

CURSO

DE

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ

PARA O ANNO LECTIVO

DE

1843—1844;

OU

COMMENTARIO A'S INSTITUIÇÕES

DO

Sr. Paschoal José de Mello Freire

SOBRE O MESMO DIREITO.

POR

Antonio Ribeiro de Liz Teixeira,

Thesoureiro Mór na Cathedral de Coimbra, Lente Cathedratico da Faculdade de Direito na Universidade, etc.

PARTE SEGUNDA.

DIVISÃO 1.^a

DO DIREITO DAS COUSAS COM RELAÇÃO
A' PROPRIEDADE ILLIMITADA.



COIMBRA,

NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1845.

AO

ILLUSTRÍSSIMO E EXCELENTÍSSIMO
SENHOR

Conde de Thomar,

COMO

Restaurador da Carta Constitucional
da Monarchia Portugueza,

COMO

JURISCONSULTO,

E

EM RECONHECIMENTO DOS BENEFÍCIOS,
QUE TEM PRESTADO,

COMO

Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino,

Á

UNIVERSIDADE,

O. D. e C.

Antonio Ribeiro de Liz Teixeira.

INDICE

DAS

Materias deste Livro.

PARTE 2.^a

DIVISÃO 1.^a

DO DIREITO DAS COUSAS COM RELAÇÃO A' PROPRIEDADE ILLIMITADA.

TITULO I.

Divisão das cousas, e sua natureza ou qualidade.

	Pag.
§. 1. <i>R</i> azão d'ordem, e idéa geral das cousas	1
— 2. <i>P</i> rovisão das cousas segundo as leis Romanas	4
— 3. <i>C</i> ousas sagradas	5
— 4. <i>S</i> entido, em que as dizemos cousas de direito divino, e quem tem o seu dominio	6
— 5. <i>C</i> ousas sanctas	10
— 6. <i>C</i> ousas religiosas	12
— 7. <i>Q</i> uaes os direitos do Soberano, e quaes os dos Bispos ácerca dos cemiterios e sepulturas	14
— 8. <i>D</i> ivisão das cousas em razão do proprietario	19
— 9. <i>D</i> istincção dos bens pertencentes ao Soberano	25
— 10. <i>D</i> ivisão das cousas consideradas em si mesmas, e em razão do modo geral, por que são nossas	26

- §. 11. *Outras divisões de bens ou cousas* 28
 — 12. *Das classes de direitos em quanto ás cousas* 30

TITULO II.

Do dominio e posse.

- §. 1. *Razão d'ordem, e definição do dominio* . . . 32
 — 2. *Effeitos do direito de propriedade* 33
 — 3. *Dominio restricto* 34
 — 4. *Diversidades de dominio* 36
 — 5. *O que seja posse, sua natureza, e como se
 exerce* 37
 — 6. *Em que differe a posse da propriedade ou
 dominio* 41
 — 7. *Como se adquire, retêm, e perde a posse* . . . 42
 — 8. *Differentes especies, em que a posse se divide* 45
 — 9. *Effeitos da posse, ou direitos, que d'ella
 derivão* 51

TITULO III.

Dos differentes modos d'adquirir o dominio das cousas.

- §. 1. *Razão d'ordem, e divisão geral dos modos
 d'adquirir o dominio ou propriedade* . . . 55
 — 2. *Se as cousas publicas cedem ao occupante* . . . 57
 — 3. *Da occupação nas cousas do inimigo* 66
 — 4. *Caca e pesca* 68
 — 5. *Das cousas achadas e abandonadas* 75
 — 6. *Dos thesouros occultos e minas de metaes* . . . 78
 — 7. *Accessão natural* 80
 — 8. *Accessão industrial* 83
 — 9. *Accessão mixta* 90
 — 10. *Tradição* 97
 — 11. *Modos civis d'adquirir a propriedade* . . . 108

TITULO IV.

