3º, § 247, n. 20.

§ 136

Aquelle que se escusa da tutela legitima sem justa causa, incorre na pena de não succeder ao pupillo, se elle morre dentro da puberdade(263).

§ 137

A escusa deve requerer-se depois de assignado o termo

ponderar a escusa que já tinha; 2º, quando recebeu o legado que se lhe deixou para ser tutor; 3º, quando prometteu ao defuncto ser tutor de seus filhos, *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 3, § 6, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., parte I, § 389, excepto se sobrevier uma digressão necessaria, serviço real ou incapacidade pessoal para reger os seus proprios bens: *Almeida e Souza*, cit. loc. na nota, e *Cod. Freder.*, supra § 7.

(263) Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 6. Não ha causa mais justa do que ser privado do commodo da successão aquelle que sem justa causa se subtrahе ao incommodo da administração da tutela. Esta pena não só tem lugar a respeito dos tutores seculares, mas dos ecclesiasticos, pois que uns e outros podem ser constrangidos á tutela legitima: Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 3, e *Cabed.*, Dec. 80 e 82. E', porém, necessario que a dita pena seja decretada por sentença, precedendo conhecimento ordinario. Morrendo o orphão depois dos quatorze annos, sendo varão, e dos doze, sendo femea, não tem lugar esta pena: cit. Ord.(e)

(e) Não nos parece verdadeira a proposição emitida pelo autor no § 136 supra.

Nenhum tutor, seja elle testamentario, legitimo ou dativo, pôde escusar-se da tutela, sem *justa causa*; aquelle que não apresentar alguma das causas de escusa mencionadas na Ord. do liv. 4º, tit. 104, pôde ser pelo juiz *constrangido* a aceitar e exercer a tutela, *Ord. do liv. 4º, tit. 102, §§ 5 e 7*, á excepção unicamente das mãis e avós, (*Ord. cit. § 3º verb. e quizerem ter a tutoria*), podendo o meio coercivo ser a prisão civil, *Corr. Tell., Dig., parte II n. 728, Dir., 7—626*, ou a accusação pelo crime de desobediencia, previsto no art. 128 do *Cod. Crim.* A pena de não succeder ao pupillo se este morrer na impuberdade, soffre-a o tutor legitimo quando recusar-se a exercer a tutela, allegando *justa causa de escusa*, pois que não ha hypothese, a não ser a do caso de incapacidade, de poder o tutor recusar-se a exercer o cargo sem apresentar *escusa legitima*.

da tutela(264), dentro de certo tempo(265), e pelos meios competentes(266).

§ 138

Do despacho proferido sobre a escusa compete o recurso de appellação(267).

(264) Emquanto o tutor não assignar o competente termo deve proceder-se contra elle, e não se lhe admittir escusa alguma, pois que a tutela não deve estar vaga um só momento pelo prejuizo irreparavel que disso póde resultar aos orphãos : Cod. Civ. dos Franc., art. 440.

(265) Se por direito romano se concedia aos tutores um espaço de tempo dilatado para requererem suas escusas era em attenção ás distancias, e por isso a sua legislação nesta parte não deve regular entre nós, aonde os districtos da jurisdicção dos magistrados são pequenos. E' portanto pouco reflectida a doutrina de *Guerreiro* no Trat. 3, liv. 3º, cap. 2, e de outros muitos. O Cod. Civ. dos Franc., art. 439, só concede aos tutores o espaço de tres dias, a contar da notificação, para ponderarem suas escusas.

Almeida e Souza, no Trat. das Ac. Sum., na nota, diz que, visto não ser uniforme a legislação das nações a este respeito, se deve conceder aos tutores o espaço de dez dias, e que findos elles não deverão admittir-se escusas algumas (f).

(266) No requerimento que se faz para a escusa devem logo allegar-se todas as causas que a justificação ; porque nem ainda no juizo da appellação se podem allegar outras : Cod. Freder., parte I, liv. 3º, tit. 3º, § 9, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., § 386. Os consanguineos mais proximos do pupillo devem ser citados, ou pelo menos o curador que se nomear. Tantò aquelles como este podem contestar o requerimento de escusa. Este processo é summarissimo : cit. *Cod. Freder.*, § 12; e por isso não admitte replica nem treplica, e corre em férias : Ord. do liv. 3º, tit. 18, § 5.º

(267) Querem alguns doutos que o tutor nomeado possa logo

(f) A praxe é, com effeito, admittir-se o tutor a allegar a escusa que tiver dentro de dez dias da data da nomeação ; findo este prazo e não sendo allegada, entende-se que o tutor renunciou a que porventura tivesse, e é então obrigado a aceitar a tutela: *Dir. de Fam.*, § 149, *in fine*. Convém notar que não basta a simples allegação, é necessaria a prova da escusa.

appellar do despacho que o nomêa : Mul., ad Struv., Exercit. 31, Thes. 59. Outros, porém, e com mais fundamento, seguem que primeiro devem propôr as causas de escusa, e que só depois de regeitadas ellas pôde appellar, Stryk : Us. moderno, liv. 27, tit. 1, § 11. Esta opinião foi a que abraçou o *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3^o, tit. 3^o, § 8, e o *Cod. Civ. dos Franc.*, art. 440. Só poderia ter lugar a appellação se o requerimento da escusa se justificasse logo com documentos, e apezar disto se indeferisse : *Almeida e Souza* : Ac. Sum., parte I, § 385. Não se appellando no decendio passa a sentença em julgado e não pôde mais impugnar-se : *Guerreiro*, Trat. 3, liv. 3^o, cap. 17, n. 4. (g)

(g) Com razão segue o autor a opinião que denega o recurso de appellação do despacho que nomêa tutor e obriga a assignar o termo de tutela, apezar do que se vê no *Dir. vol. 7^o, pag. 623.*

Cabe, porém, agravo do despacho que usa do meio coercivo da prisão contra o tutor nomeado, que, sem allegação ou prova de escusa legal, recusa-se a assignar o termo de tutela. A generalidade da disposição do § 6^o do art. 15 do Regul. de 15 de Março de 1842 torna irrecusavel esta solução: *Mach.*, Man. dos Agg., pag. 172, § 133.

Este agravo, ainda quando siga por instrumento, tem effeito suspensivo : *Decr. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 7^o*

Sobre a materia deste capitulo devem ser consultados :

Demolombe, Trat. da Minor., vol. 1^o, ns. 399 a 459.

Buniva, Diritto delle persone, tomo 2^o, pag. 253 a 258.

Cattaneo e Borda, Il codice civile annotato, vol. 1^o, pag. 233 a 236.

Mourlon, *Repet. Ecrit.*, vol. 1^o, n. 1138 a 1153.

Sanojo, *Inst. de Der. Civ. Venez.* ; n. 258 a 261.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Cod. Civ. Portuguez :

Art. 227. Podem escusar-se da tutela e da pro-tutela :

- 1.º Os ministros de estado effectivos ;
- 2.º Os empregados de nomeação do governo ;
- 3.º Os militares, ainda que não sejam de patente; os reformados não poderão todavia escusar-se, se não se acharem empregados em serviço activo ;
- 4.º Os ecclesiasticos que tiverem cura de almas ;
- 5.º Os que já tiverem a seu cargo alguma tutela ;
- 6.º Os que tiverem cinco filhos legitimos vivos ;
- 7.º Os que tiverem setenta annos de idade ;
- 8.º Os que padecerem molestia chronica, que os impossibilite de sahirem de casa e de tratarem pessoalmente dos seus proprios negocios ;

9.º Os que forem tão pobres, que não possam occupar-se da tutela ou da pro-tutela sem grave prejuizo seu.

Conferem :

Cod. Civ. Austr.:

Art. 195. Quanto ás escusas dos ns. 1 a 6; fixa a idade de sessenta annos para autorisar a escusa, e considera, art. 191, a enfermidade como causa de incapacidade e não contempla a pobreza entre as razões de escusa.

Cod. Civ. Italiano.:

Art. 272 e 273, quanto ás causas dos ns. 1, 3, 5 e 6. Quanto ao n. 2 restringio o direito de escusa a certos empregos, e em referencia á idade, fixou-a em sessenta e cinco annos.

Isentou tambem as mãis (art. 273, n. 1) e os diplomatas, e em gera os que se acharem fóra do paiz em serviço publico (art. cit., n. 7).

Cod. Civ. Chileno:

Art. 514, quanto ás causas expressas nos ns. 1, 5, 6, 8 e 9. Quanto á idade, fixou a de sessenta e cinco annos, como o codigo italiano; sentou sómente certos empregos publicos (art. 514, ns. 1, 2 e 3).

Cod. Civ. Franc.:

Contem disposições semelhantes ás do Cod. Civ. Ital.

Cod. Civ. Venezuel.:

Quanto ás disposições dos ns. 2, 3, 4, 5, 8, 9:

Differe, em exigir apenas o numero de tres filhos para a escusa; em escusar os que não sabem lêr nem escrever, e não fazêl o aos maiores de setenta annos: Art. 368.

Cod. Civ. Port.:

Os que não forem parentes do menor não podem ser constrangidos a aceitar a tutela, havendo no julgado parentes que a possam exercer.

Conferem :

Cod. Civ. Ital., art. 274.

Cod. Civ. Franc., art. 432.

Cod. Civ. Port., art. 229.

A escusa não será attendida se o tutor ou pro-tutor não a requererem na sessão em que forem nomeados, estando presentes a ella, e, não o estando, dentro de seis dias, contados desde aquelle em que a nomeação lhes fôr intimada.

§ Unico. Se as causas da escusa forem supervenientes, deverá esta ser requerida dentro de trinta dias, contados desde aquelle em que essas causas chegarem ao conhecimento do requerente: fóra desse tempo não serão attendidas.

Com a primeira parte do artigo supra do Cod. Port. confere a disposição do art. 438 do Cod. Civ. Franc. Quanto, porém, ao prazo para allegar a escusa, quando não estiver o tutor presente no acto da nomeação, divergem os codigos. Admittem essa allegação dentro de tres

CAPITULO XXI

DA REMOÇÃO DOS TUTORES

§ 139

Ainda antes do tempo das contas podem os tutores ser removidos(268).

§ 140

São justas causas para remoção dos tutores todas aquellas que os tornão suspeitos, e que convencem da sua má administração(269).

(268) Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 33; tit. 88, § 50, e liv. 4º, tit. 102, § 1, nas palavras—emquanto o fizer bem, e como deve, a proveito do orphão, e não fizer causa, por que deva ser tirado da dita tutoria.

(269) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50, nas palavras—E achando dias: o *Cod. Civ. Franc.*, art. 433, e o *Cod. Civ. de Venezuela*, art. 311; dentro de quinze dias, o *Cod. Civ. da Austr.*, art. 201; dentro de trinta dias ou mais, segundo a distancia, *Cod. Civ. do Cihle*, art. 520, e em qualquer tempo, *Cod. Civ. Ital.*, arts. 275 e 276.

Cod. Civ. Port., art. 230.

Os que forem escusos da tutela ou da pro-tutela podem ser compelidos a aceitar-a, cessando o motivo da escusa.

Cod. Civ. Port., art. 231.

Se o conselho de familia desattender a escusa do tutor ou do pro-tutor em exercicio, e estes recorrerem da decisão, serão obrigados a continuar a exercer os seus cargos enquanto o recurso não fôr resolvido. Se assim o não fizerem, o conselho de familia nomeará quem os substitua, ficando o revel responsavel pela gerencia do substituto se não obtiver provimento.

Conferem em substancia: o art. 440 do *Cod. Civ. Franc.*; o art. 275, 2ª parte, do *Cod. Civ. Ital.*; art. 312 do *Cod. Civ. de Venezuela*.

Cod. Civ. Port., art. 232.

O tutor testamentario, que se escusa da tutela, ou é removido por sua má gerencia, perde o direito ao que lhe foi deixado no testamento, se outra cousa não fôr determinada pelo testador.

Art. 233. As escusas dos vogaes dos conselhos de familia são applicaveis as disposições dos ns. 7º e 8º do art. 227, e as dos arts. 228, 229 e seu paragrafo.

que o fez mal, o privará da tutoria e nomeará outro tutor.—O *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 12, § 2, diz assim:—Reputar-se-hão como suspeitos os tutores que, esquecendo as suas obrigações e o juramento que receberão, desprezão a pessoa e os bens do pupillo, ou não exercitão o seu encargo com a diligencia e fidelidade requeridas. O *Cod. Civ. dos Franc.*, no art. 444, diz o seguinte:—Devem ser removidos da tutela todos aquelles que tiverem má conducta, e cuja administração attestar a sua incapacidade ou infidelidade. O nosso *Guerreiro*, no *Trat.* 3, liv. 8, cap. 1º, indicou quarenta e duas causas de remoção, muitas das quaes se achão tambem em *Mul.*, ad *Struv.*, *Exerc.* 31, *Thes.* 52. As principaes são estas: 1ª, se o tutor não cuida da educação do pupillo, ou lhe não fornece os alimentos necessarios; 2ª, se renuncia uma successão que lhe é devolvida; 3ª, se distrahe fraudulentamente alguns de seus effeitos; 4ª, se sujeita os seus bens a encargos; 5ª, se, tendo occasião de empregar os seus dinheiros em bens de raiz, o não faz com autoridade do juiz; 6ª, se deixa ir á revelia os litigios do pupillo; 7ª, se não entra no cofre com os alcances em que fica debitado; 8ª, se adquire molestias que o impossibilitão de bem administrar; 9ª, se se torna prodigo, bebado ou jogador; 10ª, se se torna inimigo do pupillo; 11ª, se não repara as ruinas dos predios ou se os arrenda a pessoas que têm pouca probidade, e que podem fazer-lhes usurpações por terem outros confinantes. O prudente arbitrio do juiz é quem deve regular este negocio, tendo sempre em vista que antes remover um tutor com pequenas causas do que ter de arrepender-se de o não haver feito (a).

(a) Vej. *Secco*, *Orphan. Prat.*, art. 165, § unico, ns. 5 e segs., e *Guerr.*, *Trat.* 3º, liv. 8º, cap. 1º

São justas causas para dar-se a remoção dos tutores:

1.º A inimizade capital com a mãe dos tutelados ou familia daquella.

2.º O facto de serem credores de seus pupillos.

(*Dir.* 13—344.)

A remoção de tutor pôde ser tratada em férias: *art.* 3º, § 3º do *Decr.* n. 1285 de 30 de Novembro de 1853.

O tutor que houver fallido deve ser removido?

Duranton entende que pelo simples facto da fallencia tornou-se o tutor incapaz, e como tal deve ser afastado da tutela: *vol.* 3º, n. 509.

Demolombe, *vol.* 7º, n. 492, faz sentir a possibilidade de grande honradez e capacidade no negociante, que a sorte adversa levou á cessação de seus pagamentos, o que é bastante para tornar por demais absoluta a opinião de Duranton.

§ 141

Tem lugar a remoção a respeito de toda a qualidade de tutores(270).

§ 142

Póde ser requerida por qualquer pessoa do povo(271), e mesmo decretada pelo juiz *ex-officio* e sem requerimento de pessoa alguma(272).

(270) Não só podem ser removidos os tutores dativos e os legítimos, mas até os testamentarios, porque ainda que estes têm a seu favor a presumpção resultante da escolha paterna, é da natureza de todas as presumpções o serem falliveis e devem ceder á verdade. A Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 1, falla expressamente da remoção dos tutores testamentarios. O mesmo determina o *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 12, § 4.

(271) Como a remoção dos tutores suspeitos não só é de interesse particular dos pupillos, mas do interesse geral da sociedade, é por isso que qualquer pessoa do povo a póde requerer e até mesmo as mulheres: L. 1, § 7; L. 3, § 1, *Dig. de susp. tutor.*, e *Cod. Freder.*, parte I, liv. 3º, tit. 12, § 3.º Ha, porém, pessoas que têm precisa obrigação de requerê-la, e até ficarão responsaveis se o não fizessem: taes são os consanguíneos do pupillo, o contutor, se o houver, e o curador-geral. Só a ignorancia lhes poderá servir de escusa.

(272) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50, e tit. 62, § 33. Ainda que ninguem póde ser condemnado sem accusador, comtudo, em attenção aos pupillos, determinou a lei que o juiz, apenas infor-

O alvitre de Demolombe parece-nos preferivel ao de Durantou, devendo, porém, ser o juiz nimíamente escrupuloso em sómente consentir na continuação da tutela, quando, em referencia a seus pupillos pouco favorecidos da fortuna, houver o tutor revelado, a não deixar duvidas, decidido affecto e grandes esforços por sua prosperidade.

Se o fallido tiver a seu cargo tutela de menores opulentos, é do dever do juiz removê-lo e investir do cargo pessoa que, por meio da hypotheca legal de immoveis, possa offerrecer, em bem da segurança dos teres de seus pupillos, uma garantia em que a lei parece confiar, por não julgal-a em caso algum allusoria, o que se daria quando fosse offerrecida por quem nenhuns bens possuísse.

§ 143

Mesmo antes de decretada a remoção devem ser privados da administração da tutela os tutores arguidos de suspeitos(273).

§ 144

O processo da remoção é summarissimo (274), mas

mado da má administração dos tutores, os podesse remover e chamar a contas antes de finda a tutela: *Guerreiro*, *Trat.* 3, *liv.* 8º, *cap.* 3, *n.* 17 e seguintes. E', pois, da obrigação e do dever dos juizes dos orphãos o fazerem todas as possiveis diligencias para se informarem da conducta dos tutores, para atalharem em tempo opportuno males que podem tornar-se irremediaveis, e de que a lei lhes pedirá contas neste mundo e Deos no outro.

(273) L. 8 e § 7, *Inst. de susp. tutor.* Ainda que em regra geral nada deve innovar-se, pendente o litigio, todavia se exceptua esta regra no presente caso a favor dos pupillos, e com toda a razão, porque era de receiar que o tutor, escandalizado pela intentada remoção, causasse incalculaveis prejuizos ao mesmo pupillo, tanto na sua pessoa como nos seus bens, acontecimentos estes que a prudencia manda acautelar em tempo: *Guerreiro*, *Trat.* 3, *liv.* 8º, *cap.* 5, *ns.* 6 e 7. Deve neste caso nomear-se um tutor para administrar interinamente; e ainda que o tutor arguido de suspeito appelle de lhe suspenderem a administração, só se lhe deve receber a appellação no effeito devolutivo: *Guerreiro*, *cit. loc.*, *n.* 2, 3 e 4.

(274) *Ord. do liv.* 1º, *tit.* 62, § 33; *tit.* 88, § 50; *liv.* 3º, *tit.* 18, § 5; *liv.* 4º, *tit.* 102. A mesma natureza de summarissimo lhe dá o *Cod. Freder.*, *parte I*, *liv.* 3º, *tit.* 12, § 6. Não admite, portanto, replica nem treplica, nem appellação suspensiva, nem dilacões ordinarias, e póde correr em férias, excepto nas divinas: *cit. Ord.* (b)

(b) « La tutelle est une charge; mais elle est aussi un droit.

« On ne peut pas en priver un individu malgré lui, et sans connaissance de cause: » *Demolombe*, *vol.* 7º, *n.* 460, onde refere a opinião de *Meslé*.

nem por isso se deve denegar audiencia ao tutor arguido(275).

(275) Por mais summarissimo que seja qualquer procedimento são sempre indispensaveis os requisitos do direito natural: Ord. do liv. 2º, tit 1, § 13. Ainda que a Ord. do liv. 1º, tit. 88. § 50, usa da palavra—informado—ella deve entender-se de modo que do seu sentido litteral não resulte absurdo, o qual resultaria se, sem ser ouvido, o tutor fosse removido da tutela sem alguma summaria justificação. A mesma Ord. do liv, 3º, tit. 18, § 5, nas palavras—removê-las se achar que são suspeitos—suppõe a necessidade de algum processo, e o permite em tempo de férias; e as palavras—e julgar sobre elles, o que lhe por direito parecer—exigem tal ou qual sentença com conhecimento de causa. Acresce que havendo casos em que da remoção resulta infamia ao tutor removido, não era de crêr que a lei se contentasse com uma informação extra-judicial, denegando audiencia ao tutor: *Guerreiro*, Trat. 3, liv. 8º, cap. 5, n. 32, e *Almeida e Souza*, Acç. Sum., § 382, na nota (c).

A falta de conciliação acarreta a nullidade da acção de remoção intentada pela parte: *Dir.* 16—789; a conciliação pôde ser posterior á iniciação da acção: *Disp. Provis.*, art. 5.º

(c) Compete o julgamento, nas comarcas geraes, aos juizes de direito: *lei n. 2033 de 1871*, art. 24.

Não haverá, porém, casos em que a remoção seja da competencia dos juizes dos orphãos?

Para aquelles que admittem a possibilidade da remoção *ex-officio* unicamente pela verdade sabida, de plano, e com simples audiencia do tutor, deve estar firmada para taes casos a competencia exclusiva dos juizes dos orphãos, limitada apenas pela dos juizes de direito, quanto ás sentenças finaes a proferir em juizo contradictorio.

Para os que acreditão, porém, que a medida aconselhada por *Pereira de Carvalho*, no § 143 e nota 273 supra, é de incontestavel efficacia, para os casos em que a permanencia do tutor na administração dos bens dos orphãos faça periclitar os interesses destes, forçoso é assentar, como unica opinião aceitavel, a que condemna a competencia dos juizes preparadores das comarcas geraes para a decretação da remoção dos tutores suspeitos.

Adherimos a esta segunda opinião, apesar de havermos, quando juiz, defendido a primeira.

A appellação que deve ser admittida, sem discrepancia, de todas as decisões que julgão ou não provadas as causas de remoção, denuncia o character definitivo das sentenças de taes feitos.

§ 145

Julgada procedente a remoção, tomão-se logo contas ao tutor removido(276), procede-se contra elle por todos os prejuizos que causou(277) e nomêa-se novo tutor(278).

§ 146

Não se julgando procedente, torna a entrar na administração(279), faz tomar contas ao tutor interino(280) e recebe as custas de quem requereu a remoção(281).

(276) Ord. do liv. 4, tit. 102, § 9 in fine, e liv. 1º, tit. 88, § 50.

(277) Ainda que a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50, parece inculcar que os prejuizos causados pelo tutor removido devem logo liquidar-se nas contas que se lhe tomão, comtudo ha casos em que isso não pôde fazer-se por dependerem de prova e de liquidação. Neste caso deverá o novo tutor intentar contra o removido a competente acção em nome do pupillo e fazer executar a sentença que obtiver. Advirta-se que o tutor, ainda mesmo removido por sentença, só é responsavel pelos prejuizos provenientes do dolo, culpa lata e leve, pois que não tem obrigação de pôr maior cuidado e diligencia nas cousas do pupillo do que nas suas: Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 3º; e haver emenda do damno, que, por culpa ou negligencia do seu tutor, receber.

(278) Se aquelle que se nomeou interinamente, na fórma da nota 272, é capaz, pôde continuar a servir, e é o que sempre se deve fazer para se evitarem novas nomeações e novas contas.

(279) Como a causa da suspensão era a suspeita, cessando ella, devem cessar todos os seus effeitos. Se aquelle que requereu a remoção appella da sentença, que a julgou improcedente, deve esta appellação receber-se em ambos os effeitos, suspendendo-se a execução do julgado.

(280) O tutor interino deve immediatamente dar contas, com entrega de todo o tempo da sua administração, sem poder impedir a reintegração do tutor, cuja remoção se julgou improcedente, salvo se formar contra elle nova accusação, allegando motivos de suspeita diversos d'aquelles que já forão desattendidos.

(281) Aquelle que decahe é sempre condemnado nas custas :

§ 147

Se o tutor removido era testamentario e tinha recebido algum legado para ser tutor, deve restituil-o(282). Se era legitimo não succede ao pupillo, morrendo elle dentro da puberdade(283).

§ 148

Ainda que o juiz do inventario é competente para conhecer das remoções dos tutores(284), ha comtudo casos em

Ord. do liv. 3º, tit. 67, pr. Se a remoção fôr decretada *ex-officio* ou requerida pelo curado r-geral, deve o tutor pagar as custas, ainda que a remoção se julgue improcedente : arg. da Ord. do liv. 3º, tit. 67, §§ 3 e 6. Ainda havendo accusador, não póde o tutor, apezar de julgado não suspeito, demandal-o por acção de injuria, já porque aquelle que usa do direito publico a ninguem faz injuria, L. 55, *Dig.* de reg. jur., já porque a remoção se presume requerida mais por amor para com o pupillo do que com animo de injuriar o tutor : L. 2 e 4, *Cod.* de calumniat., L. ult. *Dig.* de publ. judic., e *Guerreiro*, *Trat.* 3, liv. 8º, cap. 3, n. 30 e 31.

(282) Se o tutor nomeado em testamento perde o legado, quando recusa aceitar a tutela sem justa causa, com mais razão deve restituir o que já tiver recebido, julgando-se procedente a remoção intentada contra elle, excepto : 1º, se a causa dessa remoção existia já ao tempo em que foi nomeado tutor pelo pai do pupillo sem que elle a ignorasse ; 2º, se essa causa fôr daquellas que se não podem imputar ao tutor, como, v. g., se tiver sido removido por doença, velhice, furor superveniente, nobreza e outras semelhantes.

(283) Se aquelle que se escusa da tutela legitima sem justa causa é privado da successão do pupillo, morrendo elle dentro da puberdade, Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 6, com maior razão deve ser aquelle que, aceitando a tutela, mereceu ser expulso e removido pela sua conducta.

E' aqui applicavel a segunda excepção da nota antecedente.

(284) Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50:—Cada vez que o juiz dos

em que o provedor da respectiva comarca o póde tambem fazer(285).

orphãos fôr informado que algum dos tutores rege mal a tutoria, logo lhe tomará conta. E achando que o fez mal o privará della e fará outro tutor.—Nem obsta a Ord. do liv. 1º, tit. 88 § 48, emquanto determina que o juiz dos orphãos se não intrometta a julgar de causas crimes, pois que a acção de remoção não é propriamente criminal, mas sim mixta, e destas acções póde sempre conhecer o juiz civil: *Themud.*, parte II, dec. 210; *Cabed.*, parte I, dec. 13, e *Guerreiro*, Trat. 3, liv. 8º, cap. 6 e seguintes.

(285) A lei foi tão providente a respeito dos pupillos, que, receiando alguns descuidos ou condescendencias da parte dos juizes dos orphãos, autorisou os provedores para remediarem estes males, tornando-os responsaveis por qualquer omissão. E por isso não só podem e devem os ditos provedores remover os tutores suspeitos, Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 33, mas providenciar muitas outras cousas, de que trataremos em lugar opportuno. E', porém, necessario que estejam em acto de correição, porque fóra disso só podem conhecer por agravo: cit. Ord., § 35 (d).

(d) O art. 32, § 4º do Reg. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 incumbio da remoção dos tutores suspeitos, illegalmente nomeados, negligentes e prevaricadores, e dos que não houverem prestado fiança, aos juizes de direito em correição.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Cod. Civ. PORT.

Art. 235.

Podem ser removidos da tutela :

1.º O tutor testamentario ou legitimo, que começar a exercer o seu cargo antes da convocação do conselho de familia e da nomeação do pro-tutor;

2.º Os que não requererem nem promoverem o inventario nos termos da lei;

3.º Os que procederem mal na sua gerencia, tanto em relação ás pessoas, como em relação aos bens dos tutelados;

4.º Aquelles a quem sobrevier algum dos motivos de exclusão indicados na sessão precedente.

Conferem :

COD. CIV. CHIL., *art.* 539, quanto ao n. 3º supra, descrevendo com minucias as cousas comprehendidas no preceito geral do Cod. Port. Assim é que considera causas de remoção: *a incapacidade; a fraude ou culpa grave no exercicio do cargo; a inaptidão manifesta; descuido na administração e conducta immoral.*

COD. CIV. FRANC., *art.* 414: Inconducta notoria, e incapacidade e infidelidade na administração

O COD. CIV. Ital., *art.* 269, accrescenta como causas de remoção: a condemnação a uma pena criminal qualquer, a prisão por furto, fraude, falsidade e attentados aos bons costumes, e a fallencia, quando não rehabilitou-se o fallido.

COD. CIV. AUSTR., *art.* 254.

COD. CIV. PORT.

Art. 236.

Ao conselho de familia compete resolver a exclusão e a remoção do tutor e do pro-tutor, verificando as causas ou os impedimentos legaes com audiencia do interessado, sempre que esta se possa dar sem grave inconveniente.

Conferem :

COD. CIV. FRANC., *art.* 446, quanto á competencia do conselho de familia.

COD. CIV. ITAL., *art.* 271.

Os Cods. Chileno, *art.* 542, e Austriaco, *art.* 253 e 254, conferem a competencia para remoção aos tribunaes.

COD. CIV. PORT.

Art. 237.

A resolução do conselho de familia será sempre fundamentada.

Conf.:

COD. CIV. FRANC., *art.* 447.

A citação do tutor é condição de validade do acto da remoção: Cod. Franc., *art. cit.*, e Cod. Ital., *art.* 271.

COD. CIV. PORT.

Art. 238.

Se o interessado acquiescer á resolução do conselho de familia, pro ceder-se-ha immediatamente a sua substituição.

Conf.

COD. CIV. FRANC., *art.* 448, 1º ainea.

COD. CIV. PORT.

Art. 239.

Se o interessado recorrer da resolução do conselho de familia, sera esta sustentada á custa do menor. O conselho só poderá ser condemnado nas custas no caso de calunnia manifesta.

Art. 240.

No caso de exclusão, proverá o conselho provisoriamente, como convier, ácerca da pessoa e dos bens do menor, emquanto se não resolver definitivamente o recurso.

Art. 241.

No caso de remoção, se o removido estiver no exercicio de suas funcções, e houver grave inconveniente em que continue na gerencia, emquanto se não resolver o recurso, poderá o curador requerer ao juiz a providencia provisoria que parecer indispensavel.

Art. 242.

O tutor ou protutor removido ficará ao mesmo tempo inhibido de ser vogal do conselho de familia.

COD. CIV. FRANÇ., *art. 448, 2º ainea:*

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

Art. 449. Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente.

COD. CIV. CHILENO:

Art. 542. La remocion podrá ser provocada por cualquiera de los consaguineos del pupilo, i por su conyuge, i aun por cualquiera persona del pueblo.

Podrá provocarla el pupilo mismo, que haya llegado a la pubertad, recurriendo al respectivo defensor.

El juez podrá tambien promoverla de officio.

Seron siempre oidos los parientes i el ministerio publico.

Art. 543: Se nombrará tutor o curador interino para mientras penda el juicio de remocion. El interino escluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente o conyuge; i será agregado al que lo fuere.

Art. 544. El tutor o curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo.

CAPITULO XXII

DOS CURADORES

§ 149

Além dos curadores dos menores, que em nada differem dos tutores dos impuberes(286), ha diversos outros.

(286) Se em muitos lugares da nossa legislação, como, por exemplo, na Ord. do liv. 3º, tit. 41, parece fazer-se differença entre os tutores dos impuberes e os curadores dos menores, todavia a Ord. do liv. 4º, tit. 104, § 6, os igualou completamente, e por isso é applicavel a estes curadores tudo o que nos capitulos antecedentes dissemos a respeito dos tutores, não só relativamente ás suas diversas especies, mas a respeito das suas inhabilidades, escusas e remoções (a).

Será asi mismo perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo.

COD. CIV. ITAL., art. 271 :

Le domande cui possono dar luogo le disposizioni dei due precedenti articoli, saranno proposte dinanzi al consiglio di famiglia, salvo il diritto dei richiamo davanti il tribunale.

Tale richiamo potrà anche farsi dal pubblico ministero.

Quando si tratti di escludere o rimuovere il tutore o pro-tutore, il consiglio di famiglia non potrà deliberare se non sentiti o debitamente citati i medesimi.

(a) Entre nós não existem os curadores dos menores de que falla o autor no § 149 supra.

E' verdade que as OOrd. do liv. 1, tit. 88, §§ 15, 16, 18 a 21, 23 a 26, 27 e 46; liv. 4º, tit. 102, e tit. 103 princ.; liv. 3º, tit. 29, § 1º; tit. 41, § 8º; tit. 63, § 1º, e outras, tratão de curadores dados aos menores, e principalmente as duas ultimas OOrd. cit. parecem indicar que taes curadores são dados unicamente aos puberes, e existem com o character dos curadores admittidos na legislação romana pelo Imperador Marco Aurelio, Antonino, e de que trata a Inst., liv. 1º, tit. 23 princ., e §§ 1º e 2º.

Tal cousa não ha, e mesmo no direito portuguez das OOrd. não se tirava os tutores aos menores quando chegavão á puberdade, para se lhes dar curadores; os tutores região as pessoas e bens dos menores até a idade de vinte e cinco annos, que a lei fixára para a maioridade; apenas a representação do menor pelo tutor soffria as modificações de que fallão as OOrd. de liv. 3º, tit. 41, § 8º, e 63, § 1º, quando o menor

§ 150

Taes são: 1º, os curadores dos prodigos(287); 2º, os dos

(287) Chamão-se prodigos aquelles que desordenadamente desperdição seus bens, reduzindo-se á miseria por sua culpa. Desordenadamente gasta e destroe sua fazenda. Não devem, portanto, conceituar-se por prodigos os homens generosos e liberaes, nem mesmo os jogadores de officio, a quem a lei decreta penas, mas não manda dar curadores, Ord. do liv. 5º, tit. 66, § 7, nem finalmente aquelles que nas suas immoderadas despezas se propõem certos fins, ainda que os não consi-gão, visto que os planos os mais bem delineados nem sempre têm as consequencias que devião esperar-se: *Mello Freire*, parte II, tit. 12, § 9. A curadoria do prodigo não póde decretar-se sem prévio conhecimento de causa, com citação daquelle a quem se pretende tirar a administração de seus bens pelo motivo da prodigalidade: Ord. do liv. 4º, tit. 103, § 6, nas palavras—por inquirição. E' applicavel, emquanto á fórma deste processo, o que dissemos a respeito da remoção dos tutores nas notas 270, 271, 272, 273 e 274. Julgada com effeito a prodigalidade, passão-se e affixão-se editaes nos lugares publicos para que ninguem mais contrate com o prodigo, e se lhe nomêa curador. Prefere nesta curadoria o marido a respeito da mulher,

alcançava a puberdade; quanto, porém, ao mais, a administração do tutor, quer em relação á pessoa, quer aos bens do menor, era a mesma que no tempo da impuberdade do pupillo.

No moderno direito portuguez não se falla mais em curadores de menores desde o art. 441 da Ref. Judic. e do Dec. de 18 de Maio de 1832.

Entre nós nunca se tratou de curadores de menores no sentido em que falla Pereira de Carvalho.

As nossas leis, sempre que tratão da administração das pessoas e bens dos menores, fallão unicamente de tutores, e de curadores quando tratão dos interditos: *Disp. Prov.*, art. 20; *Dec. de 15 de Março de 1842*, art. 5º, § 4º; *lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1834*, art. 3º, § 2º; *Dec. n. 3453 de 26 de Abril de 1865*, arts. 136, § 1º, 199 e seguintes, 216 e outros.

Ha ainda entre nós, como no direito portuguez, os casos de administração de bens de menores por curadores, como, por exemplo, o de que trata a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 24; mas tal facto não importa a existencia da curatella dos menores entre nós.

e a mulher a respeito do marido, querendo-a ella e vivendo honestamente: cit. Ord. Na falta ou repugnancia do conjuge, prefere: 1º, o pai; 2º, o avô paterno; 3º, os irmãos e mais consanguíneos pela ordem da successão. Não havendo algum destes ou sendo incapazes, ou escusando-se por causa legitima, tem então lugar a curadoria dativa, nomeando-se um estranho idoneo, e fazendo-se a nomeação pelo modo que dissemos na nota 215 (b).

(b) A curadoria dos prodigos dura emquanto dura a prodigalidade; desde, porém, que o prodigo se haja emendado, e tenha procedido com temperança em suas despezas, pôde o proprio curador requerer que seja elle admittido a justificar esse factó para ser levantada a interdicção: *Ord. do liv. 4º, tit. 103, § 7º; Consol. das Leis, arts. 327 e 328; B. Carn., vol. 3º, § 266; Secco, Orph. Prat., arts. 200 e 201; C. da Rocha, § 383, vol. 1º; Dir. de Fam., § 170, etc.*

Os curadores, á excepção dos pais, mulheres e avós, não são obrigados a servir por mais de dous annos: *Ord. cit., § 8º; Consol. das Leis, art. 314; C. da Rocha, § 383, cit.*

A incapacidade do prodigo, não sendo natural como a do louco, mas apenas juridica, a curadoria do prodigo não versa sobre a pessoa, como a do louco, mas sim sobre os bens; tanto differe a incapacidade de um da do outro, que os actos praticados pelo prodigo antes da interdicção são validos, ainda que ao tempo em que os praticou já fosse prodigo, o que não acontece ao louco, cujos contractos anteriores á sentença de interdicção são nullos; Accs. da Rel. da côrte, no *Dir. 10—330; Cons. das Leis, nota 1ª ao art. 326. B. Carn., § 265. n. 4, nota a*, entende que ainda depois da sentença de interdicção, e apezar das palavras: *não poderá mais por ella ser demandado*, de que usa o § 6º da *Ord. do liv. 4º, tit. 103*, se o prodigo houver de alguém, por contracto, dinheiro, ou outra cousa qualquer, e empregal-o em seu uso, deve ser obrigado a restituir, porque a sua posição não pôde ser mais favorecida do que a *dos menores e dementes*, e porque é axioma juridico o principio de Pomponio, fr. 206 do *Dig., liv. 50, tit. 17: Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem.*

A' vista das expressões terminantes da *Ord.* no paragrapho citado, parecemos, que o mais que se poderá exigir a bem da equidade é que o prodigo restitua aquillo que ainda possuir do dinheiro ou cousa que tiver obtido, solução esta que, segundo se vé do fr. 5, § 1º, do *Dig., liv. 26, tit. 8º*, dá Ulpiano em caso semelhante com relação aos menores no direito romano.

A mulher do prodigo, sendo menor de vinte e um annos, pôde ser nomeada curadora?

O Sr. Dr. Teixeira de Freitas, na nota 2ª ao art. 313 da *Consolidação*

furiosos(288); 3º, os das viúvas que dissipão o seu patri-

(288) Entrão nesta classe todos os que tiverão a desgraça de perder o bom uso de suas faculdades intellectuaes: Ord. do liv. 4º, tit. 103. Esta curadoria pertence ás mesmas pessoas a quem compete a dos prodigos, e se decreta pelá mesma maneira, sendo-lhe por isso applicavel o que dêssemos na nota antecedente. O exame dos medicos ou cirurgiões deve preceder e preferir neste caso a qualquer outra prova Nos intervallos

das Leis, entendeu que não, á vista da disposição do § 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 104; parece-nos, porém, que tal disposição deve ser entendida restrictamente ao caso de supplemento de idade, de que trata, e não ao do casamento. Se a opinião do Sr. Dr. Teixeira de Freitas procedesse, dever-se-hia dizer que a mulher menor de vinte e um annos não pôde ser tutora de seus filhos, limitação que a pratica nunca admittio, e temos visto mãis como tutoras de seus filhos ainda quando menores daquella idade.

Deverá o prodigo, declarado tal por sentença, ser intimado para ser demandado, ou bastará a intimação do curador?

Esta questão, aventada no fóro da cõrte, era diversamente decidida pelos juizes das duas varas do commercio.

O da primeira vara entendia que o prodigo, ficando, em virtude da sentença de interdicção, equiparado ao menor pubere devia ser citado como o determina para os puberes a Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 8º, e assim o julgou na causa entre partes Marc Ticaulat, A, e o Dr. Souto-Mayor, per seu curador, R., annullando o processo por falta das solemnidades ordenadas nos arts. 672, § 2º, 673, § 2º, e 674 do Reg. Commercial n. 737.

O juiz da segunda vara entendia, pelo contrario, que não havia necessidade de citação do prodigo, bastando a do curador.

O Tribunal do Commercio da Cõrte por accordão de 26 de Agosto de 1869, decidio-se em favor da segunda, opinião, com o fundamento de não estar o prodigo no caso do menor pubere, e portanto não ser a elle applicavel as disposições das OOrd. do liv. 3º, tit. 29, § 1º, e tit. 41, § 8º.

Ao prodigo cabe hypotheca legal sobre os immoveis do curador, como garantia da administração de seus bens: *Lei de 24 de Setembro de 1864*, art. 3º, § 2º; esta hypotheca é constituida pelo termo de curatella: *art. 136, § 1º do Reg. de 26 de Abril de 1865*; deve ser requerida a sua inscripção pelo proprio curador dentro dos oito dias depois de assignado o termo de curatella, *art. 199, § 1º do cit. Reg.*, sob pena de ser inscripta por qualquer parente do interdicto, *art. 200 do Reg.*, e dura até um anno depois da cessação da curatella: *art. 216 do Reg.* Convem êr o Acc. do Sup. Trib. de Just. no *Dir. 19-307*.

em que os furiosos recuperão o juizo deve-se-lhes facultar a administração, cessando interinamente as funcções do curador: cit. Ord., § 3. Não estão na classe dos furiosos, nem se dá curador áquelles em quem se nota uma demasiada simplicidade sem desarranjo de cerebro. Outra cousa acontece a respeito dos mentecaptos, sandeus, desassizados e desmemoriados, porque todos estão na mesma razão dos furiosos: *Mel. Freire*, parte II, tit. 12, § 7 (c d).

(c) O direito romano, como o attestão, além dos innumerados textos do *Digesto* e do código, os §§ 3º e 4º da Inst. do liv. 1º, tit. 23 de *Curat.*, mandava dar curadores aos furiosos e insensatos, aos quaes equiparava também os surdos-mudos de nascença: *quia rebus suis supresse non possunt*.

A Ord. do liv. 4º, tit. 103, consagrou no nosso direito essa benefica medida.

O que na nota anterior dissemos da curatella dos prodigos applica-se á dos loucos. Os curadores em um e outro caso podem excusar-se allegando qualquer das causas enumeradas na Ord. do liv. 4º, tit. 104, apesar da opinião em contrario manifestada por B. Carneiro, § 261, n. 15, porque tendo a Ord. cit. no tit. 104, § 6, extendido aos curadores as disposições relativas aos tutores, são applicaveis áquelles não sómente as excusas estabelecidas em favor destes, como também as causas de incapacidade.

Os deveres do curador do demente não se limitão unicamente á administração dos bens, mas também entendem com a pessoa do curatellado, já quanto á representação deste, já quanto ao emprego dos meios necessarios, para curar-lhe a demencia. Para as despesas que acarreta esse curativo será assignado pelo juiz quantia sufficiente: *Ord. do liv. 4º, tit. 103, princ., e § 1º; Consol. das Leis, arts. 316 e 317, etc.*; devem além disso os curadores receber os bens do demente por inventario feito pelo escrivão dos orphãos, salvo sendo curadora a mulher do demente, que é dispensada de tal inventario: *Ord. cit., lei de 3 de Novembro de 1830, art. 4º; Ord. do liv. 1º, tit. 78, § 7º*.

(d) As quantias que entrão para o cofre dos orphãos pertencentes a dementes devem ser remettidas para as thesourarias, para vencerem os mesmos juros marcados para os dinheiros dos orphãos: *Ord. n. 124 de 20 de Setembro de 1847*.

O que dissemos sobre a hypothese legal, que tem o prodigo sobre os immoveis presentes e futuros do curador, applica-se também ao demente: *Lei de 24 de Setembro de 1864, art. 3º, §§ 2 e 11, e Reg. de 26 de Abril de 1865, art. 123*.—Vide, *B. Carn.*, §§ 259 a 263; *Dir. de Fam.*, §§ 163 a 166 e notas; *Consol. das Leis, arts. 311 a 324 e notas; C. da Rocha, §§ 379 a 384; Secco, Orphan. Prat., arts. 195 a 199 e notas, etc.*

monio(289); os dos ausentes e captivos(290); 5º, os dos posthumos(291); 6º, os das heranças jacentes(292); 7º, os dos litigios(293); 8º, os dos que padecem molestias perpe-

(289) Se as viúvas que delapidão e gastão desordenadamente seus bens não tiverem sido mulheres de fidalgo, desembargador ou cavalleiro, póde o juiz dos orphãos nomear-lhes curador e tirar-lhes a administração, dando parte a el-rei depois de tudo isso feito: Ord. do liv. 4º, tit. 107. Porém se as ditas viúvas tivessem sido casadas com alguma daquellas pessoas, deve então o juiz fazer a participação antes de proceder: cit. Ord., § 1. Em tudo o mais é esta curadoria semelhante á do prodigo.

(290) Para ter lugar esta curadoria é necessario ignorar-se se os ausentes são vivos, e não terem deixado procurador bastante para lhes administrar seus bens: Ord. do liv. 1º, tit. 90. Da outra curadoria provisoria dos ausentes, de que trata a Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, fallaremos mais diffusamente no capitulo ultimo desta obra.

(291) Como os posthumos se considerão nascidos, quando se trata dos seus interesses e se lhes separa legitima no inventario de seu pai, segundo dissemos na nota 83, é por isso indispensavel nomear-lhes curador para lhes administrar essa mesma legitima: *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 4º, cap. 3º, n. 81.

(292) Ou ellas estejam jacentes por falta de herdeiros, ou por se ignorar ainda quem elles sejam, ou por terem sido repudiadas em razão das dividas. E' com estes curadores que os credores devem litigar. A nomeação delles é privativa do juiz dos orphãos do districto aonde os bens estiverem, e deve fazer-se o mais a aprazimento dos credores que ser possa por serem elles os mais interessados na boa administração dos bens.

Sendo os exames medicos as melhores provas do estado mental, cumpre que quando os peritos, por qualquer circumstancia, não poderem emittir logo o seu juizo, dê-se-lhes um prazo sufficiente para concluir as suas observações e exames, não devendo, porém, substituir-se estes por uma justificação dada com testemunhas; *Acc. da Rel. do Ouro-Preto de 20 de Agosto de 1875 (Dir. 10-360)*.

O exame feito por profissionaes faz por si só, e independente de justificação, prova bastante para a decretação da curatella por demencia: *Dir. 13-178*.

Póde-se vêr *Buniva, Diritto delle persone*, tomo 2º, pag. 313.

tuas que os impossibilitão da administração de seus bens(294).

§ 151

As causas que inhabilitão, e as que escusão legitimamente os tutores e curadores dos menores, inhabilitão e escusão todos os outros curadores(295).

(293) Quando os menores demandão, ou são demandados em juizo, deve-se-lhes, além do tutor que já têm, um curador, chamado *ad litem*, para os patrocinar e defender: Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 9. Esta nomeação deve sempre recahir sobre um dos melhores advogados do respectivo auditorio, a quem se defere juramento nos Santos Evangelhos, lavrando-se termo nos autos. Faltando a nomeação de um tal curador é nullo tudo quanto se processa: cit. Ord.

(294) Estão nesta circumstancia os mudos e surdos de nascimento: *Mel. Freire*, parte II, tit. 12, § 7º, e *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 4º, cap. 3º, n. 37 e seguintes. Não se deve, porém, dar curador aos cegos contra sua vontade, *Mel. Freire*, parte III, tit. 12, § 7º, nem aos bebados, excepto se elles o são por habito, porque a embriaguez continuada torna o homem estúpido e incapaz de tudo: *Guerreiro*, cit. loc., n. 121. *Ebrietas tunc est insania voluntaria, aufert memoriam, dissipat sensum, obtundit vesum, infirmat nervos, obturbat auditum, onerat cerebrum, confundit intellectum, secreta pandit, rixas excitat, et multa alia facit.*

(295) E' aqui applicavel, nos devidos termòs, tudo o que dissemos nos caps. 19, 20 e 21.

CAPITULO XXIII

DAS CONTAS

§ 152

Todos os tutores e curadores, de qualquer qualidade que elles sejam, são obrigados a dar contas da sua administração (296).

§ 153

Nem a determinação expressa do testador escusa os tutores e curadores de darem contas (297).

(296) Todos aquelles que administração negocios alheios têm precisa obrigação de dar contas, segundo consta de infinitos lugares do direito romano, e particularmente do tit. do *Dig.*, de ration. distrah.

A respeito das contas dos tutores e curadores, é terminante a Ord. no liv. 1º, tit. 62, § 29; tit. 88, §§ 49 e 50, e liv. 4º, tit. 102, § 9 (a).

(297) A lei que autorisa os pais para nomearem tutores a

(a) Entre os autores tem-se discutido se o pai deve ou não prestar contas da administração dos bens do filho. Aquelles que, como Mello Freire e Valasco, procurão deduzir tal obrigação das disposições das Ords. do liv. 1º, tit. 88, §§ 6º e 49, e liv. 3º, tit. 9º, § 4º, não nos parecem ter de seu lado a melhor opinião, porquanto o facto de darem taes Ords. ao filho o direito de demandar o pai pelas dissipações e damnos provenientes da sua administração, não significa que o pai possa ser chamado a juizo para prestar contas da administração dos bens do filho. Quando este se emancipa o juiz manda entregar-lhe os bens, sem chamar o pai a contas, e se o filho entende que houve dissipação, e que o pai não limitou-se ao usufructo, mas damnificou os bens ou alienou-os, tem o filho o direito de haver do pai os prejuizos, e para garantia da satisfação tem hypotheca legal sobre os immoveis do mesmo pai.

Apezar de comprovada a existencia de uma escriptura publica de ajuste de contas do tutor com o seu pupillo, póde este chamar aquelle a prestar contas judicialmente no juizo dos orphãos: *Acc. do Sup. Trib. de Just. de 4 de Setembro de 1875, (Dir., vol. 8º, pag. 305).*

§ 154

Devem tomar-se no tempo determinado pela lei (298), perante o juiz do inventario (299), e precedendo a citação dos tutores ou curadores (300).

seus filhos não os autorisa para os dispensarem da prestação de contas, por não ser licito a qualquer o remittir aquillo que é da essencia dos contratos e do interesse publico. A remissão das contas, tacitamente prohibida pela nossa legislação, é expressamente prohibida pelo *Cod. Frederl*, parte I, liv. 3^o, tit. 4^o, art. 3^o, § 49.

(298) Aos tutores, e curadores testamentarios e legitimos, devem-se tomar as contas de quatro em quatro annos: Ord. do liv. 1^o, tit. 88, § 49. Aos dativos e ás mãis e avós, de dous em dous annos, cit. Ord., liv. 1^o, tit. 62, § 37, excepto se antes desse tempo finalizar a tutela ou curadoria, ou se houver remoção legitimamente decretada, porque em ambos estes casos se devem tomar as contas immediatamente: Ord. do liv. 4^o, tit. 102, § 9^o in fine. Por direito romano só no fim da tutela ou curadoria se podião tomar contas: liv 4^o e 9^o, § 4^o, *Dig.*, de rationib. distrah. A maior parte das nações modernas têm adoptado o uso de se tomarem todos os annos: *Stryk.*, us. mod., liv. 26, tit. 10, n. 1. Seria para desejar que entre nós se praticasse o mesmo: Mello Freire., parte II, tit. 11, § 16 (b).

(299) Ord. do liv. 1^o, tit. 88, §§ 46 e 49, e L. 1^a Cod., ubi de rationib. age oportet.

Não vale neste caso o privilegio do tutor, ainda que seja dos incorporados em direito, porque, apezar d'elle, não poderá declinar o juizo: *Peg.* á Ord. do liv. 3^o, tit. 51, § 3^o, n. 7, e *Guerreiro*, Trat. 4, liv. 1^o, cap. 4^o, n. 7.

(300) A citação é o fundamento de todos os procedimentos

(b) Os avisos de 27 de Fevereiro e de 17 de Abril de 1834 já ordenam que os juizes dos orphãos tomassem annualmente contas aos tutores e curadores, para poderem remetter para os cofres o producto liquido dos bens ou seus rendimentos; esta medida nos parece ainda mais proveitosa depois que o Dec. n. 231 de 13 de Novembro de 1841, no art. 6^o, § 4^o, mandou que fosse o dinheiro dos orphãos emprestado á nação. Vej. BUNIVA, *Diritto delle persone*, tom. 2^o, pag. 287. Não está em uso applicar-se o dinheiro dos orphãos em compra de bens de raiz, e os rendimentos dos bens que possuão os orphãos devem

§ 155

Não comparecendo os tutores ou curadores, devem as contas ser tomadas á sua revelia (301).

§ 156

Do despacho que manda tomar as contas não compete o recurso de appellação (302).

§ 157

Deve fazer-se carga aos tutores e curadores : 1º, de todos os rendimentos dos bens, de cuja administração estavam judiciais, e nem mesmo póde renunciar-se: Assent. de 11 de Janeiro de 1653.

Ainda que seja chegado o tempo das contas não têm os tutores e curadores obrigação de ir dal-as antes da citação. Nesta citação deve declarar-se o dia, hora e lugar das contas, por ser acto extra-judicial.

(301) A pena de todos aquelles que não comparecem é serem conceituados como reveis: Ord. do liv. 3º, tit. 79, § 3.º Não comparecendo, portanto, os tutores ou curadores para darem contas no dia aprazado, deve o juiz tomar-lh'as á revelia pelo inventario. A prisão e sequestro, de que em tal caso se lembra *Guerreiro*, Trat. 4, liv. 1º, cap. 8º, parece-me não ter lugar.

Nem mesmo como reveis poderão conceituar-se os que mandarem escusadores ou procuradores, porque no primeiro caso deve-se attender o impedimento allegado e provado, e conceder-se algum espaço de tempo, e no segundo devem tomar-se as contas ao procurador.

(302) Por ser interlocutorio: *Guerreiro* Trat. 4, liv. 1º, cap. 3º. Póde, porém, embargar-se pelos fundamentos de não ser chegado o tempo das contas, e não haver suspeita, etc. Da sentença, que desprezar estes embargos ou outros semelhantes poderá então appellar-se, mas sem suspensão; *Guerreiro*, cit. loc.

ser de preferencia empregados na aquisição de apolices da divida publica, como o autorisou a Port. de 31 de Março de 1846 e o têm feito posteriores resoluções do governo.

encarregados (303); 2º, dos alcances provenientes das contas preteritas (304); 3º, das soldadas (305); 4º, das perdas e damnos que motivarão (306).

(303) Enquanto aos bens de raiz, deve fazer-se differença, porque, ou elles estavão judicialmente arrendados, ou tinhão sido administrados pelo tutor ou curador; no primeiro caso deve fazer-se a carga do rendimento pelo preço das arrematações; no segundo, deve esse rendimento ser avaliado por peritos. Dos mesmos predios, que ficarão incultos, se devem carregar os rendimentos que elles produzirão se bem cultivados ou administrados fossem. Apenas deverá exceptuar-se os predios urbanos, provando-se que se fez toda a diligencia para serem arrendados e que não appareceu arrendatario. Enquanto aos moveis, se tiverem sido arrematados, e o seu producto não estiver no cofre, deve fazer-se carga d'elle aos tutores ou curadores, aliás deve determinar-se a arrematação dos ditos moveis, se forem daquelles que padecem corrupção, porque sendo de outra natureza devem guardar-se. E' um erro darem-se os moveis por gastos ou consumidos nas mãos dos tutores ou curadores, fazendo-se-lhes carga de seu valor, porque com este procedimento se encontra diametralmente a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 25, que os manda arrematar; e muito mais ainda a da cit. Ord. no § 29, que prohibe aos tutores e curadores a compra de semelhantes bens.

(304) Se os alcances das contas preteritas estiverem ainda na mão dos tutores ou curadores, contra a expressa determinação da lei, que os manda entrar no cofre dentro de nove dias, deverá necessariamente fazer-se carga delles. E', porém, controverso se deverá tambem fazer-se carga do juro desses alcances? Pona decide affirmativamente no cap. 13, §§ 29 e 30 da sua *Orphanologia*, porém muitos outros autores, e entre elles *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tomo 2º, dissert. 11, refutão victoriosamente semelhante opinião, mostrando-a contraria aos mais solidos principios de direito, e inteiramente inconciliavel com o systema da legislação portugueza, que prohibe o dar-se a juro o dinheiro dos orphãos: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 23; Avis. de 10 de Setembro de 1756; L. de 21 de Junho de 1759, § 6, e Alv. de 5 de Maio de 1770. Com effeito, se a cit. Ord. prohibe que o dinheiro existente na mão do tutor se

possa dar a juro a qualquer pessoa, com que fundamento ha de esse juro exigir-se do mesmo tutor? Se o dinheiro estando na caixa, como devia estar, nada rendia, que prejuizo tem o orphão? Aonde estão os lucros cessantes? Finalmente, se a cit. Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 34, incumbe aos tutores requere-rem ao juiz que metta no cofre os dinheiros existentes em seu poder, não lhes commina pena alguma pela sua omissão, e muito menos a de pagarem juros pelo tempo da mora, e por isso tem lugar a regra de que nunca póde decretar-se pena quando a lei a não commina: *Barbosa* loc. com., liv. 14, cap. 63, axiom. 57. Parece portanto erronea a pratica que geralmente se está seguindo (c).

(305) Se os orphãos tivessem sido judicialmente assoldada-dos por arrematação, devem carregar-se as soldadas, que na mesma se contratárão, aliás deve o juiz arbitral-as, tendo em vista a Ord. do liv. 4º, tit. 29 e 31, § 8.º Aquelles que sem ven-cerem estipendio algum crião e educação os orphãos são dis-pensados de lhes pagarem soldada até a idade de dezeseis annos, e podem offerecêl-os no rekrutamento em lugar dos seus filhos: Alv. de 24 de Outubro de 1814, § 7.º Acontece o mesmo aos que se encarregão dos expostos, depois de criados pelo concelho ou casa pia, pois que ficão dispensados de pagar-lhes soldada até aos doze annos, tendo apenas obrigação de sustental-os, educal-os e vestil-os: Alv. de 31 de Janeiro de 1775, § 4.º Nem as mãis tutoras de seus filhos são dispensa-das de lhes pagarem soldadas: Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 37 e tit. 88 § 10. Aquelles, que sem autoridade do tutor e do juiz se servem dos orphãos, incorrem na pena de lhes pagarem 12\$ por anno, e na do dobro incorrem os tutores que nisso consentem: cit. Ord., § 18. Não tem lugar a carregaçõ de soldadas algumas: 1º, se os orphãos não são de qualidade de deverem assoldadar-se: cit. Ord., § 15; 2º, se são enfermos e incapazes de fazerem serviço; 3º, se estão aprendendo officios por autoridade judicial; 4º, se são ausentes; 5º, se, sendo apre-sentados em audiencia não houve quem quizesse assoldadal-os. Veja-se *Almeida e Souza*, Ac. Sum., parte I, § 437, e seguintes e a nota 222 desta obra.

(c) O regulamento de 2 de Outubro de 1851, no art. 32, § 8º, ordena que os alcances das contas sejam pagos com os juros respectivos. Não póde, portanto, existir entre nós a debatida questã de que trata o autor na nota 304 supra. Os juros serã os de 6 %: *Lei de 24 de Outubro de 1832, art. 3º*, que são os da condemnaçõ.