Das Prescripções.

	Pag.
§. 1. <i>O que é a prescripção, e em que Direito tem origem</i>	109
— 2. <i>Diversidades de tempo nas prescripções, e seus outros requisitos entre os Romanos</i>	118
— 3. <i>Requisitos das prescripções pelo Direito Canonico</i>	123
— 4. <i>Prescripções entre os povos antigos</i>	126
— 5. <i>Do tempo das prescripções segundo o Direito Patrio</i>	ib.
— 6. <i>Prescripção do tempo longissimo</i>	128
— 7. <i>Prescripção immemorial</i>	130
— 8. <i>Da boa fé necessaria nas prescripções</i>	133
— 9. <i>A quem cabe a prova da boa fé e do titulo</i>	136
— 10. <i>Deve a posse ser continua</i>	137
— 11. <i>Que cousas podem prescrever</i>	144
— 12. <i>Pessoas, contra quem não corre a prescripção</i>	146
— 13. <i>Prescripção dos bens e direitos do Soberano ou Reaes</i>	154
— 14. <i>Prescripções extraordinarias</i>	155

TITULO V.

Dos Testamentos e Codicillos.

§. 1. <i>Razão d'ordem, definição de testamento, sua mais geral divisão, e que Direito lhe dá origem</i>	160
— 2. <i>Uso dos testamentos</i>	166
— 3. <i>Regulamentos antigos sobre testamentos</i>	168
— 4. <i>Especies de testamento</i>	169
— 5. <i>Publico e judicial</i>	ib.
— 6. <i>Testamento aberto escripto pelo tabellião</i>	170
— 7. <i>Do testamento feito por instrumento particular</i>	171
— 8. <i>Testamento cerrado</i>	172

	Pag.
§. 9. <i>Testamento nuncupativo</i>	174
— 10. <i>Abertura e publicação dos testamentos</i>	177
— 11. <i>Que pessoas podem ser testemunhas na disposição por testamento</i>	180
— 12. <i>Se o filho-familias, o Clerigo e o Monge podem ser testemunhas testamentarias</i>	189
— 13. <i>Solemidades externas ao testamento</i>	192
— 14. <i>Testamento segundo o Direito Canonico</i>	196
— 15. <i>Testamento militar</i>	197
— 16. <i>Outros testamentos privilegiados</i>	199
— 27. <i>Testamento para fins pios</i>	204
— 18. <i>Testamento entre os conjuges, ou de mão commum</i>	206
— 19. <i>Solemidades internas do testamento</i>	207
— 20. <i>Do furioso e outros, a quem não é permitido testar</i>	208
— 21. <i>Dos filhos-familias e outros, que sendo naturalmente habeis para testar, civilmente não o são</i>	213
— 22. <i>Se os Clerigos seculares podem testar</i>	214
— 23. <i>Dos Bispos quanto ao testamento</i>	215
— 24. <i>Dos Monges quanto ao testamento</i>	217
— 25. <i>Dos Cavalleiros e Freires das Ordens Militares</i>	218
— 26. <i>Dos Cardeaes</i>	ib.
— 27. <i>Dos Reis</i>	219
— 28. <i>Liberdade plena do testador</i>	220
— 29. <i>Instituição d'herdeiro</i>	224
— 30. <i>Em que pessoas recêe validamente a instituição testamentaria</i>	227
— 31. <i>Incapazes de serem instituidos herdeiros</i>	228
— 32. <i>Instituição condicional, e outras</i>	232
— 33. <i>Se a condição impossivel vicia a instituição</i>	239
— 34. <i>Da condição do juramento, e de não casar</i>	241
— 35. <i>Condições dispensaveis</i>	242
— 36. <i>Instituição contumeliosa, captatoria, entregue à outro, e pacticia</i>	243
— 37. <i>Que tempos se devem attender na capacidade do instituido</i>	258
— 38. <i>Todos os filhos se comprehendem na instituição necessaria dos pais</i>	269