§ 158

Devem-se abonar aos tutores e curadores todas as despesas uteis e necessarias (307), tendo sido feitas legitimamente (308), e a vintena que a lei lhes manda dar (309).

(306) Ainda que os tutores e curadores são responsaveis por todas as perdas e damnos, a que deu causa a sua culpa e negligencia, Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 3º, comtudo semelhantes perdas e damnos só poderãõ ser objecto das contas se elles as confessarem; porque de outra sorte têm de ser pedidas por acção ordinaria, a qual póde intentar-se, ou perante o juiz que mandou os ditos tutores e curadores, ou perante o juiz do domicilio delles: Ord. do liv. 3º, tit. 11, § 3.º Como perda e damno se considera a ruina, que teve um predio por se lhe não acudir a tempo com uma obra, que o evitaria; a perda de uma divida, que por se não demandar em occasião opportuna, se tornou incobavel; a morte de um animal, a que se não prestãrãõ os devidos soccorros da arte; o estrago dos generos ou effeitos, que se não vendêrãõ quando deviãõ vender-se; e finalmente todos os prejuizos, que um homem prudente e bom administrador evitaria necessariamente (d).

(307) Como uteis e necessarias se considerãõ todas as despesas feitas para a conservação e melhoramento dos bens, e da pessoa daquelles que estão debaixo da tutela ou curadoria, ainda que com effeito não se sigãõ as vantagens que a prudencia devia esperar. São portanto abonaveis, como uteis e necessarias, as despesas feitas na cultura e melhoramento de um predio, ainda que uma tempestade, ou inundaçãõ inutilisasse tudo as despesas feitas na educaçãõ e ensino dos orphãos, ainda que ellas lhes aproveitassem pouco pela sua inhabilidade; as despesas feitas em uma demanda aconselhada por advogados

(d) O art. 32, § 8º, do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, manda que os juizes de direito em correiçãõ providenciem sobre a indemnisaçãõ dos damnos causados pelos tutores, curadores e administradores dos bens dos orphãos, ou provenientes de culpa dos juizes.

O meio de tornar-se effectiva a responsabilidade do tutor pelo damno que houver causado ao seu pupillo, com a sua administraçãõ, é chamar-o a contas, verificar-se nestas os prejuizos e haver sentença obtida no juizo commum, que condemne o tutor á indemnisaçãõ: *Acc. da Rel. da córte de 27 de Fevereiro de 1877 (Dir., vol. 12, pag. 696).*

sabios e prudentes, ainda que a ultima decisão não fosse favoravel; as despesas feitas no tratamento e curativo da molestia ainda que o doente não convalescesse della. Não são, porém, abonaveis: 1º, as despesas de méro luxo, salvo se os orphãos forem pessoas qualificadas e se os seus iguaes costumarem fazer semelhantes despesas; 2º, as que podião evitar-se por outras menores, resultando a mesma utilidade, como, v. g., se podendo conseguir-se aguas para um predio pelo beneficio do Alv. de 27 de Novembro de 1804, se recorreu a uma mina dispendiosa; 3º, as que se fizerão imprudentemente, como, v. g., pagando dividas, de que não havia titulos legaes; 4º as que outros devião fazer por serem a isso obrigados, como v. g., as despesas da criação de leite, a que as mãis são obrigadas, a não serem doentes ou de condição que não devião criar seus filhos: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 10. Eu não approvaria esta segunda excepção se a não visse approvada pela lei; porque, além do caso de imminente perigo de vida, eu não conheço outro em que as mãis possam ou devão dispensar-se de aleitar seus filhos, entregando-os a amas mercenarias, em cujo leite bebem muitas vezes a morte, e quasi sempre vicios irremediaveis. E' digno de vêr-se o que diz a este respeito *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 5º, cap. 2º.

(308) Despesas ha, que, apesar de serem de conhecida e notoria utilidade, não são comtudo abonaveis em rigor de direito, por não terem sido feitas com autoridade e decreto judicial, de que precisão todas aquellas que são de alguma importancia: Ord. do liv. 1º, tit. 88, §§ 25 e 26. A equidade, porém, exige que estas mesmas despesas se levem em conta, uma vez que se próve a sua necessidade e utilidade, por ser iniquo o locupletar-se qualquer com o damno alheio, accrescendo haver casos em que a demora da licença judicial póde tornar irremediavel um prejuizo, que, reparado immediatamente, seria de pequena consideração. E quantas vezes essa demora póde frustrar a compra de um predio, de que o orphão tiraria consideravel proveito? Nas despesas importantes deve o juiz exigir uma prova legal, e até mesmo proceder á vistoria quando ella tiver cabimento: nas modicas, e principalmente nas que se não costumão fazer diante de testemunhas, deverá satisfazer-se com o juramento dos tutores ou curadores: *Guerreiro* Trat. 4, liv. 5º, cap. 3º.

(309) Ainda que em rigor de direito aos tutores e curadores

não compete salario algum, por ser a tutela e curadoria um *munus publico* a que todos são obrigados, L. *qui negotiationem, Dig.*, de Admn. Tutor., comtudo os nossos legisladores os gratificarão com a vintena para os obrigarem a administrar melhor. Chama-se vintena a vigesima parte do rendimento liquido: Ord. do liv. 1º, tit. 88, §53. Quando se tomão as contas, e se liquidão os alcances, é que se calcula a vintena, que antes disso se não pôde pedir, ainda que os rendimentos de cada anno sejam certos. Só faz em beneficio da vintena o rendimento liquido dos bens, e só se diz rendimento liquido aquelle que resta depois de tiradas as despezas da cultura, educação, sustento e ensino do orphão. A importancia das soldadas não faz em beneficio da vintena, e menos ainda os legados, heranças e doações que o orphão teve, ou quaesquer outros interesses extraordinarios, como, por exemplo, o premio de um bilhete de alguma loteria, etc. Deve-se a vintena a todos os tutores e curadores, ou elles sejam testamentarios, ou legitimos ou dativos, cit. Ord., excepto: 1º, aos curadores *ad litem*, e aos das heranças jacentes, porque a estes se deve arbitrar salario correspondente ao seu trabalho e não á vintena: *Guerreiro*, Trat. 4, liv. 5º, cap. 5º, ns. 75 e 76; 2º, aos curadores e tutores removidos pela sua má administração: *Guerreiro*, cit. loc. n. 69; não estão, porém, na mesmo razão os que forão removidos por molestia, velhice ou outra causa semelhante, porque a estes se deve a vintena correspondente ao tempo que administrarão; 3º aos tutores e curadores testamentarios, que receberão o legado que o testador lhes deixou, pois se presumem recompensados, *Guerreiro*, cit. loc.; n. 11. Não pôde a vintena exceder a 50\$ annuaes seja qual fôr o rendimento dos bens ou o trabalho da administração: cit. Ord. Não fica, porém, o tutor ou curador privado de receber, além da vintena, o salario dos serviços feitos em outra qualidade; e por isso, se o tutor ou curador tratárão na qualidade de advogado uma causa do orphão, ou o curárão na qualidade de medico, têm direito a receberem o que justamente lhes pertence, pois que a vintena é o salario da administração e não de quaesquer outros serviços, que terião de pagar-se a quem os fizesse, *Guerreiro*, cit. loc., n. 35 (e).

(e) Os arts. 90 e 91 do regimento das custas taxarão os emolumentos que competem aos curadores *in litem* e aos curadores geraes dos orphãos. Vej. *Av. de 10 de Maio de 1876*.

§ 159

Acabadas de tomar as contas deve o juiz julgal-as por sentença (310), admittindo os recursos legais (311).

(310) Esta sentença é lançada por letra do escrivão no fim do auto das contas, pelo teor seguinte:—E logo elle ministro houve por bem tomadas estas contas, que julgou por sentença, determinando que eu escrivão notificasse o tutor para metter no cofre o alcance em que ficou debitado dentro de nove dias, com a pena da lei. Estes nove dias só começam a correr, depois de passar em julgado a sentença das contas, porque só então se extrahê do processo para a execução (f).

(311) E' diametralmente opposta á lei a pratica de alguns juizes, aonde por virtude de justificações extraordinarias se mandão abonar aos tutores ou curadores algumas despezas, mesmo depois de ter passado em julgado a sentença que lh'as desattendeu. Neste caso já não compete algum outro recurso senão o dos embargos na execução, e em auto separado, ou a acção ordinaria, de que os tutores e curadores sempre podem usar para serem embolsados de despezas que se lhes desattendêrão nas contas. Antes de passar em julgado a dita sentença, pôde embargar-se suspensivamente ou appellar-se della: mas este recurso tem apenas o effeito devolutivo, por ser summa-

A vintena que hoje se deve contar, e que na realidade se costuma a contar, aos tutores e curadores é de 150\$, visto como, tendo o Alv. de 16 de Setembro de 1814 triplicado em geral todas as *taxas* de que tratão as leis do reino, entendeu-se que treplicou tambem a marcada na Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 53, como vintena aos tutores e curadores. A vintena que cabe aos tutores é 50\$ por anno, na fórma da Ord. do Liv. 1º tit. 88, § 53; esta quantia não foi triplicada pelo alv. de 16 de Setembro de 1814. *Acc. da Rel. da Córte de 31 de Julho de 1874.*

Apezar deste julgado tem prevalecido a opinião que acima mencionamos e á qual o Sr. Dr. Teixeira de Freitas assentio na terceira edição da sua *Consol. das Leis*.

(f) A pratica hoje mais geralmente seguida é outra.

Intimado o tutor para vir a juizo prestar contas, deve no prazo que lhe fôr assignado offerecer uma conta minuciosa da receita e despeza que fez com os orphãos, sendo esta sempre documentada; apresentada a conta, manda o juiz dos orphãos ouvir o curador-geral; se por este fôr requerida alguma diligencia, o juiz mandal-a-ha cumprir. Depois que entender que as contas estão em estado de ser julgadas, o juiz

§ 160

Por virtude da sentença das contas se procede contra os tutores ou curadores para metterem no cofre os alcançes liquidos (312).

rissimo o processo das contas e não admittir por isso mesmo appellação suspensiva.

(312) Ainda que a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 9, manda proceder á prisão dos tutores ou curadores que dentro de nove dias não metterem no cofre o alcance em que ficárão debitados, comtado eu a presumo revogada nesta parte pela lei de 20 de Junho de 1774, § 19, e pelo assento de 18 de Agosto do mesmo anno, em virtude do qual não devem ser presos os devedores de boa fé. Estou portanto persuadido que, não pagando no dito termo, se deve proceder á penhora nos bens dos ditos tutores ou curadores alcançados; e na falta delles, nos bens de seus fiadores, progredindo-se nos termos desta execução como nas de qualquer outra, sem differença alguma, até se arrematarem ou adjudicarem os bens penhorados. Nenhum tutor ou curador é exceptuado de entrar no cofre com o alcance liquido, pois que a cit. Ord., por isso que falla em termos geraes, deve geralmente ser entendida. E', porém, controverso se as mãis e avós, que obtiverão provisão para serem tutoras de seus filhos e netos, serão exceptuadas da generalidade da sobredita lei? Por muito tempo estive persuadido que não, e assim o escrevi nas duas primeiras edições desta obra. O que me fazia pensar assim era o estar tambem convencido de que as mãis e avós não podião ser tutoras sem recorrer ao desembargo do paço ou ao provedor da comarca, nos termos da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 37, opinião de que parece estava convencido *Mel. Freire*, parte II, tit. 4º, § 11, na nota. Nestes termos dizia eu, se as mãis e avós não podem ser tutoras de seus filhos e netos sem provisão, esta provisão não faz mais do que dispensar-lhes a inhabilidade legal, e por isso ficão igualadas aos outros tutores, sem differença alguma. Não me parecendo, porém, susten-

dos orphãos fará remettel-as para os juizes de direito nas comarcas geraes, ou as julgará, nas comarcas especiaes, segundo exceder ou não a renda dos bens á quantia de 500\$: *L. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, arts. 23 e 24, e avisos ns. 67 de 10 de Fevereiro de 1875, n. 3, e 214 de 29 de Abril de 1876, n. 1.*

§ 161

Logo que os alcances estejam no cofre (313) deve o juiz dar-lhes o destino que a lei determina (314).

tavel a opinião do cit. *Mel. Freire*, á face da Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 3º, que não só defere *ipso jure* ás mãis e avós a tutela de seus filhos ou netos, mas lh'a defere com preferencia a quaesquer outros tutores legitimos, uma vez que renunciem seus privilegios e existão no estado de viuvez, fiquei inclinado a acreditar que a provisão devia produzir algum effeito proveitoso, e não posso descobrir outro senão o de excusar áquellas que a obtêm de entrarem no cofre com os alcances.

Na verdade uma mãe deve merecer aos olhos da lei alguma contemplação: e quando é tutora de seus filhos deve ter mais algumas regalias do que os outros tutores. Veja-se a nota 214. Quando os tutores ou curadores não têm dinheiro para pagar os alcances, e querem evitar a penhora e execução, costumão requerer ao juiz que lhes aceite bens em pagamento; e ha juizes tão condescendentes que lhes deferem sem mais averiguação alguma, e até sem se lembrarem do pagamento da siza. Muitos destes casos achei no lugar aonde servi, e poucos forão aquelles que pude remediar. Quando se queira admittir esta especie de solução do alcance, o que poucas vezes deve acontecer, torna-se indispensavel: 1º, que os tutores ou curadores mostrem por titulos legaes serem seus proprios, livres e desembargados, os bens que offerecem em pagamento: 2º, que fação ver pelo *laudo* de pessoas intelligentes o justo valor desses bens; e 3º, que paguem a siza correspondente, ajuntando disso certidão legal. Só com estes requisitos deverá o juiz admittir semelhante fórma de solução, julgando os bens por adjudicados e mandando addicional-os ás legitimas dos orphãos, para irem juntamente com os outros nos formaes de partilhas na occasião em que a requerimento seu lhes forem extrahidos (g).

(313) Este cofre, que na conformidade da Ord. do liv. 1º,

(g) A disposição do Regul. de 2 de Outubro de 1851, no art. 32 § 7º, cortou a questão de estar ou não revogada a Ord. do liv. 4º tit. 102, § 9º, pela lei de 20 de Junho de 1774, § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Vide o cit. art. do Regul. e a nota 3ª ao art. 305 da *Consolid. das leis civis*. Quanto á opinião expendida

tit. 88, § 31, devia estar em poder de um depositario nomeado pela respectiva camara, deve agora estar no lugar mais forte e seguro das villas ou cidades, aonde não houver, como na de Lisboa e na do Porto, depositos publicos, porque assim o determinou providentemente o Alv. de 24 de Outubro de 1814 no § 5. Apesar disso, porém, ainda os cofres se conservão aonde d'antes estavam, na maior parte das villas e cidades, e os magistrados conseguem boas residencias (h).

(314) A Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 25, determina que com o dinheiro dos orphãos se comprem bens de raiz, e inculca aquelles que devem comprar-se com preferencia, e as seguranças com que as compras devem ser feitas. Se, offerecendo-se occasião de boas e seguras compras, nem os tutores, nem os juizes a aproveitárão, são responsaveis pelas perdas e danos: *Guerreiro*, Trat. 4.º, liv. 8.º, cap. 15, ns. 17, 18 e 19; *Peg.* forens.,

pelo autor na nota supra, de não serem as mães e avós obrigadas a recolher ao cofre dos orphãos os alcances das contas, não é tal opinião seguida na pratica, pelos fundamentos que deixámos expendidos na nota explicativa que fizemos á nota 214 desta obra.

(h)—O cofre para guardar o dinheiro dos orphãos, de que trata a Ord. do liv. 1.º, tit. 88, § 31, deve ser feito á custa dos mesmos orphãos, por ser elle instituido em seu beneficio; e em virtude disso está de largo tempo em uso no juizo dos orphãos da côrte a pratica de deduzir-se um oitavo por cento das quantias recolhidas no respectivo cofre para essa e outras despezas, *Av. n. 176 de 11 de Outubro de 1854*. Nessas despezas se comprehende o custo dos livros necessarios para a escripturação da receita do cofre dos orphãos: *Av. n. 319 de 15 de Julho de 1863*. No cofre dos orphãos não podem ser recolhidas quantias pertencentes a maiores.: *Av. n. 347 de 28 de Novembro de 1870*. Nos lugares aonde não houver quem se preste com fiança a ser thesoureiro dos orphãos, é commettida aos collectores das rendas publicas a guarda dos respectivos cofres, emquanto por lei outra cousa se não determinar: *Av. n. 235 de 13 de Julho de 1857, e Circul. n. 244 de 20 de Julho do mesmo anno*. Os collectores, servindo de thesoureiro dos orphãos, não devem por isso prestar nova fiança, não só porque este novo encargo não augmenta a sua responsabilidade fiscal, como porque, quando a circular n. 244 de 20 de Julho de 1857 lhes commetteu a guarda dos cofres de orphãos, foi pela presumpção de serem os collectores homens abonados, e não para que as fianças por elles prestadas respondão por qualquer extravio que porventura pratiquem no desempenho das funcções de thesoureiro dos orphãos: *Ordem n. 308 de 11 de Setembro de 1857*. Os thesoureiros dos cofres dos orphãos não estão sujeitos aos juros de 9 %, de que trata o art. 43 da lei n. 514

tomo 1º, cap. 5º, n. 695 e seguintes, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., tomo, 2º, dissert. 11, §§ 17 e 18 (i).

de 28 de Outubro de 1848, por não se acharem comprehendidos no numero dos empregados e pessoas a que a mesma lei se refere: *Port. n. 265 de 8 de Agosto de 1857*.

(i)—O dinheiro dos orphãos não pôde mais ser emprestado a particulares, e tanto o que existe no cofre, como o que fôr para elle entrando, só poderá ser emprestado ao governo, sendo immediatamente remetido aos cofres publicos: *Lei de 13 de Novembro de 1841, art. 6º, § 4º, e Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 1º*. Forão exceptuados desta exclusão dos particulares as sommas emprestadas com as formalidades e seguranças legais na data da publicação da lei de 13 de Novembro de 1841, mandando-se que esses dinheiros fossem recolhidos ao competente cofre: *cit. Provis., art. 3º*. A lei de 13 de Novembro de 1841 e a Provis. de 12 de Maio de 1842 só tiverão em vista a entrada, por empréstimo, para os cofres do Estado, dos valores pertencentes a orphãos, que existissem nos cofres dos respectivos juizes em moeda corrente do paiz, e não em qualquer outra especie, emquanto o juiz não houvesse por melhor ao interesse dos mesmos orphãos converter tál-os em moeda corrente, sendo que consequentemente, não como regra geral, mas apenas como excepção, cabe, na hypothese figurada, aos juizes dos orphãos ordenar a conversão em moeda, para ser emprestado ao Estado, dos bens dos mesmos orphãos existentes nos cofres, representados por quaesquer outros valores; e aos juizes de direito em correição determinar que assim se proceda: *Av. n. 250 de 26 de Dezembro de 1854*.

As arrematações de moeda metallica e outras preciosidades, pertencentes a orphãos, devem ser feitas nos lugares ou districtos dos juizes dos orphãos, e debaixo da inspecção e ordem delles, com a circumspecção recommendada pelas leis que regulão as suas attribuições, por não convir que ellas se fação sob a inspecção das thesourarias ou do thesouro, onde só devem entrar as quantias liquidas em moeda corrente, nos termos do art. 2º da provisão de 12 de Maio de 1842: *Av. de 12 de Julho de 1844*.

O dinheiro dos orphãos, assim tomado por empréstimo, venceu o juro de seis por cento, conforme o disposto no § 4º, do art. 6º da lei de 13 de Novembro de 1841. Esse juro, porém, ficou reduzido a cinco por cento pelo art. 13 da lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854. A disposição deste artigo da lei n. 779 começou a vigorar do 1º de Julho de 1855 em diante: *Ord. n. 59 de 8 de Fevereiro de 1855*.

A taxa pela qual, em vista do art. 13 da lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854, se deve fazer a conta de juros de empréstimos dos cofres de orphãos, do 1º de Julho de 1855 em diante, é de cinco por cento, tanto para as quantias entradas até o fim do anno financeiro passado, como para as que entrarem posteriormente, *Ordem. n. 180 de 12 de Julho*

de 1855, e deve-se contar e pagar até o tempo em que os orphãos entrarem na maioridade ou se emanciparem, comtanto que isto conste na thesouraria por modo authentico: *Ordem*, n. 290 de 2 de Julho de 1863.

Os orphãos, a quem por engano se pagar unicamente cinco por cento pelos dinheiros entrados nos cofres do Estado até 30 de Junho de 1855, têm direito à differença entre este juro e o de seis por cento, o qual lhes deverá ser pago, precedendo requisição dos respectivos juizes, a quem os chefes das estações competentes farão os necessarios avisos: *Port.* n. 407 de 15 de Dezembro de 1856.

Nas requisições para a entrega de emprestimos dos cofres dos orphãos deve-se declarar o que pertence a capital e juros, na fórmula do art. 8º das instrucções de 12 de Maio de 1842: *Av.* n. 421 de 17 de Dezembro de 1864

Os dinheiros do orphão, recolhidos ás thesourarias por emprestimo, continuão a vencer o juro depois da morte do mesmo orphão até que sejam effectivamente entregues, cumprindo, porém, advertir que no caso da parte interessada reter em si o precatorio para o levantamento de taes somms, sem o apresentar á estação competente, com o fim de continuar a vencer juros, lhe deverão estes ser contados sómente até a data do precatorio: *Ordem* n. 141 de 30 de Setembro de 1850.

Os dinheiros dos orphãos e os respectivos juros passão para o cofre de bens de ausentes desde o dia do fallecimento dos orphãos: *Av.* n. 99 de 7 de Março de 1862.

Os juros dos dinheiros dos orphãos cessão de contar-se desde o dia do fallecimento do orphão, devendo desde então ser considerado recolhido ás thesourarias, como simples deposito de defuntos e ausentes, como já foi declarado pelos avisos de 19 de Janeiro de 1859, e n. 99 de 7 de Março de 1862, que revogárão a ordem de 30 de Setembro de 1850: *Av.* n. 532 de 3 de Dezembro de 1863. Veja-se tambem o *Av.* n. 4 de 5 de Janeiro de 1867, que fixou a intelligencia dos outros avisos, que mandárão considerar os dinheiros de orphãos, desde que estes fallecerem, como de defuntos e ausentes.

Na côrte e nas capitaes das provincias entrarão no thesouro e nas thesourarias os dinheiros dos orphãos; e ahi serão escripturados debaixo do titulo—Emprestimo do cofre dos orphãos. Nos lugares fóra das capitaes entrarão nas estações da arrecadação das villas ou cidades em que residir o juizo, e dahi serão remettidos ás thesourarias, do mesmo modo que as rendas que ahi se arrecadão. Os administradores das mesas de rendas e collectores não terão disto senão a comissão de um por cento pela remessa: *Prov.* de 12 de Maio de 1842, art. 5.º Porém em ordem de 12 de Maio de 1851 se declarou que a porcentagem pela arrecadação dos dinheiros do cofre dos orphãos é para os collectores de dous terços, e para os escrivães de um terço da comissão de que trata o referido art. 5º da provisão de 12 de Maio de 1842.

Os juros deste emprestimo, e as sommas exigidas para alimentos ou entrega aos orphãos emancipados, serão pagos pela mesma estação que recebeu, independentemente de precatorio judicial e autorisação da thesouraria, e sómente á vista da requisição official do juiz dos orphãos: *Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 6.º*

O juizo dos orphãos não é obrigado a deprecar a entrega dos emprestimos de dinheiros de orphãos logo que estes se emancipem ou cheguem á maioridade: *Ord. n. 290 de 2 de Julho de 1863.*

Não se paga, na conformidade do aviso de 29 de Janeiro de 1844, juros de emprestimo de dinheiros de orphãos por prazo menor de um anno, a menos que o capital respectivo não seja retirado conjunctamente: *Av. n. 145 de 3 de Abril de 1860.*

A pratica de não poderem as collectorias respectivas entregar os dinheiros pertencentes aos orphãos, sem remetter primeiramente os officios requisitorios dos competentes juizes ás thesourarias, para depois de examina-los, autorisar a entrega, é contraria á doutrina da provisão de 12 de Maio de 1842 e ordem n. 120 de 5 de Dezembro de 1844, cuja letra e espirito querem manifestamente que se não demore a entrega dos dinheiros dos orphãos emprestados ao Estado, quando forem legalmente requeridos: *Ordem n. 430 de 23 de Outubro de 1857.*

Os dinheiros de orphãos não se entregão aos herdeiros sem preceder a respeito destes as habilitações legaes, e o pagamento dos impostos quando as circumstancias assim o exigirem: *Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 8.º*

As sommas, que passarem do cofre dos orphãos por emprestimo ao governo, serão remetidas sem declaração de a quem pertencem; e do mesmo modo serão feitos os pedidos de entrega pelo juizo, devendo, porém, declarar-se mui explicitamente nos officios a importancia do capital e juros reclamados: *Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 8.º*

Os dinheiros dos orphãos entrados por emprestimo nas thesourarias não se considerão tomados a cada um dos orphãos em particular; por isso nas operações relativas a taes emprestimos devem figurar só e unicamente os cofres dos orphãos, que tiverem entrado com os capitaes, pois que as thesourarias nada tem com os orphãos; basta um simples officio dos juizes aos chefes das estações para a entrega das sommas que forem requisitadas aos thesoureiros de orphãos pela repartição onde tiverem entrado, independentemente de se examinar a quaes dos orphãos pertencem, pois que isto é objecto economico do juizo, onde deve existir a conta particular de cada um; tambem sendo annual o juro deve ser pago ao cofre respectivo, ou no fim do anno depois de vencido, ou na occasião da retirada do capital: *Ordem n. 120 de 5 de Dezembro de 1844.*

De conformidade com a dita Ordem de 5 de Dezembro de 1844, não se pagão juros de emprestimos de orphãos por prazo menor de um

anno, a menos que o capital respectivo não seja retirado conjunctamente: *Offício n. 145 de 3 de Abril de 1860; ordem n. 126 de 26 de Março de 1856.*

Os juros dos empréstimos dos dinheiros de orphãos podem ser levantados do cofre á requisição dos respectivos juizes, integralmente ou em quantias inferiores á respectiva importancia, comtanto que, nos termos da ordem n. 120 de 5 de Dezembro de 1844, tenha lugar o levantamento depois de vencidos os juros de um anno: *Circular n. 254 de 11 de Junho de 1860.*

A entrega dos dinheiros de orphãos será abonada pelas thesourarias como despeza ao collecter, á vista do officio do juiz e recibo do thesoureiro dos orphãos, devendo porém, nas collectorias escripturar-se com distincção o capital e os juros que por conta dos mesmos se pagar: *Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 7.º*

No caso de faltado thesoureiro do juizo dos orphãos, se não puder dar inteira e litteral execução ao art. 7.º da provisão de 14 de Maio de 1842, deve nas thesourarias ser entregue o dinheiro legalmente exigido á pessoa a favor de quem fôr expedido o officio ou precatoria, com recibo ou quitação passada pelo escrivão do juizo deprecante, e assignado por quem receber: *Ord. n. 33 de 28 de Fevereiro de 1848.*

Se na mesa ou collectoria não houver fundos para fazer a entrega das sommas reclamadas pelo juiz dos orphãos, o respectivo administrador ou collecter representará immediatamente á thesouraria para que dê as providencias, afim de que não haja demora na entrega: *Provis. de 12 de Maio de 1842, art. 9.º; Ord. n. 71 de 8 de Março de 1853.*

Nas thesourarias, quando não houver fundos para fazer a entrega, sacarão contra o thesouro pelo que houverem de entregar: *Provisão dita, art. 10.*

Deve impugnar-se a entrega de dinheiros de orphãos recolhidos aos cofres publicos toda a vez que não fôr ordenada pelo juiz, por ordem ou á requisição de quem se tiver dado entrada aos mesmos dinheiros: *Ord. n. 93 do 1.º de Abril de 1852.*

Os administradores de mesas de rendas e os collectores, quando receberem dinheiros de orphãos, darão ao thesoureiro do respectivo juizo recibo, extrahido de livros de talão, que lhes serão fornecidos do mesmo modo e na mesma occasião em que o forem os demais livros de sua escripturação. Os juizes dos orphãos ficão obrigados a remetter no fim de cada trimestre, na provincia do Rio de Janeiro, directamente ao thesouro, e nas outras provincias ás thesourarias de fazenda, uma demonstração dos dinheiros de orphãos, que no decurso do mesmo trimestre houverem entregado aos ditos funcionarios do termo ou termos de sua jurisdicção, com declaração da importancia entregue, da data da entrega e do cofre a que pertencerem os dinheiros.

Se durante o trimestre não tiver havido entrega alguma, isso mesmo declararão os ditos juizes.

Logo que forem recebidas as referidas demonstrações se procederá no thesouro e thesouraria de fazenda á confrontação dellas com os balancetes trimestraes, que os mencionados collectores e administradores de mesas de rendas são obrigados a mandar, para verificar-se se comprehendem os dinheiros dos orphãos que receberão do juizo durante o trimestre: *Circular n. 118 de 30 de Abril de 1855.*

Se os juizes dos orphãos deprecarem á thesouraria de fazenda pagamento de quantias entregues a collectores, dos quaes não tiver conhecimento por terem sido extraviados pelos referidos collectores, deve a mesma thesouraria entregar a quantia requisitada e seu respectivo juro, procedendo ulteriormente na fôrma da legislação em vigor, quer contra o collector, quer contra os seus fiadores e herdeiros: *Ordem n. 81 de 18 de Março de 1852.*

A Ord. n. 12 de 24 de Janeiro de 1848 dá providencias a respeito da demora dos collectores na remessa dos dinheiros dos orphãos para a thesouraria.

No caso de ficarem extinctas as collectorias e agencias, pelo facto de se arrematarem as rendas publicas que por ellas se arrecadão, poderão ser os arrematantes devidamente afiançados, autorizados para receber o dinheiro dos orphãos e ausentes, e remettê-los ás thesourarias, e bem assim para fazer a entrega do que fór deprecado pelos juizes de orphãos: *Ordem n. 113 de 11 de Outubro de 1845.*

O dinheiro dos orphãos pôde ser empregado em apolices dos fundos publicos, visto não haver expressa disposição de lei em contrario, e ser antes conforme á intenção do legislador e espirito de todas as leis, que regulão a administração dos bens dos orphãos, o dar-se ao dinheiro delles um destino seguro e rendoso, qual é sem duvida, em comparação de quaesquer outros, o emprego nas apolices da divida publica, sendo certo que a lei só teve em vista evitar que o dinheiro dos orphãos ou esteja parado e improductivo no cofre, ou seja menos segura e vantajosamente dado por emprestimo a particulares, cumprindo comtudo advertir que isto só assim se deve entender nos casos em que o dinheiro de um só orphão for sufficiente para tal emprego, e não para se comprar uma ou mais apolices com quantias pertencentes a diversos menores: *Portaria n. 31 de 31 de Março de 1846.*

Verificadas as circumstancias exigidas na parte final da referida portaria n. 31 de 31 de Março de 1846, não é contra a lei a applicação dos dinheiros dos orphãos á compra de apolices da divida publica por conta dos mesmos orphãos, uma vez que para isso haja autorisação do juizo, ao qual compete a averiguação das circumstancias a que se refere a citada portaria: *Ordem n. 135 de 3 de Junho de 1853.*

As apolices dos fundos publicos não estão sujeitas a embargo ou penhora por acções ou execuções, ainda mesmo sendo as execuções

fiscaes: *Ord. n. 112 de 14 de Setembro de 1848, declarando os arts. 35 e 36 da lei de 15 de Novembro de 1837.*

Podem os juizes dos orphãos, quando julgarem conveniente, permittir aos tutores empregar em acções da estrada de ferro de Pedro II os dinheiros de seus tutelados que ainda não estiverem recolhidos aos cofres, e não tiverem sido emprestados ao thesouro, contanto que os ditos tutores tenham rendimento dos mesmos orphãos para poderem fazer em tempo as entradas que faltão para completar o valor nominal das acções, e contanto que ellas sejam compradas ao par, ou com um premio que não as torne menos rendosas que as apolices. *Ord. n. 126 de 26 de Março de 1856.*

Compete aos juizes de direiio em correição averiguar se o dinheiro dos orphãos tem sido effectivamente remetido ao thesouro ou thesourarias por empréstimos na fôrma da lei, e se depois do Dec. de 13 de Novembro de 1811 e Provis. de 12 de Maio de 1842 se tem emprestado a particulares alguma somma dos mesmos orphãos, promovendo a effectiva responsabilidade dos que forem culpados por falta de cumprimento da lei ou prevaricação: Decr. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 9.º

AV. N. 109 DE 8 DE MARÇO DE 1875:

Revoga a ordem n. 99 de 12 de Maio de 1851, declarando que a percentagem dos dinheiros dos orphãos só é abonavel aos collectores e administradores das mesas de rendas, e quaes as condições para esse abono.

Vej. *av. n. 420 de 2 de Outubro de 1875.*

AVISO N. 187 DE 11 DE ABRIL DE 1876

Dá instrucções em additamento ás de 12 de Maio de 1842, relativas ao recebimento, escripturação e entrega dos dinheiros de orphãos.

Art. 1.º Quando as mesas de rendas e collectorias não tiverem fundos sufficientes para satisfazer as requisições dos juizes de orphãos, officiarão, na provincia do Rio de Janeiro, á directoria geral de contabilidade do thesouro nacional, e, nas outras provincias, ás thesourarias de fazenda, para que fação realizar as entregas reclamadas.

Art. 2.º O officio deverá declarar o nome da pessoa a quem tiver de ser feito o pagamento, a data do empréstimo, e a importancia do capital e a dos juros.

Art. 3.º Os administradores das mesas de rendas e collectores da provincia do Rio de Janeiro communicarão immediatamente á directoria geral da tomada de contas do thesouro nacional a expedição do officio dirigido á de contabilidade, para facilitar o exame que compete áquella directoria, na occasião em que recolhem a renda arrecadada.

Art. 4.º Logo que as estações de arrecadação officialem ao thesouro e thesourarias de fazenda, solicitando o pagamento das quantias reclamadas pelos juizes, escripturarão as mesmas quantias em receita,

como remessas recebidas dessas repartições, e, em despeza, como pagamento de deposito ou de juros do emprestimo dos cofres de orphãos, apresentando as requisições dos juizes e os calculos dos juros, quando recolherem a renda trimensal ás mencionadas repartições, para justificação da despeza.

Art. 5.º A' vista dos documentos de que trata o artigo antecedente proceder-se-ha, no thesouro e thesourarias de fazenda, á verificação do calculo dos juros e da importancia do capital restituído, do mesmo modo que se pratica a respeito das entregas feitas pelas estações de arrecadação, quando têm fundos para o pagamento.

Art. 6.º Os exactores não attenderão a requisições que não especifiquem a data dos emprestimos, a importancia que se quizer retirar do capital e finalmente o dia em que começar e o em que terminar o vencimento dos juros. Além disto, nos casos de maioridade, casamento ou obito dos orphãos, as requisições deverão declarar as datas desses acontecimentos, para calcular-se o juro sómente até o dia anterior.

AVISO N. 123 DE 4 DE ABRIL DE 1877:

Em additamento ás instrucções de 11 de Abril de 1876.

Art. 1.º Os collectores e administradores de mesas de rendas deverão juntar aos officios que dirigirem ao thesouro e ás thesourarias de fazenda, nos termos do art. 1.º das citadas instrucções, solicitando o levantamento dos dinheiros de orphãos, as proprias requisições dos juizes.

Art. 2.º No thesouro nacional a directoria geral da contabilidade, e nas thesourarias de fazenda o respectivo inspector, antes de ser autorizado o pagamento, mandarão proceder á verificação do saldo do emprestimo e do calculo do juro das quantias cujas entregas forem requisitadas, lançando o empregado verificador a nota de conferencia no officio do exactor.

Art. 3.º Ficão alteradas as disposições do final do art. 4.º e do art. 5.º das mencionadas instrucções.

AV. N. 850 DE 22 DE NOVEMBRO DE 1878:

Mandou reduzir a 4 % os juros dos dinheiros dos orphãos.

AV. DE 3 DE MARÇO DE 1879:

Interpretando o aviso de 22 de Novembro, declarou que sómente da data d'elle em diante se contaria a taxa de 4 %, e que os juizes tinham o direito de reclamar o dinheiro dos orphãos, caso não se sujeitassem á taxa; igual direito tinham os tutores.

AV. DE 26 DE NOVEMBRO DE 1879:

Fundado na disposição do § 17 do art. 9.º da lei do orçamento de 1879, revogou a doutrina dos dous avisos supra, e mandou prevalecer a taxa de 5 % para pagamento dos juros dos dinheiros pertencentes aos orphãos e recolhidos ás estações fiscaes por emprestimo ao governo.

§ 162

Além do alcance das contas podem os tutores e curadores ser ainda demandados por mais alguma cousa (315).

§ 163

A revista das contas compete aos provedores das comarcas em acto de correção (316).

(315) Se nas contas tomadas aos tutores ou curadores se tiver carregado menos do que aquillo que devia carregar-se, ou se tiver abonado mais do que a despeza legitimamente feita, em ambos estes casos podem aquelles que estavam debaixo da tutela, ou curadoria, requerer por acção competente a sua indemnisação, sem que os tutores ou curadores possam valer-se da excepção de terem já dado contas e satisfeito o alcance dellas: L. 1, *Dig. de tutel. et ration. distrah.*, e *Guerreiro*, *Trat. 4º, liv. 2º, cap. 2*. Todas as perdas e danos motivados por culpa e negligencia. podem tambem ser objecto desta acção, a qual compete indistinctamente contra toda a qualidade de tutores ou curadores, contra seus herdeiros e fiadores, e em ultimo caso contra os magistrados que os nomearão ou approvárão: *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 3º; liv. 3º, tit. 41, § 3º; liv. 4º, tit. 102, § 5º; Mel. Freire, parte II, tit. 11, § 17, e Guerreiro, cit. loc., cap. 3*. Sendo mais do que um os tutores ou curadores, póde intentar-se esta acção contra qualquer delles *in solidum*, salvo se a administração da tutela ou curadoria tivesse sido dividida pelo testador ou pelo juiz: *Guerreiro, cit. loc., n. 16*. Quando esta acção se intenta contra os herdeiros dos tutores ou curadores, não abrange a parte penal, que é o caso da *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 18*, nem contra elles tem lugar o juramento *in litem*, que só se deve deferir contra os proprios tutores e curadores: *Guerreiro, Trat. 4º, liv. 4º, cap. 1, n. 24 até 49; Trat. 3º, liv. 4º, cap. 9, n. 31, e Trat. 4º, liv. 2º, cap. 8, n. 3 e seguintes. Veja-se Corrêa Telles, Trat. das Ac., §§ 269, 270 e 271, e as respectivas notas*.

(316) Na primeira correção que os provedores fazem depois de tomadas as contas aos tutores e curadores devem revêl-as: *Ord. do liv. 1º, tit. 62, §§ 28 e 29*. Nesta revista podem elles emen-

dal-as se acharem que o devem fazer, ou podem deixar provimento para que o juiz as emende. Não só podem rever as contas tomadas, como fica dito, mas podem tomal-as aos tutores e curadores que as não tiverem dado no devido tempo: cit. Ord. Por este modo supprio a lei em beneficio dos orphãos a impericia, dolo ou descuido dos juizes, e evitou os immensos inconvenientes que podião seguir-se. O salario que compete ao provedor pela revista das contas é o mesmo que compete aos juizes dos orphãos pelo trabalho de as tomarem: Ord. cit., § 29. Veja-se a nota 32 (j).

(j) Competindo hoje, em virtude do art. 24, § 1º da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, o julgamento das contas dos tutores aos juizes de direito, não ha necessidade de serem as contas prestadas revistas por esses juizes em correição, como determinava o art. 32, § 1º do Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851; subsiste, porém, a disposição do § 2º do art. 32 do citado Decr., que manda que os juizes de direito tomem as contas não tomadas pelos juizes dos orphãos, e providenciem sobre ellas, assignando, com a comminação de penas disciplinares ou de responsabilidade, o prazo dentro do qual devem ser tomadas.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

COD. CIV. PORTUGUEZ:

Art. 249. O tutor é obrigado a dar contas da sua gerencia, ou seja ao conselho de familia, ou seja ao ex-pupillo emancipado ou maior.

Conferem:

Cod. Civ. Franc., art. 469 e 470.

Cod. Civ. do Chile, art. 415.

Cod. Civ. Ital., art. 302 e 303.

Cod. Civ. Austr., art. 238 e 262.

Cod. Civ. Venezuel., art. 340 e 341.

Cod. Civ. da Hollanda, art. 437.

COD. CIV. PORTUGUEZ:

Art. 250. As contas apresentadas no conselho de familia serão examinadas por uma ou duas pessoas intelligentes, designadas pelo mesmo conselho d'entre os seus membros, sendo possível, e serão approvadas ou reprovadas, em todo ou em parte, como parecer direitoamente.

O *Cod. Civ. Austr.*, manda examinar as contas por peritos, art. 241; O *Cod. Italiano* manda examinar as contas e documentos que as comprovão por um membro do conselho de familia (art. 303), e no caso de prestação dellas ao proprio tutelado, por ser maior, por um protutor, ou outra pessoa designada pelo pretor: art. 307.

— Presentada la cuenta por el tutor o curador, será discutida por

la persona a quem pose la administracion de los biénes: *Cod. Civ. Chileno*, art. 422.

O *Cod. Civ. Venezuelano* manda examinar as contas pelo—*consejo de tutela* (art. 341).

COD. CIV. PORTUGUEZ, art. 251:

As contas devem ser acompanhadas dos documentos justificativos, excepto pelo que toca a despesas de que não é costume exigir recibo.

O *Cod. Civ. Francez* exige a justificação das despesas por meio de documentos comprobatorios dellas, para a validade de qualquer transacção que haja lugar entre o tutor e o seu pupillo tornado maior, validade que depende da prestação das contas da tutela: art. 472.

O *Cod. Civil Chileno* não considera regulares as contas que não são acompanhadas da exhibição — *del inventario i de las existencias* — e concede em taes casos ao pupillo o direito de liquidar o prejuizo por juramento sobre a importancia delle: art. 423 e 415.

O *Cod. Civ. Austr.* exige que as contas sejam acompanhadas — *de toutes les piéces à l'appui* — diz A. De Clercq em sua traducção daquelle codigo.

COD. CIV. PORTUGUEZ:

Art. 252. Serão abonadas ao tutor todas as despesas legalmente feitas, ainda que dellas não tenha resultado proveito ao menor, se isso não acontecer por culpa do mesmo tutor.

Conferem:

Cod. Civ. Italiano, art. 305.

Cod. Civ. Franc., art. 471, 2º ainea.

Cod. Civ. Chileno, art. 414.

Cod. Civ. Portuguez, art. 253.

Se á vista das contas o tutor ficou alcançado, a importancia do alcance vencerá o juro da lei desde a approvação das mesmas contas.

Conferem:

Cod. Civ. Francez, art. 474, 1º ainea.

Cod. Civ. Italiano, art. 308 1º ainea.

Cod. Civ. Chileno, art. 424.

Cod. Civ. Hollandez, art. 471.

COD. CIV. PORTUGUEZ, art. 254.

O saldo a favor do tutor será satisfeito pelos primeiros rendimentos do menor que o tutor receber; mas, se occrêrem despesas urgentes, de fôrma que o tutor se não possa inteirar, vencerá juros o saldo, quando se lhe dever, se o conselho de familia não prover de outro modo ao prompto pagamento da divida.

Os Cods. Francez e Italiano, art. 474, 2º ainea, e 308, 2º ainea, fazem depender o vencimento dos juros dos alcances devidos aos tutores da intimação judicial para o pagamento.

O mesmo seguio o *Cod. Chileno*, art. 424, pois a expressão—*los*

pidaz—não pôde deixar de referir-se ao pedido judicial. Confere com o Cod. Franc. o Cod. Hollandez, *art.* 471.

Cod. Civ. PORTUGUEZ, *art.* 255.

O tutor alcançado, não tendo bens por onde indemnise o menor, fica sujeito ao castigo, que a lei penal lhe imponha, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possível, de estar obrigado a ella.

— Não encontrámos disposição igual em nenhum dos modernos codigos.

Art. 256. Nos casos de morte, ausencia ou interdicção do tutor, as contas serão dadas pelos seus herdeiros ou representantes.

Art. 257. No caso de emancipação ou maioridade, as contas serão dadas ao emancipado ou maior com assistencia do curador e do pro-tutor.

§ Unico. O saldo, que resultar destas contas, vencerá juros legaes a favor do tutor ou contra elle; no primeiro caso, desde que ao pupillo fôr requerido o pagamento, com prévia entrega de seus bens; e no segundo, desde a approvação das contas.

Conferem :

Cod. Civ. Italiano, *arts.* 307 e 308.

Cod. Civ. Franc., *art.* 472 e 474.

Cod. Civ. Chileno, *arts.* 422 e 424.

Cod. Civ. Hollandez, *arts.* 470 e 471.

Cod. Civ. de Venez., *art.* 345.

COD. CIV. FRANCEZ, *art.* 475 :

Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité.

Conferem :

O *Cod. Civ. Italiano*, *art.* 309, 1º alinea. No segundo alinea accrescenta estas palavras :

La prescrizione stabilita da questo articolo non si applica all'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo.

O *Cod. Civ. Chileno* marca o prazo de quatro annos para a prescripção (*art.* 425).

O *Cod. Civ. de Venezuela*, *art.* 346, confere com a disposição do *art.* 309 do *Cod. Italiano*, 1º e 2º alinea.

CAPITULO XXIV

DA EMANCIPAÇÃO

§ 164

A emancipação é um dos meios legitimos de sahir do patrio poder, e da tutela, ou curadoria (317).

§ 165

A emancipação daquelles que ainda têm pai, ou é voluntaria, ou coacta, ou presumida.

§ 166

A voluntaria depende do consentimento expresso do pai e da confirmação do soberano (318), e pôde ser revogada

(317) Por direito romano havia tres especies de emancipação voluntaria e expressa, a saber: a antiga, que se fazia pelo modo exposto por *Hein.*: antiq. Roman. ad Inst., tit. 12, liv. 1º, § 6; a Anastasiana, que dependia da confirmação e rescripto do principe, e que se fazia pela maneira indicada por *Bohem.*, ad Pandect. Exerc. 21, §§ 13 e 14; e a *Justiniana*, de que falla a L. ult. *Cod. de Emanc. Liberar.*, e que se podia celebrar na presença de qualquer magistrado. A primeira nunca teve uso entre nós; a segunda acha-se approvada pela Ord. do liv. 1º, tit. 3, § 7, e a terceira está adoptada pela pratica: *Mel. Fretre*, parte II, tit. 5, § 23.

(318) Como o pai é usufructuario legitimo dos bens de seus filhos, Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º, depende por isso a emancipação do seu consentimento, pois que vai privar-o daquelle direito. Por dous modos diversos se pôde fazer esta emancipação: ou concorrendo o pai e o filho perante o juiz do seu domicilio, declarando-lhe a sua vontade, e requerendo que se reduza a termo, para com elle se requerer a confirmação do soberano pelo tribunal do desembargo do paço; ou mandando-se fazer por um tabellião a escriptura do consentimento paterno, e requerendo com ella a dita confirmação, que sempre é de abso.

pelo mesmo pai (319) e impugnada por qualquer prejudicado (320).

luta necessidade, *Fragoso*, de Regim. Reip., parte III, liv. 2, disp. 3, § 1º, n. 83; *Peg.*, á Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º, n. 97; *Cabed.*, parte II, dec. 72, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., § 574. Para ter lugar esta emancipação não é necessario que o filho tenha vinte e cinco annos: L. 5, *Cod. de Emanc. Liber.*; *Solan.*, Cog. 67, n. 31, e *Almeida e Souza*, cit. loc., § 575, *Cod. Civ. dos Franc.*, art. 477 e seguintes. Póde o pai dar o seu consentimento por procurador, apezar da contraria opinião de *Guerreiro*, *Trat.* 3, liv. 2º, cap. 6, n. 14, victoriosamente refutada por *Arouc.* in leg. 24, *Dig.*, de *Adoption.* n. 2, e por *Almeida e Souza*, cit. loc., § 576. Não póde, porém, consentir na emancipação para certos fins sómente, e ainda menos para o de poder testar: *Furgol.*, de *Testam.* cap. 4, *Secç.* 2, n. 15, e *Fragoso*, supra n. 86. Se o filho assim emancipado tem já completos os vinte e cinco annos fica habilitado para dispór livremente de seus bens; aliás só póde praticar validamente os actos de pura administração, e de nenhuma sorte alienar bens de raiz sem intervir autoridade judicial: *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 28*, e *Cod. Civ. dos Franc.*, art. 431. Em ambos os casos, porém, perde o pai o usufructo dos bens adventicios do filho emancipado, e fica este habilitado para poder testar, cessando nelle a disposição da *Ord. do liv. 4º, tit. 81, § 3*. Por direito francez o pai póde emancipar o filho aos quinze annos: *Cod. Civ. Francez*, art. 477.

(319) Como esta emancipação é uma especie de doação, que o pai faz ao filho, não admitte duvida que póde ser revogada pela ingratição: *Ord. do liv. 4º, tit. 63*. Podem considerar-se justas causas de reclamar o consentimento paterno todas aquellas que são legitimas para a desherdação, quaes as referidas na *Ord. do liv. 4º, tit. 88*. Revogada com effeito a emancipação por sentença proferida em acção competente, torna o filho a recahir debaixo do poder patrio: *Stryk.*, vol. 6, disp. 17, cap. 2, § 8, e *Almeida e Souza*, Ac. Sum., vol. 1º, § 578.

(320) Quando a emancipação dos filhos é feita em fraude dos credores, elles a podem arguir de dolosa e fazê-la declarar como tal. Supponhamos, por exemplo, que, tendo o filho avultados bens adventicios de que o pai era usufructuario, este, para evitar que os seus credores lhe penhorassem o usufructo,

§ 167

A coacta depende da existencia das causas legitimadas (321), da sentença do juiz (322) e da confirmação do soberano (323).

emancipou o mesmo filho: seria porventura justo denegar em tal caso aos credores o direito de impugnar semelhante emancipação fraudulentamente feita em seu prejuizo? Por certo que não; e por isso a lei os considera pessoas habéis para o poderem impugnar. Quaes sejam em tal caso as presumpções da fraude o diz *Arouc.*, na L. 8, *Dig.*, de his qui sui vel alieni juris; *Cyriaco.*, *Contr.* 319, n. 30, e *Almeida e Souza*, *Ac. Sum.*, tomo 1º, § 379.

(321) Ha causas que autorisam o filho para obrigar seu pai a emancipal-o: *Ord.* do liv. 3º, tit. 9, § 4. Ainda que os doutos se lembrarem de muitas causas, comtudo só devem reputar-se por legitimadas aquellas que se acham approvadas por direito; porque só a estas se refere a cit. *Ord.* nas palavras: — ou diz que por direito deve ser seu pai constringido a o emancipar. — Estas causas são as seguintes: 1ª, se o pai dêsse veneno a seu filho, ou por qualquer outro modo procurasse matal-o: *Ord.* do liv. 4º, tit. 89, § 1; 2ª, se tivesse feito o mesmo á sua mulher, mãe do dito seu filho: cit. *Ord.*, § 4; 3ª, se o pai vendo seu filho doente ou captivo, não tratasse da sua cura ou resgate, tendo meios para isso: cit. *Ord.*, §§ 5 e 6; 4ª, se o pai mudasse de religião: cit. *Ord.*, § 7; 5ª, se aceitasse algum legado para emancipar o filho: L. 92, *Dig.*, de *Cond. et Demont.*; 6ª, se o tratasse barbaramente: L. ult. *Dig.*, *Si aparent quis manum*; 7ª, se obrigar a filha a prostituir-se: L. 12, *Cod. de Episcop. Audient*; 8ª, se lhe der máos exemplos, vivendo com manceba, ou tendo-a por sua conta: *Arouc.*, na L. 31 *Dig.*, de *adoptionib.*; 9ª, se dilapida os bens dos filhos: L. 32, *Dig.*, eod., e *Cod. Freder.*, parte I, liv. 1º, tit. 9, art. 2, § 22.

(322) Não basta para o filho se dizer emancipado ter alguma das causas referidas na nota antecedente, mas é necessario que elle a deduza pelos meios legais, e que o juiz a julgue provada, decretando a emancipação por sentença definitiva: *Ord.* do liv. 8º, tit. 9, § 4. Desta sentença póde o pai appellar, e a appellação em tal caso deve ser recebida em ambos os efeitos,

§ 168

Deve considerar-se como emancipação coacta a que resulta do casamento, em que o pai não conveio (324), e da dignidade (325).

porque assim se devem receber todas aquellas que não são expressamente exceptuadas pela lei.

(323) Eis-aqui o que diz *Almeida e Souza* no *Trat. das Acc. Sum.*, tomo 1, § 581. « Resta, porém, ainda uma duvida, e vem a ser : Se constringido por sentença o pai a emancipar seu filho, ou havendo-o o juiz por emancipado, se esta sentença deve ser ainda confirmada pelo desembargo do paço? Quanto a mim, uma vez demonstrado que a forma da emancipação Anastasiána foi adoptada pela nossa legislação, e sempre observada, é indispensavel que essa sentença se confirme pelo desembargo do paço, porque este facto do juiz não póde obrar mais do que a emancipação voluntaria do pai; ora, esta deve ser confirmada pelo desembargo do paço: logo tambem a sentença do juiz. Por outra parte, para libertar o filho das leis civis, e capacital-o para testar e para outros actos, é necessario o poder real, e desta jurisdicção carece o juiz, por mais que na contradicção do pai julgue emancipado o filho. Eu, se fosse juiz, condicionaria na tal sentença que o emancipado a confirmasse pelo tribunal palatino. »

(324) E' indubitavel que pelo casamento legitimamente contrahido fica o filho emancipado, e fóra do patrio poder, porque assim o decide a *Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6º*, nas palavras: — Porque segundo o estylo de nosso reino sempre como o filho é casado é havido por emancipado e fóra do poder de seu pai. — Supponhamos, porém, que o pai, pedindo-lhe o filho seu consentimento para casar, lh'o negou com effeito, e que elle o fez supprir pelos meios competentes, na fórma que dissemos na nota 232, e que dispõe a lei de 6 de Outubro de 1784: ficará porventura o filho assim casado fóra do patrio poder e verdadeiramente emancipado? Por certo que sim, pois que o supplemento do consentimento paterno, dado pela competente autoridade, equivale ao mesmo consentimento, e produz por consequencia os mesmos effeitos. E deverá a sentença, que supprir o consentimento paterno ser confirmada pelo tribunal

do desembargo do paço? Estou persuadido que sim, e que lhe é applicavel o que dissemos na nota antecedente (a).

(325) As dignidades, que por direito romano produzião a emancipação e fazião cessar o patrio poder, se achão relatadas na L. ult.: *Cod. de Decur.*, e na Nov. 81: quaes são as que lhe correspondem entre nós, o diz eruditamente *Almeida e Souza* nas notas a *Mel. Freire*, liv. 1º, tit. 2, § 14, pag. 49. Aquelles que entendem a risco a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6, não querem que a dignidade, por maior que ella seja, produza a emancipação e extinga o patrio poder; os que, porém, dizem que a Ord. cit. fallou exemplificativamente, quando só exceptuou o casamento e a emancipação, admittem tambem como excepção della algumas dignidades, mas não com tanta extensão como *Mel. Freire*, parte II, tit. 5, § 27. Se neste caso devemos ter como direito subsidiario o direito dos romanos, na conformidade da L. de 18 de Agosto de 1769, § 9, só as dignidades que entre nós correspondem ás da cit. Novel. produzem emancipação e livrão do poder patrio. Se, porém, devemos adoptar como subsidiario o uso das nações, elle varia muito a este respeito. Em Saboia nem a mesma dignidade senatoria extingue o patrio poder, *Fabr., in Cod.*, liv. 8º, tit. 33, defez. 3. Na Prussia o filho não se reputa por emancipado e livre do patrio poder ainda que obtenha um cargo ou dignidade importante, *Cod. Freder.*, parte I, tit. 9, art. 2, § 30, excepto se esse filho tem economia separada.

Nem pelo direito romano, nem pelo das nações, nem por consequencia pelo nosso, são livres do patrio poder: 1º, os ecclesiasticos quod temporalia, á excepção dos bispos, e dahi para cima: *Valasco*, Cons. 108, n. 30; 2º, os Freires das tres ordens militares: *Valasco*, cit. loc.; 3º, os doutores, e menos ainda os bachareis formados: *Stryk*, us. mod., liv. 1º, tit. 7, e *Mul.* ad Struv. Exerc. 3, thes. 67; 4º, os militares que não são de alta graduação, segundo se deduz da Ord. do liv. 3º, tit. 9, § 3, e do liv. 4º, tit. 83, § 1; 5º, quaesquer outros empregados publi-

(a) Nas comarcas geraes compete actualmente aos juizes dos orphãos o processo para o supprimento do consenso dos pais ou tutores para os casamentos dos menores; o julgamento cabe aos juizes de direito: *Regul. de 15 de Março de 1812, art. 5º, n. 5; lei n. 2033 de 1871, arts. 23 e 24; Decr. n. 5467 de 1873, art. 4º, n. 6, e Acc. da Rel. de Porto-Alegre de 28 de Março de 1876 (Dir. 11, pag. 140).*

Cabe agravo da decisão que suppre o consentimento do pai ou do tutor: *Regul. de 15 de Março de 1842, art. 15, n. 12.*

§ 169

A tacita depende de factos que indiquem tær o pai desistido do patrio poder (326).

cos, que se não assemelhem aos que exceptuava o direito romano: *Almeida e Souza*, Ac. Sum., § 599 na nota.

(326) A separação ou economia separada do filho aos olhos de seu pai é um dos factos que indicão ter este desistido do seu

Qual o recurso da decisão que recusa supprir o consento paterno e nega autorisação para o casamento por julgar fundadas e procedentes as razões de opposição do pai ou tutor?

A Relação da côrte por Accs. de 16 de Setembro e 21 de Outubro de 1873, e de 28 de Fevereiro de 1879, decidio ser o recurso o de appellação, fundando-se na disposição restrictiva do art. 15, § 12 do Regul. de 15 de Março de 1842, que limitou o recurso de agravo ao caso de ser o consento paterno supprido judicialmente, parecendo clara, com a referencia que faz á lei de 29 de Novembro de 1775, a restricção imposta á disposição desta lei.

O Supremo Tribunal de Justiça firmou, a nosso vér, a verdadeira doutrina, julgando, em Acc. de 14 de Abril de 1875, ser caso de agravo, e não de appellação, o de ser negado o supprimento do consentimento paterno para o casamento, doutrina que posteriormente seguiu a Relação do Ouro-Preto em accordãos de 19 de Março e de 8 de Agosto de 1875.