§. 39.	<i>A necessidade da instituição paterna comprehende os filhos posthumos seus e estranhos</i>	271
— 40.	<i>Limites da necessidade da instituição dos descendentes, e suas consequencias em quanto ao modo</i>	275
— 41.	<i>Procede a instituição tacita para a legitima, e para a validade do testamento</i>	282
— 42.	<i>Instituição dos ascendentes e irmãos</i>	283
— 43.	<i>Causas, por que os filhos podem ser privados da legitima no testamento dos pais</i>	289
— 44.	<i>Causas da desherdação dos pais e dos herdeiros collateraes</i>	310
— 45.	<i>Da obrigação em quanto á prova da causa</i>	312
— 46.	<i>Qualidades, que tirão o effeito no todo, ou em parte ao testamento</i>	334
— 47.	<i>Testamento nullo e injusto</i>	ib.
— 48.	<i>Testamento roto</i>	337
— 49.	<i>Tambem um testamento rompe o outro</i>	339
— 50.	<i>Terceira causa, por que o testamento se rompe</i>	349
— 51.	<i>Testamento irritto</i>	348
— 52.	<i>Testamento inofficioso</i>	350
— 53.	<i>Quando tem logar a querela da inofficiosidade</i>	351
— 54.	<i>Testamento destituto</i>	352
— 55.	<i>Substituições testamentarias</i>	355
— 56.	<i>Dos Codicillos</i>	371
— 57.	<i>Clausula codicillar</i>	374

T I T U L O VI.

Dos modos, por que se acceta ou repudia a herança.

1.	<i>Razão d'ordem, definição d'herança, e seu estado antes da accitação</i>	372
— 2.	<i>Natureza do herdeiro</i>	382
— 3.	<i>Todos os filhos são herdeiros ipso jure</i>	384

§. 4. <i>Da adição em quanto nos mais herdeiros, e das especies da mesma</i>	385
— 5. <i>Se a herança se póde acceitar sómente em parte, debaixo de condição, e por procurador</i>	389
— 6. <i>Que pessoas não podem adir e renunciar a herança</i>	391
— 7. <i>Dos effeitos da adição ou acceitação da herança</i>	392
— 8. <i>Se o herdeiro pela adição se obriga além das forças da herança</i>	393
— 9. <i>Beneficio d'inventario</i>	395
— 10. <i>Direito de deliberar</i>	397
— 11. <i>Outras pessoas, que devem fazer inventario .</i>	399
— 12. <i>A herança deferida, mas não adida, transmite-se</i>	402
— 13. <i>Se o herdeiro, morrendo antes da condição, transmite a esperança</i>	404
— 14. <i>Da execução dos testamentos</i>	406
— 15. <i>Providencias á cerca dos testamenteiros . .</i>	407
— 16. <i>Dos Bispos e Provedores em quanto á execução dos testamentos</i>	410

T I T U L O VII.

Dos Legados e Fideicommissos.

§. 1. <i>Razão d'ordem, auctoridade das Leis Romanas em quanto a estas disposições, e natureza das mesmas</i>	411
— 2. <i>Pessoas, que podem deixar legado, assim como recebê-lo</i>	414
— 3. <i>Extensão da faculdade de legar</i>	416
— 4. <i>Se o legado se deve, quando é nullo o testamento</i>	418
— 5. <i>Accões, que por Direito Romano e Patrio competem ao legatario</i>	421
— 6. <i>Se o devedor lega a divida ao crédor</i>	422

§. 7. <i>Se o devedor lega ao crédor coisa diferente da divida</i>	425
— 8. <i>Do legado deixado por tempo certo, ou d'exigencia restricta a logar determinado</i>	427
— 9. <i>Regra sobre a significação da palavras, que se empregão nos legados</i>	430
— 10. <i>Legado dos moveis</i>	434
— 11. <i>Se o erro do nome vicia ou annulla o legado</i>	435
— 12. <i>Se a falsidade da demonstração sobre o objecto annulla o legado</i>	437
— 13. <i>Legado deixado com causa final ou sub modo</i>	442
— 14. <i>Legado sob condição impossivel, e designação da pessoa por signal injurioso</i>	444
— 15. <i>Se o legado se transmite antes da condição</i>	ib.
— 16. <i>Se o legado se pôde acceitar sómente em parte, e ser renunciado antes do dia ou condição</i>	447
— 17. <i>Se o que resta das cousas legadas, que perecerão, é devido ao legatario</i>	451
— 18. <i>O que é fideicommisso universal e singular</i>	455
— 19. <i>Fideicommisso convencional</i>	458
— 20. <i>Que o herdeiro fiduciario, restituída a herança, acaba de ser herdeiro</i>	453
— 21. <i>Da quarta parte Falcidia</i>	465
— 22. <i>Da quarta Trebellianica</i>	467
— 23. <i>Do direito d'accrescer na herança e legados</i>	469

T I T U L O VIII.

Das successões ab intestato.

§. 1. <i>Razão d'ordem, e o que seja defuncto intestado</i>	476
— 2. <i>De que Direito é a successão ab intestato</i>	478
— 3. <i>Ordem de successão legitima</i>	479
— 4. <i>Successão dos filhos</i>	480
— 5. <i>Successão dos netos</i>	486

§. 6. <i>Se as qualidades de Clerigo, Monge, ou Cavalheiro das Ordens Militares e de Malta inhabilitão os filhos e netos do defuncto intestado para succeder-lhe</i>	489
— 7. <i>Quem succede ao Clerigo intestado</i>	491
— 8. <i>Quem succede ao Bispo intestado</i>	491
— 9. <i>Quem succede ao Monge</i>	ib.
— 10. <i>Dos espoltoes deixados pelos Clerigos e Bispos</i>	494
— 11. <i>Da luctuosa e heranças vacantes dos Parochos</i>	ib.
— 12. <i>Quando os filhos naturaes são chamados á successão</i>	496
— 13. <i>Dos outros filhos illegitimos</i>	499
— 14. <i>Successão dos filhos legitimados e adoptivos</i>	504
— 15. <i>Successão dos filhos de pai ou mãe hinuba</i>	508
— 16. <i>Quando e como succedem os ascendentes</i>	211
— 17. <i>Successão dos collateraes</i>	515
— 18. <i>Quando o sobrinho succede ao conjuge pre-defuncto</i>	521
— 19. <i>Successão na herança vacante</i>	523

FIM DO INDICE DA 2.^a PARTE DIVISÃO I.^a

CURSO

DE

Direito Civil Portuguez

PARA O ANNO LECTIVO

DE

1843—1844.

PARTE 2.^a

Do Direito das Cousas.

TITULO I.

Divisão das Cousas, e sua natureza ou qualidade.

Razão d'ordem, e idéa geral de cousas.

§. 1. *A*bsolute Jure Personarum, Res sequuntur, alterum juris objectum. Na Introducção á Primeira Parte deste escripto §. 4. sobre a distribuição geral dos direitos ou faculdades notámos, que estas, com as obrigações, que lhes são correlativas, ou provém da qualidade e circumstancias, que formão o estado das Pessoas, sujeitos activos e passivos dos direitos, ou resultão da natureza, character e qualidade das cousas, que são o objecto dos mesmos. As disposições legislativas, consi-
Part. II.

deradas na primeira destas duas relações, compõem ou formão o Direito das Pessoas, *quarum gratia jus constitutum est* (pr. Inst. de jur. pers.), ou a primeira parte da Legislação, como as consideradas na outra, formão a segunda parte daquella. Tractou o Sr. Paschoal da primeira no livro antecedente; tracta neste da segunda, ou do Direito das cousas: no que observa a melhor ordem, pois se occupa immediatamente, depois do primeiro, do outro assumpto, que se lhe segue, e lhe é com proximidade subordinado em importancia na Sciencia, a que nos dedicamos.