O regulamento de 15 de Março de 1842 sómente podia, em materia de agravos, restabelecer a legislação anterior; não tinha o governo autorisação para limitar os casos de agravos: *art. 120 da lei de 3 de Dezembro de 1841*; a disposição do art. 26 do citado Regul. não deve servir de embaraço; desde que se reconheça a carencia de competencia do governo para legislar em tal materia, está reconhecida ella quanto á sancção com que pretendeu garantir a effectividade do preceito que não podia impôr.

A lei de 29 de Novembro de 1775, § 4º, confirmada pela de 6 de Outubro de 1784, estabelecia como recurso, no caso vertente, o agravo; essa disposição passou para o nosso direito, por força do art. 120 da lei de 3 de Dezembro, não ha negal-o.

Não se procure, porém, apoio, como fêl-o a Relação do Ouro-Preto, para essa doutrina, na disposição do art. 4º, § 6º do Decr. n. 5467 de 1873, sem applicação ao caso.

As expressões — *quer dellas caiba agravo, quer appellação* — de que usa o art. 4º citado, mostra que no n. 6 elle não tratou de firmar a competencia do recurso para o caso em questão.

§ 170

A emancipação daquelles que já não têm pai verifica-se por tres modos diversos :

patrio poder, e ter tacitamente consentido na emancipação Tanto tem de indulgente a este respeito *Mel. Freire*, quanto de severo o seu commentador *Almeida e Souza*. Aquelle no tomo 2º, tit. 5º, § 26, referindo-se ao uso das nações, parece indicar que qualquer separação é sufficiente para fazer presumir a emancipação. Este, no *Trat. das Ac. Sum.*, referindo-se ao systema da legislação portugueza, que faz dependente da confirmação do soberano a emancipação voluntaria, não admitte-a tacita e presumida em caso algum. E' verdade que a nossa legislação faz dependente da confirmação do soberano a emancipação voluntaria do filho que ainda tem pai, segundo dissemos na nota 317; e é tambem verdade que o uso das nações não é uniforme a respeito da emancipação tacita, porque em umas a separação, de qualquer modo que ella se faça, surte este effeito em outras torna-se indispensavel certo espaço de tempo; e em outras, além desse espaço de tempo, fazem-se precisos certos outros requisitos: *Stryk*, us. mod., liv. 1º, tit. 7º, § 18; *Harprecto* disp. 3, ns. 34, 73, 74, 75 e 158, e muitos outros. Suppondo omisso na nossa legislação o caso da emancipação tacita, e vendo a variedade que ha a seu respeito nas nações civilisadas, parece-me que nem se deve admittir a indulgencia de *Mel. Freire*, nem o rigorismo de *Almeida e Souza*, e que se deve nestes dous extremos seguir o termo médio, figurando duas hypotheses diversas, a saber: ou o pai não demitte em favor do filho separado os bens adventicios e o usufructo delles, ou lhe demitte, e entrega uma e outra cousa. No primeiro caso nunca póde presumir-se a emancipação, por mais annos que decorraão, porque o pai, conservando os adventicios do filho e o seu usufructo, conserva os effeitos do patrio poder e exclue a presumpção de o ter abdicado. No segundo deve presumir-se essa abdicção e uma formal emancipação, concorrendo os requisitos seguintes: 1º, que essa separação exceda a dez annos; 2º, que seja total, isto é, que o filho esteja realmente separado da casa de familia e mesa do pai, negociando em seu proprio nome e com animo de perpetuidade: *Harprect.*, thes. 28 e seguintes, e *Thomaz.*, *Not. ad Inst.*, liv. 1º, tit. 12, e *Cod. Freder.*, parte I, liv. 1º, tit. 9º, art. 2, § 31.

- 1.º Pela idade legitima (327) ;
- 2.º Pelo supplemento della (328);

(327) Logo que o orphão completa a idade de vinte e cinco annos e quer emancipar-se, deve extrahir a sua certidão de idade, e com ella requerer ao juiz do inventario que o admitta a justificar que tem juizo e capacidade para bem reger a sua pessoa e administrar seus bens. O juiz defere immediatamente e feita que seja a justificação deve havê-lo por emancipado, livre da tutela, e mandar-lhe entregar seus bens e rendimentos, tomadas as contas a seus tutores. Esta é a pratica geral exposta por *Guerreiro*, no *Trat.* 5º, cap. 21, e por *Peg.*, á *Ord.* do liv. 1º, tit. 88, § 45, ns. 45, 49 e 50. A maior parte das nações civilizadas da Europa se tem desviado do direito romano a respeito da idade da emancipação, exigindo apenas a de vinte annos, por ter mostrado a experiencia que nesta época está desenvolvido o espirito, e que não convem aos grandes interesses da sociedade que o cidadão passe a metade da sua vida sem administrar aquillo que é seu. O *Cod. Civ. dos Franc.* fixou a idade de vinte e um annos para a emancipação, consentindo entretanto que ella podesse verificar-se aos dezoito se um conselho de familia assim o julgasse conveniente: art. 478 e 488. As nossas leis reconhecerão que nesta idade já podem existir os conhecimentos necessarios para qualquer se reger, pois que autorisão o tribunal do desembargo do paço para a emancipação aos dezoito e vinte annos, segundo a differença dos sexos: *Ord.* do liv. 1º, tit. 3º, § 7, e *Regim.* do desembargo do paço, § 114; *Ord.* do liv. 1º, tit. 88, §§ 27 e 28, e liv. 3º, tit. 42, pr. (b).

(328) Para se obter o supplemento de idade recorre-se ao tribunal do desembargo do paço, na fórma que dissemos na nota 234, ajunntando-se logo certidão, por onde mostre-se que o recorrente tem vinte annos completos, sendo varão, e dezoito sendo femea, e justificação da sua capacidade para bem se reger (c).

(b) Desde que o orphão alcança a idade de vinte e um annos, que é a da maioridade, segundo a *Resol.* de 31 de Outubro de 1831, é havido por emancipado pelo, juiz, que á vista da certidão de idade, manda fazer entrega dos bens do orphão, independente da justificação de capacidade de que falla o autor na nota supra, e que é com razão condemnada pelo *Av. n.* 16 de 8 de Janeiro de 1856.

(c) As cartas de supplemento de idade são concedidas pelos juizes

3.º Pelo casamento (329).

§ 171

A emancipação dos expostos também deve ser feita perante o juiz dos orphãos (330), bastando-lhe a idade de vinte annos (331).

(329) Veja-se a nota 232, a que só tenho a acrescentar que, ainda casando a orphã sem licença do juiz (termos em que lhe não é concedida a administração dos bens, emquanto não completa os vinte annos), póde o marido della requerer e obter essa administração pelo desembargo do paço, segundo se vê do seu Regim. no § 79.

(330) Porque depois de sahirem dos hospitaes ou casas pias, aonde a caridade e a lei lhes subministrão os meios de escaparem á morte, recahem immediatamente debaixo da jurisdicção do juiz dos orphãos: Alv. de 31 de Janeiro de 1775. Veja-se a nota 218.

(331) Ainda que a idade da emancipação é igualmente a de vinte e cinco annos, segundo dissemos na nota 327, comtudo o Alv. de 31 de Janeiro de 1775 no § 8 determinou que os expos-

dos orphãos, precedendo justificação dada pelo emancipando de ter bastante capacidade para reger sua pessoa e bens: *Art. 2º, § 4º da lei de 23 de Setembro de 1823, e Regul. de 15 de Março de 1842, art. 5, § 2.* Pagão taes cartas 60\$ de sello, tantas vezes repetido quantas forem as pessoas contempladas: *Decr. n. 7540 de 15 de Novembro de 1879, art. 10, § 17.*

O supplemento da idade é hoje concedido pelos juizes de direito nas comarcas geraes, pois a elles compete julgar a justificação preliminar de habilitação e por elles deve ser assignada a carta de emancipação, *Reg. de 23 de Novembro de 1871, combinado com o Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873 e Acc. da Relação de S. Paulo de 11 de Abril de 1876 (Dir. vol. 12, pag. 119)*; a petição inicial deve, porém, ser dirigida ao juiz dos orphãos, que é o processante.

O menor de vinte annos incompletos póde impetrar a carta de supplemento de idade?

Sim, decidiu a *Rel. da córte por accordão de 20 de Fevereiro de 1877*; não, vê-se julgado no *Direito*, vol. 15, pag. 771.

Os juizes da primeira decisão, por coherencia, devião admittir a maioria quando o menor houvesse entrado nos vinte e um annos, mas não o tivesse completado.

§ 172

Adquire-se pela emancipação, de qualquer modo que ella se faça, o direito de administrar os bens e de dispôr delles livremente (332).

tos se houvessem por emancipados aos vinte. E', porém, necessario provarem que têm capacidade, visto que esta prova se não dispensa daquelles mesmos que se emancipão de vinte e cinco annos ou por supplemento de idade (d).

(332) Excepto : 1º, no caso da Ord. do liv. 3º, tit. 42, § 2º, em que o emancipado não pôde alienar bens de raiz sem autoridade judicial, se a provisão lhe não concede este direito : e, 2º, no caso da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 19, em que não só alienação, mas até a mesma administração, lhe é vedada até os vinte annos, uma vez que a licença para o casamento se não suppra, provando-se a utilidade que d'elle resultou.

(d) O Dr. Augusto Teixeira de Freitas entendeu que os expostos se emancipão aos vinte annos, *art. 9º, nota 1ª da Consol. das Leis Civ.*, considerando assim em inteiro vigor a disposição do Alv. de 31 de Janeiro de 1775, § 8º, em virtude da lei de 20 de Outubro de 1823, que mandou vigorar no Brasil a legislação portugueza até 25 de Abril de 1821, que não estivesse revogada. Contra esta proposição argumenta o Sr. conselheiro Rebouças, dizendo que o Alv. de 1775 estabelecia um privilegio em favor dos expostos da casa de misericordia de Lisboa, e não firmava um preceito geral e uma regra de direito civil, que devesse ser entre nós adoptado por força da lei de 20 de Outubro de 1823. Esta razão não nos parece procedente, porque a disposição do § 8º do cit. Alv. não se entende unicamente com a casa de misericordia de Lisboa, mas sim estabelece um preceito geral sobre a emancipação dos expostos ; e assim o têm entendido os escriptores que escreverão depois do mesmo alvará.

A outra razão, porém, apresentada pelo Sr. conselheiro Rebouças nos parece convincente, e ella é a seguinte : a Resol. de 31 de Outubro de 1831 fixou a maioridade aos vinte e um anos, e no art. 2º revogou todas as disposições em contrario ; ora, a disposição da resolução é geral, e comprehende portanto tambem os expostos ; e Alv. de 1775 está revogado nesse ponto pelo art. 2º da cit. resol., que sendo acto do poder legislativo tem força para revogar o alvará.

LEGILAÇÃO COMPARADA

COD. CIV. PORTUGUEZ, *art. 304.*

O menor pôde emancipar-se :

2ª PARTE

1.º Pelo casamento;

2.º Pela concessão do pai, da mãe na falta, deste, ou do conselho de família na falta de ambos.

Conferem :

Cod. Civ. Franc., arts. 476, 477 e 478.

Cod. Civ. Ital., arts. 310 e 311.

Cod. Civ. Austr., arts. 172, 174 e 252.

Cod. Civ. Venez., arts. 347 e 348.

Cod. Civ. Chileno, arts. 265 e 366, n. 2.

Cod. da Luisiania, arts. 367 a 370.

Cod. Civ. Portug., art. 305 :

A emancipação habilita o menor para reger sua pessoa e bens, como se fosse maior.

Conferem :

Cod. Civ. Hollandez, art. 473.

Cod. Civ. Austr., arts. 172 e 252.

Divergem, conferindo apenas direitos de administração ao emancipado :

Cod. Civ. Ital., arts. 317, 319 e 321.

Cod. Civ. Franc., arts. 481 a 484.

Cod. Civ. Venezuelano, art. 355.

Cod. Civ. Portug., art. 306 :

A emancipação por casamento, porém, só produzirá os seus efeitos legais, tendo o varão dezoito annos completos e a mulher dezeseis, e tendo sido o casamento competentemente autorizado.

Divergem :

Cod. Civ. Venezuel., art. 347 (Vej. *Sanojo*, vol. 1.º, n. 280).

Cod. Civ. Franc., art. 476.

Cod. Civ. Ital., art. 310 e segs.

§ Unico.—Casando-se o menor, sem a necessaria autorisação, continuará a ser considerado como menor emquanto á administração de seus bens, até a maioridade; mas ser-lhe-hão arbitrados dos rendimentos dos ditos bens os alimentos necessarios ao seu estado.

Art. 307 :

A emancipação mencionada no art. 304, n. 2.º, só pôde verificar-se com aprazimento do menor, e depois que este haja completado dezoito annos.

Conferem :

Cod. Civ. Chileno, art. 265, quanto ao consentimento do menor.

Cod. Civ. Venez., arts. 348 e 349.

Cod. Civ. Ital., art. 311, quanto á idade de dezoito annos.

Cod. Civ. Franc., art. 478, quanto á idade de dezoito annos, no caso de emancipação pelo conselho de família.

Cod. Civ. Portuguez, art. 308.

A emancipação outorgada pelo pai e pela mãe consistirá n'um

simples auto ou termo, assignado perante o juiz do domicílio do emancipante; e a outorgada pelo conselho de familia consistirá no auto de deliberação tomada na fôrma ordinaria.

§ Unico. O juiz mandar passar em seguida o respectivo alvará, que só produzir o seu effeito, em relação a terceiros, desde que fr registrado no livro das tutelas.

COD. CIV. FRANC., art. 477:

Le mineur, mme non mari, pourra tre emancip par son pre ou  défaut par sa mre, lorsqu'il aura l'ge de quinze ans rvolus.

Cette emancipation s'oprera par la seule dclaration du pre ou de la mre, reue par le juge de paix, assist de son greffier.

Conf. *Cod. Civ. Ital.*, art. 311.

COD CIV CHILENO:

Art. 264. La emancipacion es un hecho que pone fin  la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.

Art. 265. La emancipacion voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo adulto, i el hijo consiente en ello.

No valdia la emancipacion si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa.

Confere com o Cod. Franc. o *Cod. de Venezuela*, art. 359.

COD. CIV. PORTUG., art. 309:

No caso d n. 1 do art. 304 o menor emancipado requerer ao juiz competente, ajuntando os documentos comprobativos do seu casamento, idade e respectiva licença, que o faa entrar na administração dos seus bens; e o juiz deferir, como fr justo, sem audiencia prévia de alguem.

§ Unico. O despacho, que mandar entregar a administração s produzir o seu effeito, em relação a terceiros, desde que fôr registrado no livro das tutelas.

Art. 310. Concedida a emancipação, não pôde ser revogada.

Confere:

Cod. Civ. Chileno, art. 269.

Em contrario:

Cod. Civ. Franc., art. 485 e 486.

Cod. Civ. Ital., art. 321.

Cod. Civ. Venez., art. 358.

CAPITULO XXV

DA CURADORIA E SUCCESSÃO PROVISORIA DOS AUSENTES

§ 173

A curadoria dos ausentes, de cuja habilitação e existencia se duvida, e que não deixarão legitimo procurador (333) decreta-se de diversos modos e produz diversos effeitos.

§ 174

Se a ausencia não excede a dez annos, decreta-se a cu-

(333) Sabendo-se o lugar onde está o ausente, e constando com certeza que elle existe, não se lhe pôde nomear curador pela simples qualidade de ausente: Ord. do liv. 1º, tit. 90, nas palavras: — E a mesma ordem mandamos que tenham os ditos juizes nos bens dos sobreditos ausentes, de que o não pôde saber aonde são, nem se são mortos ou vivos. O mesmo acontece quando elles deixarão procurador legitimo, *Guerreiro*, Trat. 4, liv. 4º, cap. 12, n. 8, e *Macedo*, Dec. 37, salvo se elle fôr omisso e negligente na administração dos bens do ausente, ou se a ausencia fôr tão diuturna, que faça presumir a morte: *Barb.*, á Ord. do liv. 1º, tit. 89; *Peg.*, ibidem, ns. 15 e 16, e *Almeida e Souza*, Collecç. de Dissert. Jurid. e Prat., dissert. 2, § 2, e Cod. Civ. dos Franc., arts. 115 e 121 (a).

(a) A' vista das expressões usadas no paragrapho supra, é claro que se trata aqui dos ausentes comprehendidos nas disposições da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, isto é, d'aquelles que se ausentão de um lugar, deixando nelle bens, e que não dão de si noticias: *lei de 15 de Novembro de 1827*; *lei de 3 de Novembro de 1830*, art. 20.

Os bens que pertencerem a taes individuos deverão ser arrecadados pelo juizo dos orphãos, inventariados e sujeitos á administração de um curador (arts. 1º, § 2º, 2, 20 e 22 do Reg. que baixou com o Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859).

O facto de haverem ou não os ausentes deixado procurador serve para demorar mais ou menos a decretação de successão provisoria (por cinco ou dez annos) não impede, porém, a arrecadação: *Regul. de 1859*, art. 47.

Vej. sobre os direitos fiscaes: *Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860*, art. 4º, e *Decr. n. 5531 de 31 de Março de 1874*.

radoria simples pelo juiz dos orphãos *ex-officio*, ou a requerimento de qualquer pessoa do povo (334).

§ 175

Se excede a dez annos, e concorrem algumas presumpções da morte do ausente, decreta-se a curadoria, chamada successão provisoria, pelo tribunal do desembargo do paço, ou pelo provedor da respectiva comarca (335) (c).

(334) Ord. do liv. 1º, tit. 90 pr., nas palavras: — E dará curador aos bens, tanto que lhe fôr requerido por qualquer do povo; palavras estas que, apesar de se referirem aos bens dos captivos, são ampliadas aos dos ausentes no periodo seguinte da cit. Ord., e com toda a razão; porque sendo do interesse publico que se administrem judicialmente os bens, que seus donos não podem administrar, era consequente dar-se a qualquer do povo o direito de requerer a curadoria dos ausentes, supprindo o descuido do juiz (b).

(335) Se os bens ou sentença do ausente excede a 300\$, ou se

(b) A Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 33, mandava deferir a curadoria ou successão provisoria sómente depois de decorridos dez annos da ausencia de um individuo ou das ultimas noticias; então, mediante as provas, que apresentava o pretendente á curadoria, de seu parentesco com o ausente, e da falta de mais parentes ou nomeação dos que porventura existissem, e depois, finalmente de preenchidas todas as formalidades exigidas naquella cit. Ord., era deferida a curadoria.

A nossa legislação trouxe, como justa razão, modificações áquella Ord.

E' assim que a lei de 15 de Novembro de 1827 mandou deferir á successão provisoria de todo o individuo que se houvesse embarcado em um navio, para uma viagem, ainda que das mais dilatadas, desde que durante o espaço de dous annos não houvessem noticias do mesmo navio, tripolação e passageiros.

O regulamento que baixou com o decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859 mandou deferir a curadoria no fim de quatro annos de ausencia, ou das ultimas noticias do ausente, se este não houvesse deixado na terra procurador incumbido de gerir seus bens e negocios, e no fim de dez annos se não o houvesse deixado (art. 47, § 1º).

Os juizes dos orphãos, quando tiverem de julgar as habilitações dos herdeiros do ausente; attenderão sempre aos motivos da ausencia e ás causas que obstão á falta de noticias, embora tenha decorrido qualquer dos referidos prazos.

§ 176

No caso da simples curadoria os curadores são elegidos ao arbitrio do juiz (336), e em nada differem daquelles que

aquelles que pretendem a curadoria e successão provisoria distão de cinco leguas da côrte, ou do lugar onde ella está, devem requerer ao tribunal do desembargo do paço; e fóra destes dous casos ao provedor da comarca aonde estão os bens: Ord. do liv. 1.º, tit. 62, § 38; Regim. do desembargo do paço, § 50, e Alv. de 16 de Setembro de 1814. Em ambos os casos se deve ajuntar certidão da legitima ou legitimas dos ausentes, e provar-se que aquelles que requerem a sua curadoria e successão provisoria, são os parentes mais proximos, e os que justamente lhes succederião se elles tivessem morrido sem testamento: cit. Ord. No requerimento, não só se deve declarar o nome do ausente, mas o de seus pais, o officio que tinha e o lugar onde morava antes da ausencia, pois que todas estas declarações exige a sobredita Ord., e todas ellas são por consequencia de absoluta necessidade.

(336) Este arbitrio não é vago absolutamente, porque emquanto houver parentes idoneos do ausente não se deve mandar um estranho para seu curador, visto que a tutela e cu-

(c) Ficando extincto entre nós o desembargo do paço pelo art. 1.º da lei de 22 de Setembro de 1828, cessou a jurisdicção de tal tribuna sobre os bens de ausentes, passando ella, em virtude do art. 2.º, § 5.º, da cit. lei de 1828, e art. 2.º da lei de 3 de Novembro de 1830, para os juizes dos orphãos.

A curadoria de ausentes não pôde ser deferida aos herdeiros mais chegados do ausente, sem que os mesmos herdeiros se habilitem nos termos do art. 46 do Reg. de 15 de Junho de 1859 e mais disposições em vigor (art. 47, § 2.º do Reg. de 1859).

Além da citação pessoal a quem de direito fór, o parente ou parentes mais proximos na ordem da successão, que na fórmula das disposições citadas pretenderem a curadoria, requererão ao juiz dos orphãos do termo a citação do ausente e quaesquer outros interessados, por editaes com o prazo de um anno, para verem offerecer os artigos de habilitações.

Estes editaes serão affixados nos lugares do estylo, e publicados nos periodicos do termo e da capital da provincia, passando-se as certidões competentes, e juntando-se aos autos a publica-fórma do annuncio (art. 47, § 3.º do Reg. de 1859).

são dados aos menores (337); no caso da curadoria e successão provisoria, deve ella recahir sempre naquelles em quem recahiria a successão se o ausente tivesse fallecido sem testamento (338).

radoria dativa só tem lugar na falta da testamentaria ou legitima, attenta á disposição da Ord. do liv. 4º, tit. 102. Reduz-se portanto o arbitrio do juiz em tal caso a escolher, entre os igualmente idoneos, aquelle que bem lhe parecer (d).

(337) Devem portanto os curadores simples dos ausentes, isto é, aquelles que são nomeados pelo juiz dos orphãos, no caso da Ord. do liv. 1º, tit. 90, prestar juramento de administrarem fielmente os bens; dar caução, se não forem notoriamente ricos (e); dar contas de quatro em quatro annos, sendo legitimos, e de dous em dous annos sendo dativos (f): Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 49; metter no cofre os alcances em que ficarem debitados: cit. Ord., § 34; e fazer tudo o mais a que são obrigados os curadores dos menores (g). Podem ser removidos, havendo para isso legitima causa e precedendo o que dissemos na nota 272.

(338) Como esta curadoria já tem por fundamento a presu-

(d) O art. 21 do Reg. de 15 de Junho de 1859 dispõe que o juiz dos orphãos proceda á arrecadação dos bens, e nomee-lhes um curador, segundo as recommendações do art. 80 do mesmo regulamento, isto é, sendo preferidos os parentes mais proximos do ausente aos estranhos, desde que taes parentes sejam idoneos.

(e) O art. 20 do Règ. de 15 de Junho de 1859 manda nomear aos bens dos ausentes, que forem arrecadados, um *curador affiançado*, sem fazer distincção de ricos e pobres, obrigando assim uns e outros á fiança; em o ultimo paragrapho, porém, dispõe o mesmo artigo que se os bens arrecadados forem de pequena importancia, e não houver alguém que queira aceitar a curadoria delles com fiança, poderá o juiz dos orphãos nomear lhes curador sem esse onus, comtanto que tal curador seja bastante abonado para por elles responder.

(f) Os curadores prestão contas durante o processo da liquidación da herança e depois deste concluido; são obrigados a apresentar, para serem recolhidos aos cofres, o producto liquido dos bens arrecadados em cada mez, e as quantias provenientes de dividas que houverem cobrado (art. 44 do Reg. cit.).

(g) As obrigações dos curadores estão especificadas nos arts. 24 do Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1812, e 79 do Reg. de 15 de Junho de 1859.

mida morte do ausente, e é considerada como uma prematura preocupação da successão, não póde conferir-se senão áquelles que se mostrarem os parentes mais proximos do ausente, e que não tiverem inhabilidade para poder succeder-lhe: Regim. do desembargo do paço, § 50, nas palavras:— Provisões para se entregarem os bens dos ausentes aos seus herdeiros mais chegados, a quem *in solidum* pertencerião se elles fossem fallecidos sem testamento.— Preferem portanto nesta curadoria os descendentes aos ascendentes, e estes aos collateraes; na ordem dos consanguineos preferem os mais proximos aos mais remotos, os bilateraes aos unilateraes, admittindo-se a representação, como se admittiria se o ausente tivesse morrido *ab intestato*. Sendo muitos no mesmo gráo, a todos elles se deve conferir esta curadoria, segundo o quinhão hereditario de cada um, *Peg.*, á Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, n. 11, e *Thom. Vaz.*, Alleg. 79, n. 79, n. 10, sendo erronea ou sómente applicavel á curadoria simples e decretada na fórma do Ord. do liv. 1º, tit. 90, a opinião de *Guerreiro*, no Trat. 3, liv. 4º, cap. 8, n. 10, emquanto diz, que entre muitos parentes em igual gráo deve preferir o mais habil. Não foi só elle que confundio a simples curadoria do ausente com a successão provisoria; muitos outros o fizeram, dando occasião a que eu nas duas primeiras edições desta obra escrevesse algumas proposições menos exactas que agora emendei. Se o ausente tivesse algum vinculo, deve a curadoria delle deferir-se ao immediato successor que o seria se o dito ausente tivesse fallecido, *Peg.*, de Maior., cap. 97, e *Guerreiro*, Trat. 3º, liv. 8º, cap. 8, n. 37; o mesmo deve proceder se o ausente tivesse algum prazo, porque tambem a curadoria delle se decretará em favor do immediato successor, com preferencia a qualquer outro: *Rocha*, de incompat., parte VI, cap. 3, n. 26, e *Almeida e Souza*, Collec. de Dissert. Jurid. e Pract., dissert. 2ª, § 16. Se aquelles que forão providos na curadoria e successão provisoria não são os parentes mais proximos do ausente, podem aquelles que o forem, fazê-los remover por meio de embargos de *ob e subreção*; e havendo alguns outros parentes em igual gráo ao daquelles que forão providos, podem pelo mesmo meio fazer-se declarar curadores simultaneamente, *Fab.*, in Cod., liv. 5º, tit. 40, Defes. 1, e *Almeida e Souza*, Dissert. cit., § 13, excepto se esses consanguineos em mais proximo ou igual gráo forão scientes e conscientes de que os outros se provessem na curadoria,

§ 177

Decretada a curadoria ou successão provisoria do ausente, deve abrir-se o seu testamento para se lhe dar execução nos devidos termos (339).

§ 178

Esta curadoria ou successão provisoria nenhuns outros

porque então não podem impugnal-a; e só podem requerer a parte que lhes pertencer na herança do ausente, quando elle se julgar morto. Tambem não podem impugnar esta curadoria aquelles, que apezar de serem parentes mais proximos do ausente, são comtudo inhabeis para poder succeder-lhe: *Thom. Vaz.*, Alleg. 79, n. 13, *Mul. ad Struv.*, Exerc. 10, thes. 66, e *Almeida e Souza*, cit. loc., §§ 14 e 15. Com razão defere a lei a curadoria e successão provisoria dos ausentes aos seus parentes mais proximos, por serem elles os que têm a seu favor a presumpção de melhor administrarem os bens, já pelo parentesco, já pela esperança da futura successão (h).

(339) O art. 123 do Cod. Civ. dos Franc. determinou que apenas os herdeiros presumptivos do ausente tiverem obtido a curadoria ou successão provisoria, se abra o testamento do mesmo ausente, no caso de o haver, e que os legatarios e donatarios, e todos os mais que tiverem nos bens do dito ausente algum direito dependente da sua morte, possam desde logo exercital-o provisoriamente, prestando fiança.

Esta determinação é na verdade justissima, porque se a presumpção da morte do ausente autorisa os seus presumptivos herdeiros para entrarem na posse provisoria da herança, tambem deve autorisar os donatarios e legatarios para entrarem na posse provisoria de suas doações e legados. Pela mesma razão, se o ausente fosse usufructuario de certos bens, que por sua morte tivessem de passar para outro, devem-se-lhes logo

(h) Os vinculos estão extinctos entre nós, e não podem ser de novo instituidos: *art. 1º da lei de 6 de Outubro de 1835*; os bens vinculados, devendo passar aos successores do ultimo administrador, *art. 2º da lei cit. e Resol. de 29 de Maio de 1837*, os herdeiros que obtêm a successão provisoria, obtêm-n'a tambem, divididamente, sobre os bens vinculados.

direitos confere senão os de uma administração (340), que deve caucionar-se idonamente (341).

provisoriamente entregar, apenas decretada a curadoria pela ausencia de dez annos.

(340) Assim se collige da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, e do Regim. do desembargo do paço, § 50. O Cod. Civ. dos Franc. não deixa a este respeito duvida alguma, emquanto no art. 125 diz assim: — Esta posse provisoria não é mais do que um deposito, que confere áquelles que a obtêm a administração dos bens do ausente, tornando-os responsaveis para com elle, no caso de apparecer. Em consequencia desse principio determinou o cit. Cod., nos artigos seguintes, que os herdeiros presumptivos, assim investidos na posse provisoria dos bens do ausente, fossem obrigados a requerer inventario de todos elles e que, ainda quando se fizesse necessaria a venda de alguns moveis, nunca podesse proceder-se a ella sem determinação da competente autoridade e sem se empregar immediatamente o producto da venda. Não determinou positivamente que se fizesse averiguar por experientes o estado dos bens de raiz ao tempo em que se defere a curadoria ou successão provisoria, mas facultou aos herdeiros presumptivos o requererem essa averiguação para segurança sua, fazendo ajuntar ao inventario as declarações dos experientes, sendo toda a despeza desta averiguação e declaração por conta dos bens do ausente. Tudo isso são consequencias necessarias do principio estabelecido, de ser a curadoria provisoria uma méra administração; e com effeito não podia ser outra cousa mais, logo que ella tem por fundamento, não a morte verdadeira do ausente, mas a presumpção della.

(341) Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38. Se o interesse publico exige que se decrete a curadoria, e successão provisoria dos ausentes, de que não houve mais noticia pelo dilatado espaço de dez annos, tambem a razão e a justiça exigem que se ponhão todos os meios para que esses ausentes não sintão prejuizo algum no caso de apparecerem. E' para o evitar que a cit. Ord. exige dos curadores provisorios uma caução fidejussoria com requisitos particulares, quaes os de ser um só fiador, o de ter bens sufficientes no lugar aonde se acha a herança e o de se obrigar como principal pagador e verdadeiro

§ 179

Não podem portanto os curadores assim providos alienar bens alguns de raiz pertencentes ao ausente (342), ainda que podem em seu nome accionar e ser accionados (343).

depositario, fazendo disso escriptura com outorga de sua mulher, no caso de ser casado: cit Ord. Se algum dos curadores provisórios não afiança por este modo, é repellido, e o mesmo acontece se não reforma a fiança, que se tornou insolvavel e fallida: *Mul.*, ad *Struv.*, exerc. 10, thes. 66, e *Almeida e Souza*, Dissert. Jurid. e Prat., dissert. 2ª, § 17. Não póde a fiança ser dispensada neste caso, nem substituída pela caução juratoria, ainda que os curadores provisórios jurem que lhes não foi possível achar fiador, e que sejam de bons costumes, pois que a cit. Ord. exclue formalmente semelhante dispensa ou substituição. Nem póde argumentar-se com a Ord. do liv. 4º, tit. 102, § 5º, pois que sendo só applicavel ao caso de que ella trata, que é o do tutor legitimo, exclue todos os outros, devendo considerar-se como uma excepção que firma a regra em contrario. Aonde ha lei terminante cessa todo e qualquer arbitrio; e por isso a opinião dos que affirmão que o juiz póde dispensar da caução fideijussoria, no caso em que estamos, havendo para isso justos motivos, não d. ve seguir-se.

(342) Como a curadoria provisoria não confere o dominio, mas sómente a posse dos bens do ausente, por isso os curadores não podem alienar-os, pois que sem o verdadeiro dominio não póde haver alienação legitima. E que injustiça não seria se podessem alienar-se os bens daquelle, que, apesar de presumido morto pela lei, póde realmente estar vivo? Cod. Civ. dos Franc., art. 128. Pelo mesmo motivo não podem validamente hypothecar-se os ditos bens, porque a hypotheca é uma especie de alienação.

(343) Ainda que *Reinoz.*, obs. 28, n. 27, e alguns outros affirmão que os curadores dos ausentes só podem intentar as acções *tempore perituras*, só isto deve entender-se dos curadores simples e providos, na fórma da Ord. do liv. 1º, tit. 90, e não dos que são providos na fórma da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38; porque estes podem propôr todas as acções pertencentes ao ausente: *Guerreiro*, for. Qucest. 31, n. 2, e *Cabed.*, art. 10.

§ 180

Apparecendo o ausente restituem-se-lhe os seus bens(344), mas não a totalidade do rendimento delles (345).

Não podem porém, propôr, aquellas que têm por objecto direitos verificados depois de decretada a curadoria provisoria, pois seria incoherencia reputar o ausente por morto para uns fins e vivo para outros. Portanto se depois se decretada a dita curadoria morrer um individuo, instituindo o ausente por herdeiro, não poderãõ os curadores pedir a herança emquanto não mostrarem que o dito ausente vivia realmente quando se lhe devolveu : Cod. Civ. dos Franc., art. 136.

(344) Porque para esse fim é que a lei os pôz em arrecadação e administração, exigindo daquelles a quem conferir a successão provisoria as mais seguras cauções.

(345) Sobre a quantidade dos rendimentos, que os curadores provisorios devem restituir aos ausentes, quando apparecem, varião notavelmente os autores e os usos das nações, querendo alguns que se lhes réstituão todos, e outros que nenhuns. A primeira opinião tornaria semelhante curadoria um onus pesadissimo em lugar de um beneficio; suppõe os curadores em má fé para não poderem fazer seus fructos alguns, e exclue da administração dos bens dos ausentes aquelles que melhor poderião administral-os. A segunda está em opposição com o titulo dos ditos curadores; porque, sendo apenas uns méros depositarios ou administradores dos bens, não podem lucrar todos os fructos delles. E que iniquidade não seria apparecer o ausente em estado de miseria, precisado de tudo, e não achar com que acudir as suas mais urgentes necessidades? O Cod. Civ. dos Franc., obra da meditação e discussão de muitos sabios, legislou a este respeito pelo modo mais justo, mais vantajoso á sociedade e mais conforme aos principios da razão, determinando no art. 127 o seguinte :— Aquelles que, em consequencia da curadoria provisoria, tiverem gozado os bens do ausente, não serão obrigados a restituir-lhes mais do que a quinta parte dos rendimentos, se elle apparecer antes de quinze annos depois do dia de sua ausencia, e a decima parte se elle não apparecer senão depois disso. Depois de trinta annos de ausencia, a totalidade dos rendimentos pertence aos ditos curadores, Na verdade, se com o tempo da ausencia cresce a pre-

§ 181

Aquelles em favor de quem se decretou a successão provisoria podem requerer que se decrete a verdadeira e definitiva successão, quando a ausencia excede a trinta annos (346) ou quando o ausente completa os setenta (347).

sumpção da morte, tambem cresce na mesma proporção a boa fé dos curadores provisorios, e por isso era consequente que elles lucrassem maior quantidade de rendimentos, quanto mais dilatado fosse o tempo da ausencia. Parece, pois, que a disposição do cit. art. do Cod. Civ. dos Franc. deve ser considerada entre nós como direito subsidiario, maiormente porque as nossas leis mandando que os tutores e curadores ordinarios entreguem todos os rendimentos, não fazem o mesmo quando tratão dos curadores provisorios, pois que a Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, só os obriga a tornar a fazenda dos ausentes, Se o nosso *Phœb.*, na parte I, art. 78, diz que neste reino se julga a estes curadores a vintena á maneira dos outros curadores e tutores, devemos entender que elle falla dos curadores dos ausentes, providos na conformidade da Ord. do liv. 1º, tit. 90, e não dos curadores provisorios, providos na conformidade da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38; porque, havendo entre uns e outros tanta differença, não era possivel que a lei os quizesse considerar da mesma fórma. Na verdade seria duro que semelhantes curadores, a quem a lei já considera como immediatos herdeiros, a quem dispensa de dar contas e de metter no cofre os rendimentos, fossem obrigados a restituil-os por inteiro no fim de quinze, vinte ou trinta annos. Uma tal curadoria seria a causa da sua ruina, e a boa fé em que elles estavam por causa de uma ausencia tão dilatada ficaria illudida: *Almeida e Souza*, cit. dissert., § 48.

(346) Assim o determina o Cod. Civ. dos Franc., no art. 129, e com toda a razão, pois que sendo do interesse publico fixar a certeza do dominio, e o evitar que os bens estejam perpetuamente fóra do commercio, tornava-se indispensavel o fixar um termo em que cessasse a incerteza do direito dos curadores provisorios, e em que os bens dos ausentes podessem entrar no commercio. E que termo mais razoavel do que aquelle que fixou o cit. Cod.?

§ 182

Decretada a verdadeira e definitiva successão, divi-

Com effeito, pouco ou nenhuma duvida póde restar de ser morto aquelle que por espaço de trinta annos não escreveu, nem deu noticias suas ás pessoas que lhe erão mais caras: o apparecimento de um tal homem seria na verdade um acontecimento extraordinario, e aquillo que é extraordinario não deve esperar-se.

(347) O Cod. Civ. dos Franc., no art. 429, fixa a idade de cem annos para se decretar a posse definitiva e a verdadeira successão, presumindo possivel uma longa existencia. E' conforme com elle, para diversos outros fins, o direito romano, segundo se vê da L. 4, *Dig.*, de usuf., da L. 8, *Dig.*, de usu et usuf., e da L. 21, Cod. de Sacros. Eccles. Outra cousa. porém, determinárão as modernas leis da Allemanha e de outras nações civilisadas, presumindo mortos os ausentes na idade de setenta annos, para se deferir *pleno jure* a successão dos seus bens: *Mul.* ad Struv., exerc. 10, thes. 66. Nesta variedade de legislação parece-me dever-se dar preferencia á ultima, por se achar corroborada pela opinião dos melhores autores de medicina legal, como são *Plenh.*, *Cirurg. forens.*, pag. 180; *Bumer.*, *Med. forens.*, parte. II, cap. 4º, § 8º, *Cihor.*, *Med. legal*, parte II, cap. 4, § 12. Accresce que a maior parte dos juriconsultos modernos segue a opinião de que todo o ausente, de cuja vida ou morte se duvida, deve presumir-se que não excedeu á idade de setenta annos: *Stryk.*, de *Success. ab intest.*, dissert. 10, cap. 6, § 6º; *Rox.*, de *incompat.*, parte VI, cap. 3º, n. 21; *Mul.* ad Struv., cit. loc.; *Peg.* á *Ord.* no tomo 4º, pag. 218, n. 233, e pag. 675, n. 7, e *Guerreiro*, *Trat.* 2º, liv. 2º, cap. 5º, n. 92. Ainda quando se seguisse a opinião adoptada pelo Cod. Civ. dos Franc. deveria deixar-se ao arbitrio do juiz o poder reputar por morto o ausente antes da idade de cem annos, concorrendo circumstancias attendiveis, taes como a de ser elle doente e fraco; a de ter passado para paizes pouco sadios; a de ser homem immoderado, e outras muitas, que tornão a vida menos duravel, e que por isso fazem justamente presumir a morte antes daquella idade, a que poucos chegam ainda quando taes circumstancias destruidoras se não verificão.

dem-se os bens pelos legitimos herdeiros do ausente (348), entrão desde logo no commercio (349) e ficão desobrigados os fiadores (350).

§ 183

Se ainda depois disto apparece o ausente, recebe os bens no estado em que estiverem (351), com os rendimen-

(348) A legitimidade dos herdeiros do ausente regula-se pelo tempo em que a lei o considera por morto, isto é, regula-se pelo dia em que elle completou setenta annos de idade, ou os trinta de ausencia, de maneira que aquelles que nesse dia succederião ao ausente, se elle morresse *ab intestato*, são justamente aquelles por quem se devem dividir os bens, ainda que não estivessem providos na curadoria: Cod. Civ. dos Franc., art. 130. Os herdeiros do ausente que tiverem fallecido depois do dia, por onde se deve regular a successão de seus bens, transmittem a herança a seus successores: Alv. de 9 de Novembro de 1754, e *Almeida e Souza*, Colleg. de Dissert. Jurid. e Prat., dissert. 2ª, § 29 e seguintes.

(349) Como neste caso já a lei presume indubitavel a morte do ausente, por isso faculta - aos herdeiros o poderem dispôr dos bens de raiz do mesmo ausente como bem lhes parecer: Cod. Civ. dos Franc., art. 128. O contrario seria conceder a propriedade e dominio dos bens, e denegar os effeitos principaes delles.

(350) Sendo a fiança prestada pelos curadores provisórios um meio de que a lei se serve para segurar os ausentes, cuja morte apenas se presume, era consequente que ella cessasse assim que a lei considerasse como realmente mortos os mesmos ausentes: Cod. Civ. dos Franc., art. 129. Acresce ser a fiança uma obrigação accessoria, e cessar por consequencia logo que cessa a obrigação principal.

(351) Cod. Civ. dos Franc., art. 132. Ainda depois de decretada a successão definitiva resta duvida a respeito da morte do ausente, que a lei presume como certa; e como é da natureza de todas as presumpções o cederem á verdade, devem por isso restituir-se, ainda neste caso, os bens ao dito ausente. O

tos legitimos (352), sem poder entretanto reclamar as alienações que estiverem feitas (353).

contrario seria uma iniquidade notoria, porque nunca deve produzir effeitos irrevogaveis uma presumpção fallivel.

(352) Chamo aqui rendimentos legitimos aquelles que a lei manda restituir aos ausentes, quando apparecem depois de decretada a curadoria ou successão provisoria. Quaes sejam esses rendimentos já se disse na nota 345.

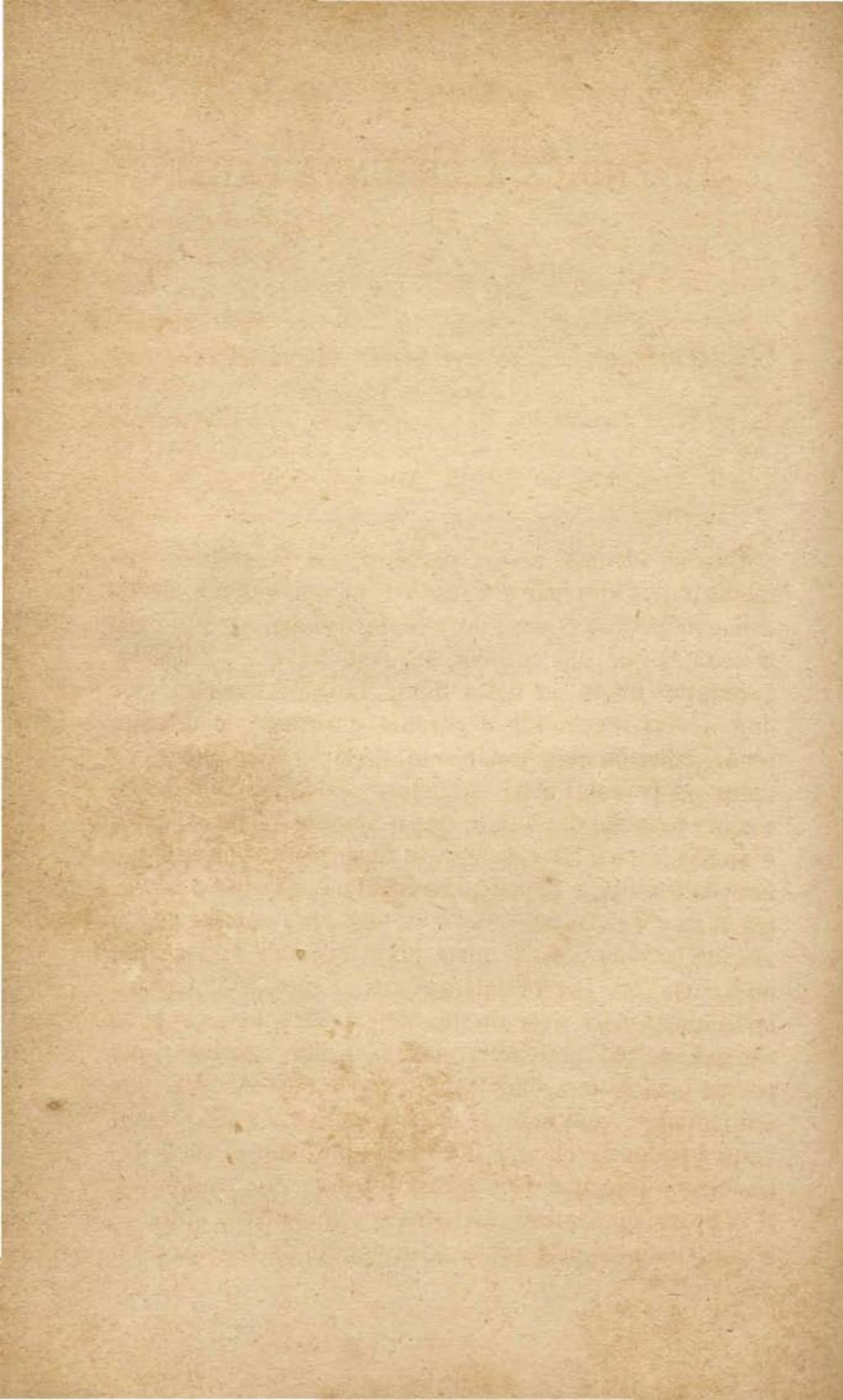
(353) Aquelles a quem se confere a successão do ausente, quando elle tem mais de setenta annos, ou quando a ausencia excede a trinta, ficão na boa fé; e na mesma estão aquelles que lhes comprão os bens, pois que a lei autorisa em tal caso a venda. Seria portanto injusto, e até contrario ao interesse geral, o poder o ausente reclamar taes contratos. A lei só o autorisa para receber o preço, e nada mais: Cod. Civ. dos Franc., art. 142 (i).

(i) Em appendice a esta segunda parte colligimos toda a legislação sobre os ausentes até 1879; por isso deixamos de mencional-a nas notas ao presente capitulo.

APPENDICE

A'

SEGUNDA PARTE



APPENDICE A' SEGUNDA PARTE

Legislação reguladora da arrecadação, administração e destino dos bens de ausentes

ORD DO LIV. 1º TIT. 62, § 38

Quando alguma pessoa requerer aos provedores, que lhe mandem entregar a fazenda de algum ausente, declarando na petição o nome do ausente, e do pai e mãe, e onde morava, e que officio tinha, e quanto ha que é fallecido, e quantos filhos ou netos lhe ficãrão, e a maneira, por que o dito requerente é parente e herdeiro do ausente, sendo fallecido sem testamento, declarando os nomes de todos os parentes mais chegados, e onde são moradores, e como passa de dez annos, que o ausente é fora da terra, e se não sabe d'elle parte, e se tem que é morto, e que fazenda é a sua, e o que val, e como não ha outros parentes mais chegados que elle, e os que mais nomear que o são, declarando que se quer obrigar a tomar a fazenda, ou a parte, que lhe fôr entregue, ao ausente, se apparecer, ou a quem nella tiver direito, dando elle e todas as mais pessoas, a que pertencer, um só fiador abonado, que possua bens de raiz, onde a dita fazenda estiver, e que seja ahí morador, com outorga de sua mulher, se fôr casado, o qual fiador se obrigue por escriptura publica, como depositario e principal pagador: o provedor lhe tomará por si a prova, que quizer dar, sem o commetter a outrem; e constando-lhe pela prova e inventario da fazenda (se o

ahi houver) todos os sobreditos requisitos, fazendo ajuntar o summario da prova com o inventario e com a escriptura da obrigação, lh'a fará entregar, declarando no termo da entrega a fazenda, que é, e o que val e rende, o que tudo será assignado pelas ditas pessoas, a que se entregar e pelo provedor. E isto não passando a valia da fazenda de 100\$, porque passando a dita quantia, ou morando a parte, que a pedir dentro de cinco leguas do lugar, onde a côrte estiver, o pedirão a nós. E movendo-se por alguma parte duvida ácerca da entrega, o provedor a determinará, dando appellação e agravo, qual no caso couber. O que os provedores cumprirão, assim ácerca da entrega das fazendas dos menores, como dos ausentes; porque nas residencias se lhes ha de tomar disso conta.

ORD. DO LIV. 1º, TIT. 90, PRINC.

Porque muitas vezes estão alguns captivos em terra de inimigos, ou ausentes, sem se poder saber se são mortos, se vivos, e seus bens estão desamparados, por não haver quem delles tenha carrego, como deve ser: mandamos que se o que fôr captivo não tiver mulher, ou pai, sob cujo poder estivesse ao tempo, que o captivárão, que seus bens deva administrar, o juiz dos orphãos, ou a pessoa, que tiver carrego de prover ácerca dos bens dos menores e dos outros, a que deve ser dado curador, como dissemos no titulo (88):—*Dos juizes dos orphãos*—, proveja ácerca dos bens daquelle, que assim fôr captivo. E dará curador aos bens, tanto que lhe fôr requerido, ou notificado por qualquer do povo, e elle fôr certificado de seu captiveiro. E em dar o dito curador, e em fazer administrar os bens do captivo, terá a ordem, que mandamos ter nos bens dos orphãos. E a mesma ordem mandamos, que tenham os

ditos juizes nos bens dos sobreditos ausentes, de que se não pôde saber aonde são, nem se são mortos, ou vivos.

ALV. DE 9 DE AGOSTO DE 1759, § 5º

Na mesma conformidade se expediráõ pelo tribunal da meza da consciencia e ordens todos os negocios, pertencentes ao embolso das partes, interessadas nos cabedaes dos referidos defuntos e ausentes.

E porque sou informado de que nesta materia tem havido grandes fraudes, fingindo-se pessoas estranhas legitimos herdeiros, e fazendo-se papeis falsos e fabricados para se extrahirem cabedaes deşte cofre: ordeno, que daqui em diante todas as habilitações, que se fizerem no juizo da India e Mina, excedendo o interesse dellas á quantia de 80\$, sejão appelladas, ainda sem requerimento de parte, para o dito tribunal da mesa da consciencia e ordens; e nelle examinadas e julgadas (respondendo sempre como fiscal o procurador-geral das ordens) pelo merecimento dos autos; nos quaes se não admittirão papeis, que não sejão originaes; havendo-se ainda os primeiros traslados delles por nullos e de nenhum effeito.

LEI DE 15 DE NOVEMBRO DE 1827

Havendo a assembléa geral legislativa resolvido:

Art. Unico. Que a disposição da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, na parte que regula o espaço de tempo, em que se deve considerar morto aquelle, que, ausentando-se de um lugar, não se sabe noticias delle, não comprehende o caso, em que, tendo partido algum navio de um porto em destino certo para outro, não haja noticia de sua chegada a esse

porto ou a algum outro, nem das pessoas, que nelle forão, dentro de dous annos nas viagens mais dilatadas, devendo, neste caso, reputar-se perdido o navio, e fallecidos os que nelle partirão, para o effeito de devolver-se a sua herança por testamento, ou sem este, aos que á ella tiverem direito, provados os requisitos exigidos na dita Ord., da mesma sorte que foi estabelecido a respeito dos navios seguros no art. 19 da regulação approvada pelo § 3º do Alv. de 11 de Agosto de 1791; e, tendo eu sancionado esta resolução, hei por bem que assim se cumpra.

LEI DE 22 DE SETEMBRO DE 1828

Art. 2º, § 5º.—Aos juizes dos orphãos ficão tambem pertencendo as habilitações dos herdeiros dos bens dos defuntos, e ausentes, que d'antes se fazião pelo juizo de India e Mina, com recurso *ex-officio* para a mesa da consciencia e ordens.

LEI DE 3 DE NOVEMBRO DE 1830

Art. 1º.—Fica extincta a provedoria dos defuntos e ausentes, e revogado o seu regimento de 10 de Dezembro de 1613, com todas as suas leis, provisões e ordens a elles relativas.

Art. 2º.—A arrecadação e administração dos bens dos ausentes fica pertencendo aos juizes dos orphãos, nos termos do seu regimento, Ord. liv. 1º, tit. 88, e do mesmo livro, tit. 90 — *Do curador que é dado aos bens do ausente, etc.* — e do tit. 62 — *Dos provedores e contadores das comarcas*, § 38, vers.—*Absentes*—, e mais leis a este respeito.

AV. DE 25 DE FEVEREIRO DE 1834

Aos juizes de orphãos, na conformidade do art. 2º da lei de 22 de Setembro de 1828, do art. 2º da lei de 3 de Novembro de 1830, e do art. 20 da disposição provisoria ácerca da administração da justiça civil, unicamente compete, pelo que pertence aos bens de ausentes, no exercicio da jurisdicção administrativa, prover sobre a arrecadação e administração dos ditos bens, segundo o disposto nas leis citadas no referido art. 2º da lei de 3 de Novembro de 1830; e, no exercicio da jurisdicção contenciosa, conhecer e julgar das habilitações dos herdeiros dos bens dos defuntos e ausentes, das causas, que dellas nascem, e das dependencias dessas mesmas causas; não se entendendo por taes as causas de acções e execuções intentadas, e provenientes de direitos reaes ou pessoas dos defuntos e ausentes, cujos bens se tiverem arrecadado, ou posto em administração, as quaes deverão ser promovidas por aquelles, a quem estiver encarregada a curadoria e administração dos mesmos bens: assim respondo ao officio de V. Mcê. de 29 de Novembro do anno findo.

ORD. N. 227 DE 30 DE JUNHO DE 1840

José Antonio da Silva Maia, presidente do tribunal do thesouro publico nacional, ordena que d'ora em diante se não cumprão nas thesourarias das provincias as precatorias, que lhes forem dirigidas, na conformidade do art. 91 da lei de 24 de Outubro de 1832, para levantamento de dinheiros provenientes de bens de defuntos e ausentes, expedidas em virtude de habilitações, quando as quantias excederem a 80\$, sem que das mesmas precatorias conste terem sido as sentenças proferidas a favor das partes, em

primeira instancia, confirmadas pelas Relações dos districtos, para onde fossem appelladas *ex-officio*, conforme o estabelecido pelo alvará de 9 de Agosto de 1759, que não foi revogado pelas disposições da lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º, §§ 5º e 6º, e da lei de 3 de Novembro de 1830, pelas quaes sómente se decretou a substituição dos juizes dos orphãos aos provedores dos defuntos e ausentes, e juizes de India e Mina, para proceder ás habilitações dos herdeiros dos bens dos defuntos e ausentes; e a das Relações dos respectivos districtos ao extincto tribunal da mesa da consciencia e ordens, para as appellações *ex-officio* das sentenças das ditas habilitações: o que o Sr. inspector da provincia de... cumprirá. Thesouro publico nacional, em 30 de Junho de 1840.—*José Antonio da Silva Maia.*

LEI N. 243 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1841

Art. 24.—Os novos e velhos direitos, e os de chancelaria, serão cobrados com as alterações constantes da tabella, que vai annexa a esta lei.

TABELLA A QUE SE REFERE O ART. 24

§ 42.—Da habilitação para receber heranças de ausentes, por testamento, não sendo os herdeiros ascendentes ou descendentes, 2%; sendo as heranças *ab intestado*, 4%.

REG. N. 160 DE 9 DE MAIO DE 1842

Art. 1.º São bens de defuntos e ausentes:

1.º Os de heranças de fallecidos, testados ou intestados,

de que se sabe, ou se presume haverem herdeiros ausentes.

2.º Os de pessoas ausentes sem saber se são mortas, se vivas.

Art. 2.º Uns e outros se devem inventariar, arrecadar e administrar, até serem entregues a seus donos, se apparecerem, ou a seus herdeiros, successores legitimamente habilitados, ou até se haverem por vagos e devolutos á fazenda nacional.

Art. 3.º São bens vagos, que, na conformidade das leis vigentes, se devolvem á fazenda nacional :

1.º Os moveis e de raiz, a que não é achado senhorio certo.

2.º Aquelles, cujo dono morreu sem deixar parentes até o decimo grão, contado segundo o direito civil, não tendo feito testamento ; ou morrendo com testamento, ou sem elle, os herdeiros repudiarem a herança.

3.º Os denominados do evento no municipio da côrte.

4.º O producto de todos os predios, e quaesquer bens vagos, ou heranças jacentes, ainda litigiosas, que por falta de senhores ou herdeiros certos se devolvem á fazenda nacional.

5.º Todas as embarcações e navios, que se perderem e derem á costa nas praias do Imperio, e seus carregamentos, sendo de inimigos ou corsarios.

Art. 4.º Todos estes bens se devem inventariar, arrecadar, avaliar e arrematar para terem o destino legal, na conformidade deste regulamento.

Art. 5.º A contabilidade dos bens de defuntos e ausentes, e bens vagos, se fará em um jogo de quatro livros distinctos, que se denominaráõ: Livro de registro dos inventarios, Livro de termos de leilão, Livro de razão, e Livro de receita e despeza. Estes livros serão fornecidos pelos escrivães, e abertos, rubricados e encerrados pelo contador-geral

do thesouro publico, e pelos contadores das thesourarias provinciaes, gratuitamente.

Art. 6.º O registro dos inventarios constará :

1.º Do nome, profissão, estado e domicilio do defunto, testado ou intestado, ou do ausente, com declaração se são conhecidos ou desconhecidos os ausentes, a quem pertencão, ou devão pertencer, os bens arrecadados.

2.º Da descripção dos bens, suas especies e avaliações, e declaração dos avaliadores, e do lugar aonde se fizerão as avaliações.

3.º Da designação das especies metallicas e classificação dos valores fiduciarios.

4.º Dos livros de commercio, que serão numerados e rubricados pelo juiz, se o não tiverem já sido pelo fallecido, e do estado delles.

5.º Da declaração e natureza das obrigações activas e passivas.

Art. 7.º O livro dos termos de leilão servirá para se lançarem nelle todas as arrematações, que se fizerem, as entregas dos bens de raiz, moveis e semoventes, a seus donos, ou aos herdeiros e interessados habilitados, assignando cada um o competente recibo.

Art. 8.º O livro de Razão terá conta aberta a cada inventario, e no titulo della irão declaradas as circumstancias do § 1º do art. 6.º No debito das contas se carregarão ao curador os valores especificados dos bens arrecadados, e postos em administração por classes, que constarem do registro do inventario; no credito se lançarão os mesmos objectos, e seus valores entregues aos herdeiros e interessados habilitados, com referencia ás ordens do juizo; as entregas feitas pelo curador dos dinheiros existentes, e do producto dos bens, que se forem liquidando, e a importancia das despezas com o custeio e custas do processo de cada herança, de modo que cada conta deste livro, quando

saldada e fechada, demonstre em resumo o estado activo e passivo de cada herança illiquida.