Nobis res hic sunt quaecumque bona nostra et patrimonium augment. Como o Direito, que agora nos occupa, é o complexo das faculdades, que provém, segundo as leis, das cousas, em razão da sua natureza, principia o A. por nos dar a idéa geral de cousas, para depois nos guiar ás suas differentes qualidades, dividindo aquellas na razão destas, como acabou de prometter-nos na inscrição geral doTitulo. Assim como o nome *pessoa* exprime em Jurisprudencia todo o ser capaz de se constituir sujeito activo ou passivo de direitos, tambem o termo *cousas* (*res*) significa tudo o que é susceptivel de ser objecto dos mesmos; donde resulta comprehender este termo tudo quanto se pôde considerar destinado a satisfazer ás necessidades, e os racionaes prazeres do homem, no que consiste o ultimo fim de todos os direitos. Assim dizemos *cousas* não só o que já constitue o nosso patrimonio, mas o que pôde augmental-o, e até mesmo o que nos dá utilidade sem que possa entrar n'este, utilidade resultante, que augmenta os nossos bens, ainda que a coisa, que lhe deo causa, fique estranha e não possa pertencer-lhe, o que acontece com o ar, com o sol e com o mar; visão por tanto *res* a abranger mais do que *patrimonium* e *pecunia*, sem com tudo excluir os objectos correspondentes ás idéas proprias destes termos.

Et hac significatione continentur jura et actiones, etc. Dissemos *cousas* os objectos, que podem dar augmento a nossos bens, ou ser-nos uteis, largueza esta, que não somente abrange as *cousas* fysicas, que existem

na natureza, cuja realidade os nossos sentidos nós mostram, ou *quae tangi possunt*, como os Romanos se exprimão, mas também aquellas, que por virtude da abstracção a lei fôrma, sem que affectem nossos sentidos, *quae tangi non possunt*, e se concebem no espirito ou com a intelligencia; o que faz chamar aquellas corporeas, *corporales*, e estas incorporeas, *incorporales*. Taes são as que consistem n'um direito, como o de succeder na herança, o usufructo, a servidão, e todos os mais, que todos se confundem nas cousas incorporeas; assim como as acções, pois são direitos; e também as obrigações, pois não tem corpo, e são, como as acções e os mais direitos, outros tantos objectos juridicos, que o podem ser também das disposições convencionaes do homem, o que lhes dá a natureza geral de cousas.

Has tamen nos adcepimus non tanquam res incorporales, seu jura, quae nobis competunt, etc. Adverte aqui o A. em relação ás acções, que as não consideramos como cousas incorporeas ou direitos, mas sim como remedios, ou meios para proseguirmos em Juizo nossos direitos, ou obtermos o desempenho das obrigações, que correspondem a estes; consideração, que as exclue desta segunda parte da Jurisprudencia, que se occupa com as cousas, e faz que pertença á terceira, para que fiquem distinctas, e se evite a confusão que alias se daria:

Como porém o direito não é um só e o mesmo em quanto a todas as cousas, pois varia segundo a natureza, character e qualidade, que se dá n'ellas, o que faz que se dividão ou distingão na razão desta; passamos com o A. a ponderar suas divisões, e aproveitando mais o que expozemos, dividimos desde já as cousas em corporeas e incorporeas, com fundamento na sua criação ou existencia. São aquellas as creadas pela natureza, que existem com realidade, e por isso as conhecemos pelos sentidos; estas as creadas pela lei, e que nós entendemos, mas não vemos, existirem. Esta divisão de cousas, que o A. aqui não expressa, acha-se na L. 1. D. *de divis. rer.*, e elle adiante a menciona.