Art. 9.º No livro de receita e despeza escripturar-se-ha na receita todo o dinheiro recebido pelo curador, proveniente dos bens escripturados no livro de Razão; e na despeza todas as entregas e pagamentos, que se fizerem por ordens legaes do juizo aos herdeiros e interessados habilitados, a importancia da gratificação fixada aos funcionarios, de que trata o art. 26, e a importancia do saldo liquido dos bens arrecadados e administrados que se houver de remetter aos cofres publicos no 1.º de cada mez, de modo que cada conta de receita e despeza represente a totalidade ou valores de cada herança liquida.

Art. 10. No principio de Julho de cada anno os livros de contabilidade e escripturação, de que trata este capitulo, serão remettidos, no municipio da côrte, por intermedio da recebedoria, ao thesouro publico; e nas capitaes das provincias, por intermedio das respectivas recebedorias das capitaes cu collectorias, directamente ás thesourarias respectivas, onde, com preferencia a qualquer outro trabalho, se tomará immediatamente, na fôrma das leis, a conta da gestão dos curadores, afim de que sem demora revertão os livros ao juizo, expedindo-se-lhes depois as quitações na fôrma da lei. Nos mais municipios serão as contas tomadas pelos respectivos agentes da fazenda, os quaes darão conta ás thesourarias do resultado, acompanhando tudo côm a cópia dos livros.

Art. 11. O juiz dos orphãos, logó que tiver conhecimento de ter fallecido no seu districto alguma pessoa, com ou sem testamento, deixando bens, não sendo casado, ou não se achando o conjuge na terra, ou não tendo herdeiros presentes, ascendentes, descendentes ou collateraes, notoriamente conhecidos, procederá á arrecadação e inventario de todos os bens, e proverá a respeito da administração

delles, na fôrma das leis e deste regulamento. E' mesmo de sua obrigação e da do escrivão procurarem por todos os meios a seu alcance ter conhecimento das pessoas, que fallecerem nestas circumstancias.

Art. 12. Da mesma maneira procederá a respeito dos bens das pessoas ausentes, nos termos da ordenação, liv. 1º, tit. 62, § 38.

Art. 13. Os delegados e subdelegados de policia são obrigados a participar immediatamente ao juiz dos orphãos o obito de todos os intestados do seu districto, ainda que com herdeiros ou sem elles, presentes ou ausentes; e bem assim a noticiarem aos sobreditos juizes as pessoas, que se tiverem ausentado sem se saber do seu destino, deixando bens desamparados, servindo-se para esse fim tambem dos inspectores de quarteirão, a quem darão as necessarias instrucções.

Art. 14. Quando o juiz, pela distancia, em que se achar do lugar, em que existirem os bens do fallecido ou ausente, não puder acudir immediatamente para arrecadar a herança, ficão os mesmos delegados e subdelegados obrigados a acautelar que se não extraviem, até que se apresente o juizo.

Pela falta de cumprimento do que fica disposto incorrerão na pena de demissão, e de uma multa de 50\$ a 100\$, além de serem responsaveis por todos os prejuizos, a que por sua negligencia derem causa.

Art. 15. Feita a arrecadação, e postos os bens em administração, o juiz de orphãos, havendo todos as possiveis informações a respeito da naturalidade dos intestados, mandará affixar editaes no seu termo, e dirigirá deprecadas para os termos da naturalidade dos finados, se forem nacionaes, afim de lá tambem se affixarem editaes por tempo razoavel chamando os herdeiros, successores dos

mesmos finados, e todos os que direito tenham na sua herança, a virem habilitar-se.

Art. 16. Todas as heranças de bens de defuntos e ausentes, ou sejam de testamento ou *ab intestado*, serão arrecadadas, inventariadas e partilhadas com audiência do procurador da fazenda do juizo dos feitos da côrte; nas provincias com a dos procuradores fiscaes e seus ajudantes, ou com a dos collectores nos lugares, em que não houver ajudante.

Art. 17. O procurador da fazenda, os procuradores-fiscaes, seus ajudantes e os collectores, por si e pelo solicitador, nos lugares onde o houver, a quem darão as instrucções necessarias, assistirão a todos os actos da arrecadação e inventario, para fiscalisarem a exactidão da arrecadação, descripção e avaliação dos bens, das despezas attendiveis, e da certeza das dividas activas e passivas, e para requererem tudo quanto convier á expedição do mesmo inventario.

Art. 18. E' da obrigação dos empregados, de que tratão os dous artigos antecedentes, promover em juizo o andamento das arrecadações, e inventarios dos bens de defuntos e ausentes e das heranças jacentes, e requerer nelle tudo quanto fôr conveniente para a boa administração dos mesmos, para que sejam arrendados e arrematados os que deverem ser, e se verifiquem nos cofres publicos as entradas do producto liquido dos mesmos bens nas épocas marcadas neste regulamento, e em geral, quanto convier aos interesses da fazenda.

Esta mesma obrigação fica imposta á recebedoria do municipio e ás mais estações por onde se arrecadar o imposto, e a desempenharão por meio de requisições feitas ao procurador da fazenda, aos procuradores-fiscaes e seus ajudantes, nos lugares onde os houver, e bem assim a de

representar ao tribunal do thesouro e thesourarias, no caso de omissão dos mesmos empregados.

Art. 19. Para desempenho de tudo quanto fica disposto no artigo antecedente ficão autorizados os referidos empregados para requererem em juizo, e exigirem dos escrivães e curadores todos os esclarecimentos, de que precisarem, e daquelles, os inventários, processos e livros para os examinarem; e todos estes funcionarios ficão obrigados a satisfazer ás requisições, que assim lhes forem feitas, para desempenho do que se dispõe neste regulamento, pena de desobediencia e de suspensão por um a tres mezes, a arbitrio do tribunal do thesouro e thesourarias.

Art. 20. Aos juizes de orphãos, além do que lhes incumbe a lei de 3 de Novembro de 1830, cumpre promover o andamento dos inventarios dos defuntos e ausentes, e activar o apuramento das heranças jacentes e não addidas, remettendo para os cofres publicos o producto liquido e rendimento daquellas, que não forem reclamadas nos termos deste regulamento, sob pena de incorrerem em uma multa de 50\$ a 100\$, imposta na côrte pelo tribunal do thesouro, sobre representação do administrador da recebedoria e do procurador da fazenda, e nas provincias pelas mesas das thesourarias, sobre representação dos procuradores-fiscaes, seus ajudantes ou collectores, sendo os mesmos juizes ouvidos.

Art. 21. Os juizes de residuos promoverão os processos convenientes dos bens vagos consistentes em bens de raiz, que por falta de senhores e herdeiros certos são recolhidos ao thesouro publico, afim de que sejam arrematados em hasta publica com as formalidades legais, dentro de seis mezes depois de encerrado o inventario, e o seu producto liquido recolhido ao thesouro nacional e thesourarias nas provincias, e debaixo das mesmas penas do artigo antecedente.

Art. 22. Nos municipios, em que houver mais de um escrivão de orphãos servirá um delles por nomeação do governo.

Art. 23. Aos escrivães compete, além da expedição dos actos e processos judiciaes :

1.º Escripturar os livros de contabilidade estabelecidos neste regulamento.

2.º Extrahir do livro de receita e despeza dos dinheiros a cargo do curador, no principio de cada mez, a conta corrente, de que trata o art. 30, 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. 24. Aos curadores, ou administradores dados ás heranças jacentes e bens de ausentes, compete :

1.º A arrecadação e administração das heranças jacentes e bens de ausentes, de que forem encarregados, representando pelas mesmas heranças e bens em juizo e fóra delle, demandando, e sendo demandados pelo que lhes disser respeito.

2.º Ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados, que lhes forem confiados.

3.º Promover activamente pelos meios legaes a arrecadação de todos os objectos pertencentes ás heranças jacentes e patrimonio dos ausentes, e a cobrança de todas as dividas activas.

4.º Solicitar nos devidos tempos a arrematação dos bens, de que trata o art. 29, e o arrendamento dos que trata o art. 31.

5.º Entregar nos cofres publicos, todos os dinheiros existentes das heranças, e o producto de todos os bens e effeitos arrecadados nas épocas marcadas neste regulamento.

Art. 25. Os curadores incorrerão na pena de demissão,

se por negligencia sua não se arrecadarem e conservarem devidamente os bens da herança, e se não promoverem a cobrança das dividas activas, além de ficarem responsaveis, bem como seus fiadores, pelos prejuizos, que soffrer a mesma herança,

Art. 26. Do producto, que se arrecadar e apurar, dos bens mencionados nos artigos antecedentes, depois de abattidas as despezas do custeio e expediente dellas, se deduzirão 6 $1/2$ %, a saber: 1 % para o juiz; 1 $1/2$ % para o escrivão, além dos emolumentos, que lhes pertencerem pelos actos dos processos, na fôrma do regimento; 1 % para o procurador da fazenda; $1/2$ % para o solicitador, e 2 $1/2$ para o curador, sem outros alguns emolumentos.

Art. 27. Todos os sobreditos funcionarios são obrigados a indemnisar ao thesouro nacional, por seus bens havidos e por haver, pelos descaminhos e prejuizos, a que derem causa.

Art. 28. Em todas as avaliações de bens moveis, semoventes e de raiz, das heranças de defuntos e ausentes, entrará um louvado por parte da fazenda nacional, pena de nullidade do processo, o qual será nomeado na côrte pelo administrador da recebedoria, e nos mais lugares pelos empregados de fazenda, a cujo cargo estiver a arrecadação do imposto. Os louvados deverão ser pessoas entendidas nos objectos, que forem avaliar, desempenharão este encargo na fôrma das leis, independentemente de novos juramentos, e vencerão por cada avaliação os emolumentos estabelecidos nellas para os mais avaliadores.

Art. 29. Feito e concluido o inventario no mais curto espaço de tempo possivel, serão vendidos em hasta publica, precedendo editaes, todos os bens moveis e semoventes, e seu producto será recolhido aos cofres publicos respectivos vinte e quatro horas depois de feita a arrematação. Da

mesma fôrma será recolhido a elles todo o dinheiro, ouro, prata e pedras preciosas.

Art. 30. Os juizes respectivos farão recolher aos cofres publicos, no principio de cada mez, o producto liquido arrecadado no mez anterior, não só do rendimento, que tiverem tido no dito tempo os bens administrados, como das dividas, que se tiverem cobrado, pena de responsabilidade sua e da demissão dos curadores. Estas remessas serão acompanhadas de guia do juizo, em duplicata, e de uma conta corrente da receita e despeza havida no mez anterior, que será assignada pelo curador, juiz e escrivão. Destas guias, uma ficará na estação arrecadadora, e outra será entregue ao curador, com quitação no verso, assignada pelo thesoureiro ou collector, e seu escrivão, com declaração da quantia e especie recebida, e do livro, folha e numero, em que fica lançada.

Art. 31. O producto dos bens, que forem arrematados, nos termos do art. 21, será pago à boca do cofre vinte e quatro horas depois de feita a arrematação, não sendo entregues os bens ao arrematante sem que apresente no juizo o conhecimento em fôrma, passado pela estação respectiva, do qual conste a entrada d'elle feita no cofre.

Art. 32. As justificações para cobrança de dividas pertencentes ás heranças de bens de defuntos e ausentes, e as habilitações dos herdeiros, serão feitas perante o mesmo juiz dos orphãos, conforme as leis existentes, sendo ouvidos no municipio da côrte o procurador da fazenda, e nas provincias os procuradores-fiscaes, seus ajudantes ou os collectores, dando-se appellação ás partes, contra quem se proferirem as sentenças, e appellando os ditos juizes *ex-officio* daquellas, que derem a favor dos habilitantes, para as Relações dos districtos, sempre que o valor da divida ou da herança exceder de 807000.

Art. 33. No caso de não apparecerem interessados a

habilitar-se como legitimos successores e herdeiros dos defuntos intestados, os juizes dos orphãos, lavrados os termos necessarios por que conste claramente haverem-se praticado todas as diligencias legaes com audiencia dos fiscaes, julgarão por suas sentenças vacantes e pertencentes á fazenda nacional os bens das heranças.

Art. 34. Dentro de seis mezes depois de concluido o inventario nenhuma herança jacente ou bens vagos poderão ser conservados em poder dos curadores ; os herdeiros ou interessados habilitados, que no dito prazo a não reclamarem, serão pagos pelo thesouro publico.

Art. 35. Os fundos das heranças jacentes e bens vagos recolhidos ao thesouro publico serão entregues aos legitimos herdeiros, ou a quem de direito pertencerem, á vista das deprecadas, de que trata o art. 91 da lei de 24 de Outubro de 1832, acompanhadas das habilitações originaes julgadas por sentença, ficando o traslado dellas nos respectivos cartorios: tanto nestas como naquellas terá vista o procurador-fiscal do thesouro e os das thesourarias.

Art. 36. Nenhum pagamento proveniente de herança jacente ou de dividas passivas do testador ou finado se effectuará, sem que primeiro seja pago o imposto estabelecido pela lei de 30 de Novembro de 1844, e sello, que fôr devido da herança ou legado.

Art. 37. Todos os provedores de capellas e residuos, e juizes de orphãos, dentro do prazo de sessenta dias depois da publicação deste regulamento, ficão obrigados a dar ao thesouro e ás thesourarias relações circumstanciadas de todas as heranças jacentes, e de todos os bens de ausentes, que se acharem arrecadados e administrados debaixo da inspecção de seus juizos, declarando se as heranças são de defuntos testados ou intestados ; se são conhecidos ou desconhecidos os ausentes, a quem pertencão, ou devão pertencer os bens arrecadados e administrados ; quaes e

quantos são seus bens, com suas descripções, avaliações e declaração de rendimentos, e o estado actual da administração.

Art. 38. O procurador da fazenda no município da côrte, e os procuradores-fiscaes das thesourarias, á vista das referidas relações, e fazendo todas as mais diligencias convenientes, se reconhecerem, que alguns desses bens se achão vacantes nos termos de direito, e no caso de pertencerem á fazenda nacional, tratarão da sua incorporação e aproveitamento até se recolher o seu producto aos cofres respectivos.

Art. 39. Os juizes, a cujo cargo estiverem os depositos publicos dos seus districtos, no prazo de tres mezes, contados da publicação deste regulamento, e de futuro todos os annos, darão balanço aos mesmos depositos; e por esta occasião farão extrahir uma relação de todos os bens, de qualquer natureza, que seião, que se acharem depositados a mais de trinta annos, declarando muito especificadamente a qualidade dos bens, a data e motivo do deposito, e a ordem ou mandado, em virtude da qual se effectuou.

Da mesma fórma praticarão os juizes dos orphãos a respeito dos bens, que se acharem recolhidos nos respectivos cofres, e, feitas as relações, uns e outros as remetterão ao thesouro publico nacional e ás thesourarias, pena de responsabilidade.

Art. 40. O procurador da fazenda e os procuradores-fiscaes das thesourarias, á vista das mencionadas relações, exigindo dos juizes e dos respectivos cartorios os mais esclarecimentos, que lhes forem precisos, se reconhecerem, que alguns desses bens se achão vacantes, procederão nos termos do art. 38.

Art. 41. Todas as heranças jacentes ora existentes no juizo ficão sujeitas ás disposições deste regulamento em tudo quanto lhes forem applicaveis.

Art. 42. Logo que fôr publicado este regulamento se instituirá um rigoroso exame das heranças jacentes e bens vagos, que existirem desde 22 de Setembro de 1828, em que foi extincta a mesa da consciencia e ordens, tomar-se-ha conta ao juizo e aos curadores, e formar-se-ha um balanço em duplicata do activo e passivo das mesmas heranças, ficando um exemplar no juizo, e sendo o outro remettido na côrte á recebedoria do municipio, e nas provincias ás thesourarias respectivas.

Este exame será feito por commissões nomeadas na côrte pelo ministro da fazenda, e nas provincias pelos inspectores das thesourarias.

Art. 43. São sujeitos á disposição deste regulamento, e da mais legislação respectiva em vigor as heranças jacentes e bens vagos existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiros, que fallecerem com testamento ou sem elle, e não pertencerem a nações, com quem existão tratados, nos quaes hajão estipulações especiaes e diversas. Todos os actos judiciaes e administrativos relativos a estas heranças serão feitos com assistencia dos respectivos consules, ou de pessoa por elles autorisada, sendo para esse fim avisados pelo juiz, e procedendo-se á sua revelia, quando não compareção...

PORT. N. 117 DE 4 DE OUTUBRO DE 1842

O Sr. administrador da recebedoria, em solução ao que representou em 22 do passado, fique na intelligencia de que nesta data requisito do Sr. ministro da justiça a nomeação (que em tempo será communicada ao dito Sr. administrador) de um dos escrivães do juizo dos orphãos, que deve servir, segundo o art. 22 do Reg. n. 160 de 9 de Maio deste anno ; e quanto ao prazo de seis mezes, de que trata

o art. 34 do dito regulamento, devem correr para os inventarios começados posteriormente ao regulamento, da data da sua conclusão, da mesma sorte que para aquelles, que ao tempo da promulgação se achavão pendentes; e desde a data dessa promulgação para os que a esse tempo se achavão concluidos.

ORD. N. 102 DE 29 DE OUTUBRO DE 1844

Illm. e Exm. Sr.—Respondo ao officio de V. Ex. de 12 de Junho, n. 22, relativo ás duvidas do juiz dos orphãos do termo de Nicterohy, se deve ou não entregar ao vice-consul de Portugal os bens de um subdito de sua nação, que morreu intestado, e pedindo esclarecimento sobre a maneira de haver-se na escolha de curadores aos bens dos defuntos, sendo que os nomeados resignão as nomeações por não quererem prestar fiança; que, quanto ao primeiro objecto, deve cumprir exactamente a litteral disposição do art. 43 do regulamento de 1 de Maio de 1842; e a respeito do segundo, que, no caso de serem as heranças e bens arrecadados de pequena importancia, e não haver quem de sua guarda e administração se queira encarregar com prestação de fiança, confira a curadoria e administração sem esse onus á pessoa, que tenha sufficiente abonação para por ella responder.

ORD. N. 109 DE 5 DE NOVEMBRO DE 1844

Respondo ao officio, que Vmcê. me dirigio em data de 26 de Outubro, sobre a duvida, que occorria a respeito da entrega da porcentagem deduzida do liquido producto dos bens de defuntos e ausentes, vagos e do evento, de que trata o art. 26 do regulamento de 9 de Maio de 1842,

que essa porcentagem compete áquelles empregados, que se achão em actual exercicio ao tempo da entrada do dinheiro no respectivo cofre.

REG. N. 422 DE 27 DE JUNHO DE 1845

Art. 1.º A disposição do art. 2º do regulamento de 9 de Maio de 1842 não terá lugar :

1.º A respeito dos bens do defunto, testado ou intestado, que deixar conjuge na terra, ou herdeiros presentes, ascendentes ou descendentes, a que, conforme a direito, pertença ficar em posse e cabeça de casal, para proceder ao inventario e partilhas.

2.º A respeito dos bens do defunto com testamento, que tiver deixado testamentario, que esteja presente na terra, e aceite a testamentaria ; a este pertencerá proceder a inventario, administrar os bens, e dar partilhas, na falta do conjuge e herdeiros mencionados no § 1.º

Se ao tempo do fallecimento estiver ausente o testamentario, se fará a arrecadação judicial ; mas se acontecer apresentar-se o testamentario antes de feita a entrega aos herdeiros, e recolhido o producto dos bens ao thesouro e thesourarias, lhe será tudo entregue para o cumprimento do testamento.

3.º A respeito dos bens pertencentes aos herdeiros ausentes dos defuntos testados ou intestados, quando estiverem no lugar procuradores legalmente autorizados para receber o que lhes pertencer.

Art. 2.º Nos casos dos dous §§ 1º e 2º do artigo antecedente, se houverem herdeiros ausentes, o juiz nomeará sempre curador, que assista ao processo do inventario e partilhas, arrecade e administre os bens, se findo o tempo

da conta não tiverem os herdeiros entrado na posse da herança por qualquer motivo.

Art. 3.º Ficão supprimidas no art. 3.º § 2.º do regulamento de 9 de Maio de 1842 as palavras—ou sem elle— e no § 3.º as palavras— no municipio da côrte— que serão substituidas pelas palavras—em todo o Imperio.

Art. 4.º E' da obrigação dos delegados e subdelegados da policia o darem parte ao juiz dos orphãos dos obitos de todos os intestados, na fórmula do art. 13, como tambem de todos os que morrerem com testamento.

Art. 5.º Se, feitas as averiguações do art. 15, vier o juiz dos orphãos no conhecimento, de que o intestado é estrangeiro, participal-o-ha ao respectivo consul, quando já antes o não tenha feito; e no caso de não o haver, ao ministro dos negocios estrangeiros, para communicar-o ao paiz da naturalidade do fallecido.

Art. 6.º As diligencias e processos ordenados pelo art. 21 ficão a cargo dos juizes dos orphãos.

Art. 7.º Dos 6 1/2 %, deduzidos dos bens arrecadados, terá o escrivão 1 % sómente, passando o 1/2 %, que de mais tinha até hoje, para o curador, que assim yirá a ter 3 %.

Art. 8.º Os bens de raiz pertencentes ás heranças arrecadadas só poderãõ ser vendidos, como os outros bens, quando da demora se puder seguir ruina dos mesmos bens, segundo o juizo de peritos.

Art. 9.º As justificações e libellos para a cobrança de dividas, a que estejão expostas as heranças dos defuntos e ausentes, serão intentadas perante os juizes, que as arrecadarem, citados os curadores das heranças, o procurador da fazenda no municipio da côrte, e os procuradores-fiscaes ou seus ajudantes, ou aos collectores em todas as provincias, com appello *ex-officio* para a Relação do districto, onde será outra vez ouvido o procurador da fazenda,

ficando assim revogado o art. 32 do regulamento. Não serão admittidas justificações por dividas maiores de 100~~0~~000.

Art. 10. O art. 36 do regulamento deve ser entendido nos termos do § 42, parte 3^a, da lei de 30 de Novembro de 1841, pelo que respeita aos 2 % que no dito artigo se manda arrecadar.

Art. 11. Na assistencia, que é facultada aos consules das nações estrangeiras, aos actos judiciaes e administrativos relativos a heranças de defuntos e ausentes de suas nações, deve entender-se permittida a faculdade de requererem, perante as autoridades do paiz, todas as providencias legais que forem conducentes á boa arrecadação e administração das mesmas heranças, e bem assim o direito de serem ouvidos a respeito da escolha e nomeação dos curadores, e administradores dos bens dellas.

Art. 12. Ficão revogadas todas as disposições em contrario.

ORD. N. 74 DE 11 DE JULHO DE 1845

Manoel Alves Branco... responde... que em rigor só se devem cobrar os 2 e 4 % nas habilitações para haver heranças de ausentes, como está estabelecido no § 42 da tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841 : e que a disposição do § 5^o da tabella de 1838 caducou á face do art. 24 da referida lei de 1841.

ORD. N. 98 DE 12 DE SETEMBRO DE 1845

Manoel Alves Branco... em solução ás seguintes duvidas... primeira, se depois de feito, e concluido o inventario dos bens dos defuntos e ausentes, se devem pôr em praça, para serem arrematados, todos os bens moveis

e semoventes, nos termos do art. 29 do Reg. de 9 de Maio de 1842, ou se devem os mesmos bens ser administrados pelo juizo só por espaço de seis mezes, como está disposto no art. 21 para os bens de raiz, para então serem arrematados, se dentro deste prazo não apparecerem seus donos ou herdeiros legitimamente habilitados; segundo, se os cofres, de que falla o cit. art. 29, para os quaes devem ser recolhidos os productos dos bens arrematados, bem como todo o dinheiro, ouro, prata e pedras preciosas, são os cofres dos orphãos ou das thesourarias; e no primeiro caso se devem o ouro, prata e pedras preciosas, ser arrematados conjunctamente com os demais bens, findos os seis mezes, ou ser enviados para as thesourarias nas proprias especies; e terceiro, se as porcentagens, de que trata o art. 26 devem ser deduzidas da somma liquida do inventario, não obstante entregarem-se no devido tempo os bens aos herdeiros legitimamente habilitados, ou sómente do liquido em dinheiro, que entrar para a thesouraria, apesar de ter o juiz acautelado e administrado os bens até serem entregues a seus donos: communico ao Sr. inspector... quanto á primeira duvida, que a disposição do art. 29 do cit. Reg., pelo que respeita aos bens moveis e semoventes, é tão clara, que não póde ser objecto de duvida, e que ácerca dos bens de raiz se deve observar o art. 8º do novo Reg. n. 422 de 27 de Junho de 1845; quanto á segunda, que, á vista do art. 29, combinado com o 31, nas palavras—*conhecimento em fórma passado pela estação respectiva*—é manifesto, que os cofres, de que se trata são os da thesouraria, e que para ellas deve entrar directamente todo o dinheiro, ouro prata e pedras preciosas; quanto á terceira, que as expressões—*do producto, que se arrecadar e apurar*—empregadas no art. 26, significão claramente que a porcentagem só se deduz do dinheiro liquido, que produzirem os bens arrematados, ou que fôr achado em especie no espolio do intestado.

AV. DE 12 DE JANEIRO DE 1846

Illm. e Exm. Sr.—Devolvo a V. Ex. todos os documentos, que acompanhárão o seu officio de 30 de Dezembro ultimo sob n. 54, a respeito da herança jacente do fallecido Domingos José da Motta, e em resposta tenho a declarar a V. Ex., que, alterando-se pelo art. 1º do regulamento de 27 de Junho de 1845, § 1º, a disposição do art. 11 do regulamento de 9 de Maio de 1842, segundo a qual não se deveria proceder á arrecadação dos bens daquellas pessoas, que deixarem na terra herdeiros collateraes notoriamente conhecidos, legalmente se procedeu á arrecadação dos bens do intestado, que não deixou conjuge ou herdeiros presentes, ascendentes ou descendentes, a que conforme a direito pertença ficar em posse e cabeça de casal, para proceder ao inventario nos termos do regulamento. Para evitar irregularidades e abusos, que em taes arrecadações possam haver, foi que no regulamento respectivo se estabeleceu a necessidade de serem feitas com audiencia e assistencia do procurador dos feitos da fazenda ou seu ajudante, ou dos collectores; e é portanto ao dessa provincia, que se deye recommendar toda a actividade e vigilancia a respeito da arrecadação, de que se trata, a respeito de que ha bem fundadas suspeitas.

AV. N. 34 DE 14 DE ABRIL DE 1846

Declaro a V. Ex..., que regular e juridicamente forão interpretadas pelo procurador-fiscal da thesouraria dessa provincia as disposições do art. 1º do Reg. de 9 de Maio de 1842 e do art. 1º § 1º, do de 27 de Junho de 1845, segundo as quaes, para deixar de ter lugar a arrecadação dos bens de defunto testado ou intestado, não basta, que

existão na terra conjuges, ou ascendentes, ou descendentes, mas é demais preciso, que algum desses seja o herdeiro, ao qual, conforme o direito, pertença ficar em posse e e cabeça de casal, o que se não verifica no caso controverso, em que o avô não é herdeiro do neto, que tem sua mãe viva.

ORD. N. 54 DE 10 DE JUNHO DE 1846

Respondo ao seu officio de 23 do mez ultimo, que, pelo que justamente se acha disposto no Reg. de 9 de Maio de 1842, é bem claro, que não são despezas a cargo dos curadores das heranças jacentes, para serem feitas por conta de suas porcentagens, aquellas que consistem em pagamentos de alugueis de casa ou armazens, quando forem necessarios para ter em boa arrecadação e guarda os bens arrecadados entregues à sua administração, e bem assim no pagamento de petições precisas para as diferentes actas do andamento e expediente dos processos; porquanto, pelas disposições dos arts. 8 e 26, expressamente se mandão abonar aos curadores as despezas com o custeio e cūstas do processo de cada herança, sendo sem duvida taes as do aluguel da casa ou armazem de deposito, e as do honorario dos advogados, que fazem os requerimentos, todas as vezes que isso fôr preciso; e do que dispõe o art. 24, que especifica as incumbencias e obrigações dos curadores ou administradores das heranças jacentes, não se pôde deduzir, que obrigação se lhes imponha de fazer essas despezas.

DEC. N. 510 DE 13 DE MARÇO DE 1847

Attendendo a que na occasião da arrematação dos bens

de raiz arrecadados pelo juizo de ausentes, na conformidade do decreto de 9 de Maio de 1842, ordinariamente, quando são de grande valor, não achão lançadores habilitados para fazerem os pagamentos á vista: hei por bem permittir que, quando não houver nenhum licitante, se admittão os lanços a prazos, com as cautelas usadas nos contratos da fazenda nacional.

AV. N. 117 DE 31 DE AGOSTO DE 1847

Manoel Alves Branco, presidente do tribunal do thesouro publico nacional, em resposta ao officio do Sr. inspector da thesouraria da provincia da Bahia de 2 do corrente, sob n. 176, sobre a duvida suscitada pelo administrador da recebedoria sobre o pagamento do imposto de 4 %, por occasião da apresentação de uma precatoria do juizo de orphãos e ausentes para levantamento de uma quantia por conta de dinheiro pertencente a fallecido intestado, em pagamento de uma divida: declara-lhe, que os pagamentos provenientes de dividas, que se effectuão pelo juizo dos orphãos e ausentes aos credores dos fallecidos intestados, não pagão o imposto, de que trata o § 42 da tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841, como declarou o art. 10 do regulamento de 27 de Junho de 1845, tendo consequentemente caducado a disposição do § 5º da tabella de 1838 em face do art. 24 da referida lei de 1841, e como já foi respondido a essa mesma thesouraria pela ordem de 11 de Julho de 1845, n. 125, em solução ao officio de 11 de Dezembro de 1844, sob n. 261.

AV. N. 30 DE 24 DE FEVEREIRO DE 1848

Manoel Alves Branco, presidente do tribunal do thesouro publico nacional, tendo em consideração a duvida proposta pelo juizo de orphãos da cidade da Bahia, no officio, que por cópia acompanhou o do Sr. inspector da thesouraria de 16 de Novembro do anno passado, n. 262, de deverem ou não os credores de heranças jacentes apresentar em original os autos de habilitação, que assim exigira a mesma thesouraria por entender, que as habilitações, de que trata o regulamento de 9 de Maio de 1842 no art. 35, tanto podem ser applicadas a herdeiros, como a credores, que se julguem com direito á herança arrecadada; e bem assim sobre a alçada, que deve ter o juizo de ausentes nas causas de habilitações de herdeiros, e demandas de dividas das heranças jacentes, e sobre a competencia do juizo por onde deve correr a reducção em caso de testamento nuncupativo: declara, quanto á primeira, que, sendo attendivel o ponderado contra a intelligencia dada por muitos á disposição do art. 35 do dito regulamento de 9 de Maio, julgando extensiva aos processos de justificações, e demandas das dividas passivas das heranças jacentes, a necessidade da sua apresentação no original com as precatorias expedidas para se levantar do thesouro ou das thesourarias a importancia dessas dividas dos dinheiros, que ahí se tenham arrecadado, bem entendeu o sobredito juiz de orphãos, que a disposição daquelle art. 35 não comprehende mais que as habilitações dos herdeiros, e successores a titulo de herança por testamento ou ab-intestado; daquelles de que trata o art. 15 do regulamento, *chamando os herdeiros e successores dos mesmos finados, e todos os que direito tenham á sua herança, a virem habilitar-se,* e a respeito de que sómente se podem entender, relativamente a habilita-

ções, as antecedentes e connexas disposições dos arts. 32, 33 e 34, sendo bem de reconhecer os inconvenientes indicados pelo dito juiz, quando concorrerem diversos credores á mesma herança, e outros mais, que podem resultar da obrigação de se remetterem com as precatórias os processos originaes das acções, por que se pedem as dividas, em prejuizo da prompta administração da justiça, com despezas das partes, não havendo motivo para que nestes casos se proceda de differente modo, que o observado a respeito das dividas demandadas da fazenda nacional, para cujo pagamento se não exige a apresentação dos autos originaes com as precatórias, bastando as sentenças extrahidas do processo, como declarou a ordem de 10 de Outubro de 1845; segundo, quanto á alçada do juizo dos orphãos nas causas de habilitações de herdeiros, e demandas de dividas das heranças jacentes, que para dissolver-se a duvida, a que dá motivo a disposição do art. 9º do regulamento de 27 de Junho de 1845, como revogatorio do art. 32 do outro regulamento de 9 de Maio de 1842, com a dita disposição se não alterou o que em quanto á alçada se achava estabelecido no art. 32 do anterior regulamento, que a este respeito sómente suscitou o que determinára o alvará de 9 de Agosto de 1769, e recommendára a ordem de 30 de Junho de 1840, sendo por todos conhecido o quanto é indispensavel em qualquer juizo a fixação da alçada para mais prompto e menos dispendioso expediente das causas, porquanto a disposição do art. 9º do regulamento de 27 de Junho de 1845 teve unicamente por fim terminar as questões, que no fôro se suscitárão, sobre a competencia do juizo, perante que se devião propôr, processar e julgar as acções de libello para a cobrança das dividas das heranças jacentes, por suppôrem muitos, que a jurisdicção do juizo dos orphãos, e da arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, se não estendia a tomar conhecimento de taes

acções, que deverião ser propostas e processadas no juizo do fôro commum, como muitas vezes se decidio na Relação desta côrte, por isso que no art. 32 do regulamento de 9 de Maio de 1842 sómente se mencionavão justificações e habilitações; terceiro, finalmente, que a reduçção do testamento nuncupativo, quando a herança se acha arrecadada pelo juizo dos ausentes, deve correr pelo da provedoria dos residuos.

DEC. N. 561 DE 18 DE NOVEMBRO DE 1848

Tendo ouvido a secção de fazenda do conselho de Estado, hei por bem decretar o seguinte :

Art. 1.º Ficão consideradas como incorporadas no regulamento de 9 de Maio de 1842, para arrecadação dos bens dos defuntos e ausentes, as disposições da provisão do tribunal do thesouro publico nacional de 12 de Setembro de 1845, que declarou: primeiro, que na arrecadação dos bens moveis e semoventes deve proceder-se de conformidade com o art. 8 do regulamento de 27 de Junho de 1845; segundo, que os cofres, de que trata o art. 29 do regulamento de 9 de Maio de 1842, são os das thesourarias nas provincias, devendo para elles entrar directamente todo o dinheiro, ouro, prata e pedras preciosas; e terceiro, que as porcentagens, de que trata o art. 26 do mesmo regulamento de 1842, só se deduzem do dinheiro liquido, que produzirem os bens arrematados, ou que fôr achado em especie no espolio do intestado.

Art. 2.º Os curadores das heranças, e bens dos defuntos e ausentes, além da porcentagem, que lhes cabe em commum com os empregados do juizo, segundo as disposições em vigor, perceberão mais 2 % do valor dos bens moveis e semoventes, que não fôrem arrematados e ficarem con-

fiados á sua guarda, por ser este o premio concedido por lei aos depositarios publicos; 1 % do valor dos objectos de ouro e prata e pedras preciosas, que fõem arrecadados e recolhidos aos cofres publicos, como commissão por seu trabalho; e 5 % dõ rendimento liquido dos bens de raiz, que ficarem debaixo de sua guarda e administração, com tanto que o total desta porcentagem não exceda á somma annual de 400\$, por ser esse o premio, que a Ord., l. 1.º, tit. 88, § 53, concede aos curadores dos orphãos, com o limite equivalente á quantia de 50\$, que a citada Ordenação prescrevia em tal caso.

ORD. N. 34 DE 23 DE JANEIRO DE 1851

Participo á V. Ex., que por despacho de 16 do corrente mez foi indeferido o requerimento de Francisco Raymundo Corrêa de Faria Sobrinho, sobre o qual informou V. Ex. por officio de 29 de Novembro ultimo, e em que, na qualidade de curador á herança jacente de Manoel José Rodrigues, pedia o mesmo Faria não se lhe contassem juro da móra por não lhe poder ser applicavel, como administrador de dinheiros meramente particulares, a disposição do art. 43 da lei de 28 de Outubro de 1848; porquanto, e além das razões por V. Ex. expendidas no seu mencionado officio, accresce a de ser incluido entre os artigos da receita publica o producto dos bens de defuntos e ausentes, com a declaração, porém, de que lhe devem ser abonadas as despesas feitas com os advogados, e subsistencia dos escravos, enquanto estiverão em sua casa, nos termos dos arts. 8º e 26 do Reg. de 9 de Maio de 1842 e da Ord. de 10 de Junho de 1846.

ORD. N. 172 DE 31 DE MAIO DE 1851

Em resposta ao officio do collecter das rendas geraes de Valença de 29 do mez passado, cumpre declarar-lhe : quanto ao primeiro quesito, que o § 42 da tabella annexa á lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 se refere ás habilitações feitas no juizo dos orphãos para receber herança arrecadada como bens de defuntos e ausentes, na conformidade do art. 1º do regulamento n. 160 de 9 de Maio de 1842 ; quanto ao segundo, que, segundo o art. 26 do citado regulamento, aos collectores sómente, como representantes dos procuradores da fazenda nos respectivos municipios, compete a commissão de 1 %, e não a de 1 e 1/2 %, devendo-se deduzir pela escripturação, guarda e remessa das quantias provenientes dos mencionados bens, a porcentagem marcada na circular n. 16 de 19 do corrente ; quanto ao terceiro, que fica a duvida resolvida pela circular n. 7 de 12 de Março ultimo ; e finalmente, quanto ao quarto, que nesta data se expede ordem, para que aos administradores de rendas e collectores, pelo encargo de promoverem as execuções da fazenda nos respectivos termos, se abone a commissão de 1 % das sommas arrecadadas, por cuja escripturação e remessa se deverá deduzir igual porcentagem, sendo dous terços para o administrador ou collecter, e um terço para o escrivão.

ORD. N. 88 DE 27 DE MARÇO DE 1852

Sobre o incluso officio do collecter das rendas geraes da Estrella, que a V. S. endereçou o dito collecter, perguntando qual o sello, que devem pagar uns livros de escripturação de bens de ausentes e vagos do dito termo, abertos, rubricados e encerrados em Agosto de 1846, sem paga-

mento do sello, mas ainda não escripturados até agora: devo significar a V. S., que os livros de ausentes, de que trata o regulamento de 9 de Maio de 1842, não estão sujeitos ao imposto do sello, e que nessa conformidade cumpre, pois, que responda ao mencionado officio.

AV. N. 6 DE 9 DE JANEIRO DE 1855

Illm. e Exm. Sr.—Em solução á duvida proposta em o seu officio de 9 de Agosto do anno findo, sob n. 27, se os bens do fallecido intestado sem ascendentes e descendentes, e que tem sómente por herdeiros alguns collacteraes notoriamente conhecidos, e todos presentes, estão sujeitos á arrecadação pelo juizo de ausentes, cabe-me declarar a V. Ex., que o art. 1º do regulamento de 27 de Junho de 1845, estabelecendo as excepções do art. 2º do de 9 de Maio de 1842, ou determinando os casos, em que não deve ter lugar a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes pelo juizo respectivo, revogou o art. 11 do citado regulamento de 1842 na parte, que exceptuava o caso, em que existião collateraes notoriamente conhecidos, como já foi declarado pelos avisos de 12 de Janeiro e 14 de Abril de 1846, 23 de Novembro de 1853, e ultimamente pela resolução de consulta de 22 de Abril de 1854, não devendo fazer duvida o aviso de 28 de Junho de 1845, por isso que foi expedido com o fim de explicar o regulamento de 9 de Maio de 1842, ao qual expressamente se refere, e que ainda vigorava.

AV. N. 56 DE 3 DE FEVEREIRO DE 1855

O marquez de Paraná, presidente do tribunal do thesouro nacional, em resposta ao officio n. 36 do Sr. inspector da

thesouraria da provincia de S. Paulo, de 29 de Abril do anno passado, em que consulta se deve dar-se cumprimento á carta precatoria expedida pelo juizo de orphãos da capital a favor de Joaquim Rodrigues Goulart na qualidade de segundo testamenteiro de D. Umbelina Candida Leite Penteado, requisitando a entrega de varios objectos de ouro, e da quantia de 2:095\$834, existentes na thesouraria, e que forão envolvidos na arrecadação do espolio do finado padre Manoel Joaquim Leite Penteado, primeiro testamenteiro da mencionada D. Umbelina: declara ao mesmo Sr. inspector, que deve cumprir a referida carta precatoria, visto como o juiz de orphãos tem jurisdicção para decidir administrativamente no acto da arrecadação das heranças jacentes quaes os objectos e bens, que a ellas pertencem, e fazer separar e entregar a seus donos os que evidentemente se conhecer não pertencerem ás mesmas heranças, não devendo obrigar as partes a vir com embargos de terceiro senão nos duvidosos, ou quando houver contestação do curador e outros interessados.

ORD. N. 60 DE 10 DE FEVEREIRO DE 1853

O marquez de Paraná, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria da provincia do Rio Grande do Sul, em resposta ao seu officio n. 567 de 24 de Novembro ultimo, que acertada é a intelligencia, que dá ao final do art. 29 do regulamento de 9 de Maio de 1842, quando entende, que as moedas estrangeiras encontradas nos espolios dos defuntos ou ausentes devem ser recolhidas aos cofres de depositos estabelecidos nas thesourarias com os mais objectos de ouro e prata, e não arrematadas como bens moveis no juizo de ausentes, para então recolher-se o seu producto aos ditos cofres; devendo

portanto reformar-se neste sentido a deliberação tomada anteriormente em junta: depois de recolhidas aos cofres de depositos cumpre, que se observe a respeito das ditas moedas o disposto na circular n. 3 de 7 do corrente mez, que manda vendê-las immediatamente, e não aguardar os cinco annos, de que trata o § 16 do art. 11 da lei n. 628 de 17 de Setembro.

ORD. N. 399 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1855

O marquez de Paraná, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria do Rio Grande do Sul, em resposta ao seu officio n. 246 de 26 de Junho ultimo, que o mesmo tribunal, tomando conhecimento do recurso de José Mendes e outros herdeiros do finado Domingos Borges Freire, interposto da decisão da mesma thesouraria, que negou cumprimento a uma precatoria do juiz de orphãos e ausentes, mandando entregar-lhes a herança do dito Freire, sob o fundamento de que estava prescripto o seu direito em face das disposições do art. 32 da lei de 17 de Setembro de 1851 combinado com o decreto de 12 de Novembro do mesmo anno: deliberou dar provimento ao referido recurso, visto que a habilitação e petição de herança foi intentada dentro do prazo, de que trata a citada lei, com a declaração, porém, de que não se deve verificar a entrega, sem que os herdeiros apresentem a deprecada legal, de que trata o art. 35 do regulamento de 9 de Maio de 1842, não bastando o simples officio do juiz, porquanto nenhuma lei ha, que, dispensando aquellas deprecadas, permita o levantamento por semelhante fórma.

AV. N. 95 DE 26 DE FEVEREIRO DE 1856

O marquez de Paraná, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara que, na conformidade da disposição do art. 52 § 7º do regulamento de 10 de Julho de 1850, estão isentos dos sellos os precatórios de levantamento de dinheiros de ausentes expedidos, a favor da fazenda para pagamento dos direitos devidos das heranças e legados.

AV. N. 323 DE 3 DE OUTUBRO DE 1856

João Mauricio Wanderley, presidente interino do tribunal do thesouro nacional, respondendo ao officio n. 134 de 9 de Agosto ultimo, em que o Sr. inspector da thesouraria do Pará dá conta do modo, por que se houve a respeito do precatório do juizo de orphãos da capital, soicitando a entrega da quantia de 1857750 a Agostinho Pinto Villar, como credor da herança jacente de Bento José Frazão: lhe declara, que, á vista do art. 7º do decreto de 30 de Novembro de 1853, resolveu acertadamente, declarando que não obstava ao cumprimento do precatório, como entendeu o procurador-fiscal, a falta de appellação para a Relação, com a differença, de que para a cobrança de dividas semelhantes deve admittir-se o meio da justificação até a alçada do juizo, por ser esta a applicação pratica do art 9º do decreto n. 422 de 27 de Junho de 1845 em differentes julgados do Imperio depois da publicação do citado decreto.

AV. N. 423 DE 23 DE DEZEMBRO DE 1856

João Mauricio Wanderley, presidente do tribunal do

thesouro nacional, de conformidade com a imperial resolução do 29 de Novembro ultimo, tomada sobre consulta junta, por cópia, da secção de fazenda do conselho de Estado, relativamente á duvida, que occorrêra ácerca da arrematação dos escravos, animaes e utensilios de um estabelecimento agrícola pertencente a uma herança jacente: declara aos Srs. inspectores das thesourarias de fazenda, para sua intelligencia, e para o fazerem constar a quem convier, que á disposição do art. 29 do regulamento de 9 de Maio de 1842 não estão sujeitos os moveis e semoventes, destinados e applicados á laboração dos estabelecimentos agricolas ou fabrís, e conseguintemente que pelo juizo de orphãos e ausentes não devem os mesmos estabelecimentos ser arrematados senão em toda sua integridade, e nunca por partes.

ORD. N. 76 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1857

João Mauricio Wanderley, presidente do tribunal do thesouro nacional, respondendo á consulta, que lhe fez o Sr. inspector da thesouraria de Santa Catharina, em officio n. 242 de 7 de Outubro do anno passado, se deve mandar cumprir, independente da habilitação, de que trata o art. 35 do regulamento n. 160 de 9 de Maio de 1842, o deprecado, que lhe dirigira o juizo de orphãos da villa de S. Miguel, para ser entregue a uma herdeira necessaria a sua legitima materna, cuja importancia fôra por engano remettida á thesouraria como herança jacente: declara que, tanto neste, como em casos semelhantes, ainda que as arrecadações não tenham sido feitas com as formalidades do supra citado regulamento e do de 27 de Junho de 1845, deve ser cumprido o deprecado expedido pelo juizo, que tiver requisitado o deposito, ficando o Sr. inspector na intelligencia, de que

em regra geral dispensa-se a habilitação para a entrega das legítimas aos herdeiros, que forem reconhecidos taes em inventarios feitos em juizo competente, e se apresentarem com os seus formaes, ainda depois de arrecadadas, por sua ausencia no acto das partilhas, as respectivas quotas hereditarias; porquanto tem cessado a causa da arrecadação e a interferencia do curador, como se infere do art. 1.º, §§ 2.º e 3.º do regulamento de 27 de Junho de 1845, e já em 23 de Julho de 1853 foi pelo thesouro decidido em caso identico sobre representação de Domingos Francisco de Araujo Roso.

AV. N. 53 DE 15 DE FEVEREIRO DE 1858

Bernardo de Souza Franco, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria de fazenda de Pernambuco, que, não tendo lugar a respeito do levantamento dos bens de defuntos e ausentes a disposição das instrucções de 30 de Março de 1849, art. 3.º, que exige certidão de vida e limita o vigor da procuração ao exercicio, em que são apresentadas, salvas as excepções do mesmo artigo, foi deferido o requerimento, que acompanhou o officio da presidencia da mesma provincia, de 29 de Dezembro ultimo, sob n. 141, de Gustavo Henrique Praeger, procurador dos herdeiros do finado Hermann Mehresten, para o fim de se entregar o producto da herança do sobredito finado, arrecadado e recolhido á dita thesouraria, independente de exhibição de certidão de vida dos herdeiros; caso, porém, a procuração apresentada, de Agosto de 1856, seja passada pelos mesmos herdeiros habilitados, e contenha poderes para recebimento dos cofres publicos, e se nenhuma duvida occorrer por outra circumstancia:

AV. N. 79 DE 5 DE MARÇO DE 1858

Bernardo de Souza Franco, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara, de conformidade com o aviso do ministerio de estrangeiros de 3 do mez findo, ao Sr. inspector da thesouraria do Espirito Santo, para seu conhecimento e para o fazer constar ao respectivo procurador-fiscal, que em officio de 28 de Novembro ultimo participou á directoria geral do contencioso ter-se opposto ao cumprimento de uma precatória expedida á mesma thesouraria : pelo juiz de orphãos e ausentes da capital da provincia, afim de ser entregue ao agente consular portuguez a meação do casal de Antonio Faria de Oliveira, subdito portuguez, que fallecêra *ab intestado*, deixando conjuge na terra, a qual fôra arrecadada e recolhida á dita thesouraria: que o procedimento do referido procurador-fiscal está de accordo com as disposições do regulamento de 8 de Novembro de 1851, e que, no caso de que se trata, estando presente, como estava, a meeira do casal, que, além dessa qualidade, tinha a de ser brasileira, devia ter sido indeferida a requisição feita pelo consul portuguez ao sobredito juiz de orphãos e ausentes, para lhe serem entregues os bens dos herdeiros ausentes, porque a unica ingerencia, que competia a esse agente consular, era de assistir a todos os actos do inventario, e figurar nelles como méro representante dos herdeiros portuguezes ausentes.

AV. N. 116 DE 7 DE ABRIL DE 1853

Bernardo de Souza Franco, presidente do tribunal do thesouro nacional, respondendo ao officio do Sr. inspector da thesouraria de S. Paulo n. 18 de 3 do mez findo, no qual dá conta de haver negado cumprimento á precatória

para entrega de bens de ausentes, expedida pelo juizo de orphãos da cidade de Campinas a favor de Joaquim Bonifacio do Amaral, sua mulher D. Anna Guilhermina Pompeu do Amaral e D. Theresa Miquelina do Amaral Pompeu, em razão de não ter havido habilitação regular nos termos do art. 35 do regulamento de 9 de Maio de 1842, e de não terem sido pagos os direitos do § 42 da tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841 e sello do art. 13 do regulamento de 10 de Julho de 1850 : declara ao mesmo Sr. inspector, que procedeu regularmente, dando aos arts. 35 e 36 do citado regulamento a verdadeira intelligencia, confirmada pela pratica invariavel dos tribunaes de justiça e das estações fiscaes.

AV. N. 117 DE 8 DE ABRIL DE 1858

Bernardo de Sousa Franco, presidente do tribunal do thesouro nacional, respondendo ao officio do Sr. inspector da thesouraria de fazenda de S. Paulo, n. 17 do 1º do mez findo, acompanhado de cópia da resolução, que tomou em sessão da junta ácerca dos seguintes quesitos, que lhe forão propostos pelo juiz de orphãos da capital sobre a intelligencia da ordem n. 125 dirigida á mesma thesouraria em 19 de Dezembro ultimo : primeiro, se entre os processos do juizo de orphãos, a que não é concedido o beneficio do art. 52 § 1º do regulamento do sello, se comprehendem os de arrecadação de heranças jacentes ; segundo, se sendo relativa ao futuro a determinação ao collecter da mesma capital de não continuar a pratica até então seguida de fazer extensivo aos processos, que correm pelo dito juizo o referido beneficio, que só pertence áquelles, em que figurão como parte a fazenda publica e a justiça, deve entender-se, que os actos praticados, antes dessa determinação,

em processos ainda não findos estão isentos das consequencias da falta de pagamento do imposto : declara ao mesmo Sr. inspector, quanto ao primeiro quesito, que procedeu regularmente, entendendo que os processos de arrecadação de heranças jacentes não podem gozar do favor concedido pelo art. 52 § 1º do regulamento de 10 de Julho de 1850, visto que nelles não figura a fazenda nacional, como parte, mas unicamente os seus fiscaes como assistentes, nos termos do regulamento de 9 de Maio de 1842, art. 17, exceptuando-se todavia os mandados passados *ex-officio* para seu conveniente andamento, attenta á generalidade com que se exprime o § 4º do citado art. 52 ; e determina, quanto ao segundo quesito, que se cobre o sello simples quando os processos, a que se refere o juiz de orphãos, tiverem andamento a requerimento daquelles, que estavam obrigados ao respectivo pagamento.

AV. N. 304 DE 18 DE OUTUBRO DE 1858

Bernardo de Souza Franco, presidente do tribunal do thesouro nacional, respondendo ao officio do Sr. inspector da thesouraria do Espirito Santo, n. 80, de 15 de Maio ultimo, no qual participa, que, tendo fallecido na capital da provincia o subdito portuguez Antonio Ferreira da Rocha, deixando herdeiros ausentes, mandára o juiz entregar os respectivos quinhões, á vista de habilitações feitas em Portugal, as quaes não sujeitou ao pagamento dos direitos devidos ; e outrosim que, julgando ter havido, com tal procedimento, prejuizo á fazenda nacional, remettêra os papeis relativos á questão ao juiz de direito da comarca para fazer o que fosse a bem do serviço publico : lhe declara que, embora em alguns juizos se tenha entendido, que para se mostrar qual o gráo de parentesco entre o fallecido e seus

herdeiros em cumprimento da parte final do art. 3º do decreto de 8 de Novembro de 1851, basta a apresentação de documentos sufficientes e devidamente legalizados, isto é, originaes authenticos e revestidos das formalidades exigidas pelas leis do respectivo paiz, legalizados pelos consules brasileiros, com a audiencia imprescindivel dos agentes-fiscaes competentes, intelligencia esta, que não é apoiada pela pratica invariavel dos juizos e tribunaes da côrte, e de outros lugares do Imperio, em que regularmente se procede á habilitação nos termos do regulamento de 9 de Maio de 1842, e mais disposições em vigor, é todavia fóra de duvida que os herdeiros assim reconhecidos pela apresentação de taes documentos devem pagar os direitos do § 42 da tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841, e o sello dos quinhões hereditarios do regulamento de 10 de Julho de 1850, art. 14 ; cumprindo, portanto, que se promova contra quem de direito fôr a indemnisação da fazenda pelos direitos devidos das habilitações, de que se trata.

AV. DE 26 DE MARÇO DE 1859

A' directoria geral das rendas declara, que fica restabelecida a porcentagem, que tinham os collectores da provincia do Rio de Janeiro antes da Ord. de 3 de Março do anno proximo passado pela arrecadação dos bens de defuntos e ausentes.

AV. DE 24 DE MAIO DE 1859

Francisco de Salles Torres Homem, presidente do tribunal do thesouro nacional, tendo presente as duvidas suscitadas pelo aviso do ministerio da fazenda n. 180 de 13 de Julho de

1849, que exige a habilitação no juizo de ausentes, para que os filhos simplesmente naturaes reconhecidos por escriptura publica entrem na posse dos bens das heranças de seus pais, fallecidos *ab intestados*, e considerando que taes filhos são chamados immediatamente á successão pelas leis do Imperio, que, nos termos da resolução da assembléa geral legislativa n. 463 de 2 de Setembro de 1847, a escriptura publica e o testamento são a prova legal da filiação natural; que já por aviso do mesmo ministerio de 31 de Agosto de 1847 se impedio a arrecadação dos bens do cirurgião-mór Sotero Joaquim do Bom Jesus em favor de seus filhos naturaes reconhecidos á pia baptismal, que tinham vivido em companhia d'elle e se achavão presentes no termo, por lhes caber o indisputavel direito de posse, que conferia o alvará de 9 de Novembro de 1754; e finalmente, que os filhos simplesmente naturaes são isentos do imposto sobre a transmissão das heranças por titulo successivo ou testamentario, na fórmula do alvará de 17 de Junho de 1809, decreto n. 1343 de 8 de Março de 1854 e circular n. 68 de 6 de Fevereiro de 1856: declara, que os juizes de orphãos, como de ausentes, devem ordenar, e os agentes da fazenda publica promover, a arrecadação das heranças, se houver legitimo fundamento para contestar-se o reconhecimento dos filhos naturaes, cessando a mesma arrecadação, sem deducção de porcentagens, se elles justificarem o seu direito certo e indisputavel á herança, mas proseguindo-se nos termos ulteriores della para serem os bens entregues a quem de direito fôr, á vista da habilitação, se não fôr concludente a justificação, de que não ha recurso, entendido assim o primeiro dos citados avisos.

AV. DE 28 DE MAIO DE 1859

Francisco de Salles Torres Homem... em resposta ao officio n. 59 do Sr. inspector da thesouroria de fazenda da provincia das Alagôas, de 4 de Abril proximo passado, no qual consulta : primeiro, se foi ou não regular o procedimento da dita thesouraria, negando cumprimento á deprecada do juizo de orphãos e ausentes do termo da cidade do Penedo para o levantamento da quantia de 219\$753, a favor do Rev. Luiz Laurindo Paes e Lima, habilitado, como unico parente mais proximo, á curadoria e successão provisoria dessa importancia de herança, que tocou ao irmão do mesmo reverendo, João Evangelista das Chagas, ausente ha mais de dez annos, sem ascendentes nem descendentes, na qualidade de neto de Manoel Luiz das Chagas, e fôra recolhida aos cofres publicos pelo sobredito juizo como herança jacente ; segundo, se, mandando o regulamento de 9 de Maio de 1842, com diversas decisões do thesouro, fazer immediata arrecadação dos bens de ausentes, destes arrematar logo os moveis e semoventes, e recolher sem demora o producto aos cofres da fazenda, pôde-se ou deve-se, como no caso sujeito, permittir e admittir uma habilitação á curadoria e successão provisoria de herança para o effeito do levantamento de qualquer somma dessa origem : declara ao mesmo Sr. inspector :

Quanto ao primeiro ponto da sua consulta, que bem procedeu em negar cumprimento á deprecada, de que trata, já por não ter assistido o agente-fiscal ao processo da habilitação, na fôrma do art. 32 do Reg. de 9 de Maio de 1842, já porque não appellou o juiz *ex-officio* da sentença, por ser o valor da herança superior á alçada, que hoje tem pelo art. 7º do Dec. de 30 de Novembro de 1853 ; accrescendo além disto, que o herdeiro não pagou os 4 % de direitos da habilitação, aos quaes está sujeito, não só porque é

nessa qualidade que lhe é deferida a curadoria e emissão provisoria na posse da herança, passados dez annos sem se saber noticias do ausente, como porque é do expediente dos juizos e tribunaes, que se cobrão estes e outros direitos ;

Quanto ao segundo ponto, declara ao Sr. inspector, que deve-se entregar o producto da herança de ausente, recolhido aos cofres do thesouro e thesourarias, a herdeiros, que se tenham habilitado, passados dez annos do desaparecimento do ausente sem haver delle a menor noticia, pois a Ord. do liv. 1º, tit. 62 § 38, o permite, uma vez, que elles satisfação as condições legaes.

DEC. N. 2433 DE 15 DE JUNHO DE 1859

Manda executar o novo regulamento para a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, vagos e do evento

Usando da autorisação do art. 46 da lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848, hei por bem, que na arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, vagos e do evento, se observe o regulamento, que com este baixa, assignado por Francisco de Salles Torres Homem, do meu conselho, 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 15 de Junho de 1859, trigesimo oitavo da independencia e do Imperio.

Com a rubrica de S. M. o Imperador.— *Francisco de Salles Torres Homem.*

REGULAMENTO PARA A ARRECADAÇÃO DOS BENS DOS DEFUNTOS
E AUSENTES, A QUE SE REFERE O DECRETO N. 2433 DESTA
DATA

CAPITULO I

Dos bens de defuntos e ausentes e dos bens vagos

Art. 1.º São bens de defuntos e ausentes:

1.º Os de fallecidos testados ou intestados, de quem sabe-se ou presume-se haver herdeiros ausentes.