Principal divisão das cousas, segundo as leis Romanas.

§. 2. *Summa rerum divisio*, etc. Foi a religião entre os Romanos considerada antes de tudo para as cousas se distinguirem, pois, como se explica Gaio na L. 1. D. *de diviss. rer.*: *Summa rerum divisio in duos articulos deducitur, nam aliae sunt divini juris, aliae humani*; isto é, que a principal divisão das cousas consiste nas de direito divino, e nas de direito humano, o que resultou da união íntima da religião com o direito civil primitivo deste povo. Entre as cousas de direito divino, que por isso não podem ser, ou fazer parte do patrimonio d'alguem: *Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est*, cit. L., tem o primeiro lugar as sagradas, *res sacrae*, ou as dedicadas por meio de rito solemne, e por auctoridade legal aos Deoses superiores ou do Ceo. Seguem-se as cousas religiosas, *res religiosae*, que são abandonadas aos Deoses manes ou inferiores, como os tumulos, a terra e os jazigos, em que os mortos tinham sepultura. Finalmente as cousas santas, *res sanctae*, são de direito divino por imitação, o que se infere da L. cit.: *quodam modo divini juris sunt*, cujo character consistia em serem protegidas contra as injurias dos homens por uma sanção pública e penal, donde lhes veio a qualidade de sanctas, *de sancire*, sancionar e proteger, impondo penas aos offensores; e era qualidade propria dos muros e portas da Cidade. Nesta ordem de cousas, *divini juris*, também entravão as sagradas de cada uma das familias, *sacra familiae*, *sacra gentis*, empregadas nos sacrificios do culto privado e domestico, que formava o vinculo religioso dos parentes, transmittindo-se d'uns aos outros. Todas estas, ou as cousas de direito divino, são tidas, na opinião dos Romanos, por profanadas, caíndo no poder dos inimigos, pois perdião desde então o seu character e qualidade anterior, que tão sómente renascia, se são reconquistadas.

Potest rerum haec divisio retineri, etc. Podemos conservar esta divisão de cousas, e effectivamente ella se conserva, mas com outras noções, que veremos os

seus termos receberão pela extincção do Paganismo, e elevação do Christianismo em seu lugar.

Cousas sagradas.

§. 3. *Sacrae nobis res sunt, quaecumque solenni ritu per Episcopos, aut de eorum licentia consecrantur, etc.* Alguns Escriptores, como o Sr. Paschoal primeiramente nos adverte na nota a este §., applicão ás cousas destinadas aos usos pios as qualidades de *sagradas*, sanctas e religiosas, promiscuamente, ou sem alguma distincção: mas na linguagem exacta, recebida entre os Christãos, as cousas, que por si e directamente concorrem para a salvação ou eterna felicidade dos homens, e as que proxima ou remotamente tem parte nos exercicios de piedade, dizem-se *cousas ecclesiasticas*. Dividem-se estas em *espirituaes* e *corporeas*: as primeiras procurão directamente e por si mesmas a salvação para as almas, como são os sacramentos, a graça sanctificante, os ritos e as preces; as segundas empregão-se no exercicio da religião, mas não influem immediatamente na salvação, e se dividem em *cousas sagradas*, *religiosas*, e *temporaes*.

Sagradas são as que, especialmente dedicadas á Divindade, tem uso no culto religioso, como os templos, os vasos sagrados, e mais objectos, que se habilitão por meio da *sagração*, em que tem parte a unção do *chrisma*, e depende da ordem episcopal; no que se distinguem das *hentas*, dedicadas e habilitadas pela *benção*, em que não tem parte a unção, mas a aspersão, e para a qual é sufficiente a ordem presbyteral; meio este, que mais ordinariamente se pratica na habilitação das Igrejas, oratorios e cemiterios.