2.º Os de pessoas ausentes, sem se saber se são mortas, se viyas.

Art. 2.º Uns e outros se devem arrecadar, inventariar e administrar até serem entregues a seus donos, se apparecerem, ou a seus herdeiros successores, legitimamente habilitados, ou até se haverem por vagos e devolutos ao Estado.

Art 3.º A disposição do artigo antecedente não terá lugar:

1.º A respeito dos bens do defunto testado ou intestado, que deixar na terra conjuge ou herdeiros presentes, descendentes ou ascendentes, ou collateraes dentro do segundo grão por direito canonico, notoriamente conhecidos.

2.º A respeito dos bens de defunto testado, que deixar na terra, presente, herdeiro, instituido nomeadamente no testamento.

Se estiver ausente observar-se-ha o disposto no paragra-pho seguinte :

3.º A respeito dos bens do defunto com testamento, que tiver deixado testamenteiro, que esteja presente na terra, e aceite a testamentaria.

Se ao tempo do fallecimento estiver ausente o testamenteiro, far-se-ha a arrecadação judicial; mas se acontecer apresentar-se o testamenteiro antes de feita a entrega aos herdeiros, ou recolhido o producto dos bens ao thesouro e thesourarias, lhe será tudo entregue para cumprimento do testamento.

4.º A respeito dos quinhões pertencentes aos herdeiros ausentes dos defuntos testados ou intestados, quando estiverem no lugar procuradores legalmente autorizados para receber o que lhes pertencer.

Art. 4.º Se os collateraes dentro do segundo grão não forem notoriamente conhecidos, far-se-ha a arrecadação judicial, que todavia cessará, sem deducção de porcentagens, se justificarem em prazo razoavel, assignado pelo juiz, a sua qualidade hereditaria.

Art. 5.º Se os herdeiros, a que se refere o § 1º do art. 3º forem filhos illegitimos, e houver fundamento para contestar-se a qualidade hereditaria, tambem terá lugar a arrecadação judicial, que cessará, sem deducção de porcentagem, se elles justificarem o seu direito certo e indubitavel á herança, proseguindo-se nos ultiores termos della para serem os bens entregues a quem de direito pertencerem, se não fôr concludente a justificação.

Art. 6.º A disposição do artigo antecedente é extensiva ao caso, em que se duvidar da legitimidade do casamento pelo que respeita ao conjuge e filhos legitimos.

Art. 7.º Das justificações, de que tratão os artigos precedentes não haverá recurso, ficando salvo o direito de habilitação, na fôrma do presente regulamento.

Art. 8.º O conjuge herdeiro *ab intestado* nos termos de direito não poderá entrar na posse dos bens herdados, sem prévia habilitação.

Art. 9.º Em qualquer caso, se houver herdeiros ausentes, o juiz de orphãos nomeará sempre curador, que assista

ao processo do inventario e partilhas, arrecade e administre os bens, se, findo o tempo da conta ou julgada a partilha, não tiverem os herdeiros entrado na posse da herança por qualquer motivo.

Art. 10. A respeito dos que fallecerem nas circumstancias dos arts. 309 e 310 do codigo do commercio, e quanto aos bens dos fallidos, observar-se-ha o que se acha disposto no mesmo codigo e seus regulamentos.

Art. 11. São bens vagos, que na conformidade das leis vigentes se devolvem à fazenda nacional :

1.º Os moveis e de raiz, a que não é achado senhorio certo.

2.º Os bens dos intestados, que não deixarem parentes ou conjuge herdeiros, nos termos de direito, ou dos fallecidos com testamento ou sem elle, cujos herdeiros, mesmo *ab intestado*, repudiarem a herança.

3.º Os denominados do evento no municipio da côrte.

4.º Os productos de todos os predios e quaesquer bens vagos ou heranças jacentes, ainda litigiosas, que por falta de senhores ou herdeiros certos se devolvem ao Estado.

5.º Todas as embarcações ou navios, que se perderem ou derem á costa nas praias do Imperio, e seus carregamentos, sendo de inimigos ou corsarios, salvo accôrdo ou convenção em contrario.

Art. 12. Todos estes bens se devem arrecadar, inventariar, avaliar e arrematar, recolhendo-se o producto aos cofres publicos, na conformidade deste regulamento.

Todavia, se algum ou alguns destes bens forem proprios para o serviço do Estado, o governo, pelo ministerio da fazenda, poderá ordenar, que não sejam arrematados, para destinal-os ao referido serviço.

CAPITULO II

Da contabilidade e escripturação

Art. 13. A contabilidade dos bens de defuntos e ausentes, e bens vagos, se fará em um jogo de quatro livros distinctos, que se denominarão livro de registro dos inventarios, livro de termos de leilão, livro de razão e livro de receita e despeza.

Estes livros serão fornecidos pelos escrivães, e abertos, rubricados e encerrados gratuitamente pela directoria geral de contabilidade, na côrte e provincia do Rio de Janeiro, e pelos Inspectores das thesourarias, nas demais provincias, os quaes poderão delegar esta incumbencia a empregados das respectivas repartições.

Art. 14. O registro dos inventarios constará :

1.º Do nome, profissão, naturalidade, estado e domicilio do defunto testado ou intestado, ou do ausente; data do fallecimento, ou época da ausencia, com declaração se são conhecidos ou desconhecidos os ausentes a quem pertencão ou devão pertencer os bens arrecadados, seus nomes e domicilio, e do que mais convier e constar no juizo.

2.º Da disposição dos bens, suas especies e avaliações, e declaração dos avaliadores, e do lugar onde se fizerão as avaliações.

3.º Da designação das especies metallicas e classificação dos valores fiduciarios.

4.º Dos livros de commercio, que serão numerados, se não estiverem, e em todo o caso rubricados pelo juiz, e do estado delles, e quaesquer outros titulos e documentos de importancia.

5.º Da natureza e especie das obrigações activas e passivas.

Art. 15. O livro dos termos de leilões servirá para se lançarem nelle todas as arrematações, que se fizerem ; as entregas dos bens de raiz, moveis e semoventes, a seus donos ou aos herdeiros e interessados, assignando cada um o competente recibo.

Art. 16. O livro de razão terá conta aberta a cada inventario, e no titulo della irão declaradas as circumstancias do § 1º do art. 14.

No debito das contas se carregaráõ ao curador os valores especificados dos bens arrecadados, e postos em administração por classes, que constarem do registro do inventario ; no credito se lançaráõ os mesmos objectos e seus valores entregues aos herdeiros e interessados habilitados, com referencia ás ordens do juizo ; as entregas feitas pelo curador dos dinheiros existentes e do producto dos bens, que se forem liquidando, e a importancia das despezas com o custeio e custas do processo de cada herança, e com o aluguel de armazens de deposito para boa guarda e arrecadação dos bens, de modo que cada conta deste livro, quando saldada e fechada, demonstre em resumo o estado activo e passivo de cada herança illiquida.

Art. 17. No livro de receita e despeza escripturar-se-ha, na receita, todo o dinheiro recebido pelo curador, proveniente dos bens escripturados no livro de razão, e na despeza todas as entregas e pagamentos, que se fizerem por ordens legaes do juizo aos herdeiros e interessados habilitados ; a importancia da gratificação fixada aos funcionarios, de que trata o artigo 82, e a importancia do saldo liquido dos bens arrecadados e administrados, que se houver de remetter aos cofres publicos no principio de cada mez, de modo que cada conta de receita e despeza represente a totalidade ou valores de cada herança liquida.

Art. 18. O thesouro e thesourarias ficão autorizados para alterar o systema de escripturação dos bens de de-

funtos e ausentes, estabelecendo o que mais conveniente fôr : as thesourarias submeterão á approvação do thesouro as alterações, que julgarem conveniente fazer.

Art. 19. No principio das férias do Natal, em cada anno, os escrivães do juizo remetterão, sob as penas da lei, os livros de contabilidade e escripturação, de que trata este capitulo, acompanhados dos respectivos autos, no municipio da côrte, ao thesouro nacional, e nos das capitaes das provincias, á excepção da do Rio de Janeiro, ás thesourarias respectivas, onde com preferencia a qualquer outro trabalho se tomará immediatamente, na fórmula das leis, a conta da gestão dos curadores, afim de que sem demora revertão os livros ao mesmo juizo, expedindo-se-lhes depois as quitações.

Nos mais municipios, bem como no da capital da provincia do Rio de Janeiro, serão as contas tomadas pelos respectivos agentes da fazenda, os quaes darão conta ao thesouro e thesourarias do resultado, enviando tudo com cópia dos livros.

CAPITULO III

Da arrecadação e administração dos bens de defuntos e ausentes, e vagos

SECÇÃO I

Da arrecadação, administração, apuração e entrega dos bens; dos processos de habilitação, e para pagamento das dividas passivas

Art. 20. O juiz de orphãos e ausentes, logo que tiver conhecimento de ter fallecido no seu districto alguma pes-

soa, cujos bens estejam nas circumstancias do cap. 1º, nomeará curador affiançado, procederá á arrecadação e inventario de todos os bens, e proverá a respeito da administração e apuração delles, na fôrma das leis e regulamentos.

E' mesmo da sua obrigação, e da dos officiaes e empregados do juizo, procurarem por todos os meios ao seu alcance saber das pessoas, que fallecerem em taes circumstancias.

Sendo os bens arrecadados de pequena importancia, e não havendo quem de sua guarda e administração se queira encarregar com prestação de fiança, o juiz de orphãos confiará a curadoria e administração, sem esse onus, á pessoa que tenha sufficiente abonação para por ella responder.

Art. 21. Da mesma fôrma procederá o juiz de orphãos a respeito dos bens das pessoas ausentes, nos termos da Ord., liv. 1º, tit. 9º *in-princ.*

Art. 22. O juiz de orphãos tambem procederá, na fôrma declarada no art. 20, a respeito dos bens do ausente, nos termos da Ord., liv. 1º, tit. 62 § 38, vers. *absente.*

Art. 23. Os delegados e subdelegados de policia são obrigados a participar immediatamente ao juiz de orphãos o obito de todos os que fallecerem no seu districto, com testamento ou sem elle, com herdeiros, conjuge, ou sem elles, presentes ou ausentes, conhecidos ou desconhecidos, e bem assim a noticiar as pessoas, que se tiverem ausentado sem se saber de seu destino, deixando bens desamparados ; para esse fim servir-se-hão tambem dos inspectores de quarteirão, a quem darão as necessarias instrucções.

Art. 24. A obrigação imposta no artigo antecedente é extensiva aos parochos nas suas respectivas parochias, quanto aos fallecimentos, cuja noticia puder interessar ao juiz de orphãos.

Art. 25. As autoridades competentes, logo que abrirem

qualquer testamento, ordenarão, que os escrivães respectivos remettão uma cópia authenticã ao juiz de orphãos, afim de que este possa examinar se tem ou não lugar a arrecadação pelo seu juizo, e proceder ulteriormente como no caso couber.

Art. 26. A pessoa, em cuja casa alguem fallecer, ou della se ausentar, nas circumstancias, de que trata o art. 23, deverá participal-o immediatamente ao juiz de orphãos, ou ao delegado ou subdelegado de policia, para que este possa providenciar na fórma do presente regulamento.

Art. 27. O juiz de orphãos, comparecendo na casa da residencia do defunto ou ausente, procederá á arrecadação e arrolamento dos bens, de que se lavrará o respectivo auto; se, porém, a arrecadação e arrolamento não puder ter lugar em um só dia, procederá á apposição de sellos, que se deverá effectuar em todos e quaesquer effeitos e bens, livros, titulos de credito e papeis, que forem susceptiveis de recebêl-os.

Estes sellos se irãõ depois abrindo e rompendo á proporção, que se proceder ao arrolamento dos bens, fazendo-se no auto menção especial da abertura e rompimento dos mesmos sellos, e do estado, em que forem encontrados.

Art. 28. No mesmo acto o juiz deferirá ás pessoas, que morarem na casa, em que residia o defunto ou ausente, e a outras quaesquer, que parecer poderem ter noticia dos bens, juramento, para debaixo d'elle declararem se alguns outros bens existem, que devãõ ser arrecadados ou descriptos, e o que lhes constar a respeito da naturalidade, idade, estado e filiação do fallecido ou ausente.

Art. 29. A arrecadação pertence ao juiz de orphãos do domicilio do defunto ou ausente. No caso de ter elle mais de um domicilio, ou não ter algum, a competencia se regulará pela prevenção da arrecadação.

Art. 30. O juiz de orphãos providenciará, para que se ar-

recadem, na conformidade deste regulamento, os bens existentes fóra do districto de sua jurisdicção, expedindo logo aos juizes competentes as precisas precatorias, que serão devolvidas ao juiz deprecante, depois de satisfeitas as diligencias deprecadas.

Art. 31. Se o juiz, pela distancia, em que se achar do lugar onde existirem os bens do fallecido ou ausente, ou por outra occurrencia attendivel, não puder acudir immediatamente para arrecadal-os, os delegados e subdelegados de policia, estando estrictamente obrigados a acautelar, que se não extraviem os bens, e devendo dar para esse fim as providencias necessarias, procederão immediatamente, com assistencia de dous vizinhos, á apposicção dos sellos, que não poderão ser abertos sob pretexto algum, senão pelo mesmo juizo, salva a disposicção do art. 41.

Pela falta de cumprimento dessa obrigacção soffrerão as autoridades policiaes a pena de demissão e de multa de 50\$ a 100\$, além de ficarem responsaveis por todos os prejuizos, a que por sua negligencia derem causa.

Art. 32. Feita a arrecadação, e postos os bens em administração, o juiz de orphãos, havendo todas as possiveis informacções sobre a naturalidade do finado, quando já não lhe constar, mandará affixar editaes nos termos, e publical-os tres vezes nos periodicos do lugar e da côrte, ou da capital da provincia, dirigindo deprecados para os termos da naturalidade dos finados, se forem nacionaes, afim de lá tambem se affixarem editaes por tempo razoavel, chamando os herdeiros successores dos mesmos finados, e todos os que direito tenham na sua herança, a virem habilitar-se.

Art. 33. Se, feitas as averiguações necessarias, vier o juiz de orphãos no conhecimento, de que o finado é estrangeiro, participal-o-ha immediatamente ao respectivo consul, quando já antes o não tenha feito, e, no caso de não ha-

ver, ao ministerio dos negocios estrangeiros, para communcial-o ás autoridades competentes do paiz do fallecido.

Art. 34. Todas as aváliações de bens moveis, semoventes e de raiz, das heranças de defuntos e ausentes, e bens vagos, serão feitas por dous louvados, nomeados e approvados pelo curador e procurador da fazenda ou seu ajudante, na côrte, e procuradores-fiscaes, seus ajudantes, collectores e mais agentes-fiscaes nas provincias. Estes louvados deverãõ ser pessoas entendidas nos objectos, que forem avaliar; prestarãõ juramento de desempenhar seu encargo, na fôrma das leis, vencendo os emolumentos estabelecidos para os mais avaliadores.

Art. 35. O procurador da fazenda na côrte, e os procuradores-fiscaes nas cidades da Bahia e Pernambuco, quando se tiverem de avaliar bens de raiz poderãõ, escolher para louvados os lançadores das recebedorias de rendas internas, que em tal caso desempenharãõ seu encargo, independente de novo juramento.

Art. 36. Escolhidos os louvados, proceder-se-ha á avaliação nos termos da legislação em vigor, nomeando-se um terceiro, na fôrma da Ord., liv. 3º, tit. 17, § 2º, se aquelles discordarem.

Art. 37. Prestado o juramento, os louvados, se não comparecerem no lugar e dia designados, ou não proferirem o laudo, ou concorrerem, sem motivo justo, para que a avaliação se transfira, soffrerãõ uma multa de 50\$ a 100\$, que lhes será imposta pelo juiz, além de pagarem a despesa, a que derem causa.

Art. 38. Feito e concluido o inventario no mais curto espaço de tempo possivel, serão vendidos em hasta publica, precedendo editaes, todos os bens moveis e semoventes, assim como as acções de companhias, não havendo dinheiro para continuar a fazer as entradas, ou ameaçando depreciarem-se, e o seu producto será recolhido aos cofres publi-

cos respectivos, vinte e quatro horas depois da arrematação, não sendo entregues os bens aos arrematantes, sem que fiquem no juizo os conhecimentos em fôrma, por que conste o pagamento dos impostos dos bens e sua transferencia, e a entrada do producto.

Da mesma fôrma será recolhido aos cofres publicos todo o dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, titulos da divida publica, e, depois de competentemente sellados e lacrados, quaesquer papeis, que contenhão segredos de familia, para serem entregues aos herdeiros habilitados. Todavia não ficão sujeitos á disposição deste artigo :

§ 1.º Os moveis e semoventes destinados e applicados á laboração dos estabelecimentos agricolas ou fabris, e consequentemente não deverãõ ser os mesmos estabelecimentos arrematados senão em toda a sua integridade, e jámais por partes.

§ 2.º Os moveis, que sejão de valor de affeição, v. g., retratos de familia, collecções de medalhas, manuscritos, etc.

Art. 39. Ficão supprimidos em todas as arrematações, que se fizerem no juizo de ausentes, os prégões, e reduzidas as praças a uma unica ; o juiz todavia poderá adial-a duas vezes, se por falta de lançadores, ou por não serem vantajosos os lanços offerecidos, assim o julgar conveniente, annunciando-se por editaes e pela imprensa o dia novamente designado.

Os editaes serãõ affixados na casa das audiencias, e impressos nos periodicos no dia da affixação e no da arrematação, e mediando entre este e aquelle o espaço de tres dias, se os bens forem moveis ou semoventes, e nove se forem de raiz.

Art. 40. O juiz de orphãos, sendo os bens de facil deterioração, ou não se podendo guardar, sem perigo ou grande despeza, mandará arrematal-os logo depois de arrecadados,

reduzindo a seu arbitrio o prazo e o numero dos annuncios, de que trata o artigo antecedente.

Art. 41. Os bens de pouca importancia, que por commum e geral estimacão não excederem de 200\$, serão da mesma fórma arrematados a quem mais der, independentemente de avaliación, devendo todavia annunciar-se a arremataçào com a precisa antecedencia por edital e pela imprensa.

Se os bens acima mencionados existirem fóra do lugar da residencia do juizo, poderá este depreçar por simples officio a diligencia da arremataçào á autoridade policial, que os tiver arrecadado, a qual, feita a diligencia, remetterá o producto ao mesmo juizo com as devidas seguranças.

Art. 42. O juiz de orphãos poderá adiar a arremataçào dos bens por tempo indeterminado, sempre que, pendendo habilitação, os herdeiros assim o requeirão, e não houver inconveniente.

Art. 43. Os bens de raiz serão administrados e aproveitados na conformidade deste regulamento; antes de decorrido um anno depois de encerrado o inventario, só poderão ser vendidos, quando da demora se seguir ruina, a juizo de peritos, ou fôr indispensavel o seu preço para pagamento de credores, legalmente habilitados; mas em todo o caso a venda se effectuará em hasta publica, na conformidade dos artigos antecedentes.

Art. 44. Os juizes respectivos farão recolher aos cofres publicos, no principio de cada mez, o producto liquido arrecadado no mez anterior, não só do rendimento, que tiverem tido no dito tempo os bens administrados, como das dividas, que se houverem cobrado: pena de responsabilidade sua e de demissão dos curadores. Estas remessas serão acompanhadas de guia do juizo, e de uma conta corrente da receita e despeza havida no mez anterior, que será assignada pelo curador, juiz e escrivão.

A estação arrecadadora entregará ao curador recibo extrahido do livro de talão.

Art. 45. O producto dos bens, que forem arrematados nos termos do art. 73, tambem será pago á boca do cofre, vinte e quatro horas depois de feita a arrematação, não sendo entregues os bens ao arrematante, sem que fiquem em juizo os conhecimentos em fôrma, passados pela estação respectiva, dos quaes conste o pagamento dos impostos, que devidos forem dos bens e de sua transferencia, e a entrada do mesmo producto no cofre.

Art. 46. As habilitações dos herdeiros serão feitas, conforme as leis existentes, perante o juiz de orphãos, que houver procedido á arrecadação, nos termos do art. 29, sendo ouvidos, além do curador, no municipio da côrte, o procurador da fazenda ou seu ajudante, e nas provincias os procuradores-fiscaes, seus ajudantes, collectores e mais agentes-fiscaes, dando-se appellação ás partes e aos mencionados agentes da fazenda publica, sempre que o valor da herança exceder á alçada do juizo, e appellando os ditos juizes *ex-officio* das sentenças, que derem a favor dos habilitandos, sempre que o dito valor exceder de 2:000\$000.

Art. 47. A legislação em vigor a respeito da curadoria dos bens do ausente, que se presume morto, continuará a ser observada com as seguintes alterações :

1.º A curadoria dos bens do ausente poderá ser deferida na fôrma da Ord., liv. 1º, tit. 62, § 38, e regimento do desembargo do paço, § 50, passados quatro annos, a contar da data das ultimas noticias, se elle não tiver deixado procurador, e passados dez annos, se o tiver deixado, salva a disposição da lei de 15 de Novembro de 1827.

Os juizes de orphãos, quando tiverem de julgar as habilitações dos herdeiros do ausente, attenderão sempre aos motivos da ausencia e ás causas, que obstão á falta de no-

ticias, embora tenha decorrido qualquer dos referidos prazos.

2.º A mesma curadoria não poderá ser deferida aos herdeiros mais chegados do ausente, na fôrma da ordenação e regulamento citados, sem que os ditos herdeiros se habilitem, nos termos do art. 46 deste regulamento e mais disposições em vigor.

3.º Além da citação pessoal a quem de direito fôr, o parente ou parentes mais proximos na ordem da successão, que na fôrma das disposições citadas pretenderem a curadoria, requererão ao juiz de orphãos do termo a citação do ausente, e quaesquer outros interessados, por editaes com o prazo de um anno, para verem offerecer os artigos de habilitação.

Estes editaes serão affixados nos lugares do estylo, e publicados nos periodicos do termo e da capital da provincia, passando-se as certidões competentes, e juntando-se aos autos a publica-fôrma do annuncio.

Art. 48. As justificações e libellos para a cobrança de dividas, a que estejam expostas as heranças de defuntos e ausentes, serão intentadas perante o juizo, que houver procedido á arrecadação, nos termos do art. 29, sendo ouvidos, no municipio da côrte, o procurador da fazenda ou seu ajudante, e nas provincias os procuradores-fiscaes, seus ajudantes, ou os collectores e mais agentes-fiscaes, dando-se appellação ás partes e agentes-fiscaes, sempre que o valor da divida exceder á alçada do juizo, e appellando os juizes *ex-officio* das sentenças, que proferirem a favor dos credores, sempre que o seu valor exceder a 2:000#000.

Não serão admittidas justificações por quantias excedentes á alçada do juizo.

Art. 49 Sendo a divida liquida e certa, e constante de escriptura publica, ou de instrumento como tal considerado pelas leis civis ou pelo codigo commercial, nada tendo que

oppôr o curador e agentes-fiscaes, para o que deverãõ ser ouvidos, poderá o juiz, exigindo os esclarecimentos, que entender necessarios, autorisar o pagamento, expondo em todo o caso os fundamentos de sua deliberação, de que não haverá recurso.

Art. 50. As despesas do funeral serão logo autorisadas pelo juiz de orphãos, sendo possivel, ou pela autoridade policial do districto, com attenção às forças da herança e à qualidade da pessoa do defunto.

Art. 51. No caso de não apparecerem interessados a habilitar-se como legitimos successores e herdeiros dos defuntos intestados, o juiz de orphãos, lavrados os termos necessarios por que conste claramente haverem-se praticado todas as diligencias legaes, com audiencia dos fiscaes, julgarãõ, por suas sentenças, vacantes e devolutos ao Estado os bens das heranças.

Art. 52. Depois de julgados vacantes e devolutos para o Estado, as habilitações dos herdeiros, e as reclamações de dividas activas e passivas relativas às mesmas heranças, bem como quaesquer outros processos, que com ellas entendãõ, terão lugar pelo juizo dos feitos, abonando-se aos agentes da fazenda publica as porcentagens competentes.

Art. 53. Um anno depois de concluido o inventario, nenhuma herança jacente ou bens vagos poderãõ ser conservados em poder dos curadores: os herdeiros interessados habilitados, que no dito prazo as não reclamarem, serão pagos pelo thesouro nacional.

Art. 54. Os bens de raiz serão então vendidos na fórmula do art. 39, e o seu producto recolhido aos cofres publicos, salva a disposição do art. 12.

Art. 55. Da mesma fórmula se procederá a respeito das dividas activas, que forem de difficil liquidação ou cobrança, com o abatimento nunca excedente de 30 %; e

os titulos das que o não forem serão recolhidos ao thesouro e thesourarias.

Art. 56. As diligencias dos artigos antecedentes não terão lugar, se a habilitação dos herdeiros, ou a reclamação dos donos dos bens, estiver pendente em qualquer instancia judiciaria ao tempo, em que findar o prazo do art. 53, sendo prorogados a requerimento da parte as mesmas diligencias até final decisão do processo.

Art. 57. Da mesma forma as diligencias dos artigos antecedentes não terão lugar, a respeito dos bens arrecadados nos termos dos arts. 21 e 22, os quaes continuarão na administração até que os herdeiros se habilitem para a curadoria, ou se recolha o seu producto aos cofres publicos, quando se provar, ou reputar provado, conforme o direito, a morte do ausente.

Esta disposição não é extensiva aos moveis e semoventes, devendo proceder-se a respeito delles na forma do art. 38.

Art. 58. Os fundos das heranças jacentes e bens vagos recolhidos ao thesouro nacional serão entregues aos legitimos herdeiros, ou a quem de direito pertencerem, á vista das deprecadas legaes, de que trata o art. 91 da lei de 24 de Outubro de 1832, acompanhadas das habilitações originaes, ficando o traslado dellas nos respectivos cartorios; nestas deprecadas terão vista no thesouro e thesourarias os respectivos procuradores-fiscaes.

Art. 59. As deprecadas legaes serão substituidas por simples officio do juiz, sempre que o valor da herança não exceder de 2:000\$, sem emolumento algum.

Art. 60. A apresentação dos autos originaes, de que trata o art. 58, não é extensiva aos processos e sentenças relativas a dividas passivas da herança, a respeito das quaes se procederá nos termos da legislação em vigor.

Art. 61. Nenhuma entrega dos bens de herança jacente se effectuará, nenhuma deprecada ou officio do juiz de

orphãos para levantamento de dinheiros, ou bens das mesmas heranças, será expedida ou cumprida, sem que conste o pagamento prévio dos impostos estabelecidos pelas leis de 30 de Novembro de 1841, tabella annexa, § 42; de 21 de Outubro de 1843, art. 12 § 1º, e pelo alvará de 17 de Junho de 1809 §§ 8 e 9, que forem devidos da herança ou legado; o que não será extensivo aos credores.

Art. 62. Nenhum precatório ou officio, em virtude do qual se requisite o levantamento de dinheiro, ou bens pertencentes a heranças jacentes ou bens vagos, será expedido, sem que do mesmo conste a intimação da sentença a quem de direito fôr, que nenhuma opposição houve do curador ou dos fiscaes da fazenda, ou, tendo havido, que satisfizerão-se as diligencias requeridas, ou proseguio-se nos termos ultteriores do processo, na fôrma da legislação em vigor.

Art. 63. Nã arrematação dos bens de raiz, quando não houver nenhum licitante, admittir-se-hão lanços a prazos razoaveis, com as cautelas usadas nos contratos da fazenda nacional.

SECÇÃO II

Dos empregados do juizo, seus vencimentos e penas, a que ficão sujeitos

Art. 64. Todos os autos de arrecadação, logo depois de effectuada esta, serão numerados e inscriptos pelo chefe da estação arrecadadora da renda do lugar, em livro especial para esse fim destinado, o qual será aberto, rubricado e encerrado na côrte e provincia do Rio de Janeiro pelo director-geral de contabilidade, e nas demais provincias pelos inspectores das thesourarias, que poderã encarregar esta incumbencia a empregados das respectivas repartições.

A inscripção conterá o nome, e bem assim a naturalidade, estado, domicilio e profissão, se constar, do finado ou ausente, data do fallecimento ou da ausencia, e da arrecadação : a verba da apresentação será lançada no auto, não podendo proseguir o processo sem esta formalidade.

Art. 65. Todas as heranças de bens de defuntos e ausentes, ou sejam de testamento, ou *ab-intestado*, serão arrecadadas, inventariadas e partilhadas com audiencia, na côrte, do procurador da fazenda ou seu ajudante, e nas provincias com a dos procuradores-fiscaes, seus ajudantes, collectores e mais agentes-fiscaes.

Art. 67. O procurador da fazenda, os procuradores-fiscaes, seus ajudantes, os collectores e mais agentes-fiscaes, por si, e pelo solicitador nos lugares, onde o houver, a quem darão suas instrucções, assistirão a todos os actos da arrecadação, apposição dos sellos e inventario, para fiscalisar a exactidão da arrecadação, descripção e avaliação dos bens, as despezas attendiveis e a certeza das dividas activas e passivas, e para requererem tudo quanto convier á expedição do mesmo inventario.

Art. 68. E' da rigorosa obrigação dos empregados, de que tratão os dous artigos antecedentes, promover em juizo o andamento das arrecadações, rompimento e abertura dos sellos, o inventario dos bens de defuntos e ausentes, e das heranças jacentes, e requerer nelle tudo quanto fôr conveniente para a boa guarda, arrecadação e administração dos mesmos, para que sejam arrendados e arrematados, os que o deverem ser, se tomem as contas dos curadores, e se verifiquem nos cofres publicos as entradas do producto liquido dos mesmos bens nas épocas marcadas neste regulamento, e em geral quanto convier aos interesses da fazenda.

Esta mesma obrigação fica imposta á recebedoria do municipio e ás mais estações por onde se arrecadar a renda, e a desempenharão por meio de requisições feitas ao pro-

curador da fazenda, aos procuradores-fiscaes, e seus ajudantes, nos lugares, onde os houver, e bem assim a de representar ao thesouro nacional e ás thesourarias no caso de omissão dos mesmos empregados.

Art. 69. Para desempenho de tudo quanto espeecialmente lhes incumbe nos artigos antecedentes, ficão autorizados os referidos empregados para requererem em juizo, e exigirem dos escrivães e curadores todos os esclarecimentos, de que precisarem, e daquelles os inventarios, processos e livros para os examinarem, e todos estes funcionarios ficão obrigados a satisfazerem as requisições, que assim lhes forem feitas, para desempenho do que se dispõe neste regulamento, sob pena de desobediencia, e de suspensão por um a tres mezes, a arbitrio do ministerio da fazenda na côrte e dos inspectores das thesourarias nas provincias.

Art. 70. As penas do artigo antecedente são applicaveis aos escrivães, que, dentro do prazo, que lhes fôr marcado, não apresentarem no thesouro e thesourarias os livros, de que trata o art. 43, para serem rubricados pelas autoridades competentes.

Art. 71. Aos juizes de orphãos, além, do que lhes incumbe a lei de 3 de Novembro de 1830, cumpre promover o andamento dos inventarios dos defuntos e ausentes, e activar o apuramento das heranças jacentes e não addidas, remettendo para os cofres publicos o producto liquido, e rendimento daquellas, que não forem reclamadas nos termos deste regulamento, sob pena de incorrerem em uma multa de 50\$ a 100\$, que lhes será imposta, na côrte, pelo ministerio da fazenda, sob representação do administrador da recebedoria e do procurador da fazenda, e nas provincias pelos inspectores das thesourarias, sob representação dos procuradores-fiscaes, seus ajudantes, collectores e mais agentes-fiscaes, sendo os mesmos juizes previamente ouvidos dentro de um prazo razoavel, que lhes será marcado.

Art. 72. Os juizes de orphãos e ausentes ficão obrigados a remetter no fim de cada trimestre, na provincia do Rio de Janeiro, directamente ao thesouro, e nas provincias ás respectivas thesourarias de fazenda, uma demonstração dos dinheiros dos ausentes, que no decurso do mesmo trimestre houverem entregado aos collectores, e administradores de mesas de rendas do termo ou termos de sua jurisdicção, com declaração da importancia entregue, da data da entrega e da herança jacente, a que pertencerem os dinheiros. Se durante o trimestre não tiver havido entrega alguma, isto mesmo declararáõ os ditos juizes.

Art. 73. Os juizes de orphãos promoverãõ os processos convenientes dos bens vagos consistentes em bens de raiz, que, por falta de senhores e herdeiros certos, são recolhidos ao thesouro publico, afim de que sejam arrematados em hasta publica, com as solemnidades legaes, um anno depois de encerrado o inventario, e o seu producto liquido recolhido ao thesouro nacional e thesourarias nas provincias, debaixo das mesmas penas do artigo antecedente.

Art. 74. Das decisões, que impuzerem as penas de multa e suspensão comminadas neste regulamento, haverá recurso no effeito devolutivo sómente, no caso de multa, e em ambos os effeitos no caso de suspensão.

O recurso será interposto no prazo de dez dias, na côrte, para o conselho de Estado, e nas provincias das thesourarias para o ministerio da fazenda, e deste para o conselho de Estado.

Art. 75. As portarias do ministerio da fazenda e dos inspectores das thesourarias, expedidas em virtude das decisões, que impuzerem multas, terão força de sentença para se darem á execução nos termos da legislação em vigor.

A pena de suspensão será communicada ás autoridades judicarias, para mandarem intimal-a ao condemnado, e a

de desobediencia se fará effectiva pelas autoridades competentes.

Art. 76. Nos municipios, onde houver mais de um escrivão de orphãos, servirá um delles por nomeação do governo, que fica autorizado para crear officios de escrivães do juizo de ausentes nos lugares, onde a extensão do fóro assim o exigir.

Art. 77. Aos escrivães compete, além da expedição dos actos e processos judiciaes :

1.º Escripturar os livros de contabilidade estabelecidos neste regulamento.

2.º Extrahir dos livros de receita e despeza dos dinheiros 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.

3.º Remetter no principio de cada anno, sob as penas do art. 69, por intermedio dos respectivos juizes, na côrte ao thesouro nacional, nas provincias ás thesourarias, e, nos demais termos fóra das capitães, aos chefes das estações encarregados da cobrança da renda, uma relação exacta de todas as arrecadações de heranças jacentes, bens de ausentes e vagos, que existirem no cartorio, com declaração da data da arrecadação, nome do finado, natureza e importancia dos bens arrecadados, especificando quaes os que se recolhêrão aos cofres, e quaes os que ficão na administração do juizo ; se são conhecidos ou desconhecidos os ausentes a quem pertencão ou devão pertencer os bens arrecadados ; se pende habilitação ou reclamação, nome do curador, estado das respectivas contas e saldo, que existe em seu poder, e do mais que convier para esclarecimento das repartições fiscaes.

Art. 78. O governo poderá nomear curadores-geraes das heranças jacentes e bens de ausentes, onde fôr conveniente, reduzindo nesse caso as porcentagens marcadas para os curadores nos arts. 82 e 83.

Art. 79. Aos curadores dados ás heranças jacentes e bens de ausentes compete:

1.º A arrecadação e administração das heranças jacentes e bens de ausentes, de que forem encarregados, representando pelas mesmas heranças e bens em juizo e fóra delle, demandando e sendo demandados pelo que lhes disser respeito.

2.º Ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados, que lhes forem confiados, e dar partilha aos herdeiros habilitados, se estes não quizerem fazê-la amigavelmente nos casos, em que lhes é permittido.

3.º Promover activamente pelos meios legaes a arrecadação de todos os bens e objectos pertencentes ás heranças jacentes, e patrimonio dos ausentes, e a cobrança de todas as dividas activas.

4.º Solicitar nos devidos tempos a arrematação ou arrendamento dos bens, conforme o disposto neste regulamento.

5.º Dar cumprimento ao testamento nos casos, em que ao juiz de orphãos competir a arrecadação dos bens dos fallecidos testados, prestando contas no juizo competente, sem todavia perceber vintena.

6.º Entregar nos cofres publicos todos os dinheiros existentes das heranças, e o producto de todos os bens e effeitos arrecadados nas épocas marcadas neste regulamento, tudo sob as penas comminadas no art. 43 da lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848, e outras disposições em vigor, as quaes lhes serão impostas pelas autoridades judicarias, ou pelo thesouro e thesourarias.

Art. 80. Os parentes mais proximos do defunto ou au-

sente serão preferidos aos estranhos para curadores, se forem idoneos.

Os parentes nomeados curadores das heranças jacentes e bens de ausentes administrarão os bens na forma das leis, ficando sujeitos a todos os onus e gozando de todas as vantagens dos demais curadores.

Art. 81. Os curadores incorrerão na pena de demissão, se por negligencia sua não se arrecadarem devidamente os bens da herança, e se não promoverem a cobrança das dividas activas, além de ficarem responsaveis, bem como seus fiadores, pelos prejuizos, que soffrer a mesma herança.

Art. 82. Do producto, que se arrecadar e apurar dos bens mencionados nos artigos antecedentes, depois de abatidas as despezas do custeio e expediente delles, se deduzirão 6 1/2 %, a saber :

Um por cento para o juiz.

Dito para o escrivão, além dos emolumentos, que lhes pertencerem pelos actos dos processos.

Dito para o procurador da fazenda, ou a quem fôra da capital servir de fiscal por parte da fazenda.

Meio por cento para o solicitador.

Tres ditos para o curador, sem outros alguns emolumentos.

A porcentagem, de que trata este artigo será deduzida sómente do dinheiro liquido achado em especie no espolio do intestado, ou proveniente da cobrança das dividas activas, dos arrendamentos e arrematações dos bens.

Art. 83. Os curadores, além da porcentagem fixada no artigo antecedente, perceberão mais :

Dous por cento do valor dos bens moveis e semoventes, que não forem arrematados, e ficarem confiados à sua guarda.

Dous por cento do rendimento liquido dos bens de raiz,

que ficarem debaixo de sua guarda e administração, com tanto que o total desta porcentagem não exceda á somma annual de 400,000.

Art. 84. Todos os sobreditos funcionarios são obrigados a indemnisar o thesouro nacional, por seus bens havidos e por haver, pelos descaminhos e prejuizos, a que derem causa.

CAPITULO IV

Dos bens do evento

Art. 85. São bens do evento os escravos, gados ou bestas, achados, sem se saber do senhor ou dono, a quem pertença; o seu producto liquido deve ser recolhido á recebedoria do municipio da côrte.

Art. 86. No juizo da provedoria dos residuos, na conformidade do art. 114 § 2º da lei de 3 de Dezembro de 1841, haverá para arrecadação, e arrematação dos bens do evento, os livros seguintes :

1.º O livro das arrecadações, em que se lançaráo o dia, mez e anno da achada, o nome e naturalidade, idade e signaes dos escravos achados, com todas as declarações, que delles se poderem haver ; a côr e signaes do gado ou bestas, o nome de quem as achou e o lugar, onde forão achados, e bem assim o valor, em que forão avaliados.

2.º O livro dos termos, em que se lançaráo as avaliações dos escravos, gado e bestas achadas, e as de arrematação dellas e das remessas do producto á recebedoria.

3.º O livro dos depositos, em que se lançaráo as verbas da entrada e sahida dos ditos escravos, gado e bestas do evento, que hão de ser depositados no deposito geral.

Art. 87. Os livros, de que trata o artigo antecedente

serão fornecidos pelo escrivão, e abertos, rubricados e encerrados pelo juiz.

Art. 88. Logo, que forem apresentados os escravos, gado e bestas achadas, e pelas diligencias e averiguações, a que se proceder, se não conseguir saber a quem pertencem, se fará immediatamente a avaliação, e verificado o lançamento nos termos do art. 86 § 1º, se remetterão ao deposito geral.

Art. 89. A avaliação será feita por peritos nomeados pelo juiz.

Art. 90. Feita a avaliação, se passarão logo editaes, por que se chamem as pessoas, que tiverem direito aos escravos, bestas e gado, achados do evento, sendo trinta dias para os escravos, e tres para o gado ou bestas; estes editaes serão affixados nos lugares publicos, e publicados nos periodicos, e deverão conter a descripção dos bens, com todos os signaes e declarações, por que se possa conhecer a identidade, e as circumstancias e data da achada ou entrega.

Art. 91. Findo o prazo dos editaes, de que trata o artigo antecedente, serão arrematados os escravos, bestas ou gado do evento, precedendo editaes, que serão affixados na casa das audiencias, e publicados nos periodicos no dia da affixação e no da arrematação, mediando entre este e aquelle tres dias, independentemente de prégões.

Art. 92. Feita a arrematação, depois de deduzidas as despesas do juiz e do deposito, e porcentagens, se remetterá o producto liquido á recebedoria do municipio, regulando-se as porcentagens pelo que fica disposto no art. 82.

Art. 93. O lanço para a liberdade dos escravos será preferido a qualquer outro, ainda que superior seja, desde que cubra a avaliação.

Art. 94. Se até ao acto da arrematação, e antes da entrega do objecto ao arrematante, e de recolhido o producto,

comparecer o dono a reclamar, o juiz sobrestará na arrematação ou entrega, e provando elle o seu direito, identidade de pessoa e do objecto, não terá lugar a arrematação, ou ficará ella sem effeito.

Art. 95. Se depois de concluida a arrematação, e recolhido o producto á recebedoria do municipio, comparecer o dono do escravo ou animal achado do evento, e justificar pelos meios competentes, no juizo da provedoria, o seu dominio nesse escravo ou animal, e a identidade d'elle, de maneira que o juiz reconheça o seu direito, ordenará por sua sentença, que se lhe entregue o producto liquido da arrematação do mesmo escravo ou animal, e lhe dará precatório para o levantamento, na fórma do art. 58 deste regulamento, sem que deva ser acompanhado dos autos originaes de justificação.

Nestas justificações será ouvido o procurador da fazenda, e nas deprecadas para o levantamento terá vista no thesouro nacional o procurador-fiscal.

Art. 96. O juiz competente, quando houver de proceder na conformidade dos artigos antecedentes, ordenará, que seja ouvido o procurador da fazenda, o qual assistirá a todos os actos do processo, e deverá requerer tudo quanto fôr conveniente á boa arrecadação, avaliação e arrematação dos bens do evento, e para que realizem as entradas do producto delles no prazo legal.

Art. 97. O escrivão do juizo remetterá nos mezes de Janeiro e Julho de cada anno, ao thesouro nacional, por intermedio do respectivo juiz, uma relação exacta dos bens do evento arrematados, com as declarações constantes dos livros competentes, acompanhada de uma conta circumstanciada das despesas, de que trata o art. 92.

CAPITULO V

Disposições transitorias

Art. 98. O presente regulamento terá effeito e vigor tres dias depois de sua publicação no municipio da côrte, e nas capitaes das provincias desde que fôr publicado nos periodicos, em que o forem os actos officiaes.

Art. 99. Todas as heranças jacentes ora existentes no juizo ficão sujeitas ás disposições deste regulamento em tudo quanto lhes fôr applicavel.

Art. 100. Logo que fôr publicado o presente regulamento, os juizes de orphãos ordenaráo aos seus escrivães, que organisem, e enviem por intermedio delles, com toda a brevidade, ao thesouro e thesourarias, e mais estações fiscaes, uma relação de todas as arrecadações de heranças jacentes, bens de ausentes e vagos, que se acharem na administração do juizo, com as declarações exigidas no art. 77 § 3.º

Art. 101. Ficão revogadas todas as disposições em contrario.

CIRC. N. 28 DE 24 DE AGOSTO DE 1859

Angelo Muniz da Silva Ferraz, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara aos Srs. inspectores das thesourarias de fazenda, que a disposição do art. 59 do regulamento n. 2433 de 15 de Junho do corrente anno é unicamente applicavel ao levantamento dos bens das heranças ou de ausentes, e que portanto não se pôde estender aos credores dos mesmos bens, para o pagamento de cujos creditos e titulos vigora a legislação anterior, como declara

o art. 60 do referido regulamento, e antes se achava expresso na ordem n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848, pelo que devem aquelles credores apresentar precatório, na fôrma do estylo, e não simples officio do juiz, embora o valor da divida não exceda de 2:000\$000.

AV. DE 8 DE SETEMBRO DE 1859

Ao juiz de orphãos da côrte, declarando, em resposta ao seu officio de 22 de Julho ultimo, que, combinados os arts. 51 e 55 do novissimo regulamento para a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, que baixou com o decreto n. 2433 de 15 de Junho do corrente anno, resulta, que a providencia do citado art. 55 a respeito de arrematação das dividas activas, que forem de difficil liquidação ou cobrança, é sómente relativa á liquidação de heranças julgadas vacantes e devolutas para o Estado.

AV. DE 27 DE SETEMBRO DE 1859

Ao presidente da provincia do Rio de Janeiro, declarando, que os herdeiros collateraes, de que trata no seu officio de 8 de Agosto ultimo, devem ser admittidos á justificação permittida pelo art. 4º do regulamento de 15 de Junho ultimo, embora a arrecadação tivesse sido feita antes da publicação do mesmo regulamento, ficando o fiscal da fazenda na intelligencia, de que, se a justificação fôr julgada procedente, e elle entender, que ha injustiça ou nullidade no julgado, poderá e deverá interpôr os recursos legaes, não obstante a disposição do art. 7º, que não se refere á fazenda, e sim aos particulares, como claramente o indica esse mesmo artigo, quando lhes deixa salvo o direito de habilitação.

CIRC. DE 6 DE OUTUBRO DE 1859

Declarando, que compete nas provincias aos presidentes usar da faculdade concedida pelo art. 12 do Reg. mandado executar pelo Dec. n. 2433 de 15 de Junho ultimo a respeito dos bens moveis e de raiz, a que se refere o mesmo artigo, participando-se logo ao ministerio da fazenda para definitiva approvação.

CIRC. DE 10 DE OUTUBRO DE 1859

Illm. e Exm. Sr. — Resultando da combinação dos arts. 51 e 55 do Reg. mandado executar pelo Dec. n. 2433 de 15 de Junho ultimo, que só um anno depois de concluido o inventario se devem julgar vacantes e devolutos para o Estado os bens das heranças, e não antes, embora findo o prazo dos editaes, de que trata o art. 32 do mesmo regulamento, não tenham apparecido os herdeiros para habilitar-se : ordena S. M. o Imperador a V. Ex., que assim o faça constar aos diversos juizes de orphãos e ausentes dessa provincia.

AV. DE 15 DE OUTUBRO DE 1859

A' directoria das rendas, mandando declarar ao administrador da mesa de rendas de Mangaratiba, em solução ás duvidas, que expôz : quanto á primeira, que no art. 3º, §§ 1º, 4º e 7º do Reg. n. 2433 de 15 de Junho ultimo, está claramente determinado, que se os herdeiros collateraes dentro do segundo grão por direito canonico, mencionados no art. 6º, § 2º do decreto n. 410 de 4 de Junho de 1845, forem *notoriamente conhecidos* como taes, não é preciso

justificação alguma para a posse dos bens ; se, porém, não o forem, são admittidos a justificar a sua qualidade hereditaria nos termos do art. 4º, podendo os agentes da fazenda, como já foi declarado por Av. de 27 de Setembro ultimo, recorrer da sentença, se lhes fôr favoravel, porque o art. 7º, vedando o recurso á parte, deixa-lhes salvo o direito de habilitação, na fôrma do art. 46 ; e quanto á segunda, que no caso do art. 49 não tem lugar o pagamento da dizima da chancellaria, segundo o principio da Ord. por elle citado de 30 de Julho de 1844 ; prevenindo-o, de que das justificações, de que trata o citado regulamento não se devem cobrar os direitos do § 42 da tabella annexa á lei de 30 de Novembro de 1841.

AV. DE 15 DE OUTUBRO DE 1859

Ao juiz de orphãos da côrte, communicando que, em deferimento ao requerimento de João Bernardo Nogueira da Silva, foi-lhe declarado, que os curadores de heranças jacentes e mais officiaes do juizo devem tirar porcentagem das cobranças de juros das apolices da divida publica e das acções de companhias, na fôrma do art. 82 do Reg. de 15 de Junho ultimo, devendo ser as apolices convenientemente recolhidas.

CIRC. DE 18 DE OUTUBRO DE 1859

A's thesourarias, declarando, em conformidade do aviso do ministerio da justiça, para devido conhecimento e afim de o fazerem constar a quem fôr necessario, que da combinação dos arts. 51 e 55 do Reg. n. 2433 de 15 de Junho ultimo resulta, que só um anno depois de concluido o

inventario se devem julgar vacantes e devolutos para o Estado os bens das heranças, e não antes, embora findo o prazo dos editaes, de que trata o art. 32 do mesmo regulamento, não tenham apparecido os herdeiros para se habilitarem.

CIRC. DE 20 DE MARÇO DE 1860

Illm. e Exm. Sr.—Sendo certo que, contra os principios estabelecidos na legislação do Imperio, se tem mandado cumprir cartas precatórias, instrumentos e contratos passados em paiz estrangeiro, que tendem a nullificar as disposições da mesma legislação, e sobretudo as dos regulamentos sobre a arrecadação das heranças jacentes, cumpre, que V. Ex. recomende ás autoridades judiciaria dessa provincia a fiel observancia do aviso do 1º de Outubro de 1847, annexo ao de 20 de Abril de 1849, declarando-lhes, que não podem dar posse, por ser illegal, a quaesquer interessados, que se apresentem fundados em partilhas, contratos, transacções, ou outros instrumentos celebrados em paiz estrangeiro, no intuito de preterirem-se disposições concernentes aos bens de defuntos e ausentes, ou de evitar-se o inventario judicial dos bens para pagamento da decima de heranças e legados, na fórma dos regulamentos fiscaes, procedendo-se ulteriormente na fórma da lei.

Deos guarde a V. Ex.—*João Lustosa da Cunha Paranaguá*.—A S. Ex. o Sr. presidente da provincia de...

AV. N. 53 DE 30 DE JANEIRO DE 1860

Designando a porcentagem, que devem receber os curadores de bens de ausentes e heranças jacentes nomeados

em virtude do art. 78 do Reg. de 15 de Junho de 1859, dá a seguinte tabella :

Do producto, de que trata o art. 82 do cit. Reg. de 1859, 1 1/2 % no Rio de Janeiro, 2 % na Bahia e Pernambuco.

Dos bens e dinheiro, de que trata o art. 83, 1 % no Rio de Janeiro, e 1 1/2 % na Bahia e Pernambuco.

AV. N. 182 DE 23 DE ABRIL DE 1860

As entregas e pagamentos de dinheiro de defuntos e ausentes não podem ser feitas pelas mesas de rendas e collectorias, não só porque do sentido da lei de 24 de Outubro de 1832, a que se referem os regulamentos de 9 de Maio de 1842 e 15 de Junho de 1859, claramente se depreheende, que taes entregas e pagamentos devem ser effectuados directamente pelo thesouro e thesourarias, mas tambem porque esses actos dependem de exames em officios, de requisições, deprecadas, sentenças, processos de habilitações, etc., sobre o que, na fôrma do cit. Reg., têm de ser ouvidos os procuradores-fiscaes.

AV. N. 377 DE 11 DE AGOSTO DE 1862

Se estão na terra os collateraes dentro do segundo grão por direito canonico, e são notoriamente conhecidos, não ha lugar a arrecadação dos bens, e esta deve cessar, se foi feita (art. 3° § 1° do Reg. de 15 de Junho de 1859).

Se não são, porém, notoriamente conhecidos, ainda que estejam presentes, pôde o juiz admittil-os em termo breve a justificar sua qualidade hereditaria (Reg. cit., art 4°); se

a justificação não fôr concludente, deverá exigir, que se habilitem.

Quanto á providencia de admittir-se na arrematação de escravos de heranças jacentes a disposição do art. 93 do Reg. de 15 de Junho de 1859 sobre os bens do evento, para preferir-se, no caso de ser para a alforria do escravo, qualquer lanço, que cubra a avaliação, com exclusão de outro, ainda que seja superior : vai ser ouvida a secção de fazenda do conselho de Estado.

AV. N. 493 DE 23 DE OUTUBRO DE 1862

Um officio não é meio legal para o juizo requisitar a entrega de bens de defuntos e ausentes a credores e a cessionarios dos herdeiros, á vista do art. 58 do Reg. de 15 de Junho de 1859 e art. 91 da lei de 24 de Outubro de 1832.

CIRC. N. 34 DE 21 DE JANEIRO DE 1863

Os bens de ausentes, sendo a sua propriedade litigiosa, não devem ser entregues aos herdeiros e legatarios delles senão prestando fiança, pela qual se compromettão a entregar os ditos bens áquelle, que, em virtude da sentença dos tribunaes, fôr julgado ser o proprietario.

AV. N. 73 DE 18 DE MARÇO DE 1864

Os bens das heranças jacentes, e de defuntos e ausentes, consistentes em objectos de ouro, prata, pedras preciosas e apolices, devem ser recolhidos aos cofres publicos immediatamente depois de serem arrecadados, sem que seja

necessario aguardar-se a ultimação do inventario, na fôrma do art. 91 da lei de 24 de Outubro de 1832, que não foi revogada pelo art. 38 do Reg. de 15 de Junho de 1859, devendo taes bens estar fôra dos cofres unicamente o tempo necessario para serem inventariados e avaliados.

AV. N. 243 DE 26 DE AGOSTO DE 1864

Os bens de defuntos e ausentes só podem ser arrecadados na côrte pela recebedoria do municipio.

AV. N. 260 DE 10 DE SETEMBRO DE 1864

Os juizes de orphãos, nas requisições, que dirigirem ao thesouro para levantamento de quantias ahi depositadas, não se devem limitar a indicar sómente as datas, em que os capitaes forem recolhidos aos cofres do Estado, mas determinar, na fôrma do art. 8º das instrucções de 12 de Maio de 1842, não só a importancia do capital e dos juros vencidos até o dia da requisição, como tambem a data do emprestimo, que pretendem levantar, para proceder-se no thesouro ao exame e conferencia dos calculos.

AV. N. 393 DE 3 DE DEZEMBRO DE 1864

Os juizes, que mandárão recolher os dinheiros de ausentes ao thesouro, são os unicos competentes para requisitarem a entrega dos mesmos.

O thesouro neste assumpto é passivo : cumpre as requisições legaes emanadas do juizo, e feitas por via de precatórios ao mesmo thesouro para a entrega dos dinheiros a elle recolhidos.

INSTR. N. 228 DE 19 DE JUNHO DE 1866

João da Silva Carrão, presidente do tribunal do thesouro nacional, ordena, que no expediente das precatorias expedidas a favor da fazenda nacional para levantamento de dinheiros pertencentes á mesma fazenda, quando assim as partes interessadas preferirem fazer o pagamento dos impostos das heranças recolhidas ao thesouro, ou se tornar necessario por qualquer outro motivo, se observe o seguinte :

Art. 1.º As precatorias de levantamento de dinheiros de defuntos e ausentes para pagamento de impostos serão expedidas a favor do thesoureiro da recebedoria e acompanhadas de guias em duplicata passada pelo escrivão do juizo.

Art. 2.º Mandada cumprir a precatoria, a terceira contadoria, feitas as verbas para o pagamento da quantia deprecada, a remetterá á thesouraria geral, e a guia em duplicata á recebedoria, declarando na mesma guia ter sido aquella remettida para a thesouraria geral.

§ Unico. A caixa da thesouraria geral será creditada pela importancia da precatoria e ao mesmo tempo debitada por igual quantia como receita da recebedoria.

Art. 3.º A recebedoria fará a escripturação em receita á vista de uma das vias da guia, dando á parte interessada o conhecimento extrahido do talão, e a outra via da guia com a nota do pagamento dos impostos para serem exhibidos em juizo, e creditando o respectivo thesoureiro por igual quantia entregue ao thesouro por conta da renda do mez.

Art. 4.º Nenhuma deprecada, officio ou mandado, será expedido para entrega de bens de defuntos e ausentes, sem que conste pela exhibição do conhecimento e guia, de que

trata o art. 3º, o pagamento dos impostos devidos, (regulamento de 15 de Junho de 1859, art. 61)...

AV. N. 176 DE 22 DE JUNHO DE 1870

Sómente podem ser pagas pelas mesas de rendas e collectorias as despezas de arrematação dos bens de heranças jacentes, quando nos cofres daquellas repartições estiver o dinheiro das heranças, e quando, sendo tal pagamento requisitado pelo juiz competente, não exceder de 200\$ a importancia da despeza.

AV. N. 115 DE 31 DE MARÇO DE 1871

Illm. e Exm. Sr.— Tendo-se resolvido, pelas circulares n. 25 de 19 de Julho ultimo e n. 1 de 9 de Janeiro do corrente anno, que os dinheiros de defuntos e ausentes devem ser recolhidos directamente aos cofres das thesourarias de fazenda nas capitaes das provincias, onde não ha recebedorias, assim o communico a V. Ex. para os fins convenientes, e para que se sirva expedir as necessarias ordens ao juizo de ausentes da capital da provincia do Rio de Janeiro para fazer recolher directamente ao thesouro os dinheiros, que por alli se arrecadarem, pertencentes a defuntos e ausentes, visto não haver naquella capital thesouraria de fazenda, nem recebedoria.

AV. N. 121 DE 3 DE ABRIL DE 1871

Tendo sido autorisadas as mesas de rendas e collectorias da provincia do Rio de Janeiro, em virtude da circular de

20 de Julho de 1870, para pagar, como bens de defuntos e ausentes, as despezas requisitadas por officio do respectivo juizo até a quantia de 200\$, emquanto existir no cofre dessas estações dinheiro das heranças por conta das quaes se fazem as reclamações, e allegando a terceira contadoria do thesouro nacional não poder escripturar as heranças arrecadadas pelas mesmas estações, por isso, que nas guias de receita não vêm deduzidas as despezas posteriormente feitas: declaro a V. S., que, de conformidade com a decisão de 31 de Março proximo passado, os livros de contas correntes de bens de defuntos e ausentes, a cargo do thesouro e thesourarias, devem ser escripturados, lançando-se no credito das heranças a importancia constante das guias do juizo, apresentadas pelas estações de arrecadação, e no debito as despezas por ellas feitas, segundo as disposições da circular citada de 20 de Julho de 1870.

E como muito convem, que na execução deste serviço se sigão as regras estabelecidas para o de bens de orphãos, cumpre, que os documentos relativos a bens de defuntos e ausentes, exhibidos por essas estações, sejam enviados, na occasião de processarem-se as guias de entrega, á repartição, a cujo cargo estiver a escripturação de bens de defuntos e ausentes, afim de que os moralise e escripture do mesmo modo, que se pratica com os documentos pertencentes aos referidos bens de orphãos.

AV. N. 197 DE 15 DE JUNHO DE 1871

Declaro a Vmcê. que não pôde ser cumprida a precatória, que acompanhou o seu officio de 18 de Março proximo passado, não só porque na execução da sentença e para a expedição da mesma precatória foi ouvido unicamente o curador da herança, e não o agente-fiscal, cuja audiencia

é indispensavel, na fórma do art. 62 do regulamento anexo ao decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859, para fiscalisar o pagamento dos impostos devidos, e requerer quaesquer diligencias, que forem precisas a bem dos interesses da fazenda nacional, como tambem porque, existindo outros herdeiros habilitados, além da viuva do credor originario, Manoel Joaquim da Cruz, hoje representada por seu marido José Alves de Souza, foi a precatoria passada tão sómente em nome deste, sem constar se na qualidade de inventariante dos bens do dito credor, ou se por ter sido lançado em partilha na meação de sua mulher a importancia recolhida ao thesouro e ora reclamada, pois a não darem-se estas hypotheses deve o dinheiro existente nos cofres ser rateiado entre a referida viuva e os outros herdeiros, por esse juizo, a quem cabe conhecer das reclamações e direitos dos credores de heranças de defuntos e ausentes.

Devolvo portanto a Vmcê. a mencionada precatoria, afim de fazer sanar as lacunas acima indicadas, e ser revalidado o sello, a que estão sujeitas as duas certidões de fl. 53 verso, na fórma da legislação em vigor.

AV. N. 379 DE 15 DE NOVEMBRO DE 1871

O visconde do Rio Branco, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria de fazenda da provincia da Bahia, em resposta ao seu officio n. 129 de 19 de Setembro ultimo, que approva a deliberação tomada pela mesma thesouraria, pela qual foi avaliada provisoriamente em 10:000\$ a fiança, que deve prestar o curador das heranças jacentes dessa capital bacharel Francisco Marques dos Santos, visto estar ella de conformidade com o disposto na ordem n. 529 de 14 de

Novembro de 1861. Outrosim declara ao Sr. inspector que, sendo definitivo o exame, a que se procede no thesouro e thesourarias da idoneidade das fianças em casos como o de que se trata, visto que o processo da mesma é todo administrativo, por não haver especialização, não se deverá lavrar a escriptura da hypotheca, sem que se prove perante essa repartição a idoneidade da fiança, apresentando-se para semelhante fim, além dos documentos, de que trata a ordem n. 395 de 5 de Julho de 1861, os seguintes :

1.º Certidões negativas de tutelas e curatellas, e de onus judiciaes ;

2.º O titulo de propriedade, para se verificar, não só se o fiador tem dominio no immovel, como tambem se este está sujeito á alguma condição ou prazo, ou se é allodial ou emphyteutico, se forão ou não pagos os impostos e direitos de transmissão por acto—*inter vivos* ou *causa mortis*—, se a propriedade é completa e verdadeira, se foi validamente adquirida, se enfim está limitada ou gravada por fórmula, que influa na segurança real, que se procura obter com a hypotheca, de que se trata.

AV. N. 14 DE 17 DE JANEIRO DE 1872

De conformidade com a decisão de 11 do corrente mez dada á consulta feita pelo collecter das rendas geraes do municipio de Nova-Friburgo em officio de 10 de Julho ultimo, sirva-se V. S. declarar aos collectores e administradores das mesas de rendas, que não podem effectuar pagamento ou entrega de dinheiros, provenientes de bens de defuntos e ausentes, a herdeiros ou credores, porque é isso prohibido expressamente pela legislação em vigor, como declara o aviso n. 182 de 23 de Abril de 1860 ; mas que podem, á vista de requisição do juizo competente,

pagar as despesas do processo de arrecadação e custeio dos mesmos bens, na fórma da ordem de 8 de Novembro de 1859 e da circular de 20 de Abril de 1870; e outrosim, que fica elevada a 1:000\$ a quantia que podem satisfazer, á requisição do juizo competente, por conta de cada espolio, e por conseguinte alterada a circular de 20 de Julho de 1870, que restringio essa autorisação á quantia de 200\$000.

AV. N. 93 DE 3 DE ABRIL DE 1872

Illm. e Exm. Sr.—Declaro a V. Ex., em resposta ao seu officio n. 285 de 20 de Fevereiro proximo passado, que bem resolveu a consulta feita pelo juiz de ausentes substituto de Nova Friburgo, em officio de 9 de Dezembro de 1871, decidindo, que a porcentagem, de que trata o art. 82 do regulamento n. 2433 de 15 de Junho de 1859, deve ser deduzida unicamente do producto liquido das heranças de bens de defuntos, isto é, depois de desembaraçadas dos onus e dividas, de que porventura estejam sobrecarregadas.

AV. N. 219 DE 17 DE JULHO DE 1872

O visconde do Rio Branco, presidente do tribunal do thesouro nacional, declara ao Sr. inspector da thesouraria de fazenda da provincia de Minas Geraes, em resposta ao seu officio n. 34 A de 11 de Maio proximo passado, que foi regular a arrecadação judicial, feita pelo juiz de ausentes, da herança do intestado Duarte Eugenio do Carmo e Mello; porquanto, achando-se no Paraguay o capitão Pio Guilherme Corrêa de Mello, pai do dito intestado, e não

tendo este deixado no lugar do fallecimento conjuge, ou herdeiro descendente ou ascendente collateral, ou qualquer outro que ficasse em posse e cabeça do casal, e podesse arrecadar o seu espolio ; nem se achando para isso autorizada, por disposição alguma legal, a mulher daquelle capitão, em segundas nupcias, não devêra o mencionado espolio ter sido entregue a quem de direito fosse sem a competente habilitação ; sendo portanto inapplicavel ao caso, de que se trata, a doutrina da ordem n. 75 de 25 de Fevereiro de 1857.

AV. DE 24 DE ABRIL DE 1873

Illm. e Exm. Sr.—Levei á presença de S. M. o Imperador o officio de V. Ex., de 20 de Novembro do anno passado, sob n. 4, com a cópia do que lhe dirigira o juiz provedor de capellas e residuos dessa capital, consultando se compete ao juizo de orphãos ou ao da provedoria, em face do art. 83 do decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, fazer o inventario e partilha dos bens dos fallecidos com testamento, que não deixarem herdeiros orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes.

E o mesmo augusto senhor, visto os pareceres do presidente da Relação da côrte e da secção de justiça do conselho de Estado, manda declarar a V. Ex., que, nos casos de heranças de defuntos testados, o juiz de orphãos só é competente para o inventario :

1º, quando houver herdeiros orphãos ou interdictos, em cujo numero não se comprehendem os ausentes, conforme se deduz do art. 83 do citado decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

2º, quando se tiver de começar pela arrecadação dos bens, nos termos dos arts. 1º, 2º, 3º e 20 do regulamento

annexo ao decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859, por não existir na terra conjuge, herdeiro instituido, ou testamentario, que aceite a testamentaria.

O que V. Ex. fará constar ao juiz provedor de capellas e residuos dessa capital (a).

(a) Damos em seguida a consulta da secção de justiça do conselho de Estado, a qual servio de base ao presente aviso.

PARECER DA SECÇÃO DE JUSTIÇA DO CONSELHO DE ESTADO

Senhor.— Mandou V. M. Imperial, por aviso de 19 de Março do corrente, que a secção de justiça do conselho de Estado consultasse com seu parecer sobre o incluso officio do juiz provedor de capellas e residuos da capital do Maranhão, em o qual consulta a que juizo pertencem, á vista do art. 83 do decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, os inventarios e partilhas dos bens de defuntos testados, que não deixarem orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes.

O officio referido é o seguinte :

« Juizo da provedoria de capellas e residuos da comarca da capital do Maranhão, 19 de Novembro de 1872.

« Illm. e Exm. Sr.— Tendo-se suscitado duvidas no fóro desta capital, onde exerço a vara especial da provedoria de capellas e residuos, sobre o juizo competente, depois da novissima reforma judiciaria, para os inventarios de bens de fallecidos testados, que deixarem herdeiros ausentes, não os havendo orphãos ou interdictos, e reputando de grande utilidade, para a prompta e regular administração da justiça, dissipar a hesitação das partes e prevenir os conflictos, que no correr do tempo terião naturalmente de sobrevir, mediante uma declaração do poder competente, que, fixando o sentido e alcance da disposição controversa, estabeleça a linha divisoria das attribuições da provedoria e do juizo de orphãos, tomo a deliberação de me dirigir a V. Ex., para que se digne de submeter á decisão do governo imperial a seguinte consulta do presente officio.

« Em face do art. 83 do decreto n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, a que juizo pertence fazer o inventario e partilha dos bens dos fallecidos com testamento, que não deixarem herdeiros orphãos ou interdictos, mas tiverem herdeiros ausentes ?

« A duvida nasce de entenderem alguns, que, além do caso de menores ou interdictos herdeiros, deve a competencia da provedoria para os inventarios de heranças testamentarias soffrer a restricção proveniente das attribuições conferidas ao juizo de orphãos, em relação ás causas de ausentes por leis e regulamentos anteriores ; parece-me,

entretanto, evidente que, sendo tambem fundada em lei a competencia privativa desse juizo para as causas dos orphãos e interdictos, não faria o art. 83 citado, excepção *unicamente* dos herdeiros destas duas especies, em nenhuma das quaes se comprehendem os ausentes, que nunca na linguagem juridica forão chamados orphãos ou interdictos, se não fosse intenção do legislador subordinar á regra geral da competencia da provedoria o inventario e partilha dos bens de defuntos, que deixassem testamento e herdeiros ausentes, o que não é para estranhar, visto que se tem entendido, que os regulamentos expedidos pelo governo para a execução das leis, e em virtude de autorisação destas, fôrão um complemento das mesmas leis, que participa de sua força obrigatoria e demais effeitos.

« Deos guarde a V. Ex.—Illm. e Exm. Sr. vice-presidente da provincia desembargador José Pereira da Graça.— O juiz de direito, *Antonio Augusto da Silva.* »

O conselheiro director-geral da secretaria deu o seguinte

Parecer

Não tem fundamento a duvida suscitada pelo provedor dos residuos da capital da provincia do Maranhão.

Diz o art. 83 do regulamento annexo ao decreto n. 4824 de 22 de Novembro do anno passado :

« O inventario e partilha dos bens de defuntos, que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos ou interdictos, é da competencia do juiz da provedoria.

« Na falta de testamento e de herdeiros orphãos ou interdictos, será feito o inventario pelo juizo commum. »

Por argumento, entende aquelle magistrado, que, fallecendo alguém com testamento, se houver ausentes, o inventario e partilha dos bens deve pertencer igualmente ao juizo da provedoria.

Não podia, porém, essa disposição raramente regulamentar e generica derogar a lei especial de 13 de Novembro de 1830, que, extinguindo a provedoria de defuntos e ausentes, attribuiu ao juizo dos orphãos a arrecadação e administração dos bens de ausentes.

Parece-me, pois, que se deve resolver negativamente a duvida apresentada pelo provedor dos residuos da capital do Maranhão.—Directoria geral, 13 de Dezembro de 1872.—*A. Fleury.*

O presidente da relação da côrte opina pelo modo, que consta do officio, que se segue :

« N. 250.—Secretaria da relação da côrte, 6 de Março de 1873.—Illm. e Exm. Sr.—Satisfazendo a ordem do Exm. Sr. ministro da justiça, que me foi transmittida por V. Ex., tenho de dizer o seguinte, que fará o favor de levar ao conhecimento do mesmo Exm. Sr.

« A disposição do art. 83 do regulamento 4824 de 22 de Novembro de 1871 determina a necessidade de combinar as suas disposições

com as dos arts. 1º e 3º do regulamento 2433 de 1859, que regula a competencia do juiz de ausentes.

« Com effeito, da combinação desses artigos, resulta, que a competencia da provedoria suppõe a existencia do testamento, deixando o testador na terra: 1º, conjuge, ou herdeiros presentes, descendentes ou collateraes dentro do segundo grão por direito canonico, notoriamente conhecidos, citado art. 3º, § 1º, do regulamento de 59, mas não havendo entre elles orphãos ou interdictos: art. 83 do regulamento de 71; 2º, herdeiro presente instituido nomeadamente no testamento, citado art. 3º, § 2º do regulamento de 59, mas não sendo orphão ou interdicto: art. 83 do regulamento de 71, 3º, testamenteiro presente na terra, e que aceita a testamentaria, citado art. 3º, § 3º do regulamento de 59; 4º, herdeiros ausentes, que tenham presentes procuradores legalmente autorisados: citado regulamento de 1859, art. 3º, § 4º.

« Fundo-me: 1º, em que o regulamento de 1871 não deroga expressamente a jurisdicção do juizo de ausentes, e não se pôde julgar derogada essa jurisdicção por méras inducções; 2º, em que o regulamento de 1871, art. 83, não parece ter em vista senão distinguir o juizo da provedoria do juizo de orphãos, mas não falla expressamente do juizo de ausentes, cuja competencia por consequencia continúa.

« Aproveito a occasião para reiterar os meus protestos de estima e consideração á pessoa de V. Ex., a quem Deos guarde.

« Illm. e Exm. Sr. conselheiro André Augusto de Padua Fleury, director-geral da secretaria da justiça. — O presidente interino, *Firmino Pereira Monteiro.* »

A secção de justiça do conselho de Estado concorda com os referidos pareceres do director-geral da secretaria e do presidente da Relação.

V. M. Imperial mandarà, porém, o que fór mais justo.

Sala das conferencias da secção de justiça do conselho de Estado, em 5 de Abril de 1873. — *José Thomaz Nabuco de Araujo.* — *Visconde de Jaguaray.* — *Visconde de Nietheroy.*

PRIMEIRAS LINHAS

SOBRE

O PROCESSO ORPHANOLOGICO

POR

JOSÉ PEREIRA DE CARVALHO

ADAPTADAS AO FÔRO DO BRAZIL

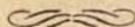
E

ANNOTADAS COM TODA A LEGISLAÇÃO ORPHANOLOGICA ATÉ
O PRESENTE

Pelo Juiz de Direito

DIDIMO AGAPITO DA VEIGA JUNIOR

PARTE SEGUNDA



RIO DE JANEIRO

1880

Viduae, et pupillo non nocebitis. Si læseris eos, vociferabuntur ad me, et ego audiam clamorem eorum; et indignabitur furor meus, percutiamque vos gladio, et erunt uxores vestroꝝ viduæ, et filii vestri pupilli.

(EXOD., CAP. XXII, V. 22.)

ADVERTENCIA

Algumas pessoas doudas, e zelosas do bem publico, vendo a diversidade, com que se processão nos diversos juizos dos orphãos os inventarios, e mais processos, que lhes são relativos, instárão comigo para que eu escrevesse e publicasse o formulario de todos elles, pela maneira, que me parecesse mais legal e mais simples, na persuasão, de que este seria o meio de se conseguir uma uniformidade, de que podem resultar algumas vantagens. Resolvi-me a isso com toda a satisfação ; e oxalá, que este meu trabalho mereça a approvação do publico, e produza o desejado effeito. Pelo menos será de alguma utilidade para os magistrados e escrivães, que começarem a sua carreira.

J. P. C.

ROEMERLEIN

FORMULARIO

DE

TODOS OS AUTOS, TERMOS, CERTIDÕES E DESPACHOS

De um inventario processado no juizo dos orphãos



CAPITULO I

DO FORMULARIO DE UM INVENTARIO PROCESSADO NO JUIZO
DOS ORPHÃOS (1)

1831

Covilhã.

Defunto. — Manoel Francisco, casado
que foi com Maria Rita, desta villa.
Escrivão.—Fonseca

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo
de mil oitocentos e trinta e um, aos quinze dias do mez

(1) Todos os outros inventarios, que não pertencem ao juizo dos orphãos, se processão da mesma maneira, só com a differença, de que devem ser requeridos por algum dos interessados, e de que não ha nomeação de curador. Ha ainda outra differença, e vem a ser: que nos inventarios de maiores feitos a requerimento de parte tem lugar a desistencia e a transacção

de Agosto do dito anno, nesta villa de Covilhã, e casas da residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fôra e orphãos da sobredita villa, aonde eu escrivão vim, por elle me foi dito, que officialmente lhe tinha sido participado (a) o haver fallecido Manoel Francisco, casado, que foi com Maria Rita, ficando-lhe herdeiros menores de vinte e cinco annos (2) (b); e porque do seu dever era proceder a inventario, e partilha de todos os seus bens, direitos e acções, me ordenava, que, sem perda de tempo, notificasse a viuva do dito Manoel Francisco (3) para em vinte e quatro horas comparecer na sua presença, com pena de prisão (c), para receber o juramento e fazer as necessarias declarações; e que igualmente notificasse um dos mais proximos parentes dos interessados menores,

dos interessados, não devendo o juiz continual-os, logo que isso se verifique; e que nos inventarios de menores, e feitos *ex-officio*, deve o juiz ultimal-os, apezar de qualquer desistencia, ou transacção.

(2) Ainda, que todos sejam maiores de vinte e cinco annos, basta que um delles seja ausente em lugar incerto, desassizado, sandeu, prodigo, ou surdo e mudo, para ter lugar o inventario *ex-officio* pelo juiz de orphãos (d).

(3) Se o defunto já era viuvo, manda-se notificar o co-herdeiro varão mais velho, ou aquelle, que deve figurar de cabeça de casal.

(a) O autor trata acima da hypothese de um inventario iniciado em virtude de participação das autoridades policiaes ou dos parochos (*art. 13 do Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 4º do Reg. n. 422 de 27 de Junho de 1845 e arts. 23 e 24 do Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859*); mas os inventarios de orphãos podem tambem ser iniciados em virtude de portaria do juiz, ou de requerimento do conjuge sobrevivente ou do herdeiro, que se achar, como cabeça de casal, na posse dos bens.

(b) Vinte e um annos: *Resol. de 31 de Outubro de 1831.*

(c) Deve comminar-se, não a pena de prisão, mas a de sequestro dos bens, e de remoção do cargo de inventariante.

(d) Vide o que escrevemos em uma nota no Appendice á segunda parte desta obra.

para no mesmo termo, e com a mesma pena receber juramento e assignar termo de curador (4). Assim o prometti fazer; e de tudo fiz este auto, eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi, e assignei.

Cunha.

João José da Fonseca.

Certidão

Dou fé notificar Maria Rita, viuva de Manoel Francisco, desta villa, para no termo de vinte e quatro horas (a), com pena de prisão, comparecer na presença do Dr juiz de fóra e orphãos desta villa, para receber juramento e fazer as declarações necessarias para se proceder no inventario dos bens do seu casal. Covilhã, 16 de Agosto de 1831 (5).

João José da Fonseca.

(4) Este curador é para se louvar por parte dos herdeiros menores, ou sujeitos á jurisdicção do juiz dos orphãos, e para por elles requerer, o que lhes convier, até ao fim da partilha sómente, informando o Dr. curador-geral. Não havendo um parente probo e capaz, deve nomear-se um amigo dos ditos herdeiros, que tenha estas qualidades.

(5) Sendo de fóra da villa deve passar-se mandado para a citação, e ajuntar-se ao inventario. A fórmula do mandado todos a sabem, assim como a da deprecada, que se torna necessaria, se estiver fóra da villa e termo.

(a) Não se costuma assignar o prazo de vinte e quatro horas, mas sim o de cinco dias; e ás vezes maior prazo, conforme a distancia do lugar, em que reside o intimando.

Termo de juramento e declaração do cabeça de casal

Aos dezesete dias do mez de Agosto de mil oitocentos e trinta e um annos, nesta villa de Covilhã, e casas da residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fôra, e orphãos desta dita villa e seu termo, aonde eu escripto vim, e sendo ahi presente Maria Rita, viuva, que ficou de Manoel Francisco, por elle ministro lhe foi deferido juramento nos Santos Evangelhos, debaixo do qual lhe encarregou, que declarasse o dia, em que tinha fallecido o dito seu marido ; se tinha feito alguma disposição testamentaria ; quaes erão os herdeiros, que lhe havião ficado ; que idade tinhão ; e que dêsse á carregação todos os bens, sem occultar alguns, debaixo da pena de pèrder o direito, que nelles tiver, pagar o dobro da sua valia e incorrer no crime de perjura (a). E, sendo por ella aceito o dito juramento, declarou, que o sobredito seu marido Manoel Francisco tinha fallecido no dia tres do corrente, sem testamento algum (6), deixando tres filhos, cujos nomes e idades declararia no titulo dos herdeiros, e que promettia dar á carregação todos os bens, debaixo das penas, que lhe tinhão sido comminadas ; de que fiz este termo, que assignou, sómente elle ministro, por ella ser mulher e não

(6) Tendo feito testamento deve aqui declarar-se. Sendo cerrado, ou feito nas notas de algum tabellião, deve logo ajuntar-se ao inventario ; e sendo aberto, feito por pessoa particular, ou nuncupativo, deve primeiro reduzir-se á publica-fôrma, e ajuntar-se por appenso antes da deliberação da partilha.

(a) E' duvidoso, apezar da comminação da Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 9, se a pena de perjuro pôde ser imposta ao inventariante convencido de sonegação de bens. Seja, porém, como fôr, o exacto é, que nunca vimos applicar tal pena, limitando-se sempre os interessados a pugnar pela entrega dos bens.

saber escrever (7). E eu João José da Fonseca, que o escrevi.

Cunha.

Titulo dos herdeiros

Cabeça de casal

Maria Rita, viuya do defunto.

Filhos :

Manoel, casado, de idade de 26 annos.

Francisco, solteiro, de idade de 22 annos.

Joaquina, solteira, de idade de 18 annos.

Certidão

Dou fé notificar a José Francisco, tio dos orphãos, para em vinte e quatro horas, com pena de prisão, receber juramento de curador dos mesmos. Covilhã, 17 de Agosto de 1831.

João José da Fonseca.

Termo de juramento ao curador (8)

E logo no mesmo dia, mez e anno, nesta villa de Covilhã, e residencia do dito ministro, aonde eu escrivão vim,

(7) Sabendo escrever, deve assignar juntamente com o juiz, fazendo-se menção disso no termo, rematando-se por esta maneira:—De que fiz este termo, que ella assignou com o dito ministro.

(8) Havendo curador-geral certo, e que tenha recebido juramento para todos os inventarios, evita-se o termo de nomeação e juramento; aliás deve proceder a este, com pouca differença no formulario.

sendo ahi presente José Francisco, se lhe deferio juramento nos Santos Evangelhos, debaixo do qual se lhe encarregou, que em tempo competente se louvasse por parte dos orphãos ; que requeresse em favor delles tudo quanto julgasse justo e proveitoso, e que dêsse ao Dr. curador-geral as informações, que elle lhe pedisse : assim o prometeu fazer, debaixo de responsabilidade, de que fiz este termo, que elle assignou (9) com o sobredito ministro. E eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

José Francisco.

Cunha

Certidão

Dou fé notificar a viuva cabeça de casal, os herdeiros maiores (10) e os curadores, para hoje, ás duas horas, se louvarem, com pena de revelia, e para todos os mais termos deste inventario, até a sentença final. Covilhã, 18 de Agosto de 1831.

João José da Fonseca.

(9) Sabendo escrever, deve assignar o seu nome, aliás deve assignar de cruz ou com o seu signal de costume, escrevendo-lhe o escrivão o nome junto a elle, por esta fórma :

De

José + Francisco (a).

(10) Os varões maiores de quatorze annos, e as femeas maiores de doze, devem ser citados, com pena de nullidade, apezar de terem curador : Ord. do liv. 3º, tit. 41, § 8.º

(a) Esta assignatura não está em uso. Quando o juramentado não sabe assignar, assigna outrem por elle, declarando-se isso no termo, e assignando mais duas testemunhas.

Termo da louvação

Aos dezoito dias do mez de Agosto do sobredito anno, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, aonde eu escrivão vim, e sendo ahi presente a viuva cabeça de casal, se louvou para a avaliação dos moveis, visto não convir nos do concelho (a), em Mathias Francisco, Antonio Nave e José Mendes; para a dos predios urbanos, visto não haver juizes de officio (11), em Pedro Gomes, João Tinoco e Paulo Alves; e para a dos predios rusticos, pela mesma razão, em Francisco Grilo, Aleixo Franco e Joaquim Giraldes. E sendo presentes os co-herdeiros (12) e curadores, escolhêrão Mathias Francisco, João Tinoco e Francisco Grilo; e se louvarão para a avaliação dos moveis em José João, Antonio Dias e Bento Feio; para a dos predios urbanos em José Dias, Manoel Barreto e Felippe Grilo, e para a dos predios rusticos em Álvaro Gomes, Affonso de Mesquita e Geraldo Telles. E logo a sobredita viuva cabeça de casal escolheu a José João, Manoel Barreto e Affonso de Mesquita; do que fiz este termo, que todos assignarão

(11) Havendo juizes do officio, são elles os que devem fazer as respectivas avaliações, excluida a louvação dos co-herdeiros, salvo sendo-lhes suspeitos: Alv. de 21 de Junho de 1759 (b).

(12) A falta de um, ou de todos os interessados, não faz suspender a louvação, e nesse caso faz-se á revelia dos que não apparecerão, declarando-se isso no termo.

(a e b) Não temos hoje avaliadores do conselho, e os juizes do officio forão abolidos pelo § 25 do art. 179 da constituição do Imperio. A's partes cabe o direito de louvarem-se em avaliadores, que avaliem os bens do casal: *Avs. n. 393 de 31 de Outubro de 1857 e n. 291 de 3 de Outubro de 1855.*

com o dito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi (13) (a).

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar os louvados *retro* nomeados e escolhidos para avaliarem os bens, que o cabeça de casal der á carregação, e para antes disso receberem juramento. Covilhã, 18 de Agosto de 1831.

João José da Fonseca.

Termo de juramento dos louvados

Aos dezenove dias do dito mez e anno, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, aonde eu escrivão vim, sendo ahi presentes os louvados nomeados e escolhidos para a avaliação dos bens deste inventario, por elle ministro lhes foi deferido juramento nos Santos Evangelhos, debaixo do qual lhes encarregou, que bem e na verdade, segundo entendessem em suas consciencias, avaliassem os bens, que

(13) Havendo no inventario alguma outra qualidade de bens, devem nomear-se avaliadores intelligentes; v. g.: havendo uma livraria, devem nomear-se dous livreiros, ou dous bachareis, etc.

(a) As louvações fazem-se actualmente, ou por meio de petições, em que respondem todos os interessados, ou, e mais vulgarmente, em audiencia, e neste caso não ha necessidade de lavrar-se um termo especial de louvação, mas no mesmo termo de audiencia menciona-se esta.

lhes fossem apresentados, pertencentes ao inventario de Manoel Francisco. E, sendo por elles recebido o dito juramento, assim o promettêrão fazer, debaixo de responsabilidade; do que fiz este termo, que todos elles assignarão com o sobredito ministro. E eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

Cunha.

Os louvados :

Mathias Francisco.

João Tinoco.

Francisco Grilo.

José João.

Manoel Barreto.

Affonso de Mesquita.

Assentada (a)

Aos vinte dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã, em casa da viuva cabeça de casal, aonde eu escrivão com os louvados nomeados e escolhidos vim, se procedeu á carregação e avaliação dos bens, pela maneira seguinte :

(a) Actualmente, quando o juiz assiste á avaliação, lavra-se *incontinente* um auto de avaliação, e mencionão-se classificadamente todos os bens, com os valores, que lhes vão dando os avaliadores; quando, porém, o juiz não assiste á avaliação, o que quasi sempre acontece, quando as heranças são pequenas, e isto para poupar dispendios, que irião onerar os quinhões dos herdeiros, junta-se aos autos a avaliação, que os avaliadores têm obrigação de apresentar classificada e detalhadamente, e não se lavra auto algum; em outros juizos, porém, junta-se aos autos uma certidão das avaliações, que os avaliadores trazem ao cartorio.

Móveis

Seis cadeiras de palhinha quasi novas, em dous mil e quatrocentos réis.	2\$400
Um canapé de palhinha em bom uso, em mil e duzentos réis.	1\$200
Uma papeleira já usada, em novecentos réis.	\$900
Um bahú novo de Moscovia, em quatro mil réis.	4\$000
Uma mesa de abas grande e quasi nova, em sete mil réis.	7\$000
Outra mesa pequena, já velha, em trezentos réis	\$300
Duas pipas grandes e quasi nova em doze mil réis	12\$000
Uma dorna velha, em novecentos réis. . .	\$900
Doze cadeiras de pão de castanheiro muito usadas, em mil e duzentos réis.	1\$200
Uma arca grande em meio uso, em seiscentos réis	\$600
Quatro lenções de linho novos, em quatro mil réis	4\$000
Doze ditos usados, em tres mil e seiscentos réis	3\$600
Dous colchões de riscas, em dous mil e seiscentos réis	2\$600
Tres enxergões de estopa, velhos, em mil réis.	1\$000
	<hr/>
	41\$700

Raiz

Uma morada de casa, com altos e baixos, na rua do Outeiro, a partir com João José e Francisco Rodrigues, em duzentos e vinte mil réis.	220\$000
Outras casas pequenas, na rua das Portas do Sal, a partir com Anna Mendes, viuva, e Joaquim Lucas, em cincoenta mil réis. . .	50\$000
Um olival no sitio do Barreiro, com trinta oliveiras, a partir com terras de José Giraldes e da Commenda, em setenta mil réis. . . .	70\$000
Uma vinha nova, no sitio da Tropa Velha, a partir com Jeronymo Freire e com José de Amorim, em noventa mil réis. . . .	90\$000
Uma horta com uma nascente d'agua ao cimo, no sitio do Bribão, a partir com Rosa de Mesquita e com o Prazo de Malta, toda murada de parede, em cento e oitenta mil réis.	180\$000
Uma terra de pão no sitio da Junqueira, a partir com terras da Abbadia por todos os lados, em vinte e cinco mil réis	25\$000
O dominio util de um prazo fiteusim no sitio do Prado, composto de terras de regadio, vinha, souto e pinhal, de que é senhoria directa a Commenda de Malta, a quem se paga o fôro annual de mil réis, duas galinhas e seis ovos, e que parte com a vinha de João Rombo e olival de Manoel Jorge, avaliado em trezentos mil réis.	300\$000
Um lodeiro no sitio do Barracão, a partir com D. Rosa Jacintha e com os herdeiros de Joaquim da Rosa, em noventa e cinco mil réis.	95\$000

 1:030\$000

Dividas activas (a)

Disse, que devia a este casal José Francisco de Tortuzendo a quantia de oitenta mil réis.	80\$000
Disse, que devia João Antunes doze mil réis.	12\$000
Disse, que devia Joanna dos Anjos, do lugar da Peraboa, vinte mil réis.	20\$000
	<hr/>
	112\$000

Dividas passivas (b)

Disse, que este casal era devedor á santa casa da Misericordia desta villa da quantia de trezentos mil réis, a juro.	300\$000
Disse, que era igualmente devedor a João Ferreira Dias, do lugar da Bouça, da quantia de trinta e seis mil réis.	36\$000
	<hr/>
	336\$000

Termo de juramento dado ao co-herdeiro Manoel para conferir o seu dote

Aos vinte e dous dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã, e casas da residencia do Dr. Luiz da

(a) As declarações das dividas activas e passivas do casal costumão ser feitas, não pelos avaliadores, como acima se exemplifica, mas sim pelo inventariante na descripção de bens, ou no termo das ultimas declarações, antes do encerramento do inventario.

(b) A declaração das dividas passivas deve ser feita unicamente para ser completa a descripção dos bens e encargos do casal, mas tal declaração não autorisa o pagamento das dividas, o qual sómente pôde ser feito no inventario, estando ellas justificadas pelos credores

Cunha e Lima, actual juiz de fôra e orphãos, aonde eu escrevão vim, e sendo ahi presente o co-herdeiro Manoel, lhe foi deferido juramento nos Santos Evangelhos, para debaixo delle declarar e conferir os bens, que a titulo de dote recebeu, afim de serem avaliados. E, sendo por elle aceito o dito juramento, assim o prometteu fazer, de que fiz este termo, que assignou com o dito ministro. Eu João José da Fonseca, escrevão, o escrevi (a). — *Manoel Dias.*

Cunha.

E logo por elle forão dadas á carregação, como pertencentes ao seu dote, os bens seguintes :

Seis camisas de panno de linho, que, em attenção ao estado, em que se achão (14), forão avaliados em mil e duzentos réis.	1\$200
Quatro lenções de linho, que forão avaliados em mil e seiscentos réis.	1\$600
Duas pipas, que forão avaliadas em dous mil réis.	2\$000
Uma horta no sitio da Fonte Nova, a partir com terras do concelho e estrada publica, avaliada em cincoenta mil réis.	50\$000
	<hr/>
	54\$800
	<hr/>
Meio dote	27\$400

(14) Existindo ainda os moveis dados em dote, avalião-se e conferem-se pelo que valem, ainda que seja muito pouco; e, não existindo, então conferem-se e avalião-se pelo que valião, quando forão dados em dote.

(a) Quando o inventariante declara, que algum dos co-herdeiros é dotado, e tem de conferir o dote, o juiz manda-o intimar para comparecer e fazer a conferencia; tem então lugar o juramento, de que trata o termo supra.

Termo da declaração da viuva cabeça de casal

E logo pela viuva Maria Rita foi declarado na presença delle ministro, e de mim escrivão, que ella bem e na verdade, e o melhor que entendia em sua consciencia, havia dado á carregação todos os bens, direitos e acções pertencentes a este inventario, e que protestava dar todos os mais, que lhe lembrassem até ao acto da partilha, fazendo esta sua declaração e protesto debaixo do juramento, que havia recebido; de que fiz este termo, que assignou sómente o dito ministro, por ella ser mulher e não saber escrever (a). E eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Cunha.

Termo de declaração dos louvados

E logo pelos louvados abaixo-assignados foi dito na presença do mesmo ministro, e de mim escrivão, que elles, sem odio ou afeição, e segundo entendião em suas consciencias, havião avaliado todos os bens pertencentes a este inventario, e que fazião esta declaração debaixo do juramento, que havião recebido: de tudo fiz este termo, que elles assignarão com o sobredito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

Cunha.

Os louvados:

Affonso de Mesquita.

Manoel Barreto.

Mathias Francisco.

João Tinoco.

Francisco Grilo.

José João.

(a) Quando a inventariante não pôde ou não sabe assignar, assigna por ella outra pessoa, declarando isso mesmo o escrivão no termo.

Divida do funeral (a)

Do habito, em que o defunto foi amortalhado, tres mil e duzentos réis.	3\$200
De cera e cova, mil e seiscentos réis.	1\$600
De confrarias, que acompanhárão o enterro, mil e duzentos réis	1\$200
De toque de sinos, seiscentos réis.	600
	<hr/>
	6\$600

Divida do bem da alma

Dos officios do uso da igreja, sete mil e seis- centos réis	7\$600
Sessenta missas, a cento e cincoenta cada uma, nove mil réis	9\$000
	<hr/>
	16\$600

Auto de limpeza da partilha (b)

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte e quatro dias do mez de Agosto do dito anno, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, aonde eu es-

(a) A divida do funeral deve ser provada documentalmente para ser attendida, não bastando dizer o inventariante, que ella importou em uma certa quantia.

(b) Hoje costuma-se, depois de encerrado o inventario, marcar cinco dias a cada um dos interessados, para dizerem sobre as avaliações dos bens, declarações do inventariante, e fazerem os pedidos da partilha; apezar disso, é em muitos casos convenientissimo fazer-se a limpeza de partilha.

crivão vim, e sendo ahi-presentes (15) a viuva cabeça de casal, e os co-herdeiros e curadores, pelo dito ministro me foi ordenado, que eu lêsse a carregação e avaliação dos bens deste inventario, como a carregação das dividas activas e passivas, que o cabeça de casal tinha declarado; e, satisfazendo eu a esta determinação, disse elle á sobredita viuva, co-herdeiros e curadores, que, tendo alguma coisa a ponderar ou a requerer, o fizessem neste acto, para lhes deferir como fosse de justiça no despacho da deliberação da partilha. A viuva requereu, que se dêsse pagamento ás dividas passivas (a), e se lhe adjudicassem os bens separados para ellas (b). Os co-herdeiros disserão, que não convinhão nisso, e que, sendo verdadeiras as ditas dividas, querião pagar aos credores as suas quotas partes. O curador-geral, disse que, quando se lhe dêsse vista deste inventario para ponderar o que lhe parecesse conveniente por parte dos orphãos, o faria por escripto (16). O sobredito ministro

(15) Tendo algum delles mandado procurador, declara-se isso mesmo, e ajunta-se a procuração ao inventario; e, não comparecendo algum, tambem se faz essa declaração, accrescentando-se, que, por não comparecer, se procedeu á revelia.

(16) Em lugar destes requerimentos, que aqui puz, escreverá o escrivão quaesquer outros, que a viuva, co-herdeiros e curador fizerem, bem como as licitações, no caso de as haver. Se algum dos ditos co-herdeiros disser, que faltão alguns bens, e os indicar, tambem se lhe escreverá o que elle disser a este respeito, e o que responder a viuva cabeça de casal, para tudo se tomar ao depois na devida consideração.

(a) As dividas passivas, já o dissemos, não podem ser attendidas no inventario sem estar legalmente justificadas.

(b) E' erronea esta praxe de adjudicar-se ao inventariante os bens separados para pagamento de credores; taes bens devem ser vendidos em praça; se o seu producto exceder á importancia das dividas, paga-se estas, e o excesso vai augmentar os quinhões de cada herdeiro.

ordenou, que o inventario se lhe fizesse concluso : de tudo fiz este auto, que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi, e assignei.

João José da Fonseca (17).

Cunha.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

Despacho

Vista ás partes e ao Dr. curador-geral.
Covilhã, 25. de Agosto de 1831.

Cunha.

Termo de publicação

Aos vinte e seis dias do mez de Agosto de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã e audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fôra, e dos orphãos, por elle foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomado nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi e assignei.

João José da Fonseca (18).

(17) Neste lugar assignão os curadores, co-herdeiros, procuradores e a viuva, se souber escrever; porque as mulheres nunca assignão de cruz, e se suppre a sua assignatura pela do juiz e da pessoa, que assigna a seu rogo.

(18) Tendo a viuva ou os co-herdeiros ajuntado procuração

Termo de conclusão

Aos vinte e nove dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã e meu escriptorio, fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Despacho

Satisfeita a importancia do funeral pelos bens da herança, o resto se divida em duas partes iguaes : uma dellas se dê á viuva, e a outra, depois de satisfeita a importancia do bem da alma, se augmente com o dote conferido, e se subdivida em tantas partes iguaes, quantos os filhos do defunto, não se tendo consideração com as dividas passivas, visto haverem sido impugnadas. Covilhã, 30 de Agosto de 1831.

Cunha (19).

Termo de publicação

Aos dous dias do mez de Setembro do dito anno, nesta villa de Covilhã, e audiencia publica, que estava fazendo o Dr. Luiz da Cunha e Lima, por elle foi publicado o des-

aos autos, deve dar-se-lhe vista do inventario pela ordem das idades, começando pelo mais novo dos co-herdeiros maiores, e sendo o ultimo de todos o curador-geral, para dizer por escripto tudo aquillo, que convier aos orphãos, ou áquelles por parte de quem figura no processo. No fim de vinte e quatro horas deve o escrivão cobrar os autos, sem necessidade de despacho para isso.

(19) Qualquer pequena circumstancia, que occorra no inventario, faz variar o despacho da deliberação da partilha, e por isso figurarei as hypotheses mais frequentes, e notarei as

pacho *retro*, que mandou se cumprisse, e guardasse, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

alterações, que este despacho deve ter em cada uma dellas. Tendo-se justificado as dividas passivas, e tendo todos os co-herdeiros concordado no seu pagamento, deve o despacho começar assim:—*Satisfeita a importancia das dividas passivas, e do funeral pelos bens do monte*, etc.—Tendo havido licitações, e querendo o juiz attendê-las, contra o que escrevi na primeira parte desta obra, devem adicionar-se ao despacho estas palavras:—*Dando se em legitima aos co-herdeiros, e em meação á viuva, as propriedades por elles licitadas*, etc.—Figurando de herdeiros, além dos filhos do inventariado, alguns netos do mesmo, filhos de algum seu filho já fallecido, deve o dito despacho rematar por esta fórma:—*Subdividindo-se a legitima do co-herdeiro fallecido por todos os seus filhos*.—Havendo muitos herdeiros dotados, e excedendo o dote de cada um delles á legitima, que lhe deve pertencer, se fará no sobredito despacho a seguinte declaração:—*Inteirando-se os co-herdeiros dotados dos seus respectivos dotes pela sua legitima e terça, até onde ella chegar, preferindo aquelles, que primeiro serão dotados, na fórma determinada pela Ord. do liv. 4º, tit. 97, § 3*.—Havendo na herança prazos, que não sejam fateusins, e que viessem para o casal por parte do defunto inventariado, deve o juiz excluir-os da partilha, mandando-os dar ao co-herdeiro varão mais velho, ou áquelle a quem tiverem sido nomeados por modo legal. Se tiverem sido comprados com dinheiro do casal, deve fazer repartir o dinheiro, que por elles se deu, e a siza, que se pagou. As bemfeitorias, a serem de alguma consideração, são sempre partiveis. Se os prazos forem fateusins, devem mandar-se repartir por estimação, como os outros bens allodiaes, encabeçando-se no conjugue cabeça de casal, se vierem por parte d'elle, aliás nos herdeiros do conjugue fallecido, em quem concordar a maior parte. Se no inventario não houver herdeiros necessarios ou legitimos, mas sómente testamentarios, é o testamento quem deve regular o despacho da deliberação da partilha sem alteração alguma. Supponhamos, porém, que os herdeiros *ab intes-*

tato impugnação por acção competente o dito testamento antes da partilha, e requerem ao juiz, que suspenda esta até se decidir a questão, deverá elle suspendê-la, sendo menores os herdeiros testamentarios ou algum delles? Eis-aqui uma questão bem frequente, e que eu tenho visto decidir de diversas maneiras. Um grande numero dos autores, fundando-se em que a questão da nullidade do testamento é daquellas, que em direito se chamão prejudiciaes ou preparatorias, decidem, que a partilha se deve suspender até a decisão della, pois que, não sendo ainda certos os herdeiros do inventariado, seria impossivel deliberar com acerto a dita partilha; são desta opinião *Almeida e Souza*, Acções Sum., § 335; *Segund. linh. do proc. civ.*, § 126, tomo 2, pag. 206. *Peg.*; tomo 7, á Ord. do liv. 1º, tit. 87, § 4, n. 9, e forens., tomo 5, cap. 8, n. 14. Parece-me, porém, insustentavel semelhante opinião á face da lei da Ord. do liv. 1º, titulo 88, que, preferindo um termo certo e muito breve para se ultimarem os inventarios, em que figurão menores, e excluindo delles todas as questões, que dependem de alta indagação, parece ordenar, que a partilha se faça apezar da questão da nullidade do testamento. Mais insustentavel me parece ainda á face do Alv. de 9 de Setembro de 1754; porque, determinando elle, que a posse dos bens, que o defunto tinha em sua vida, passe logo com todos os effeitos da civil e natural aos herdeiros testamentarios com preferencia aos legitimos, não pôde esta posse legal ser-lhes demorada pela questão da nullidade do testamento, principalmente rematando o dito Alv., como com effeito remata, com as seguintes palavras:—E havendo quem pretenda ter acção aos sobreditos bens, a poderá deduzir sobre a propriedade sómente, e pelos meios competentes.—Corrobora-se esta minha opinião com a de *Vallasco* no *Trat. de Partition.*, cap. 2º, n. 21, onde, tratando esta celebre questão attesta, que se o herdeiro a quem se impugna o direito de succeder está na posse dos bens, não deve a questão da nullidade do testamento fazer suspender a partilha. E quem duvida, que os herdeiros testamentarios ficão logo na posse da herança por virtude do cit. Alv. desde o momento, em que expirou o testador? Estou, portanto, persuadido de que, ainda pendendo a questão da nullidade do testamento, deve o juiz do inventario deliberar a partilha e mandar proceder a ella, principalmente porque disto nenhum prejuizo resulta aos herdeiros *ab intestato*, os quaes, no caso

Certidão

Dou fé intimar o despacho *retro* à viuva, co-herdeiros e curadores. Covilhã, 2 de Setembro de 1831 (20).

João José da Fonseca.

Partilha

Aos tres dias do dito mez e anno, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, aonde eu escrevão yim com os partidores do juizo, Antonio Teixeira de Mendonça e Francisco Maximo da Silva, ahi por elles com o dito ministro se procedeu á partilha pela maneira seguinte :

de se julgar nullo o testamento, vão haver a herança com todos os seus rendimentos dos herdeiros testamentarios, podendo antes disso strangêl-os a darem caução *de bene utendo* com pena de sequestro.

Tu autem cogita.

(20) Se os interessados ou seus procuradores estão na audiência, em que se publica o despacho, declara-se isso no termo da publicação, e não se faz necessaria a intimação. Se algum delles agrava por petição (a), suspende-se a partilha até a decisão do agravo. Se pede vista para embargos, deve-se-lhe mandar dar por vinte e quatro horas, e se elles forem de direito e concluirem sem dependencia de provas extrinsecas, a fórma do despacho de deliberação deve logo reformar-se; porém se forem de facto, e por isso dependentes de alta indagação, devem regeitar-se *in limine*, e proceder-se á partilha.

(a) A' vista da disposição do art. 26 do Reg. de 15 de Março de 1842, que manda sómente admittir os agravos nos casos mencionados no art. 15º do mesmo Reg., e á vista do art 6º do Reg , que baixou com o Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1813, que sómente admittio, além dos casos marcados no art. 15 do Reg. de 1842, agravo da sentença, que julga ou não deserta a appellação, não pôde ser admittido agravo do despacho de deliberação de partilha.

Achárão elle ministro e partidores importarem os bens moveis descriptos neste inventario na quantia de quarenta e um mil e setecentos réis.

Achárão importarem os semoventes, tambem descriptos neste inventario, na quantia de cento e trinta e dous mil réis.

Achárão importarem os bens de raiz na quantia de um conto e trinta mil réis.

Achárão importarem as dividas activas na quantia de cento e doze mil réis.

Achárão, que estas quatro quantias importavão na de um conto trezentos e quinze mil réis	Total
	1:315\$000

Achárão importar o funeral na quantia de seis mil e seiscentos réis.	6\$600
--	--------

Achárão, que, abatida esta daquella quantia, vinha a restar a de um conto trezentos e nove mil réis.	Resto
	1:309\$000

Achárão, que, dividida esta quantia em duas partes iguaes, pertencia á meação da viuva cabeça de casal a quantia de seiscentos cincoenta e quatro mil e quinhentos réis.	Meação da viuva
	654\$500

Achárão importar o dote conferido na quantia de vinte sete mil e quatrocentos réis.	27\$400
---	---------

Achárão, que, junta esta quantia á segunda meação, vinha ella a importar em seiscentos oitenta e um mil e novecentos réis.	Total
	681\$900

Achárão importar o bem da alma na quantia de dezeseis mil e seiscentos réis.	Alma
	16\$600

Achárão, que, abatida esta daquella, restava a de seiscentos sessenta e cinco mil e trezentos réis	Meação dos filhos
	665\$300

Achárão, que, dividida esta quantia em tres partes iguaes, por serem tres os filhos, vinha a pertencer a cada um delles a de duzentos vinte e um mil setecentos e sessenta e seis réis. Legitima
221\$766

E por esta maneira houverão elles juiz e partidores esta partilha por feita, para na conformidade della se fazerem os respectivos pagamentos, observando-se a maior igualdade possivel : de tudo fiz este termo, que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Cunha.

Os partidores :

Antonio Teixeira.
Francisco Maximo.

<i>Pagamento feito d sorte do funeral e bem da alma, que importou na quantia de vinte e tres mil e duzentos réis (21).</i>	23\$200
Haverá um bahú novo de Moscovia, avaliado na quantia de quatro mil réis	4\$000
Haverá uma mesa de abas grande, avaliada na quantia de sete mil réis	7\$000
Haverá duas pipas grandes, quasi novas, avaliadas em doze mil réis.	12\$000
	23\$000

(21) Quando o defunto inventariado dispõe, por testamento, da terça de seus bens, é desta, que deve sahir a importancia do bem da alma e de todos os legados, devendo o juiz deter-

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	23\$000
Haverá pelo que de mais leva o co-herdeiro Francisco a quantia de duzentos réis.	\$200
	<hr/>
	23\$200

E por esta maneira houverão elle ministro e partidores por feito o pagamento da importancia do funeral e bem da alma, de que fiz este termo, que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

Cunha.

Os partidores :

Antonio Teixeira.

Francisco Maximo.

Pagamento feito á sorte da meação da viuva Maria Rita, no inventario de seu defunto marido Manoel Francisco, cuja meação importou na quantia de seiscentos e cincoenta e quatro mil e quinhentos réis.

	654\$500
	<hr/>

Haverá seis cadeiras de palhinha, quasi novas, avaliadas na quantia de dous mil e quatrocentos réis

	2\$400
--	--------

minar isto mesmo no despacho da deliberação da partilha, pois que o testador, tendo herdeiros necessários, não lhes pôde gravar as suas legitimas. Se a terça não chega, deve mandar-se ratear, devendo ficar entendido, que os co-herdeiros dotados preferem a todos os legitimos, quando se verifica o caso da nota 19.

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de.	2\$400
Haverá um canapé de palhinha em bom uso, avaliado em mil e duzentos réis.	1\$200
Haverá uma junta de bois pardos, avaliada na quantia de trinta e oito mil réis. . . .	38\$000
Haverá sessenta das oitenta cabeças de gado de lã, avaliadas em trinta e seis mil réis. .	36\$000
Haverá uma morada de casas com altos e baixos, na rua do Outeiro, a partir com João José e Francisco Rodrigues, avaliada em duzentos e vinte mil réis	220\$000
Haverá o dominio util de um prazo fateosim, no sitio do Prado, composto de terras de re- gadio, vinha, souto e pinhal, de que é senho- ria directa a Commenda de Malta, a quem se paga o fôro annual de mil réis, duas gallinhas e seis ovos, e que parte com vinha de João Rombo e olival de Manoel Jorge, avaliado em trezentos mil réis.	300\$000
Haverá pelo que deve a este casal José Francisco, do lagar de Tortuzendo, a quantia de qua- renta mil réis.	40\$000
Haverá pelo que tambem deve João Antunes, a quantia de seis mil réis.	6\$000
Haverá pelo que tambem deve Joanna dos Anjos, de Peraboa, a quantia de dez mil réis. . . .	10\$000
Haverá uma papeleira já usada, na quantia de novecentos réis.	\$900
	<hr/>
	654\$500

E por esta maneira houverão elle ministro e partidores por satisfeita a sorte da meação da sobredita viuva, de que fiz este termo,

que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão, que o escrevi.

Cunha.

Os partidores :

Antonio Teixeira.

Francisco Maximo.

<i>Pagamento feito d sorte da legitima do herdeiro Manoel, no inventario de seu pai Manoel Francisco, cuja legitima importou na quantia de duzentos e vinte e um mil sciscentos e sessenta e seis réis.</i>	221\$766
<hr/>	
Haverá pelo que já em si tem do meio dote conferido neste inventario a quantia de vinte e sete mil e quatrocentos réis.	27\$400
Haverá uma mesa pequena e já velha, na quantia de trezentos réis.	\$300
Haverá quatro lenções de linho, novos, na quantia de quatro mil réis.	4\$000
Haverá um novillo preto, na quantia de dous mil réis.	2\$000
Haverá um jumento pardo, na quantia de dez mil réis.	10\$000
Haverá tres enxergões de estopa, velhos, na quantia de mil réis	1\$000
Haverá trinta cabras, na quantia de quinze mil réis	15\$000
	<hr/>
	59\$700

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	59\$700
Haverá umas casas pequenas na rua das Portas do Sol, a partir com Anna Mendes, viuva, e Joaquim Lucas, na quantia de cincoenta mil réis.	50\$000
Haverá uma vinha nova no sitio da Tropa Velha, a partir com Jeronymo Freire e com José de Amorim, em noventa mil réis.	90\$000
Haverá, pelo que deve a este casal José Francisco, do lugar do Tortuzendo, a quantia de treze mil trezentos e trinta e tres réis.	13\$333
Haverá, pelo que tambem deve a este casal João Antunes, a quantia de dous mil réis.	2\$000
Haverá, pelo que tambem deve Joanna dos Anjos, do lugar de Peraboa, a quantia de tres mil trezentos e trinta e tres réis (22).	3\$333
Haverá, pelo que de mais leva a co-herdeira Joaquina, a quantia de tres mil e trezentos réis.	3\$300
Haverá o que de mais leva o co-herdeiro Francisco, a quantia de cem réis.	\$100
	<hr/>
	221\$766

E por esta maneira houverão elle ministro e partidores por satisfeita a legitima do co-herdeiro Manoel, de que fiz este termo, que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Cunha.

Os partidores:

Antonio Teixeira.

Francisco Maximo.

(22) Deve notar-se, que cada uma das dividas vai rateada entre a viuva e os co-herdeiros, levando aquella a metade, e

<i>Pagamento feito á sorte da legitima do co-herdeiro Francisco, do que lhe pertenceu por morte de seu pai Manoel Francisco, que é a quantia de duzentos e vinte e um mil setecentos e sessenta e seis réis.</i>	221\$766
Haverá doze cadeiras de pão de castanheiro, avaliadas na quantia de mil e duzentos réis.	1\$200
Haverá doze lenções de panno de linho, usados, avaliados na quantia de tres mil e seiscentos réis.	3\$600
Haverá dous lenções de riscas, avaliados na quantia de dous mil e seiscentos réis.	2\$600
Haverá uma egua vermelha, na quantia de dezenove mil réis.	19\$000
Haverá vinte das oitenta cabeças de gado de lã, na quantia de doze mil réis.	12\$000
Haverá um olival, no sitio do Barreiro, com trinta oliveiras, a partir com José Giraldes e terras da Commenda, na quantia de setenta mil réis.	70\$000
Haverá um lodeiro no sitio do Barracão, a partir com D. Rosa Jacintha e herdeiros de Joaquim da Rosa, na quantia de noventa e cinco mil réis.	95\$000
Haverá, pelo que deve a este casal José Francisco, do lugar de Tortuzendo, treze mil trezentos e trinta e tres réis	13\$333
	<hr style="width: 10%; margin: 0 auto;"/> 216\$733

cada um destes um terço da outra metade. Assim se deve praticar sempre, para se evitar a desigualdade da partilha, pois que, perdendo-se alguma dellas por falta de bens ou de prova, perdem todos por igual.

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	216\$733
Haverá, pelo que tambem deve João Antunes, a quantia de dous mil réis.	2\$000
Haverá, pelo que tambem deve Joanna dos An- jos, do lugar de Peraboa, a quantia de tres mil trezentos e trinta e tres réis.	3\$333
	<hr/>
	222\$066

E por esta maneira houverão elle ministro e partidores por satisfeita a sorte da legitima do co-herdeiro Francisco, de que fiz este termo, que todos assignarão. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Cunha.

Os partidores:

Antonio Teixeira.
Francisco Maximo.

<i>Pagamento feito á sorte da legitima da co-her- deira Joaquina no inventario de seu pai Manoel Francisco, e que importou na quan- tia de duzentos e vinte e um mil setecentos e sessenta e seis réis.</i>	221\$766
Haverá uma dorna velha na quantia, em que foi avaliada, que é a de novecentos réis.	\$900
Haverá uma arca grande, avaliada na quantia de quinhentos réis	\$500
	<hr/>
	1\$400

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	1\$400
Haverá uma horta com um nascente d'agua ao cimo, no sitio do Bribau, a partir com Rosa de Mesquita e com Prazo de Malta, toda mu- rada de parede, na quantia de cento e oi- tenta mil réis.	180\$000
Haverá uma terra de pão no sitio de Junqueira, a partir com terras da Abbadia por todos os lados, na quantia de vinte e cinco mil réis.	25\$000
Haverá na divida, que deve a este casal José Francisco, do lugar do Tortuzendo, a quan- tia de treze mil trezentos e trinta e tres réis.	13\$333
Haverá na divida, que tambem deve João An- tunes, a quantia de dous mil réis.	2\$000
Haverá na divida, que tambem deve a este casal Joanna dos Anjos, do lugar de Peraboa, a quantia de tres mil trezentos e trinta e tres réis.	3\$333
	<hr/>
	225\$066
Leva de mais esta herdeira, para tornar a seu irmão Manoel, a quantia de tres mil e tre- zentos réis.	Torna 3\$300
	<hr/>
	221\$766

E por este modo houverão elle ministro e par-
tidores por satisfeita a legitima da co-her-
deira Joaquina no inventario de seu pai
Manoel Francisco, de que fiz este termo,
que todos assignarão. Eu João José da Fou-
seca, escrivão, o escrevi.

Cunha.

Os partidores :

Antonio Teixeira.

Francisco Maximo.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz este inventario concluso. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Despacho (a).

Visto que estas partilhas estão conformes com o despacho da deliberação, as julgo por sentença, para que paguem os interessados as custas *pro-rata*; e o escrivão notifique um dos parentes mais idoneos dos orphãos para em vinte e quatro horas vir assignar termo de tutor. Covilhã, 5 de Setembro de 1831.

Luiz da Cunha e Lima.

Termo de publicação

Aos seis dias do mez de Setembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã e audiencia publica, que estava fazeúdo o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e de orphãos, por elle foi publicado o despacho *supra*, de cuja publicação fiz este termo por cota tomada nos autos. E eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi, e assignei.

João José da Fonseca.

(a) A' vista das disposições dos arts. 23, § 2º e 24, § 1º, segunda parte, da lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, e arts. 64, § 2º, e 66, § 2º do Reg. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, sómente podem os juizes de orphãos, nas comarcas geraes, julgar as partilhas, que não excederem de 500\$; quando, pois, os bens inventariados excederem a esta quantia, o juiz de orphãos, em vez de julgar as partilhas, despachará: *Sellados e preparados, fação-se os autos conclusos ao Dr. juiz de direito da comarca, para o julgamento das partilhas.* Nas comarcas especiaes, porém, os juizes de orphãos, que são sempre juizes de direito, julgarão as partilhas, que fizerem.

Certidão

Dou fé intimar o despacho *retro* á viuva cabeça de casal, aos co-herdeiros maiores e aos curadores. Covilhã, 7 de Setembro de 1831.

João José da Fonseca (23).

Certidão

Dou fé notificar a Joaquim Francisco, desta villa, para em vinte e quatro horas assignar termo de tutor dos orphãos seus sobrinhos, filhos, que ficarão de Manoel Francisco. Covilhã, 8 de Setembro de 1831.

João José da Fonseca.

Termo de tutor

Aos nove dias do mez de Setembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, aonde eu *escrivão vim*, e sendo ahi tambem pre-

(23) Esta intimação é de absoluta necessidade para se poderem interpôr os recursos legaes, que competem deste despacho, e de que tratei na primeira parte desta obra, Pedindo-se vista para embargos, e mostrando-se sem dependencia de provas extrinsecas, que a partilha está errada, ou feita por um modo diverso daquelle, que determinava o despacho da deliberação, deve immediatamente o juiz receber e julgar provados os ditos embargos, e mandar reformar a partilha. No caso de se appellar, só deverá receber a appellação no effeito devolutivo, fazendo para logo entrar os co-herdeiros na posse dos seus quinhões hereditarios, na conformidade da Ord. do liv. 4º, tit. 96, § 22.

sente Joaquim Francisco, desta dita villa, lhe foi deferido pelo mesmo ministro o juramento nos Santos Evangelhos, debaixo do qual lhe encarregou que, na qualidade de tutor dos orphãos, filhos, que ficárão de seu irmão Manoel Francisco, administrasse exactamente os seus bens, cuidasse escrupulosamente da sua educação, defendesse suas pessoas, tanto em juizo como fóra d'elle, e dêsse exacta conta dos seus rendimentos nos devidos tempos, entregando fielmente todo o alcance, para ser arrecadado no cofre, ou empregado em bens de raiz, na conformidade da lei. Assim o prometteu fazer, debaixo de responsabilidade; e para constar fiz este termo, que elle assignou com o sobredito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Cunha.

O tutor,

Joaquim Francisco.

CAPITULO II

DO FORMULARIO DE UM PROCESSO, OU AUTO DE CONTAS (24)

Certidão

Dou fé ter notificado a Gerardo Mendes, desta villa, para na qualidade de tutor dos orphãos, filhos, que ficárão de Bento Alves Ferreira, dar contas de sua administração em

(24) Este processo deve fazer-se no proprio inventario, por ser uma continuação d'elle; e, se o tutor faz alguma justificação para se lhe arbitrarem os rendimentos, ou para se lhe abona-

vinte e quatro horas, com pena de se lhe tomarem á revelia. Covilhã, 29 de Setembro de 1831.

João José da Fonseca.

Auto de contas

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte e dous dias do mez de Setembro, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, aonde eu escrivão vim, e sendo ahi tambem presente em sua propria pessoa (25) Gerardo Mendes, desta

rem algumas despezas, deve appensar-se ao mesmo inventario depois de sentenciado (a).

(25) Se apparece por procurador, deve isso declarar-se no auto, ajuntando-se a procuração ao processo; e, se não apparece nem por si, nem por procurador, faz-se essa declaração, e se tomão as contas á revelia, sem se dar espera alguma, salvo provando-se impedimento legitimo.

(a) Esta fórmula do processo de tomada de contas de tutor não é a mais usada actualmente, salvo quando se tomão as contas á revelia do tutor, por não haver este comparecido a prestal-as no prazo, que lhe foi assignado. Quando, porém, o tutor acode á intimação, e vem prestar as suas contas, quer pessoalmente, quer por procurador, a praxe actual é requerer elle, que sejam examinadas as contas, que apresenta, as quaes devem ser formuladas, como o exemplifica acima o autor, em dous titulos: o da receita e da despeza. O juiz manda autoar as contas e petição do tutor, e appensal-as aos autos do inventario, a que se procedeu pelo fallecimento dos pais dos menores; em seguida é ouvido o curador-geral e um tutor *ad hoc*; se da parte destes houver requisição de alguma diligencia ou declaração, o juiz a ordenará, e, depois della cumprida, mandará dar novamente vista das contas ao curador-geral e tutor *ad hoc*; achando elles, que ellas estão no caso de ser julgadas, e concordando nisso o juiz, que as deverá examinar á vista do inventario, e com o maior cuidado, mandará fazer os autos conclusos ao juiz de direito da comarca, isto nas comarcas geraes, ou julgará as contas por sentença nas comarcas especiaes.

dita villa, tutor dos orphãos, filhos que ficarão de Bento Alves Ferreira, lhe forão tomadas as contas de sua administração pela maneira seguinte :

Conta do orphão Antonio, que tem dezoito annos de idade

Receita

Achou elle ministro, que este orphão tem pelo alcance das contas passadas a quantia de vinte mil novecentos e quarenta réis, que ainda não entrárão no cofre.	Receita 207940
Achou que esta quantia, á razão de juro de cinco por cento, rendia em cada anno a de mil e quarenta e sete réis, e nos tres annos destas contas a de tres mil cento e quarenta e um réis (26).	37141
	<hr/> 247081

(26) Escolhi a hypothese de haver alcance de contas passadas, e de se fazer carga dos juros delle, para ter occasião de reprovar tanto uma, como outra cousa. Tendo remettido ha muito tempo para o prélo a primeira parte desta obra sem deixar cópia, não me lembro se alli tratei esta materia; e por isso me resolvo a tratá-la aqui, na certeza de que me será mais desculpavel a repetição, quando a haja, do que o silencio. O haver alcance de umas contas para as outras denota da parte dos magistrados um descuido punivel, e da parte dos escrivães um imperdoavel erro de seu officio, pois que a lei determina, que os alcances, apenas tomadas as contas, se recolhão ao cofre, para se lhes dar o destino, que a mesma lei recommenda, empregando-se na compra de bens de raiz. O carregar-se o juro desses alcances, quando elles ficão effectivamente de umas contas para outras, denota uma perfeita ignoranciã da legislação portugueza, e acarreta uma indesculpavel responsabilidade

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	247081
Achou, que tinha em bens de raiz na legitima de seu pa quantia de trezentos mil réis, que, á razão de cinco por cento, rendem em cada anno a quantia de quinze mil réis, e nos tres destas contas a de quarenta e cinco mil réis	457000
	<hr/>
	697081

sobre o magistrado, que tal juro mandou carregar (a). Para desterrar este funesto, e inveterado abuso escreveu o insigne *Almeida e Souza de Lobão* uma especial dissertação, que é a undecima das que fórmão o tomo segundo do seu bellissimo *Tratado das acções summarias*, e da qual não quero deixar de transcrever aqui alguns periodos. « Depois que Paiva e Pona, ha hoje um seculo, escreveu o cap. 13 da sua *Orphanologia* os juizes dos orphãos jurando, sem critica nas palavras d'elle, o seguirão cégamente, carregando nas contas tomadas aos tutores os juro dos alcances, e depois, nas segundas contas, juro de juro ao alcance passado, já formado de juro. Se por direito romano os tutores erão obrigados a pagar juro aos orphãos, os nossos legisladores afastarão-se inteiramente nesta parte daquelle direito. Se a Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 23, prohibe, que o dinheiro dos orphãos, existente na mão dos tutores, se dê a juro á outra pessoa, ainda menos permite que o tutor o pague. Se o § 34 da cit. Ord. incumbe ao tutor requerer ao juiz, que metta no cofre o dinheiro, que elle tiver na sua mão, não lhe commina pena alguma no caso da omissão, nem tão pouco, que pague o interesse do tempo da mora. E como, ou porque, se o dinheiro vai igualmente como amortizado para o cofre? Se não ha pena, sem que a lei a commine, aonde está a lei, que condemna o tutor nas usuras, quando foi omisso em metter o alcance no cofre? Que renderia elle, se lá estivesse? Que lucro cessante, ou que damno emergente ha aqui, unicas bases,

(a) Hoje está resolvida esta grande questão, que aliás nasceu mais dos condemnaveis preconceitos dos antigos interpretes do que da propria disposição da lei. O Regul. de 2 de Outubro de 1851, no art. 32, § 8º, manda contar juro dos alcances de contas.

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	697081
Achou, que tinha em bens de raiz na sorte da terça do dito seu pai a quantia de quinze mil réis, que, á razão de cinco por cento, rende em cada anno a quantia de setecentos e cin- coenta réis, e nos tres destas contas a de dous mil duzentos e cincoenta réis (27).	27250
Achou, que este orphão em attenção á sua idade, merecia de soldada, além de comer e vestir, a quantia de dous mil réis cada anno, e nos tres destas contas a de seis mil réis (28) . . .	67000
	777331

em que se póde fundamentar a usura? Demais, o aviso de 10 de Setembro de 1756, a lei de 21 de Junho de 1759, § 6, e o Alv.º de 5 de Maio de 1770, que, suppondo observada a prohibição de dar a juro o dinheiro dos orphãos, só exceptuárão a Companhia do Douro e algumas outras, firmárão a regra em contrario; sendo muito para notar, que tendo as leis da decima mandado, que ella se pague de tudo quanto vencer juro, incluindo as tornas em partilhas, se não lembrárão dos alcances dos tutores, suppondo não haver caso, em que elles devão vencer juros. A' vista do exposto deve desterrar-se, para que mais não passe a pratica de *Pona*, não só quanto a se onerarem os tutores com os juros dos juros dos alcances atrasados, mas ainda quanto onerarem-se com juros simples. Eu não concebo que uma verdade juridica possa demonstrar-se com mais evidencia, e por isso serão indesculpaveis os magistrados, que fechando os ouvidos á razão e á lei, continuarem a adoptar semelhante pratica, só porque é velha e conforme o antigo direito romano, cujo systema era inteiramente diverso nesta parte do da legislação portugueza.

(27) Quando eu calculo o rendimento dos bens á razão de cinco por cento, supponho o caso de não terem sido arrendados judicialmente; porque, tendo-o sido, então deve o rendimento regular-se pelos autos das arrematações, que devem estar juntos, ao inventario, e ser presentes ao juiz, quando toma as contas, para se evitar qualquer diminuição ou excesso.

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	77\$331
Achou, que as cinco verbas desta receita importavão na quantia de setenta e sete mil trezentos e trinta e um réis.	Total 77\$331

Despeza

Levou elle ministro em conta ao tutor a despeza feita no reparo das casas e moinho deste orphão, que se mostrou ser de onze mil réis.	Despeza 11\$000
---	--------------------

Levou-lhe tambem em conta os fóros, a que o dito orphão é obrigado, e as decimas, que lhe forão repartidas, que tudo mostrou importar na quantia de quinze mil e cem réis.	15\$100
--	---------

Achou, que as duas verbas de despeza levadas em conta importavão na quantia de vinte e seis mil e cem réis (29).	Total 26\$100
--	------------------

Achou, que, abatida a despeza na receita, ficava liquida a favor deste orphão a quantia de cincoenta e um mil duzentos e trinta e um réis.	Alcance 51\$231
--	--------------------

(28) Supponho aqui o caso de ser o orphão de qualidade de dever assoldadar-se, e de não estar assoldadado judicialmente; porque, não sendo de qualidade de dever assoldadar-se, não se devem carregar soldadas algumas, e se devem arbitrar os rendimentos necessarios para o seu sustento e educação; e estando judicialmente arrematado ou assoldadado, devem-se carregar as soldadas do termo da arrematação (a).

(29) Além destas despezas póde o tutor requerer o abono de quaesquer outras, que mostrar ter feito em utilidade do orphão, e tambem póde requerer, que se lhe abone a vintena.

(a) Hoje não está em uso dar-se á soldada os orphãos; os que são desvalidos devem ser remetidos para os arsenaes: *Reg. de 21 de Fevereiro de 1832, art. 49; Dec. de 11 de Julho de 1832, Dec. de 29 de Dezembro de 1837, Port. de 19 de Julho de 1833, etc.*

Conta da orphã Josepha, que tem sete annos de idade

Receita

Achou elle ministro ter esta orphã, pelo alcance das contas passadas, a quantia de tres mil e duzentos réis.	Receita 3#200
Achou, que tinha em bens de raiz da legitima paterna a quantia de trezentos mil réis, que nos tres annos destas contas rendêrão, segundo consta dos termos juntos ao inventario (30), a quantia de quarenta e oito mil e trezentos réis.	48#300
Achou, que tinha mais em bens de raiz pelo legado, que lhe deixou sua madrinha Jacintha Moraes, a quantia de cento e dous mil réis, que forão judicialmente arrendados pelos tres annos destas contas na quantia de dezoito mil réis.	18#000
Achou, que, em attenção á sua tenra idade, não merecia soldadas algumas, e por isso não mandou fazer carga dellas ao tutor.	\$
Achou importarem as tres verbas antecedentes na quantia de setenta mil e quatrocentos réis.	Total 69#500

Despeza

Levou elle ministro em conta ao tutor a despeza feita na reedificação de um assude, que mostrou ter importado (31) na quantia de seis mil réis	Despeza 6#000
	6#000

(30) Aqui figuro o caso de estarem os bens judicialmente arrendados por tres annos.

(31) Quando as obras são de alguma consideração deve preceder licença do juiz e arrematação dellas.

Vem da lauda <i>retro</i> a quantia de	6\$000
Levou-lhe mais em conta as decimas, que mostrou ter pago pela dita orphã, e que mostrou importarem em novecentos réis.	\$900
Levou-lhe tambem em conta a quantia de vinte mil réis cada anno, que lhe arbitrou para o sustento e educação da dita orphã, attenta à sua idade, e que nos tres annos destas contas importão a quantia de sessenta mil réis.	60\$000
Achou, que as tres verbas antecedentes importavão na quantia de sessenta e seis mil e novecentos réis	Total 66\$900
Achou, que, abatida a despeza na receita, ficava liquida a quantia de tres mil e quinhentos réis.	Alcance 3\$500

Alcances

De Antonio	51\$231
De Josepha	3\$500
	<hr/> 54\$731

E por esta maneira houve elle ministro estas contas por bem tomadas, determinando, que eu escrivão notificasse o tutor para no termo de nove dias, com pena da lei, recolher o alcance liquido ao cofre. E de tudo fiz este auto, que elle assignou com o tutor. Eu João José da Fonseca o escrevi e assignei.

Cunha.

João José da Fonseca.

O tutor,

Gerardo Mendes.

Certidão

Dou fé intimar ao sobredito tutor a sentença de contas retro, que lhe li. Covilhã, 22 de Setembro de 1831.

João José da Fonseca.

CAPITULO III

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE ESCUSA DE TUTOR (32)

1831

Covilhã.

Autos de escusa de tutor

Supplicante.—Francisco Mendes.

Supplicado.—O Dr. curador-geral.

Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte e tres dias do mez de Setembro, nesta villa de Covilhã, e escriptorio de mim escrivão, me foi apresentado por parte de Francisco Mendes o requerimento, que adiante se segue, e que me foi

(32) Quando a causa da escusa, além de ser legitima, consta de documento legal, não se precisa deste processo, devendo o juiz deferir a dita escusa por um simples requerimento. Póde figurar-se o caso de mostrar-se por certidão de baptismo, que aquelle, que requer, tem mais de setenta annos. Só se faz preciso este processo, quando a causa da escusa depende da prova de testemunhas.

distribuido para lhe dar inteiro cumprimento, o que prometti fazer. Eu, João José da Fonseca, escrivão, que este auto escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Francisco Mendes, desta yilla, que foi notificado para assignar termo de tutor dos orphãos, filhos, que ficarão de Domingos Henriques da Conceição; mas o supplicante, além de ser um pobre jornaleiro, sem bens alguns de raiz, não é o parente mais proximo dos ditos orphãos, que têm outros muito mais ricos, e igualmente probos e honrados. E, porque sobre um delles deve recahir a dita tutella, e não sobre o supplicante, por isso

P. a V. S., Sr. Dr. juiz
de fóra e dos orphãos,
se digne havê-lo por es-
cuso.

E. R. M.

Despacho

Justifique com citação do Dr. curador.
Covilhã, 23 de Setembro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar o Dr. curador-geral, para vêr jurar testemunhas sobre a materia do requerimento *supra*, que lhe apresentei. Covilhã, 24 de Setembro de 1831.

João José da Fonseca.

Assentada

Aos vinte e quatro dias do mez de Setembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, aonde eu escrivão vim, ahi por elle forão inquiridas as testemunhas dadas em rol pelo supplicante, de que fiz este termo de assentada. Eu, João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Antonio Bento, viuvo, tecelão, natural desta villa, notificado, e jurado aos Santos Evangelhos, de idade de cincoenta annos, e do costume disse nada (33).

E, sendo perguntado pelo conteúdo do requerimento do justificante, que lhe foi lido, disse que sabia, pelo yêr, que elle era um pobre jornaleiro, sem bens alguns de raiz; sabendo pela mesma razão, que os orphãos, filhos que ficarão de Domingos Henriques da Conceição, têm alguns outros parentes mais proximos do que o mesmo justificante, mais ricos e igualmente probos; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi (34).

Cunha.

Da testemunha

Antonio Bento.

(33) Sendo parente, declara-se aqui a qualidade do parentesco.

(34) Nesta conformidade se escreve o juramento de todas as outras testemunhas, não se omittindo cousa alguma do que disserem a favor ou contra a materia do requerimento, e fazendo-lhes declarar os nomes dos outros parentes dos orphãos, capazes de serem tutores.

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas desta justificação, que me forão dadas em rol. Covilhã, 24 de Setembro de 1831 (a).

João José da Fonseca.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Despacho

Vista ao Dr. curador-geral. Covilhã,
25 de Setembro de 1831.

Cunha.

Termo de publicação

Aos vinte e seis dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã, e audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, por elle foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termõ por cota tomada á margem do mesmo despacho (b). Eu João José da Fonseca o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

(a) Esta certidão deve preceder á *assentada* feita dos depoimentos das testemunhas; sómente por engano o autor a collocou depois.

(b) A cota não deve ser tomada nos autos á margem do despacho, mas sim no protocollo, que todo o escrivão deve ter para nelle lançar por cota os factos, que se passarem em audiencia.

Termo de vista

E logo no mesmo dia, mez e anno, dei vista destes autos ao Dr. José Pereira de Carvalho, curador-geral dos orphãos, de que fiz este termo. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi (35).

Termo de conclusão

Aos vinte e sete dias do mez de Setembro de mil oitocentos e trinta e um fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Despacho

Visto provar-se, que os orphãos têm parentes mais proximos, mais abonados, e igualmente probos, que o justificante, mando, que o escrivão notifique um delles para assignar o termo de tutor, não procedendo mais por tal motivo contra o justificante, ao qual hei por escuso, e pague as custas. Covilhã, 28 de Setembro de 1831 (36) (a).

Luiz da Cunha e Lima.

(35) O Dr. curador diz aqui o que lhe parece justo em vista da justificação, e com a sua resposta se fazem os autos conclusos afinal, depois de se lançar nos autos o termo de data da dita resposta no fundo della.

(36) Não achando o juiz provada a materia do requerimento, deve então indeferir a escusa requerida, determinando, que o justificante assigne termo de tutor em vinte e quatro horas, com pena de prisão. Se pede vista para embargos, deve-se-lhe

(a) Apesar da doutrina do Av. de 5 de Julho de 1873, parece-nos que esta sentença é da competencia dos juizes de orphãos nas comarcas geraes.

Termo de publicação

Aos trinta dias do mez de Setembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, foi publicada a sentença *retro*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

CAPITULO IV

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE REMOÇÃO DE TUTOR (37)

1831

Covilhã.

Autos de remoção de tutor

Supplicante.—Bernardo Pires.

Supplicado. —Pedro da Gama.

Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos dous dias do mez de

conceder, sem suspensão da assignatura do termo, pois que os orphãos não hão de estar sem tutor. O mesmo acontecerá appellando-se da sentença, que indeferio a escusa, porque o da appellação só produz o effeito devolutivo. Tenho visto com admiração provar-se plenamente a escusa allegada, e não se lhe dar attenção, com o fundamento de ser illegitima e inattendivel; mas para que se mandou justificar semelhante escusa, occasionando uma escusada e infructifera despeza? Neste caso deve logo indeferir-se o requerimento.

(37) Esta acção póde ser intentada, ou pelo Dr. curador geral, ou por qualquer parente dos orphãos, ou mesmo por

Outubro do dito anno, nesta villa de Covilhã e escriptorio de mim escrivão, me foi apresentado o requerimento e despacho adiante junto, para lhe dar inteiro cumprimento, de que fiz este auto. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Bernardo Pires, desta villa, que devendo o actual tutor dos orphãos, filhos que ficarão de Joaquim Mendes, e que se chama Pedro da Gama, administrar os bens dos ditos orphãos com todo o zelo, o faz tanto pelo contrario, que, tendo terras a confinar com as delles, lhes tem usurpado grandes bocadões, mudando ou derrubando os marcos, que dividião umas das outras; e, não contente com isto, tem cortado muitos pinheiros nas ditas terras dos orphãos, e aberto por uma dellas um aqueducto, por onde conduz aguas, impondo-lhe uma servidão, que nunca teve. E porque nestes termos deve o supplicado ser promptamente removido, por isso (38).

P. a V. S., Sr. Dr. juiz de fóra e dos orphãos, se sirva havê-lo assim por bem, tomando-lhe logo contas e nomeando-lhe outro tutor.

E R. M.

qualquer estranho, por ser uma acção popular em razão de convir ao interesse publico a boa administração dos bens daquelles, que pela sua idade, molestias ou ausencia, não podem administral-os por si. O juiz tambem póde proceder *ex-officio*, Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 50; e o deve com effeito fazer, logo que lhe conste por qualquer modo, que o tutor não faz as suas obrigações.

(38) Qualquer das causas allegadas neste requerimento é

Despacho

Justifique com citação do supplicado.
Covilhã, 3 de Outubro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar Pedro da Gama, desta villa, para vêr jurar testemunhas sobre o conteúdo no requerimento *retro*, que lhe li. Covilhã, 3 de Outubro de 1831 (39).

João José da Fonseca.

Assentada

Aos quatro dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, aonde eu escrivão vim, ahi por elle forão inquiridas as testemunhas, que pelo justificante forão dadas em rol, de que fiz este termo de assentada. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Manoel Garcia, casado, lavrador, natural desta villa,

sufficiente para a remoção. Além destas ha muitas outras, que em numero de quarenta e duas refere o nosso *Guerreiro*: Trat. 3, liv. 8º, cap. 1.º Algumas outras se achão em *Mul.*, ad Struv., Exerc. 31, thes. 52.

(39) Se o tutor, que se pretende remover, pede vista antes de produzidas as testemunhas, para contestar o requerimento, deve conceder-se-lhe com suspensão, mas por termo muito breve. Neste caso só depois da contestação se inquirem as testemunhas de uma e outra parte, e a ambas se deve dar vista para razões.

testemunha notificada e jurada aos Santos Evangelhos, de que dou fé, de idade de sesenta annos, e do costume disse nada.

E perguntado pelo conteúdo no requerimento do justificante Bernardo Pires, disse, que sabe, pelo vêr, que em uma terra dos orphãos, filhos, que ficarão de Joaquim Mendes, e que é situada junto do Moinho Velho, tem o supplicado, tutor dos mesmos orphãos, deixado construir um aqueducto, que nunca lá houve; sabendo tambem, pela mesma razão de o vêr, que na outra terra, que elles têm no sitio do Ribeiro Negro, lhe tem cortado alguns pinheiros e feito usurpações de terreno, afim de augmentar uma outra terra, que o supplicado tem a confinar com aquella, mas que ignora se mudou ou derrubou os marcos que as dividião; e mais não disse, e assignou com elle ministro Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi (40).

Cunha.

Da testemunha

Manoel Garcia.

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação. Covilhã, 4 de Outubro de 1831.

João José da Fonseca.

Despacho

Vista ao Dr. curador-geral. Covilhã,
5 de Outubro de 1831.

Cunha.

(40) Nesta conformidade se inquirem todas as outras testemunhas, escrevendo-se tudo quanto disserem, que seja relativo á materia do requerimento.

Termo de publicação

Aos cinco dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã, e audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, por elle foi publicado o despacho *retro*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Termo de vista

E logo no mesmo dia, mez e anno, dei vista destes autos ao Dr. curador-geral. Eu, João José da Fonseca, escrivão, o escrevi (41).

Termo de data

Aos seis dias do sobredito mez e anno, me forão dados, por parte do Dr. curador, estes autos com a resposta *supra*, de que fiz este termo. Eu, João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Termo de conclusão

No mesmo dia, mez e anno, fiz conclusos estes autos. Eu, João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Sentença

Visto provar-se que o supplicado, esquecido das suas obrigações e do juramento, que prestou, tem deteriorado

(41) Neste lugar deve o Dr. curador dizer aquillo, que lhe parecer, conforme com a lei e com a prova produzida. A simplicidade e o laconismo devem ser o principal adorno de suas respostas, que nunca se devem afastar do ponto principal. Expôr o caso, applicar-lhe a lei, e requerer a execução della: eis aqui a sua obrigação.

a fazenda dos orphãos, de que é tutor, mando, que se notifique para mais se não ingerir na administração da dita fazenda, e para em vinte e quatro horas vir dar contas, com pena de se lhe tomarem á revelia. O escrivão notifique um dos parentes mais proximos dos ditos orphãos, para substituir o supplicado removido, e para em termo breve intentar contra elle as acções, que julgar convenientes para se liquidarem e haverem os prejuizos causados por elle, que pagará as custas. Covilhã, 8 de Outubro de 1831 (42).

Luiz da Cunha e Lima.

Termo de publicação

Aos nove dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Coyilhã, em audiencia, que estava fazendo o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, foi publicada a sentença *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

(42) Não se achando provada a materia do requerimento, ou causa, que torne o tutor suspeito, deve então a sentença ser assim:— Visto não se achar plenamente provada a materia de requerimento, nem causa, que torne suspeito o supplicado, hei por indeferido o dito requerimento, e pague o supplicante as custas.— Advirta-se, que nunca se deve decretar a remoção sem prova legal, pois que ella irroga uma especie de infamia ao tutor removido.

Certidão

Dou fé intimar a sentença *retro* ao supplicado, a quem a li, e expliquei. Covilhã, 9 de Outubro de 1831.

João José da Fonseca (43).

CAPITULO V

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE REDUCÇÃO DE
TESTAMENTO (44)

1831

Covilhã.

Autos de redução de testamento

Supplicante.—Antonio da Silva.

Supplicado.—João Mendes e irmãos.

Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos dez dias do mez de Ou-

(43) Ainda que se appelle desta sentença, deve executar-se promptamente, recebendo-se a appellação no effeito devolutivo sómente pelo perigo irremediável, que qualquer demora pôde causar.

(44) O escrivão, a quem estiver distribuido o inventario do testador, é o que devê processar os autos da redução do testamento, sem necessidade de nova distribuição, por lhe pertencer por dependencia. Não havendo inventario, ou não estando ainda distribuido, quando se requer a redução, deve então esta distribuir-se, com pena de nullidade do processo (a).

(a) A falta de distribuição não acarreta nullidade aos feitos, á vista

tubro, nesta villa de Covilhã e em meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento, e despacho adiante junto, para lhe dar inteiro cumprimento; o que prometti fazer, de que fiz este auto. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Antonio da Silva, desta villa, que achando-se doente, mas em seu perfeito juizo, sua tia Bernarda da Conceição, mandou chamar seis pessoas, e na presença dellas declarou, que deixava ao supplicante a terça de todos os seus bens, além daquelles que lhe devia pertencer como seu herdeiro legitimo, rogando depois disso ao Rev. padre José Dias, que lhe escrevesse esta sua disposição (45), o que elle fez, lendo-a, depois de escripta, na presença das ditas teste-

(45) Por se reduzir a escripto a disposição vocal, não deixa de ser nuncupativo: *Mel. Freire*, liv. 3^o, tit. 5^o, § 10, e *Pereira e Souza*, Proc. Civ., nota 1029. Não se reduzindo a escripto,

do disposto no art. 26 da disposição provisoria, que neste ponto revogou o alvará de 23 de Abril de 1723. Este capitulo não é bem cabido em um formulario de autos do juiz de orphãos, porquanto a redução do testamento nuncupativo á publica-fôrma nunca pôde ter lugar perante o juiz de orphãos, pois que tal attribuição e competencia não lhe são conferidas pelas nossas leis: *Dispos. Prov.*, art. 20; *lei de 3 de Dezembro de 1841*, art. 117; *Reg. de 15 de Março de 1842*, art. 4^o e 5^o, *Reg. de 9 de Maio de 1842*, art. 32. *Avisos de 17 de Abril de 1834 e de 24 de Fevereiro de 1848*; antes, segundo as disposições dos arts. 2^o do *Reg. de 15 de Março de 1842*, §§ 1^o e 5^o, e 13 da *Disp. Prov.*, combinados com os arts. 114 § 2^o da *lei de 3 de Dezembro de 1841*, e 24, do § 1^o da *lei de 20 de Setembro de 1871*, compete o processo da redução aos juizes municipaes e o julgamento aos juizes de direito nas comarcas geraes, e ambas as causas a estes nas comarcas especiaes.

munhas, que a assignárão, e da testadora, que disse estar na conformidade que a havia mandado escrever, cuja testadora falleceu, poucos dias depois, da enfermidade que já tinha (46), e sem mudar de vontade. E porque o supplicante quer reduzir á publica-fôrma a dita disposição, que se ajunta (47), por isso

P. a V. S., Sr. Dr. juiz de fóra e dos orphãos, se sirva admittil-o a justificar, com citação dos interessados (48).

E. R. M.

narra-se a fôrma da disposição, e sobre ella se inquirem as testemunhas (a).

(46) Não só ao tempo da morte, mas em estado de perfeita saude, pôde qualquer testar nuncupativamente, com a differença que neste caso as seis testemunhas hão de ser varões, e naquelle podem ser varões ou femeas. Estando com saude e sendo varões todas as seis testemunhas, vale o testamento, emquanto não fôr revogado por outro; estando doente, e sendo femeas as testemunhas, ou alguma dellas, fica o testamento nullo, se o testador convalesce: Ord., liv. 4º, tit. 80, §§ 3º e 4º (b).

(47) Tendo-se reduzido a escripto a disposição vocal, deve

(a) Esta denominação de *nuncupativo* dada ao testamento do § 3º da Ord. do liv. 4º, tit. 80, tem merecido a condemnação de graves escriptores e ao nosso ver com justas razões, pois que traz uma imperdoavel confusão; sómente é *nuncupativo* o testamento do § 4º da cit. Ord., que não é outro senão o de que trata o § 14 da Instit. de *Testam. Ordin.*, e que é o feito de viva voz: *nuncupare est palam nominare*; o testamento do § 3º é o testamento a que os autores chamão *aberto-privado*.

(b) Não é permittido testar *nuncupativamente* senão á hora da morte (§ 4º da Ord. do liv. 4º, tit. 80); fazer testamento olographo, sim, o pôde fazer quem está no gozo de perfeita saude; mas não o nuncupativo. Esta é a asserção dos nossos mais notaveis reinicolas; e o que diz o autor na nota 46 *supra*, é a consequencia da errada denominação dada ao testamento *aberto-privado*, que condemnamos acima.

Despacho

Como requer. Covilhã, 10 de Outubro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar Joaquim Mendes, e seus irmãos Antonio e José, para verem jurar testemunhas sobre a materia do requerimento *retra*, que lhe li. Covilhã, 10 de Outubro de 1831 (49).

João José da Fonseca.

Assentada

Aos onze dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, aonde eu escrivão vim, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo de assentada. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

aqui ajuntar-se, e ser mostrada ás testemunhas, quando jurarem.

(48) Os interessados são todos os herdeiros, a quem compete a successão *ab intestato* (a).

(49) Se algum dos co-herdeiros legitimos pede vista, deve-se-lhe mandar dar, depois de inquiridas as testemunhas, pelo damno irreparavel, que se seguiria morrendo algumas antes de ter jurado. A dita vista deve dar-se em tal caso com a inquirição aberta: *Pereira e Souza*, Proc. Civ., nota 1029.

(a) Esta citação é indispensavel, e a sua falta acarreta nullidade do processo de redução: *Man. do Proc. dos Feitos*, nota 1340.

O Rev. José Dias, clerigo presbytero, natural desta villa, testemunha notificada e jurada aos Santos Evangelhos, de idade de quarenta annos, e do costume disse nada.

E perguntado pelo conteúdo no requerimento do justificante, e na disposição testamentaria a elle junta, e que lhe foi mostrado, disse que sabe, pelo vêr, que achando-se doente, mas em seu perfeito juizo, Bernarda da Conceição, dissera diante d'elle testemunha, e de muitas outras mais, que, além da parte, que na sua herança devia pertencer ao dito justificante seu sobrinho, lhe deixava de mais a mais a terça parte della; e que, depois de dispôr assim vocalmente, lhe pedira, que lhe escrevesse essa mesma disposição, o que elle fizera, lendo-a, depois de escripta, na presença das testemunhas, que a assignárão, e da testadora, que a dictou, e que falleceu, pouco tempo depois, da mesma molestia, que já então tinha, sendo certo que a dita disposição é a mesma, que lhe foi mostrada, e que se acha junta a estes autos; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi (50).

Cunha.

O padre, *José Dias.*

(50) Nesta conformidade se devem inquirir todas as outras testemunhas, que estiverem assignadas no testamento, ou que forem dadas em rol pelo justificante. Morrendo uma das seis testemunhas, que presenciárão a disposição nuncupativa, não póde reduzir-se á publica-fôrma com as outras, que restão, ainda que todas ellas jurem, que a testemunha fallecida tambem estava presente, pois que a lei exige positivamente o numero de seis testemunhas; e do juramento uniforme de todas ellas é que esta especie de testamento tira a sua validade: Ord. do liv. 4º, tit. 80, § fin., e *Cordeiro*, Dubit. 4 e 10. E' controverso, se havendo, além das seis testemunhas, que assignárão a disposição, mais algumas outras, que a tivessem presenciado,

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inqueridas nesta justificação. Covilhã, 18 de Outubro de 1831.

João José da Fonseca.

Termo de conclusão (51)

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

póde com ellas fazer-se a reducção? Pela negativa estão todos aquelles, que julgão necessaria a rogação das testemunhas para a validade dos testamentos (a); mas pela affirmativa estão todos aquelles, que a julgão desnecessaria, como com effeito é, attento o systema de legislação portugueza: *Cordeiro*, Dubit. 10, n. 28, e seguintes.

Ainda que o testamento aberto, feito nas notas do tabellião, não precisa ser reduzido á publica-fórma, attenta á Ord. do liv. 4º, tit. 80, § inic., comtudo, se o herdeiro instituido, ou os legatarios o quizerem reduzir a publica-fórma por lhe ter faltado alguma solemnidade legal, o podem fazer, sendo ainda vivas as cinco testemunhas e o tabellião: *Cordeiro*, Dubit. 1. Não acontece, porém, o mesmo nos testamentos cerrados, porque, não se tendo lido ás testemunhas de approvação, não sabem explicitamente a vontade do testador.

(51) Tendo os herdeiros legitimos contestado o requerimento, dá-se primeiramente vista a ambas as partes para razões finaes, e só depois disso se fazem os autos conclusos para o juiz mandar ouvir o Dr. curador. A melhor pratica é não pedir vista do requerimento, mas sómente da sentença, quando o testamento se julga reduzido á publica-fórma; porque, podendo acontecer, que o juiz o declare logo nullo á vista das testemunhas, evitão-se questões e demoras, sem que se perca

(a) Veja se o que dissemos, quando commentamos, na primeira parte desta obra, a nota 155 ao § 87.

Despacho

Vista ao Dr. curador-geral. Covilhã,
12 de Outubro de 1831.

Cunha.

Termo de publicação

Aos doze dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que estava fazendo o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomada dos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, que o escrevi e assignei.

João José da Fonseca (52).

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Sentença

Visto que as seis testemunhas produzidas pelo justifi-

cosa alguma, porque ainda declarando-se valioso resta o meio dos embargos á sentença, aonde se póde deduzir a mesma materia, que na contestação do requerimento: *Cordeiro*, Dubit. 10, n. 52, e seguintes.

(52) Aqui se lança o termo de vista ao Dr. curador-geral, e debaixo da sua resposta se lança o termo de data.

cante jurão uniformemente (53), que Bernarda da Conceição, desta villa, estando doente da enfermidade, de que falleceu, mas em seu perfeito juizo, fez a disposição nuncupativa constante do papel junto á fl., a julgo por valida, e reduzida á publica-fôrma, para se lhe dar inteira execução, e pague o justificante as custas (54). Covilhã, 15 de Outubro de 1831.

Luiz da Cunha e Lima.

(53) Como a lei exige precisamente o numero de seis testemunhas, uma só que se discorde em alguns dos pontos essenciaes é bastante para se julgar nulla a disposição: *Cordeiro*, Dubit. 10, n. 32 e 42, *Velasco*, Cons. 183, e *Guerreiro*, Trat. 1º, liv. 2º, cap. 6, n. 42 e seguintes. Neste caso, ainda que o herdeiro ou legatarios peção vista e formem embargos com o fim de provarem por outras testemunhas aquillo, em que as primeiras discordarão, ou aquillo, que omittirão, não se devem receber taes embargos, por serem de materia velha e haver presumpção de soborno: *Cordeiro*, Dubit. 10, n. 5 e 6, e *Reinos*, Observ. 39, n. 22, e seguintes. E quantas vezes ficão nullas estas disposições nuncupativas por culpa do juiz, que por ignorancia ou descuido deixou de inquerir as testemunhas sobre alguma das circumstancias essenciaes? Tenhão, pois, todo o cuidado, e não queirão responsabilidade.

(54) As custas devem em regra ser pagas por aquelle, que requer o acto, e por isso neste caso deve pagal-as o justificante, que requereu a redução do testamento: *Cordeiro*, Dubit. 10, n. 5. Não acontecerá assim, se os herdeiros legitimos tiverem impugnado a redução, porque neste caso, julgando-se valido o testamento nuncupativo, devem elles pagar as custas: Ord., liv. 3º, tit. 67, § 2. Quando se não prova algum dos requisitos essenciaes, ou se provárão por menos de seis testemunhas, então o juiz em lugar da sentença, a que esta nota se refere, dirá:—Visto não se provarem os requisitos essenciaes da disposição nuncupativa á fl., ou não se provarem com numero de testemunhas, que a lei requer, julgo nulla e inefficaz a dita disposição, e pague o justificante as custas. Covilhã, etc.

Termo de publicação

Aos dezeseis dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, foi publicada a sentença *retro*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Certidão

Dou fé intimar a sentença *retro* aos justificados, a quem a li, e expliquei. Covilhã, 17 de Outubro de 1831 (55).

João José da Fonseca.

(55) Se os herdeiros legitimos pedem vista desta sentença dentro de dez dias a contar daquelle, em que se fez a intimação, deve-se-lhes dar; e embargando com materia attendivel, e relevante, devem-se-lhes receber os embargos, e mandarem-se contrariar pelos herdeiros, e legatarios contemplados no testamento; estes embargos processão-se ordinariamente com réplica e tréplica, e afinal se defere ao seu merecimento, ou julgando-os provados e revogando a sentença, ou então confirmando-a sem embargo dos ditos embargos, se a prova lles não invalidou a da reducção. Appellando-se da sentença, devem os herdeiros testamentarios, apezar da appellação, ser contemplados na partilha, segundo disse na nota 19. Quando se não appella, ficão os proprios autos da reducção appensos ao inventario; e quando se appella, fica appensa a elle a sentença, que se extrahe, depois de recebida a appellação no effeito devolutivo sómente, em attenção á partilha, que pende. Isto no caso de adoptar-se a opinião, que eu sustentei na sobredita nota 19; porque aliás deve a appellação receber-se em ambos os effeitos, suspendendo-se a partilha até a decisão final.

CAPITULO VI

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE TUTELA PROVISIONARIA,
PROCESSADOS NO JUIZO DA PROVIDORIA (56)

1831

Covilhã.

Autos de tutela provisionaria

Supplicante.—Maria das Neves, viuva, da Villa de
Covilhã.

Escrivão, Torres.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte dias do mez de Outubro, nesta cidade da Guarda, e escriptorio de mim escriptvã, por parte da supplicante Maria das Neves, viuva, da villa de Covilhã, me foi apresentado o requerimento, despacho e mais papeis adiante juntos, de que fiz este auto. Antonio de Torres Pacheco, escriptvã da provedoria, o escrevi e assignei.

Antonio de Torres Pacheco.

(56) Trato aqui do formulario deste processo, porque com a sentença extrahida delle se vai requerer um outro no juizo dos orphãos respectivos, aonde se justifica a idoneidade da fiança, dada no juizo da provedoria, como veremos no capitulo seguinte (a).

(a) A' vista do art. 20 da Disp. Prov., e arts. 4 e 5º § 4º do Reg. de 15 de Março de 1842, competem os processos de habilitação de mãe e avó, para tutora de filhos e nettos, ao juizo de orphãos. Os juizes de direito em correição tem tambem competencia, para a nomeação e habilitação de taes tutores: *Art. 32 § 3º do Reg. n. 834 de 2 de Outubro de 1851.*

Requerimento

Diz Maria das Neves, da villa de Covilhã, viuva que ficou de Francisco Mendes, que obteve provisão junta (57) para ser tutora de seus filhos, justificando neste juizo os requisitos legaes (58). E, porque já deu neste mesmo juizo a necessaria fiança, segundo consta da escriptura, que tambem se junta (59), por isso

P. a V. S., Sr. Dr. provedor,
se digne admittil-a a justificar,
para lhe deferir, como fôr de
justiça

E. R. M.

Despacho

Justifique. Guarda, 22 de Outubro de 1831.

Caldeira.

(57) Não se precisa de provisão, quando as legitimas dos orphãos não excedem á quantia de 180\$, o que se deve fazer constar por certidão extrahida do inventario, para o provedor poder conferir a tutela sem dependencia da dita provisão.

(58) Estes requisitos são os seguintes : que a súpplícante se conserva no estado de viuvez ; que vive honestamente, e que tem a capacidade necessaria para bem administrar as legitimas de seus filhos, e para cuidar da sua educação e ensino : Ord do liv. 1.º, tit. 62, § 37.

(59) Esta escriptura, que deve ser feita pelo escrivão da provedoria no seu competente livro de notas, tem certas particularidades especiaes, que não devem omittir-se, e são as seguintes : 1ª deve a viuva obrigar-se a sustentar e educar seus filhos á sua custa, não chegando os rendimentos das legitimas ; 2ª deve obrigar-se a entregar-lhes suas legitimas com os rendimentos, que dellas sobejarem, tanto que forem casados ou eman-

Assentada

Aos vinte e quatro dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta cidade da Guarda, e casas da residencia do Dr. Antônio da Costa Freire Caldeira, actual provedor desta comarca, aonde eu escrivão vim, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo de assentada. Antonio de Torres Pacheco, escrivão da provedoria, o escrevi.

Manoel Jorge de Azevedo, alfaiate, da villa de Covilhã, testemunha notificada e jurada, de que dou fê, de idade de sessenta e tres annos, e do costume disse nada.

E, perguntado pelo conteúdo no requerimento da justificante Maria das Neves, da villa de Covilhã, viuva, que ficou de Francisco Mendes, disse que sabe, pelo vêr e presenciar, que ella se conserva ainda no estado de viuvez, vivendo honestamente, e que tem a capacidade e agilidade necessaria para bem administrar as legitimas dos orphãos seus filhos, a quem muito convem, que ella seja sua tutora, para melhor cuidar da sua educação e ensino; e mais não disse,

cipados; 3^a deve obrigar-se a pagar-lhes soldadas, sendo de qualidade de as ganharem; 4^a deve renunciar o beneficio do *senatus consulto velariano*, e todos os outros direitos e privilegios introduzidos em favor das mulheres; 5^a deve dar fiador idoneo, e abonado, ás ditas legitimas e rendimentos, cujo fiador deve hypothecar geralmente todos os seus bens, e em especial tantos, quantos bastem para segurança das mesmas legitimas e rendimentos; declarando a qualidade desses bens, e suas confrontações, com toda a individuação possível, e obrigando-se tambem a sustentar e educar os orphãos, não o fazendo a viuva sua mãe (a).

(a) A mãe, sendo tutora, deve fazer a inscripção da hypotheca legal, na fórmula do art. 3^o § 4^o da lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 e arts, 199, 200 e seguintes do Reg. de 26 de Abril de 1865.

e assignou com o dito ministro. Eu Antonio de Torres Pacheco, escrivão desta provedoria, o escrevi.

Caldeira.

Da testemunha

Manoel Jorge de Azevedo (60).

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação. Guarda 24 de Outubro de 1831 (61).

Antonio de Torres Pacheco.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. Antonio de Torres Pacheco, escrivão desta provedoria, o escrevi.

Sentença

Visto achar-se provado que a justificante se conserva no estado de viuvez, vivendo honestamente, e que tem a capacidade necessaria para administrar as legitimas dos orphãos seus filhos, e cuidar da sua educação e ensino,

(60) Nesta conformidade se inquirem as outras testemunhas, que a justificante der em rol, em numero de tres ou quatro, escrevendo-se circunstanciadamente tudo o que ellas disserem em relação ao requerimento.

(61) Tendo sido citadas por mandado, ajunta-se este aos autos, com a certidão do official, que as citou, e não se passa esta.

a hei por habilitada para ser sua tutora, mostrando no juizo dos orphãos respectivo a idoneidade do fiador, que neste se obrigou; e pague as custas Guarda 26 de Outubro de 1831.

Antonio da Costa Freire Caldeira.

Termo de publicação

Aos vinte e sete dias do mez de Outubro de mil oitocentos e trinta e um, nesta cidade da Guarda, em audiencia publica, que estava fazendo o Dr. Antonio da Costa Freire Caldeira, foi publicada a sentença *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nestes autos. Antonio de Torres Pacheco, escrivão desta provedoria, o escrevi e assignei.

Antonio de Torres Pacheco (62).

(62) Na sentença, que se extrahe deste processo, deve ir copiado o requerimento da justificante; a provisão, no caso de a ter havido; a certidão das legitimas dos orphãos; a escriptura da fiança e a sentença do provedor. Os juramentos das testemunhas não se devem copiar, porque de nada mais servem do que de augmentar a despeza sem utilidade alguma (a).

(a) Estas justificações que, como já fizemos vér, se processão unicamente no juizo dos orphãos, costuma-se appensar nos autos do inventario; se a parte quizer extrahir sentença, para fazer valer direitos de tutora, que lhe sejam negados por se contestar tal cargo, a extracção da sentença deve fazer-se de accordo com o art. 122 do Dec. n. 1569 de 3 de Março de 1855; como estes processos são curtos, costuma-se vulgarmente tirar traslado.

CAPITULO VI

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE TUTELA PROVISIONARIA,
PROCESSADOS NO JUIZO DOS ORPHÃOS (63)

1831

Covilhã.

*Autos de abonação da fiança dada pela tutora Maria das
Neves, viuva, desta villa*

Supplicante.—Maria das Neves.

Supplicado.—O Dr. curador-geral.
Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos trinta dias do mez de Outubro, nesta villa de Covilhã, e meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento, despacho e sentença, que adiante se seguem, do que fiz este auto. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Maria das Neves, viuva, desta villa, que obteve a sentença junta, proferida no juizo da provedoria, para se

(63) Com a sentença, vinda do juizo da provedoria, e extra-hida do processo, de que trata o capitulo antecedente, se dá principio a este no juizo dos orphãos, sendo escrivão o do respectivo inventario, sem necessidade de distribuição (a).

(a) Vide o que dissemos nas observações ás notas 56 e 62.

lhe entregarem as pessoas e bens dos orphãos seus filhos, justificando neste juizo a idoneidade do fiador, que naquelle offereceu. e, que assignou a escriptura copiada na dita sentença ; e, porque quer justificar-a com citação do Dr. curador-geral, por isso

P. a V. S., Sr. Dr. juiz dos orphãos, se digne inquirir-lhe testemunhas para esse fim (64).

E. R. M.

Despacho

Justifique com citação do Dr. curador (65).
Covilhã, 30 de Outubro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar ao Dr. curador-geral dos orphãos para vêr jurar testemunhas sobre a materia do requerimento *supra*. Covilhã, 2 de Novembro de 1831.

João José da Fonseca.

Assentada

Aos tres dias do mez de Novembro de mil oitocentos

(64) As testemunhas dão-se logo em relação, e sendo de fóra da villa passa-se mandado para a citação dellas.

(65) Ainda que a falta desta citação não induz nullidade, comtudo bom será não se omitir, pois que com ella fica o processo mais curial. Esta nota é applicavel a todos os outros processos, bem como a nota antecedente.

e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

José de Abreu, lavrador, natural desta villa, testemunha notificada e jurada, de que dou fé, de trinta e seis annos de idade, e do costume disse nada.

E, perguntado pelo conteúdo do requerimento da justificante, e na escriptura de fiança copiada na sentença do juizo da provedoria, disse que sabe, pelo vêr, que o fiador, mencionado na dita escriptura é chão, leigo e abonado, e que os bens por elle hypothecados são seus, livres e desembargados, valendo muito mais do que as legitimas dos orphãos, filhos da justificante; e que, se necessario é, elle testemunha abona o dito fiador por sua pessoa e bens; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi (66).

Cunha.

Da testemunha

José de Abreu.

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação. Covilhã, 3 de Novembro de 1831 (67).

(66) Nesta conformidade se devem inquirir mais duas testemunhas, pelo menos, e todas ellas devem ter bens de raiz, pois que, abonando o fiador, respondem por elle subsidiariamente.

(67) Veja-se a nota 61, que é aqui applicavel, e a todos os outros processos.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Despacho

Diga o Dr. curador-geral o que se lhe offerecer. Covilha, 4 de Novembro de 1831.

Termo de publicação

Aos cinco dias do sobredito mez e anno, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca (68).

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

(68) Aqui se lança o termo de vista ao Dr. curador, e no fundo da sua resposta o termo de data. Se em todas as respostas deve o Dr. curador ser muito circumspecto, nesta, com especialidade, deve averiguar a prova, e impugnar fortemente a pretensão do justificante, se não achar legalmente provada a idoneidade do fiador, pelo irremediavel prejuizo, que póde resultar aos orphãos.

Sentença

Visto achar-se plenamente provada a idoneidade da fiança, que a justificante deu no juizo da provedoria, mando, que se execute a sentença proferida no mesmo juizo, entregando-se-lhe as pessoas e legitimas de seus filhos, para ser sua tutora ; e pague as custas. Covilhã, 8 de Novembro de 1831 (69).

Luiz da Cunha e Lima.

 CAPITULO VIII

 DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE ARBITRIO OU CONSIGNAÇÃO
 DE RENDIMENTOS (70)

1831

Covilhã.

Autos de arbitrio ou consignação de rendimentos

Supplicante.—Maria das Neves, viuva.

Supplicado.—O Dr. curador-geral.

Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de

(69) Não se achando provada a idoneidade da fiança, deve então a sentença ser assim: « Como a justificante não provou legalmente a idoneidade da fiança dada no juizo da provedoria, julgo inexequível a sentença no mesmo proferida, e pague as custas.» A qualquer destas sentenças segue-se o termo da publicação, na fórma dos outros já formulados por diversas vezes. Este processo ajunta-se ao inventario.

(70) Todos e quaesquer tutores têm direito a requerer, que

mil oitocentos e trinta e um, aos doze dias do mez de Novembro, nesta villa de Covilhã e meu escriptorio, me foi apresentado por parte da supplicante Maria das Neves, viuva, o requerimento adiante junto, de que fiz este auto de apresentação. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Maria das Neves, viuva, desta villa, e tutora provisionaria de seus filhos José, Francisco e Maria, que por não serem estes de qualidade de deverem assoldadar-se, pois que seu defunto pai sempre teve criados, está mandando ensinar ao mais velho o officio de serralheiro, traz o outro na escola de primeiras letras, e manda á mestra a dita sua filha Maria para aprender, o que é proprio do seu sexo e qualidade, fazendo na sustentação, educação e ensino de todos tres muito mais despeza do que o rendimento de suas legitimas. E, porque nestes termos se lhes não deve fazer carga de rendimentos, e menos ainda de soldadas, por isso

P. a V. S., Sr. Dr. juiz dos orphãos, se digue havê-lo assim por bem.

E. R. M.

se lhes arbitrem ou consignem os rendimentos necessarios para a sustentação e ensino dos orphãos, não sendo elles de qualidade de deverem assoldadar-se. E' antes das contas, que este arbitrio, ou esta consignação, se deve requerer; porque depois das contas só por embargos deduzidos dentro do decendio se póde fazer nellas alguma alteração.

Despacho

Justifique com citação do Dr. curador-geral. Covilhã, 12 de Novembro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar o Dr. curador-geral para vêr jurar testemunhas sobre a materia do requerimento *retro*, que lhe mostrei. Covilhã, 13 de Novembro de 1831.

João José da Fonseca.

Assentada

Aos treze dias do mez de Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo de assentada. João José da Fonseca o escrevi.

Antonio Aureliano, carpinteiro, natural desta villa, notificado e jurado em fórmula devida, de que dou fé, de idade de trinta annos, e do costume disse nada.

E, perguntado pelo conteúdo no requerimento da justificante, disse, que sabe, pelo vêr, que ella é tutora provisoria de seus tres filhos; que o mais velho está aprendendo o officio de serralheiro; que o segundo frequenta a escola de primeiras letras, e que a mais nova anda na mestra, sendo certo que com todos elles faz a mesma justificante avultadas despezas para os sustentar e vestir com decencia,

por isso que seu defunto pai era um proprietario, que sempre teve criados para a cultura de suas fazendas ; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi(71).

Cunha.

Da testemunha

Antonio Aureliano.

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação, e que me forão dadas em rol pela justificante. Covilhã, 13 de Novembro de 1831 (72).

João José da Fonseca.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Despacho

Com informação do escrivão sobre a idade e rendimentos dos orphãos, vá vista ao Dr. curador-geral. Covilhã, 14 de Novembro de 1831.

Cunha.

(71) Pela mesma fórma se deve inquirir mais duas testemunhas, escrevendo-se quanto ellas jurarem em relação ao requerimento.

(72) Veja-se a nota 61, que é aqui applicavel.

Termo de publicação

Aos quatorze dias do mez de Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fôra e dos orphãos, foi publicado o despacho *retro*, de que fiz este termo por cota tomada nestes autos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Informação

Do inventario do defunto marido da justificante, que existe no meu cartorio, e a que me refiro, consta ter o orphão José dezeseite annos, Francisco quinze e Maria doze, e que cada um delles tem de legitima a quantia de trezentos e oitenta mil réis, que, à razão de cinco por cento, deve render em cada anno a quantia de dezenove mil réis(73). Covilhã, 15 de Novembro de 1831.

O escrivão, *João José da Fonseca* (74).

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

(73) Se as legitimas estiverem judicialmente arrendadas, deve o escrivão declarar por quanto, e porque tempo, reportando-se aos termos das arrematações.

(74) Seguem-se os termos, de que tratão as notas 52 e 68, e depois o de conclusão aqui formulado.

Sentença

Visto achar-se provado, que os orphãos filhos da justificante, além de não serem de qualidade de andar á soldada, estão bem tratados, e se estão educando com aproveitamento, lhes arbitro até as primeiras contas os rendimentos de suas legitimas(75); e mando, que se não faça carga de soldadas á mesma justificante, que pagará as custas. Coviilhã, 16 de Novembro de 1831 (76) (a).

Luiz da Cunha e Lima.

(77)

(75) Se os rendimentos são avultados, deve arbitrar-se sómente uma parte delles, tendo em consideração a qualidade dos orphãos, a sua idade, e a educação, mais ou menos dispendiosa, que se lhes está dando. O provedor em acto de correição pôde glosar estes arbitrios, ou diminuil-os, deixando provimento no respectivo inventario.

(76) Não achando justificados os requisitos legaes para o arbitrio, ou consignação, deve o juiz indeferir o requerimento, mandando carregar rendimentos e soldadas, e condemnando a justificante nas custas. Esta sentença, porém, pôde ser embargada, ou appellada pela tutora justificante.

(77) Aqui se lança o termo da publicação pela maneira já formulada por diversas vezes. Este processo depois de findo se ajunta ao inventario respectivo.

(a) Este processo de arbitramento de alimentos para os orphãos não é o que está hoje em uso: não ha necessidade da justificação, que o autor exige, e de que offerece um modelo no formulario *supra*; desde que os orphãos têm bens sufficientes para, por meio delles, poderem obter uma educação ou estabelecimento consentaneo á sua posição, o que se conhece pelos autos dos inventarios, e independente de uma justificação, que só acarreta despezas, o juiz manda os partidores arbitrar quantia sufficiente para alimentos e dispendios de educação; dados os laudos pelos partidores, o juiz ouve o curador-geral, e homologa ou não os laudos, approvando ou não o arbitramento; se homologar os laudos, assignará quantia arbitrada para os alimentos dos orphãos.

CAPITULO IX

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE EMANCIPAÇÃO (78)

1831

Covilhã.

Autos de emancipação

Supplicante.—José de Figueiredo.

Supplicado.—O Dr. curador-geral.

Escrivão, Fonseca.

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos dezoito dias do mez

(78) Em todos os juizos dos orphãos se está usando deste processo, fazendo as emancipações dependentes de uma justificação, que, a meu vêr, nunca é necessaria; oxalá que eu convença disto, e que semelhante pratica se desterre. Emancipão-se os orphãos, ou porque completarão os vinte e cinco aunos, ou porque casarão: no primeiro caso, logo que ajuntem certidão de idade, deve o juiz por um simples despacho havêl-os por emancipado, e mandar-lhes entregar seus bens, sem os mandarem justificar que têm capacidade, pois que a lei o presume, e a presumpção de direito dispensa de prova; no segundo caso, logo que ajuntem certidão de casamento, tambem lhes deve deferir da mesma maneira, só com a differença de que se casarão sem licença do juizo, devem tambem ajuntar certidão de que excedem a vinte annos. Nenhuma outra pratica pôde deixar de ser contraria á Ord. do liv. 1º. tit. 88, §§ 6 e 19. Só se torna necessaria a justificação do juizo e capacidade, quando

Esta praxe de fazerem-se os arbitramentos pelos partidores é a estabelecida na Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 38, e muito preferivel ao arbitramento feito unica e exclusivamente pelo juizo, como se exemplifica na sentença *retro*, até porque, em geral, o juiz não pôde fazer arbitramentos por si só, sem o auxilio de peritos.

a lei a não presume, como no caso da Ord. do liv. 3º, tit. 42 pr., que confirma o que temos dito. Ainda é muito mais abusiva e muito mais digna de censura outra pratica de que eu tenho visto usar nas emancipações dos orphãos casados, exigindo-se duas justificações, quando casão sem licença do juiz, uma para se lhes supprir essa licença, com o fundamento de que casarão proveitosamente, e com approvação de seus parentes e tutor; outra de que têm juizo e capacidade para poderem administrar seus bens. Que abuso! que extorsão! que violencia! Se o orphão casou com licença do juiz, está logo emancipado apenas contrahio o casamento, sem necessidade de justificar cousa alguma: Ord. do liv. 1º, tit. 88, § 6.º Se casou sem licença do juiz, então ainda que prove que o casamento lhe foi vantajoso, e que tem juizo e capacidade, nunca o juiz lhe póde mandar entregar os bens emquanto não completar os vinte annos, assim como lhe não póde recusar essa entrega, completos elles: Ord. cit., § 19. E que fructo se tira de taes justificações? Engrossar os bolsos dos escrivães e dos juizes, com escandalo dos amigos da ordem, e com incrível prejuizo dos desgraçados orphãos, a quem muitas vezes não chega aquillo que lhes entregão para satisfazerem a importancia de uma enorme papelada, que lhes fazem levar á força. Juizes dos orphãos, evitai semelhantes abusos, que vos desacreditão, mostrando que sacrificais o vosso dever a um vil interesse. Provedores das comarcas, fazei executar a lei, deixando providimentos a este respeito e castigando exemplarmente os escrivães, que se afastarem delles. Advogados, usai daquella nobre audacia, inseparavel da vossa honrosa profissão, e não consentais, que se fação violencia aos que vos procurão para as evitarem. Ahi vai um caso presenciado por mim: querendo um escrivão constranger um orphão, já casado, e de mais de vinte annos, a fazer as taes duas justificações, de que já fallei, foi o dito orphão procurar o patrocínio de um habil advogado, que em desempenho do seu dever lhe fez um requerimento para ser havido por emancipado sem dependencia de taes justificações, pois que ajuntava certidão de casamento e de idade. Mandando-se informar, o escrivão disse o seguinte:— o que o supplicante pretende no seu injusto requerimento é contrario aos interesses de V. S. e aos meus, porque nos priva dos nossos emolumentos, e é tambem contrario aos interesse da real fazenda, porque faria diminuir a extracção do papel sellado.—

de Novembro, nesta villa de Covilhã e meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento e documentos adiante juntos, de que fiz este auto. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz José de Figueiredo, desta villa, que se acha na idade

E qual seria o despacho? Julgou-se attendivel a resposta do escrivão e indeferio-se o requerimento. E que fez o advogado? Teve medo e calou-se, e alguns dizem, que teve juizo em se calar (x).

(a) Entre nós felizmente não se dá esse abuso, contra o qual reclama, com tão justa severidade, o autor na nota supra.

Desde que o orphão faz um requerimento, em que declara ter vinte e um annos, e prova o allegado com a respectiva certidão de idade, o juiz, ouvindo ou não o curador-geral, declara o dito orphão emancipado, manda que o tutor preste contas e lhe entregue os bens, que tiver sob sua administração, ficando como prova de tal entrega um traslado de quitação junto aos autos do inventario.

Se os bens, que possui o orphão, são consistentes em quantias recolhidas ao cofre, o juiz manda proceder ás necessarias requisições para serem as quantias passadas dos cofres publicos para o cofre dos orphãos, de onde sahem para o poder do emancipado.

O Av. n. 16 de 8 de Janeiro de 1856 profligou a praxe, que o autor acima condemna, e que por um aferro cêgo ás velhas usanças ainda se praticava em alguns lugares.

Parecia-nos mais acertado, que tivesse o autor exemplificado aqui o processo da emancipação pelo supplemento de idade, do que offerecer o modelo de um acto, contra o qual reclamou.

A emancipação com supplemento de idade obtem-se fazendo-se um requerimento, em que se pede justificar capacidade e tino sufficientes para reger-se e a seus bens; acompanha esse requerimento uma certidão, em que se prove ter vinte annos de idade; prestada a justificação, que deve ser julgada nas comarcas geraas pelo juiz de direito. Av. de 5 de Julho de 1873, manda o juiz de orphãos passar a carta de emancipação por supplemento de idade.

de vinte e cinco annos completos (ou casado), segundo consta da certidão junta ; e porque precisa justificar, que tem juizo e capacidade para administrar seus bens, afim de lhe serem entregues, e se haver por emancipado, por isso

P. a V. S., Sr. Dr. juiz dos orphãos,
se sirva admittil-o a justificar

E. R. M.

Despacho

Justifique com citação do Dr. curador-geral. Covilhã, 18 de Novembro de 1834 (79).

Cunha.

Certidão

Dou fê notificar o Dr. curador-geral para vêr jurar tes-

(79) Este despacho é conforme com a errada e abusiva pratica que censurei na nota antecedente. O despacho legal, quando o supplicante ajunta certidão de ter mais de vinte e cinco annos, é este:— Hei por emancipado o supplicante, a quem se entregaráõ seus bens e rendimentos.—Allegando que é casado, e não ajuntando certidão alguma, deve então deferir-se por este modo:—Junte certidão do casamento e licença deste juizo, ou certidão de idade.—Ajuntando a primeira certidão e a licença, tem lugar o primeiro despacho formulado nesta nota, assim como o tem tambem ajuntando em lugar da licença uma certidão por onde conste, que tem mais de vinte annos; não ajuntando nenhuma destas duas ultimas cousas, então o despacho deve ser este:—Indeferido.—Deste despacho compete agravo para o provedor ou para a Relação; mas de balde se recorrerá d'elle, porque nunca se deve esperar provimento, quando se agrava de despachos conformes com a lei.

temunha sobre o conteúdo no requerimento *retro*, que lhe mostrei. Covilhã, 19 de Novembro de 1831.

João José da Fonseca.

Assentada

Aos vinte dias do mez de Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e orphãos, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Manoel Francisco da Costa, tozador, natural desta villa, testemunha notificada e jurada em fôrma devida, de que dou fé, de idade de quarenta annos, do costume disse nada.

E, perguntado pelo conteúdo no requerimento do justificante José de Figueiredo, disse que sabe, pelo ter tratado com familiaridade, que elle tem juizo e capacidade para bem administrar seus bens; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi (80).

Cunha.

Da testemunha

Manoel Francisco da Costa.

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justi-

(80) Nesta conformidade se inquirem mais duas testemunhas pelo menos, escrevendo-se exactamente, quanto disserem.

ficação e dadas em rol pelo justificante. Covilhã, 20 de Novembro de 1831 (81).

João José da Fonseca.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Despacho

Vista ao Dr. curador-geral. Covilhã, 21 de Novembro de 1831.

Cunha.

Termo de publicação

Aos vinte e dous dias do mez de Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nos autos. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca (82).

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz estes autos conclusos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

(81) Veja-se a nota 61, que é aqui applicavel.

(82) Veja-se a nota 52, e se saberão os termos, que aqui se seguem.

Sentença

Visto provar-se, que o justificante tem a idade de vinte e cinco annos, e capacidade necessaria para administrar seus bens, mando que se lhe entreguem, com os respectivos rendimentos, pois o hei por emancipado ; e pague as custas. Covilhã, 24 de Novembro de 1831 (83).

Luiz da Cunha e Lima.

 CAPITLO X

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE HABILITAÇÃO DE
HERDEIRO (84).

1831

Covilhã.

Autos de habilitação de herdeiros

Escrivão, Fonseca.

Supplicante.—Maria das Neves.

Supplicado. —O Dr. curador-geral.

(83) Sendo o justificante casado, ajuntando certidão do casamento e licença para elle, ou certidão de ter vinte annos, então a sentença começa assim :—Visto provar-se, que o justificante está casado com licença deste juizo, —ou—Visto provar-se, que o justificante está casado, que excede á idade de vinte annos, e que tem a capacidade necessaria para administrar seus bens, etc.—Oxalá que o formulario deste processo nunca sirva senão para se saber que o houve algum tempo, com desprezo da lei, que o reprová.

(84) Este processo está na mesma razão do antecedente para dever proscreever-se do fôro. Quando morre algum dos orphãos cuidão logo os escrivães de obrigar a mãe para se habilitar por

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte e seis dias do mez de Novembro, nesta villa de Covilhã e meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento, despacho e certidão adiante junta, de que fiz este auto. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Diz Maria das Neves, viuva, desta villa, que da certidão junta consta ter fallecido um de seus tres filhos, chamado Francisco ; e, porque precisa justificar, que lhe não ficarão descendentes alguns, afim de se lhe mandarem entregar seus bens e rendimentos, como sua legitima e universal herdeira, por isso

herdeira, e, enquanto o não faz, continuão os ditos escrivães a tomar contas do orphão fallecido. Mas que necessidade tem a mãe desta habilitação, se ella é a legitima herdeira de seus filhos, e se por morte delles lhe passa logo a posse natural, com todos os effeitos da civil, pela disposição do Alv. de 9 de Novembro de 1754? Ainda quando o filho estivesse em idade de poder testar, e com effeito testasse da sua terça, é a mãe quem deve satisfazer os legados, ficando interinamente na posse de toda a herança. E' portanto desnecessario este processo, e logo que se ajunte certidão de obito do orphão deve dar-se baixa na tutela, cessarem as contas, e entregar-se á mãe a fazenda e rendimentos do orphão fallecido, sem dependencia de tal habilitação (a).

(a) A pratica actual é mandár o juiz entregar os bens e o dinheiro do orphão, se estiver no cofre, á visto de certidão de obito do orphão, sem mais formalidade alguma.

P. a V. S., Sr. Dr. juiz dos orphãos, se sirva admittil-a a justificar, para lhe deferir como fôr de justiça.

E. R. M.

Despacho

Justifique, com citação do Dr. curador-geral. Covilhã, 26 de Novembro de 1831 (85).

Cunha.

Certidão

Dou fé intimar o despacho *supra* ao Dr. curador-geral. Covilhã, 27 de Novembro de 1831 (86).

João José da Fonseca.

(85) Este despacho é conforme com a errada e abusiva pratica, que censurei na nota antecedente; o despacho legal em tal caso é este:— Entreguem-se á supplicante os bens e rendimentos do orphão seu filho fallecido, dando a fiança determinada na Ord. do liv. 4º, tit. 91, § 3º, no caso de ter casado segunda vez e ter mais algum filho do primeiro matrimonio.— Ainda quando o filho fallecido tenha alguns outros ascendentes, nunca o juiz pôde obrigar-os a se habilitarem, pois que sendo maiores lá partirão amigavel ou judicialmente a herança. Se o filho fallecido tinha filhos menores, não ha habilitação, mas sim inventario *ex-officio*. Não pôde, pois, figurar-se um caso, em que tal habilitação seja necessaria; e por isso obrigar a fazê-la é abuso reprehensivel.

(86) Veja-se a nota 65, que é aqui applicavel.

Assentada

Aos vinte e sete dias do mez de Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, e casas de residencia do Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, forão inquiridas as testemunhas seguintes, de que fiz este termo. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Antonio Alves, tintureiro, natural desta villa, testemunha notificada e jurada, de que dou fé, de idade de vinte e nove annos, e do costume disse nada.

E perguntado pelo conteúdo no requerimento da justificante, disse que sabe, pelo vêr, que um dos tres filhos, que ella tinha, chamado Francisco, falleceu sem deixar descendentes ou ascendentes alguns, além da mesma justificante, que ainda se conserva no estado de viuvez; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. Eu João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Cunha.

Da testemunha

Antonio Alves (87).

Certidão

Dou fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação. Covilhã, 28 de Novembro de 1831.

João José da Fonseca (88).

(87) Veja-se a nota 80.

(88) E' aqui applicavel a nota 61.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz conclusos estes autos. João José da Fonseca, escrivão, o escrevi.

Despacho

Diga o Dr. curador-geral. Covilhã,
29 de Novembro de 1831.

Cunha.

Termo de publicação

Aos trinta dias do mez Novembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta villa de Covilhã, em audiencia publica, que fazia o Dr. Luiz da Cunha e Lima, actual juiz de fóra e dos orphãos, foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nestes autos. João José da Fonseca, escrivão, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca (89).

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz conclusos estes autos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi.

Sentença

Visto provar-se, que o orphão Francisco, um dos filhos da justificante, é fallecido sem deixar descendentes, nem ascendentes, além da justificante sua mãe, a hei por habi-

(89) Seguem-se os termos, de que trata a nota 68, e que se achão formulados no cap. 4.º

litada, e mando, que se lhe entreguem seus bens e rendimentos, pagando as custas. Covilhã, 2 de Dezembro de 1831 (90).

Luiz da Cunha e Lima (91).

CAPITULO XI

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE CURADORIA E SUCCESSÃO PROVISORIA DE UM AUSENTE, PROCESSADOS NO JUIZO DA PROVEDORIA (92).

1831

Covilhã.

Autos de curadoria e successão provisoria do ausente Antonio Gomes, desta villa

Supplicantes—Manoel Gomes e irmãos.
Escrivão, Torres.

(90) Se a justificante já tem passado a segundas nupcias, deve então a sentença finalizar deste modo:—E mando, que se lhe entreguem seus bens, prestando fiança aos moveis e dinheiro, na conformidade da Ord. do liv. 4º, tit. 91, § 3, e pague as custas.—Não tendo mais filhos, irmãos germanos do fallecido, nenhuma obrigação tem de dar fiança, ainda que tenha casado segunda vez.

(91) Segue-se o termo da publicação, já formulado por diversas vezes. Este processo ajunta-se ao inventario por appenso.

(92) Constando pela certidão das legitimas do ausente, que os seus bens excedem a 300\$, deve requerer-se provisão ao desembargo do paço, e é com ella, que se dá principio a este processo no juizo da provedoria. O mesmo acontecerá, quando aquelles, que requerem a curadoria e successão provisoria, morarem dentro das cinco leguas do lugar, aonde a

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos quatro dias do mez de Dezembro, nesta cidade da Guarda e meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento, despacho e documentos adiante juntos(93), de que fiz este auto. Antonio de Torres Pacheco, escrivão da provedoria, o escrevi e assiguei.

Antonio de Torres Pacheco.

Requerimento

Dizem Manoel Gomes e sua mulher, e seus irmãos Francisco Gomes e Joaquim Gomes, filhos, que ficarão de Feliciano Gomes, da villa de Covilhã, que para se habilitarem á curadoria e successão provisoria de seu tio Antonio Gomes, da mesma villa (para que já obtiverão a régia provisão junta) (94), precisão justificar o seguinte: 1º, que o dito

côrte estiver, porque tambem se faz necessaria a provisão, ainda que os bens do ausente não excedão á dita quantia. Fóra destes dous casos, não se necessita de provisão, e sem ella se requer ao provedor da respectiva comarca: Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38, ampliada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814 (a).

(93) Estes documentos são : a certidão das legitimas do ausente, sempre indispensavel, e a régia provisão, quando se torna precisa, nos termos da nota antecedente.

(94) Estas palavras omittem-se, quando a provisão se não faz necessaria, por não excederem os bens do ausente á quantia de 300\$000.

(a) Este processo, como já fizemos vêr em uma nota anterior, corre pelo juizo dos orphãos: art. 2º, § 5º da lei de 22 de Setembro de 1828. e arts. 1º e 2º da lei de 3 de Novembro de 1830. Vide art. 57 do Reg. de 15 de Junho de 1859 e mais disposições em vigor. Vide igualmente a lei de 15 de Novembro de 1827.

seu tio se ausentou para fóra deste reino ha muito mais de dez annos, sem que tornasse a haver noticias d'elle, tornando-se por isso presumivel a sua morte; 2º, que, quando se ausentou, era solteiro, e não tinha descendentes ou ascendentes alguns; 3º, que os seus parentes mais proximos são os supplicantes, por serem os unicos filhas, que ficarão de Feliciano Gomes, que era tambem o unico irmão do sobre-dito ausente(95); portanto

P. a V. S., Sr. Dr. provedor, se sirva admittil-os a justificar, para lhes deferir, como fôr de justiça.

E. R. M.

Despacho

Justifique. Guarda, 4 de Dezembro de 1831 (96).

Caldeira.

Assentada

Aos seis dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta cidade da Guarda, e casas de aposentadoria do Dr. Antonio da Costa Freire Caldeira, actual provedor desta comarca, forão inquiridas as testemunhas seguintes,

(95) Se em lugar deste parentesco é outro qualquer, deve aqui declarar-se circumstanciadamente.

(96) Quando as testemunhas dadas em rol são de fóra da cidade, villa ou lugar, onde está o provedor, deve mandar passar mandado para serem notificadas, designando dia certo.

de que fiz este termo. Antonio de Torres Pacheco, escrivão da provedoria, o escrevi.

Anacleto Alves, pisoeiro, natural da villa de Covilhã, testemunha notificada e jurada, de que dou fé, de idade de sessenta e dous annos, e do costume disse nada.

E, perguntado pelo conteúdo no requerimento dos justificantes, disse, que sabe, pelo vér, que elles são os unicos filhos, que ficarão de Feliciano Gomes, da dita villa, o qual era tambem o unico irmão, que tinha o ausente Antonio Gomes, que foi para fóra deste reino, ha muito mais de dez annos, sem que nunca mais tornasse a haver noticias delle, sendo tambem verdade, que, quando se ausentou, era solteiro. que não tinha ascendentes ou descendentes, sendo por isso os justificantes os seus parentes mais proximos; e mais não disse, e assignou com o dito ministro. Antonio de Torres Pacheco, escrivão da provedoria, o escrevi (97).

Da testemunha

Anacleto Alves.

Certidão

Don fé notificar as testemunhas inquiridas nesta justificação. Guarda, 6 de Dezembro de 1831 (98).

Antonio Torres Pacheco.

Termo de conclusão

E logo no mesmo dia, mez e anno, fiz conclusos estes autos. Antonio de Torres Pacheco, escrivão, o escrevi.

(97) Nesta conformidade se inquirem mais duas, ou tres testemunhas, escrevendo-se o que ellas jurarem exactamente.

(98) E' aqui applicavel o que disse na nota 61, verificando-se o caso, que ella relata.

Despacho

Ajuntem os justificantes escriptura em fórma legal. Guarda, 7 de Dezembro de 1831.

Caldeira.

Termo de publicação

Aos oito dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta e um, nesta cidade da Guarda, e audiencia publica, que fazia o Dr. Antonio da Costa Freire Caldeira, actual provedor desta comarca, foi publicado o despacho *supra*, de que fiz este termo por cota tomada nestes autos. Antonio de Torres Pacheco, escrivão, o escrevi e assignei.

Antonio de Torres Pacheco.

Apresentação

Aos dez dias do sobredito mez e anno, nesta cidade da Guarda, e meu escriptorio, me foi apresentáda por parte dos justificantes a escriptura adiante junta, em virtude da intimação, que lhes fiz do despacho *supra*. Antonio de Torres Pacheco, escrivão, o escrevi.

Escriptura (99)

Em nome de Deos. Amen.—Saibão quantos esta escriptura virem, que no anno do nascimento de Nosso Senhor

(99) Dou aqui por inteiro o formulario desta escriptura por ter certas particularidades, que não devem omittir-se.

Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos nove dias do mez de Dezembro do dito anno, nesta cidade da Guarda, e casa de aposentadoria de mim escrivão, apparecêrão em suas proprias pessoas(100) Manoel Gomes e sua mulher Anna Dias, e bem assim seus irmãos Francisco Gomes e Joaquim Gomes, da villa de Covilhã, pessoas por mim conhecidas, de que dou fê(101); e por todos elles juntos, e por cada um de per si *in solidum*, foi dito em minha presença, e das testemunhas adiante nomeadas e no fim desta nota assignadas, que para o effeito de conseguirem a curadoria e successão provisoria dos bens de seu tio Antonio Gomes, da sobredita villa, e ausente, ha mais de dez annos, sem haver mais noticias delle, se obrigavão por esta publica escriptura a entregar-lhe todos os ditos bens, no caso de ser vivo e tornar a apparecer por si ou por seu bastante procurador, bem como se obrigavão tambem a entregar-lhe os respectivos rendimentos, sem diminuição ou quebra alguma, á razão de cinco por cento, e indemnisa-o de todas e quaesquer damnificações por arbitrio de louvados, e executivamente, obrigando para esse fim, como com effeito obrigação, todos os seus bens moveis e de raiz, presentes e futuros, accrescentando a outorgante Anna Dias, que renunciava o privilegio do *senatus consulto veleiiano*, de que estava certificada, e de que protestava usar(102). E por uns e outros foi tambem dito, que para maior segurança e legalidade nomeavão por seu fiador e principal pagador a Sebastião Mendes, da sobredita villa, o

(100) Apparecendo por procurador, declara-se o nome delle, e copia-se a procuração no fim da escriptura.

(101) Não sendo conhecidos do escrivão, deve msêl-o de duas testemunhas pelo menos, e ambas ellas devem assignar na nota, fazendo-se na escriptura a competente declaração.

(102) Todas as mulheres, que figurarem na escriptura devem fazer esta renuncia. Não havendo mulheres, não se faz menção desta renuncia.

qual, sendo tambem presente e conhecido de mim escrivão, de que dou fé (103), disse na minha presença e das mesmas testemunhas, que com effeito ficava por fiador e principal pagador dos ditos outorgantes Manoel Gomes, sua mulher e seus irmãos, pela importancia das legitimas e rendimentos de seu tio ausente Feliciano Gomes, obrigando-se, no caso que elle volte a este reino, ou algum seu herdeiro ou bastante procurador, a entregar-lhe por inteiro todos os bens das ditas legitimas, e seus rendimentos a cinco por cento, e indemnisal-o de quaesquer damnificações por arbitrio de louvados, e executivamente, tomando esta divida como propria, e obrigando, como com effeito obrigava a ella, todos os seus bens moveis e de raiz, presentes e futuros, e por especial hypotheca os bens seguintes : Uma quinta no sitio das Pedras, limite da dita yilla, a partir com Antonio Mendes e Ribeiro Publico, que bem vale oitocentos mil réis, e uma vinha no sitio do Carrapatelo, limite do lugar do Teixoso, a partir com José de Figueiredo, Anna Alonço e estrada Concelhia, que bem vale quinhentos e noventa mil réis, cujas propriedades são suas, livres e desembargadas. E pelos sobreditos outorgantes e fiador foi tambem dito, que, no caso de mudarem de domicilio, e ainda no que hoje tem, renunciavão o juizo do seu fôro, obrigando-se a responder por toda a obrigação contrahida nesta escriptura no juizo dos orphãos da villa de Covilhã, e a pagar á pessoa empregada na cobrança e execução de quatrocentos réis por dia, posto que peão seja. Em testemunho e fé de verdade assim o outorgaram, pediram e aceitaram, assignando todos ; e a rogo da outorgante Anna Dias, por não saber escrever, assignou Luiz Barbas, desta cidade, sendo para isso rogado na minha presença, de que dou fé, e forão testemunhas Bento Gomes e Bonifacio Giraldes, ambos desta mesma cidade, e todos conhecidos de

(103) Veja-se a nota 101, que tambem aqui é applicavel.

mim escrivão, de que tambem dou minha fé, que aqui assignarão depois, que esta lhes foi lida e declarada por mim. —Antonio de Torres Pacheco. —A rogo, Luiz Barbas. —Manoel Gomes. —Joaquim Gomes. —Do fiador Sebastião Mendes. —Bento Gomes. —Bonifacio Giraldes. —E não se continha mais na dita escriptura, que eu sobredito escrivão aqui copiei bem e fielmente da propria, que lancei no meu livro de notas, a que me reporto. Guarda, 9 de Dezembro de 1831. Antonio de Torres Pacheco. *In testimonium veritatis* (104). —Antonio de Torres Pacheco.

Termo de conclusão

Aos dez dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta e um fiz conclusos estes autos. Antonio de Torres Pacheco, escrivão, o escrevi.

Sentença

Visto achar-se provado, que Antonio Gomes, da villa de Covilhã, se ausentou para fóra do reino, e no estado de solteiro, ha mais de dez annos, sem ter tornado a haver noticias d'elle, o que o faz presumir morto, e visto provar-se igualmente, que elle não tem ascendentes ou descendentes, nem outros alguns parentes mais proximos do que os justificantes, por serem os unicos filhos de Feliciano Gomes, que tambem era o unico irmão do sobredito ausente, hei por habilitados os mesmos justificantes para a curadoria, e successão provisoria, de que se trata, mandando que se lhes entreguem os bens respectivos, justificando no juizo competente (105) a idoneidade

(104) Neste lugar deve o escrivão fazer o seu signal publico.

(105) O juizo competente é o dos orphãos do lugar, onde estavam arrecadados os bens do ausente, por terem lá sido feitos os inventarios de seus pais.

da fiança, que neste derão, e pagando as custas. Guarda, 18 de Dezembro de 1831 (106).

Antonio da Costa Freire Cabral.

CAPITULO XII

DO FORMULARIO DE UNS AUTOS DE ABONAÇÃO DE FIANÇA
PARA A CURADORIA E SUCCESSÃO PROVISORIA DE UM
AUSENTE (107).

1831

Covilhã.

*Autos de abonação da fiança dada no juizo da provedoria
para a successão provisoria dos bens do ausente Antonio
Gomes.*

Supplicantes.—Manoel Gomes e seus irmãos.

Supplicado.—O Dr. curador-geral.

Escrivão, Fonseca.

(106) Aparecendo alguns outros parentes em igual gráo aos já provados por esta sentença, podem embargal-a; e, provando com effeito o parentesco, devem ser attendidos simultaneamente, prestando fiança. Se provão estarem em gráo mias proximo do que aquelles, que forão providos, excluem-nos inteiramente, pois que, attenta á disposição da Ord. do liv. 1.^o, tit. 62, § 38, e do § 50 do regimento do desembargo do paço, preferem na curadoria e successão provisoria os que estão em grãos mais proximos do ausente, e que succederião na sua herança, se elle fosse fallecido. Parece-me, portanto, insustentavel a differença, que faz *Fabr.*, in Cod., liv. 5.^o, tit. 4.^o, def. 1, e a que fazem outros autores citados por *Almeida e Souza*, no § 14 da dissertação sob a curadoria, e successão dos bens dos ausentes.

(107) Com a sentença extrahida do processo, de que trata o

Auto

Anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos e trinta e um, aos vinte dias do mez de Dezembro do dito anno, nesta villa de Covilhã, e meu escriptorio, me foi apresentado o requerimento, despacho e sentença adiante juntos, de que fiz estes autos. João José da Fonseca, escrivão dos orphãos, o escrevi e assignei.

João José da Fonseca.

Requerimento

Dizem Manoel Gomes e seus irmãos, desta villa, que para se lhes entregarem os bens e rendimentos do ausente seu tio Antonio Gomes, a cuja curadoria e successão provisoria se achão habilitados pela sentença, que ajuntão, proferida no juizo da provedoria, precisão justificar neste, que o fiador offereci lo é idoneo, e que os bens por elle hypothecados na escriptura copiada na dita sentença são seus, livres e desembargados, e valem o preço, em que forão estimados, pelo que

P. a V. S., Sr. Dr. juiz de
fôra e dos orphãos, se sirva

capitulo antecedente, se vem dar principio a este no juizo dos orphãos, aonde os bens do ausente estão arrecadados. O escrivão do inventario, de onde se extrahio a certidão das légitimas do mesmo ausente, é a quem por dependencia pertence este processo, que depois deferido se ajunta por appenso ao dito inventario, tomando-se as ultimas contas ao curador, e dando-se-lhe baixa na curadoria para os habilitados á successão provisoria entrarem na posse dos bens, isto é, para findar a curadoria decretada na fórma da Ord. do liv. 1º, tit. 90, e começar a decretada na fórma da Ord. do liv. 1º, tit. 62, § 38.

admittil-os a justificar, para
lhes deferir, como fôr de jus-
tiça.

E. R. M.

Despacho

Justifique, com citação do Dr. curador-
geral (108). Covilhã, 20 de Dezem-
bro de 1831.

Cunha.

Certidão

Dou fé notificar o Dr. curador-geral para vêr jurar tes-
temunhas sobre a materia do requerimento *retro*, que lhe
mostrei. Covilhã, 20 de Dezembro de 1831.

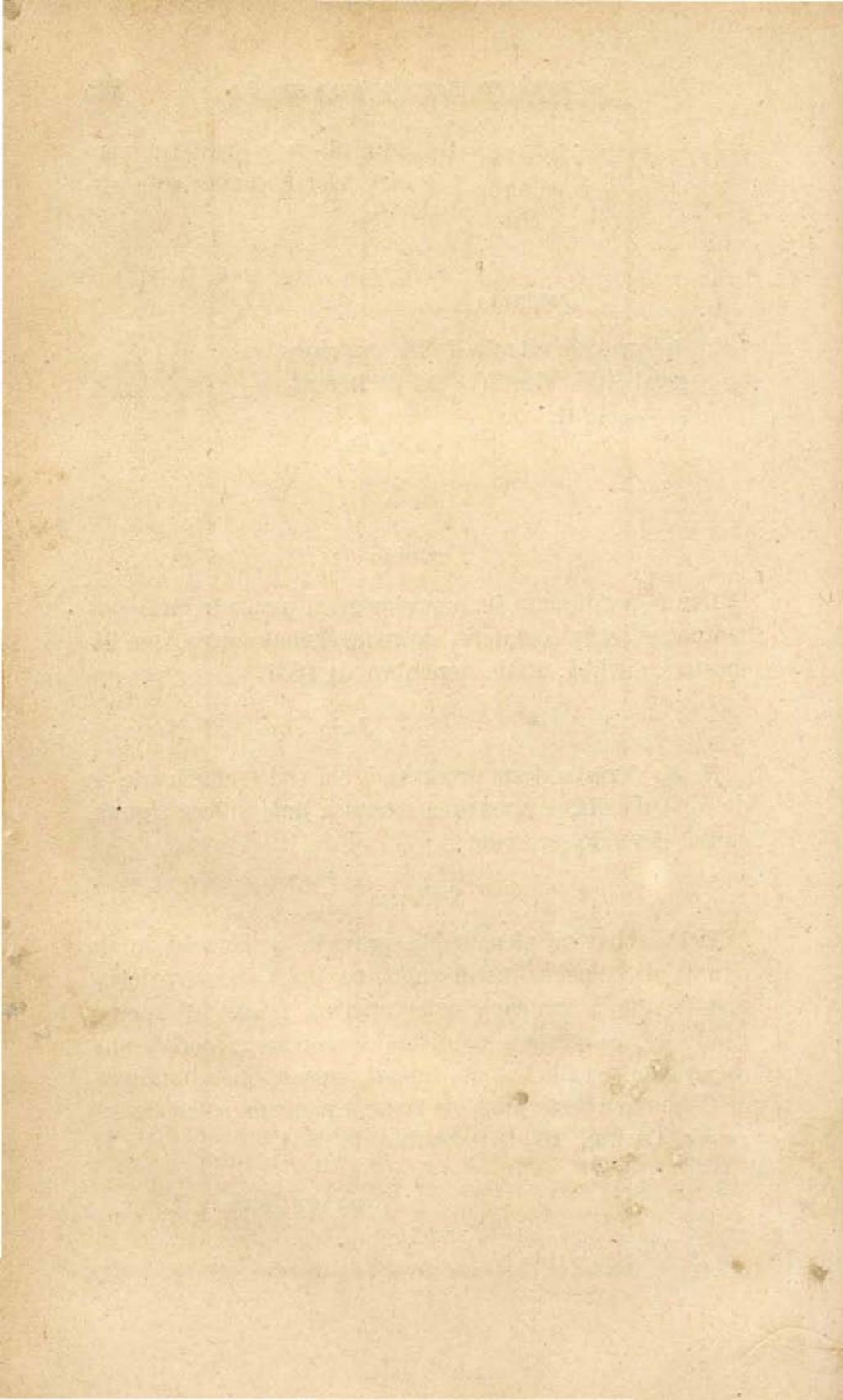
João José da Fonseca.

N. B. O resto deste processo é em tudo semelhante ao
do capitulo VII, e apenas a sentença final differe alguma
cousa, devendo ser assim :

Sentença

Visto achar-se plenamente provada a idoneidade da
fiança, dada pelos justificantes no juizo da provedoria,
mando, que a sentença nelle referida se execute, entre-
gando-se aos mesmos justificantes os bens e rendimentos
do ausente seu tio Antonio Gomes, cessando a administra-
ção, que por este juizo se fazia, e paguem as custas *ex-
causa*. Covilhã, 20 de Dezembro de 1831.

Luiz da Cunha e Lima.



CAPITULO XIII

DO FORMULARIO DO LIVRO DAS TUTELAS (109)

Covilhã

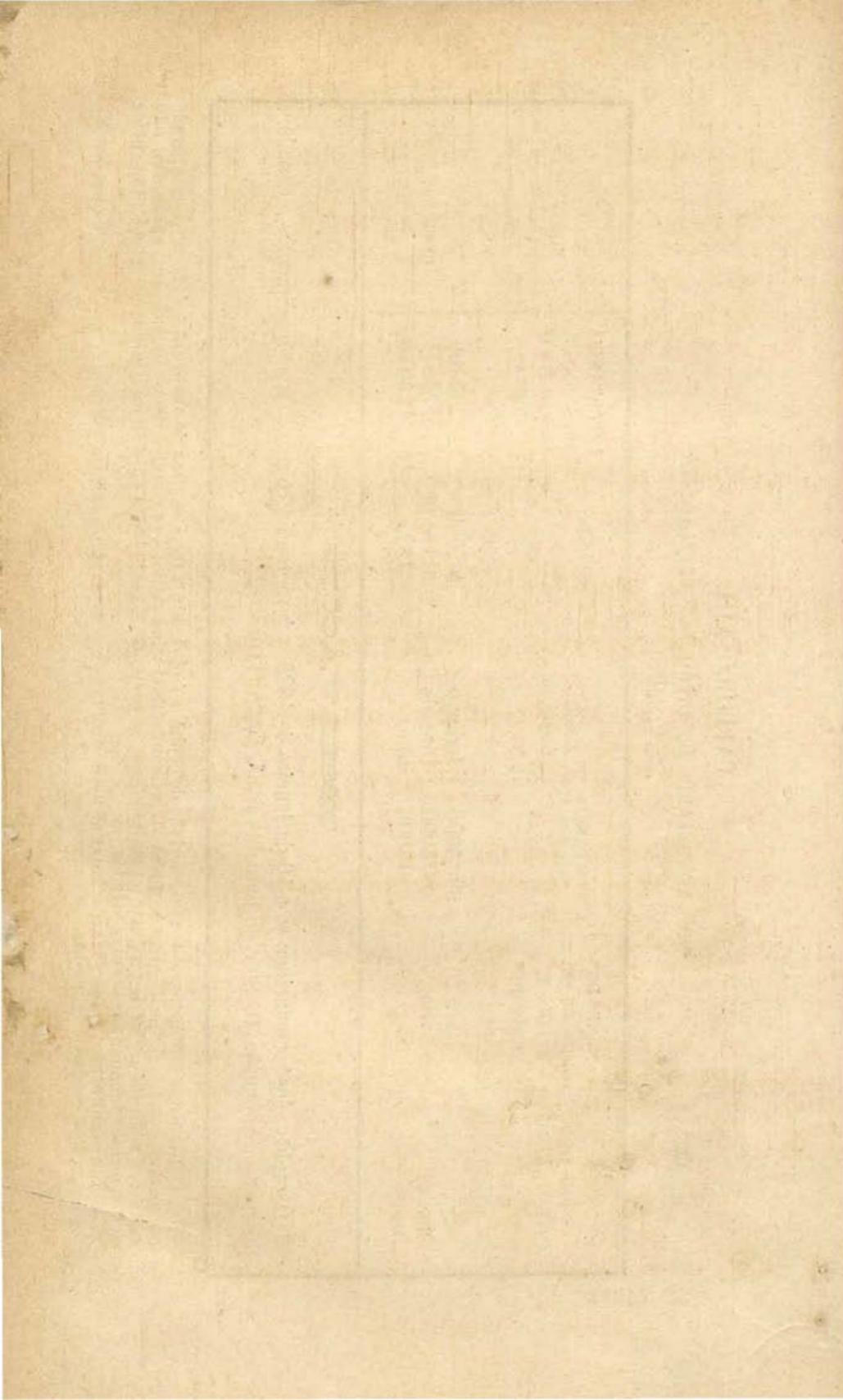
NOME DO INVENTARIADO	NOMES DOS ORPHÃOS SEUS FILHOS E HERDEIROS	IMPORTANCIA DAS LEGITIMAS	NOME DO TUTOR	QUANDO ASSIGNOU O TERMO	IMPORTANCIA DO ALCANCE DAS ULTIMAS CONTAS	AONDE EXISTE
Manoel Antunes	José. Maria. Jorge.	380\$000 380\$000 380\$000	Jeronymo Dias da Cunha.	A 20 de Outubro de 1825	20\$800 17\$315 11\$840	Na caixa.

OBSERVAÇÕES

O orphão José emancipou-se a 16 de Janeiro de 1829, e levantou do cofre os seus rendimentos, segundo consta do inventario á fl. 80 e do livro da caixa á fl. 20 (110).

(109) O livro das tutelas, que todo o escrivão de orphãos é obrigado a ter, com pena de suspensão, deve ser escripturado de maneira, que de um golpe de vista se possa vir no conhecimento daquillo, que convier. Se o modelo, que apresento, não é o melhor, é contudo capaz de produzir o resultado, que se pretende, e tanto basta para se fazer digno de ser adoptado pelos escrivães, e recommendado pelos magistrados.

(110) Em seguimento destas se fazem todas as mais observações, que vão occorrendo, como, v. g. os augmentos dos alcances nas novas contas, as compras, que com elles se vão fazendo, etc.



DISSERTAÇÃO

JURIDICA E PRATICA

SOBRE DIVERSAS QUESTÕES QUE PODEM OCCORRER

No juizo divisorio orphanologico

E que no mesmo devem ser promptamente decididas, salvo os
meios ordinarios

Para servir de supplemento ás Primeiras Linhas Sobre o
Processo Orphanologico

DISSERTAÇÃO

QUESTÃO I

Figurão de herdeiros em um inventario dous gêmeos do mesmo sexo, sem que conste legalmente qual delles nasceu primeiro: ha na herança bens vinculados e emphyteuticos, que pela determinação da lei devem passar precipuamente para o herdeiro mais velho. Pergunta-se: que deve fazer o juiz em semelhante caso?

§ 1.º

Esta questão pôde ocorrer, e tem com effeito occorrido no fóro por diversas vezes: a afflicção, em que se acha toda a familia, e todos os assistentes, na occasião de um parto laborioso; a escuridade do lugar; a preferencia, que, em tal caso, se dá á mãe com exclusão dos filhos recém-nascidos; o pouco intervallo, que muitas vezes medeia entre o nascimento de um e de outro, e a facilidade, com que se confundem ambos elles, sem se fazer reparo nos signaes phisionomicos, que poderião distinguir aquelle, que nasceu primeiro, tudo concorre a tornar, não só possível, mas até frequente esta questão.

§ 2.º

A medicina, que tantos soccorros e tantos esclarecimentos proveitosos tem prestado, e está prestando, á jurisprudencia, nenhuns lhes subministra para a decisão do presente caso; porque, ainda que alguns medicos legistas,

fundados na experiencia, quizerão sustentar, que o mais bem constituido e o mais robusto dos dous gêmeos tem a seu favor a presumpção de ter nascido primeiro, todavia muitas observações e muitos factos em contrario fizeram vêr, o pouco fundamento de semelhante opinião, e arrancáram da penna de um illustre escriptor (1) a ingenua confissão, de que este caso não pôde ser resolvido pela medicina.

§ 3.º

Os autores, que tratárão juridicamente esta questão nos tempos antigos, sustentárão nada menos de seis opiniões diversas: dizendo uns, que, no caso proposto devia succeder com preferencia aquelle dos gêmeos, que fosse mais bello; outros o mais robusto; outros, que nenhum delles, mas sim o mais proximo em gráo; outros, que os bens se devião julgar em tal caso alodiaes e partiveis; outros, que devia ter lugar o direito de gratificação, preferindo aquelle que o pai escolhesse, e designasse a seu arbitrio; outros, que devia recorrer-se á sorte; e outros, finalmente, que devião succeder ambos por igual. As primeiras cinco destas diversas opiniões estão victoriosamente refutadas por Ant. Gom. (2), e só a philantropia fez com que o illustre Mel. Freire se inclinasse a adoptar a quarta, ou a desejar que se adoptasse, servindo-se das razões, que lhe subministrou o seu fecundissimo ingenho (3).

§ 4.º

Foi com a ultima destas opiniões, que se conformou a le-

(1) Mr. *Fodéré*, *Traité de medecine légale*, tomo 2, § 330, edic. de 1813.

(2) *Comment. á lei 40 do Tour.*, n. 68, vide *Guerreiro*, *Trat.* 2, lib. 2, cap. 6, n. 72 e seguintes.

(3) *Inst. Jur. Civ. Lusit.*, parte III, tit. 9, § 23, nota.

gislação da Hespanha (4), determinando, que, na hypothese desta questão, se dividissem igualmente entre os gemeos os bens, que deverião pertencer precipuamente ao mais velho, se fosse possivel saber-se qual delles o era; e por diversas vezes se fez applicação desta lei nos casos occorretes, segundo affirmão muitos escriptores da dita nação.

§ 5.º

Com esta opinião e com esta legislação, como subsidia-ria, se conformarão por diversas vezes os tribunaes e magistrados deste reino, e com especialidade no importante pleito, que pendeu entre D. Rita Bernarda de Figueiredo Brandão e D. Sancha Eugenia de Figueiredo Brandão, irmãs gemeas e filhas do desembargador João Alves de Figueiredo Brandão, confirmando-se as sentenças, que mandarão repartir o vinculo entre ambas pelo alvará de 9 de Janeiro de 1788.

§ 6.º

Correndo, portanto, dous gemeos em um inventario, em que haja bens vinculados, e não se sabendo qual delles nasceu primeiro, deve o juiz mandar repartil-os entre ambos, com a declaração, de que se tornarão a reunir em um delles, extincta a descendencia legitima do outro; porque, ainda convindo com o illustre Mel. Freire (5), em que o citado Alv. não constitue lei geral, por ter tido por objecto um caso particular, todavia não pôde duvidar-se, de que elle inculca a vontade do soberano, e que, na falta de outra lei em contrario, deve servir de norma aos julgadores.

(4) Liv. 12, tit. 33, Partit. 7.

(5) Cit. loc.

§ 7.º

Enquanto, porém, aos prazos, como da divisão delles pôde resultar prejuizo aos senhorios directos, deve a divisão por glebas evitar-se quanto fôr possível; e por isso, havendo dous ou mais prazos de successão precipua, deverá o juiz do inventario repartil-os entre os dous gemeos, sem os dividir por glebas; e se aquelles, que der a um, valerem mais do que aquelles, que der ao outro, deverá inteirar o quinhão deste em tornas ou reposições. Havendo, porém, no casal um unico prazo de semelhante natureza, então deverá dividir por igual entre ambos os gemeos as terras, de que elle constar, dividindo tambem o fôro, e fazendo constar ao senhorio isso mesmo para saber de quem ha de haver os seus direitos dominicaes. Em tal caso não poderá o dito senhorio tirar pretexto da dita divisão (por isso, que é necessaria, e não voluntaria) para impedil-a, e menos ainda para demandar o commisso (6).

QUESTÃO II

Morre um homem sem filhos, ou outros alguns descendentes ou ascendentes, tendo, porém, herdeiros collateraes menores; quer o juiz proceder a inventario para repartir por elles a meação do defunto, mas nesta occasião apparece a viuva dizendo estar grávida; dá com effeito á luz um filho, mas passados mais de nove mezes da morte de seu marido. Pergunta-se: deverá o juiz consideral-o legitimo e dar-lhe a herança, ou deverá repartil-a pelos collateraes?

§ 8.º

Toda esta questão se reduz a determinar qual é o maior

(6) Argum. da Ord. do liv. 3º, tit. 73, § ultimo.

espaço de tempo, que, sem prejuizo da legitimidade do filho, pôde decorrer entre o momento da concepção e o momento do parto. Os medicos, cirurgiões e naturalistas, tanto antigos como modernos, não estão de accordo sobre o tempo da gestação da mulher, sustentando uns, que elle pouco pôde exceder a nove mezes, e defendendo outros, que pôde estender-se a dez, onze, doze e mais ainda (7).

§ 9.º

Esta diversidade de opiniões, sustentadas por homens igualmente respeitaveis por seus talentos e saber, influio na jurisprudencia, na legislação dos povos antigos e modernos. Pelas leis das doze taboas (8), e pelas do Digesto (9), são considerados legitimos os filhos, que nascem dentro de dez mezes depois da morte de seus pais, e illegitimos aquelles, que nascem um momento depois. O pretor Lucio Papirio, segundo diz Plinio o naturalista, declarou legitimo um filho nascido treze mezes depois da morte de seu pai; e o imperador Adriano, fundando-se na opinião dos medicos, philosophos e jurisconsultos de seu tempo, declarou por um edito, de que Aulo Gelio nos transmittio o texto, que os filhos nascidos até o undecimo mez se devem considerar legitimos.

(7) Da primeira opinião são, além de outros, *Bohnio, Hebens-treit, Bouvard, Louis e Mahon*. Da segunda são, além de outros muitos, *Aristoteles, Plinio, Cardan, Leonard, Amato Lusitano, Bodin, Avicena, Alberto, Zachias, Valentini, Domat, Haller, Berlin, A. Petit, Lebas Roussel, Viq d'Azyr e Mr. Fodéré*. Ha uma outra classe de autores, que, sem negarem a possibilidade dos nascimentos tardios, não se atrevêrão a decidir-se; e nesta classe, além de alguns mais, entrão *Mauriceau, De La Motte-Ræderer e Bâudelocque*.

(8) L. 31, que diz assim: *Si filius patri intra decem menses proximos a morte, natus ex uxore fuerit, ei filius esto*.

(9) L. 3, § 21, *de suis et leg. hæred.*

§ 10

Esta decisão do imperador Adriano foi adoptada por Justiniano (10), sendo destas tão desvairadas decisões, que tem nascido a diversidade dos julgados nos tribunaes da Europa, que, na falta de lei propria, se regularão pelo direito romano, adoptando de tantas e tão diversas leis aquella, que mais quadrava aos seus desejos, ou ao seu modo de pensar.

§ 11

Nada menos do que doze decisões diversas, dadas nos tribunaes de França desde o anno de 1578 até ao de 1779, nos refere o illustre Fodéré (11), e muitas outras se encontram ainda na collecção das causas celebres. Foi para evitar esta variedade de julgados, estabelecendo uma regra fixa em materia de tanta importancia, que o codigo civil dos francezes (12) determinou: « Que a legitimidade do filho, nascido dez mezes depois da morte de seu pai, ou da dissolução do matrimonio, possa ser contestada por aquelles, que nisso tiverem interesse. »

§ 12

Esta decisão, excluindo toda a duvida da legitimidade até aos trezentos dias, ou dez mezes completos, não exclue a possibilidade de se julgar legitimo o filho, que nasceu depois desse tempo, se fortissimas razões convencerem os magistrados dessa mesma possibilidade. Por est. maneira combinou o legislador o interesse social com o respeito devido á virtude, respeito, que moveu o imperador Adriano

(10) Novel. 39, cap. 2, e Novel. 89.

(11) *Traité de Med. Lég.*, § 367.

(12) Art. 315.

a declarar legitimo, como já disse, um filho nascido onze mezes depois da morte de seu pai, segundo se conclue, do que diz Godefroi nas palavras: « *Decemviri decimo mense gigni hominem putarunt, non undecimo: sed tamen Divus Adrianus, cum fœmina bonis atque honestis moribus, undecimo mense post mariti mortem peperisset, causa cognita, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis, decrevit undecimo quoque mense partum edi posse* » (13).

§ 13

E com effeito, ainda que a marcha da natureza é as mais das vezes regular e uniforme, a experiencia mostra comtudo, que ella tambem se desvia dessa regularidade, o que fez dizer a um antigo philosopho (14): « *Non respondet at propositum, nec ad certam diem fecunditas; sui juris rerum natura est; nec ad leges humanas componitur: modò vota præcurrit, modò lenta est, et demoratur.* » E eis-aqui sem duvida, o que tambem fez dizer ao insigne Mel. Freire (15), que a respeito do tempo dos partos legitimos se devem regular os magistrados, não pelas decisões do direito romano, mas sim pelo juizo dos facultativos de medicina, a quem em taes casos devem consultar.

§ 14

Da mesma sorte, que discorria este illustre juriscônsulto, discorrêrão os mais conspicuos magistrados de algumas nações civilisadas, que, tendo a decidir a questão, de que estamos tratando, ouvirão sempre o voto dos mais abalisados medicos e cirurgiões do seu tempo, e com elle

(13) Comment. á Nov. 39, cap. 2, pag. 39.

(14) *Papio Fabianno. Senec.*, cont. 5.

(15) Inst. Jur. Civ. Lusit., parte 2ª, tit. 6, § 2, nota.

se conformarão nas suas decisões. A faculdade de medicina de Leipsick, sendo consultada, em 1660, se seria possível ser legitimo um filho nascido doze mezes depois da morte de seu pai, respondeu : « Que a natureza se desviava muitas vezes da sua marcha regular na formação do feto e no termo da gravidez ; que autores digno de todo o credito referião exemplos de mulheres, que tinham parido aos dez, onze, doze, quatorze e quinze mezes, e que por isso o filho, de que se tratava, deveria considerar-se legitimo, maiormente por se achar provada a virtuosa conducta de sua mãe (16). »

§ 15

O erudito, e muito celebre Mr. A. Petit (17), bem conhecido pelos seus escriptos e pela sua reputação litteraria, respondendo tambem á consulta, que lhe foi feita por um tribunal, disse : « Não só é possível retardar-se o termo do parto até aos onze, doze, e mais mezes, mas é invencivelmente demonstrado ter isso acontecido muitas vezes. » Dulignac, a quem a cirurgia deve tanto, respondeu á outra consulta, que lhe foi feita : « Que dos tres ultimos filhos, que sua mulher tinha dado á luz, dous tinham nascido aos treze mezes, e outro aos onze, o que não admittia a mais pequena duvida, pois que elle se tinha certificado do tempo destas tres concepções pelo meio mais evidente e infallivel, qual o movimento do feto aos quatro mezes da gravidez. »

§ 16

De todas estas, e de muitas outras autoridades, transcriptas pelo citado Mr. Fodéré, conclue elle na sua incom-

(16) *Fodéré*, cit. loc., § 409.

(17) *Recueil des piéces relatives à la questions des naissances tardives.*

paravel *Medicina Legal* (18) pela maneira seguinte : « Todas as vezes, que eu fôr consultado sobre a legitimidade de um nascimento tardio, examinarei, se existem causas physicas, ou moraes, que tenham podido retardal-o ; e, se a estas provas se ajuntar a de uma vida retirada, e a de uma reputação intacta, eu não hesitarei um instante em decidir a favor da minha cliente, ainda que o parto se tenha demorado até ao duodecimo mez. Eu serei, porém, de uma opinião inteiramente diversa, se a viuva, além de gozar de uma perfeita saúde, se tiver assignalado por um gosto decidido pela dissipação e pelos prazeres. A dama franceza, de que falla Godefroi (19), e cujo filho foi declarado legitimo pelo tribunal, apesar de ter nascido doze mezes depois da morte de seu pai, tinha passado o anno de sua viuvez no luto e nas lagrimas (20). Foi por isso, que ella ganhou o seu processo no tribunal dos magistrados, dos physicos e dos moralistas, e ella o teria perdido em todos elles, se tivesse feito da sua liberdade um uso diverso. »

§ 47

Do que fica dito concluo eu, que na questão proposta deve o juiz do inventario considerar legitimo o posthumo, tendo nascido dentro dos dez mezes depois da morte de seu pai, e dar-lhe a herança sem hesitação alguma. Tendo, porém, nascido depois do dito tempo, deve então pôr a herança em arrecadação judicial e suspender a partilha até se decidir a questão da legitimidade pelos meios competentes,

(18) § 418.

(19) Cit. loc. Vide nota 12.

(20) Todos os autores, que sustentão a possibilidade e a existencia dos nascimentos tardios, dizem, que umas das causas mais capazes de retardal-as é a molestia, tanto physica, como moral, e com especialidade as paixões violentas e deprimentes.

sendo então, que se devem consultar os facultativos de medicina, para o seu iuzo, combinado com as provas, servir de norma aos magistrados, que houverem de decidir tão delicada puestão.

QUESTÃO III

Morrem no mesmo naufragio, no mesmo incendio, ou em qualquer outro desastre, diversas pessoas, que se succedem reciprocamente, sem se poder averiguar qual dellas morreu primeiro. Pergunta-se: como deve regular-se a successão neste caso?

§ 18

Figuremos uma hypothese. Pedro embarcou com dous filhos unicos, que tinha; o navio naufragou, e morrerão todos tres, cahindo no mar ao mesmo tempo; a viuva de Pedro interessa, em que seus filhos sobrevivessem a seu marido para lhe transmittirem a herança, e os collateraes do dito Pedro interessão, em que este sobrevivesse a seus filhos para serem seus herdeiros. Estes collateraes são menores, e é por isso ao juiz dos orphãos, que pertence o fazer inventario. Que deve fazer-se em tal caso, emquanto se não decide a questão ordinaria, se ella tiver lugar?

§ 19

Sempre occupados na guerra, diz o illustre Poderê (21), e morrendo mais vezes nos combates do que leito, os romanos tinhão uma absoluta necessidade de leis, que regulassem a successão, quando o pai e o filho, o tio e o sobrinho, ou quaesquer outras pessoas, que se succedessem

(21) Medec. Légal, § 425.

reciprocamente, morressem no mesmo combate, sem se poder saber qual morreu dellas primeiro. Legislárão, portanto, a este respeito, e se achão no *Digesto* algumas leis(22), em que se estabelecem regras para regular em taes casos a presumpção de direito.

§ 20

Segundo essas regras, no caso de morrerem juntamente duas pessoas de diversa idade, se deve presumir, que o impubere morreu primeiro; morrendo o pai com seu filho já pubere, deve presumir-se, que este sobreviveu áquelle; e, morrendo duas pessoas de diverso sexo, a presumpção da sobrevivencia está a favor do sexo masculino, não havendo nas idades uma consideravel differença.

§ 21

Só na força da idade e do sexo deverião procurar-se os motivos para se estabelecerem as presumpções legaes a semelhante respeito: assim o fizeram os romanos, segundo as luzes do seu tempo, sendo por isso, que as citadas leis servirão de norma em muitas decisões de casos occurrentes em diversos tribunaes, segundo diz, referindo alguns delles, o celebre Zachias(23).

§ 22

Augmentárão-se porém, os conhecimentos no importantissimo rãõ da physica animal, e a legislação dos romanos nesta parte começou a não ser considerada como oraculo, e a ser apenas seguida na parte, em que se conformava com as luzes do seculo. O parlamento de Paris, na causa

(22) Tit. de *rebus dubiis*.

(23) *Quæst. Med. Leg.*, lib. 5, tit. 2, quæst. 42.

da successão de uma mãe, que se tinha afogado com sua filha unica, de quatro annos de idade, decido em 1629, que a filha deveria ter morrido primeiro, e que a herança se devia devolver aos collateraes. Alguns annos antes o mesmo tribunal tinha julgado em sentido contrario, decidindo, que os filhos de Bobia, apesar de ter um delles vinte e dous mezes e o outro oito annos de idade, lhe tinhão sobrevivido. E, ainda que o historiador desta celebre causa(24) quer persuadir, que o favor influio muito na decisão della, todayia o illustre Fodéré (25) mostra victoriosamente, que semelhante decisão se fundou nas mais razoaveis presumpções, e que a decisão contraria seria injustissima.

§ 23

Os redactores do codigo civil dos francezes, aproveitando da legislação romana o que ella tinha de bom, e corrigindo-a pelos esclarecimentos e luzes do seu seculo, formárão cinco artigos, que, constituindo outras tantas presumpções legaes, evitarão todas a duvidas, e removêrão toda e qualquer arbitrariedade em materia de tanta importancia. « Se aquelles, que morrem juntamente, diz o citado codigo, tiverem menos de quinze annos, a presumpção da sobrevivencia está em favor do mais velho. Se todos excederem a sessenta annos, o mais novo tem a presumpção a seu favor. Se uns tinhão menos de quinze e outros mais de sessenta annos, deve presumir-se, que aquelles sobreviverão a estes. Se todos tinhão mais de quinze annos nas menos de sessenta, a presumpção está a favor do mais velho, havendo igualdade ou pouca differença nas idades; e, sendo todos do mesmo sexo, deve presumir-se que sobrevive o mais novo(26). »

(24) *Richer, Caus. Celeb.*, tomo 3, pag. 415.

(25) *Med, Leg.*, tomo 2, cap. 9, secc. 3, § 454 e seguintes.

(26) *Articles 720, 721 e 722.*

§ 24

Só deve, porém, recorrer-se a estas presumpções legaes, diz o citado codigo, quando não fôr possível saber-se, qual dos envolvidos no mesmo desastre morreu primeiro, ou quando isso se não puder decidir pelas circumstancias do facto, pois que no primeiro caso cessa toda a duvida, e no segundo ha uma certeza superior á que resulta das ditas presumpções, porque, segundo diz o citado Fodéré(27): « As circumstancias do facto devem ter o primeiro lugar na discussão, por isso que os factos estão acima das presumpções, que apenas lhe servem de supplemento. »

§ 25

E com effeito, ainda que seja presumivel aos olhos da lei, que em um desastre commum o mais forte sobreviveu ao mais fraco, comtudo esta presumpção ficará inteiramente desvanecida aos olhos da razão, da justica e do bom senso, podendo provar-se, que o mais forte começou com antecipação a sentir os effeitos do dito desastre, ou que os soffreu por modo diverso e mais violento. Figuremos, que debaixo das ruinas do mesmo edificio, aonde murrêrão diversas pessoas, se achárão umas esmagadas debaixo de grandes pedras, outras sem lesão alguma mortal, mas apenas suffocadas, e outras, que, além de não terem lesão alguma mortal, estayão em uma concavidade, sem terem de cima cousa alguma, que as podesse suffocar repentinam. Quem duvida, que as primeiras, ainda que mais fortes fossem, não murrer primeiro do que as segundas, e estas primeiro do que as ultimas?

§ 26

Concluo, portanto, que no caso figurado no principio

(27) Med. Leg., tomo 2, § 425.

desta questão deve o juiz excluir os collateraes de Pedro da sua successão, se os filhos deste, mortos no mesmo desastre juntamente com elle, fossem puberes, pois que em tal caso se presume, que elles sobreviverão a seu pai, e por isso transmittem a herança á sua mãe. Em todos os mais casos occurrentes se deve regular a decisão delles pelo citado código, a cujas disposições presidirão a philosophia, a razão e o bom senso.

FIM

INDICE DA SEGUNDA PARTE



	PAG.
CAP. XVIII.—Dos tutores	5
XIX.—Dos que não podem ser tutores	62
XX.—Das escusas dos tutores	72
XXI.—Da remoção dos tutores	80
XXII.—Dos curadores	90
XXIII.—Das contas.	97
XXIV.—Da emancipação	120
XXV.—Da curadoria e successão provisoria dos ausentes	132
APPENDICE. — Legislação reguladora da arrecadação, administração e destino dos bens de ausentes.	147
FORMULARIO de todos os autos, termos, certidões e despachos.	
CAP. I.—Do formulario de um inventario processado no juizo dos orphãos	239
II.—Do formulario de um processo ou auto de contas	271
III.—Do formulario de uns autos de escusa de tutor	279
IV.—Do formulario de uns autos de remoção de tutor	284
V.—Do formulario de uns autos de remoção de testamento	290
VI.—Do formulario de uns autos de tutela provisionaria processados no juizo da provedoria	293
VII.—Do formulario de uns autos de tutela provisionaria processados no juizo dos orphãos	304
VIII.—Do formulario de uns autos de arbitrio ou assignação de rendimentos	308
IX.—Do formulario de uns autos de emancipação	314
X.—Do formulario de uns autos de habilitação de herdeiro	320
XI.—Do formulario de uns autos de curadoria e successão provisoria de um ausente, processados no juizo da provedoria	325
XII.—Do formulario de uns autos de abonação de fiança para a curadoria e successão provisoria de um ausente	333
XIII.—Do formulario do livro das tutelas.	337
DISSERTAÇÃO	341



Faint, mostly illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. Some words like "BIBLIOTECA" and "MUSEU" are partially visible.

BIBLIOTECA

L-4
C-17