Cousas religiosas são as casas destinadas para habitação das pessoas religiosas, e se dizem taes por excellencia as que professão, ou se propõem observar a perfeição christãa, obrigando-se ao desempenho dos votos, que tambem por excellencia se dizem religiosos. Nas cousas religiosas comprehendem-se ainda os edificios, em que se recebem os doentes necessitados, e se haes

ministrão os remedios e sustento, como exige a caridade, fundamento da nossa religião, e vulgarmente se chamão Hospitales, por isso que seus habitadores, recuperada a saude, saem, e não permanecem n'elles.

Temporales são as cousas ecclesiasticas, que não ligão estreitamente com a salvacão, nem com o culto, nem com a perfeição christã e prática da caridade, sendo seus fins proximos os ordinarios das cousas, como o sustento dos clerigos, e o remedio das necessidades, que a Igreja tem de commum com as mais pessoas. Taes são os prédios e bens, que formão a propriedade ecclesiastica, bens, que o Cap. 2 X. *de judiciis* chama espirituales, mas imprópriamente, ou em quanto elles, ainda que com distancia, servem e dão meios para fins espirituales. É evidente que as cousas temporales ecclesiasticas, por sua propria e especial natureza, se distinguem das outras corporales em ambas as especies primeiras, como o A. adverte no resto do seu §. e ultima parte da nota.

Sentido, em que as dizemos cousas de direito divino, e quem tem o seu dominio,

§. 4. *Et res hujusmodi divini juris vocantur, etc.* As cousas sagradas, e lentas, dizem-se de direito divino, não porque entendamos que formão o patrimonio de Deus, que confessamos e reconhecemos como Senhor nosso e de todo o universo, tendo por isso igual dominio em todas as cousas; mas porque estas, destinadas e habilitadas para o seu culto, em honra sua, não devem ter exercicio fóra d'elle; sentido este, em que dizemos tambem, que ellas estão fóra do commercio, e não formão propriedade particular; *extra commercium esse dicuntur, et in nullius bonis.*

Mas em quem está o dominio destas, e das mais cousas corporales ecclesiasticas? É o que o A. examina na ultima parte deste §., e nota, que lhe corresponde. A guarda e a administração das cousas ecclesiasticas incumbe (diz elle) aos Ministros do culto e Prelados da Igreja, que nenhum dominio tem n'ellas, como ex-

pressamente declara Alexandre III., dirigindo se ao Bispo de Paris no anno de 1170: *Episcopus et quilibet Prae-*
latus ecclesiasticarum rerum sit procurator, non dominus,
 Cap. 2. X. de donat. O mesmo se prova pelo Cap. 1. X.
 de pignori, e outros, que em razão dos abusos pratica-
 dos pelos Bispos nas alienações por doação de taes bens,
 com prejuizo das Igrejas; h'as prohibirão em regra, alte-
 rada a disciplina; que desde o principio h'as permitta,
 por sua unica disposição; quando remuneratorias e não
 dâmnosas; disciplina ainda confirmada no can. 36. do
 Concil. Toletano IV.; referido em Graçiano *Can. 66.*
Caus. 12. quæst. 2.; mas a que foi substituida pelo Di-
 creto Novo a prohibição de taes cousas se alienarem, com
 pequenas excepções; e dependencia do consentimento do
 Cabildo da Igreja Cathedral, verificada a necessidade e
 utilidade ecclesiastica; o que cabe nos limites da boa
 administração; e destróe toda a idéa do dominio dos
 Prelados em taes bens

Ipsa quoque Ecclesia carum rerum; quas, lege per-
mittente, adquisiuit; domina non est; etc. Diz tambem
 o A. neste lugar; que a Igreja não tem dominio amplo
 nestas cousas. Depois que cessarão as perseguições; que
 a Igreja gozou de paz, sendo considerada como um Col-
 legio licito; e que pôde em consequencia adquirir, ella
 teve dominio nestes bens, que conserva por justo titulo:
 mas como pessoa moral está na mesma razão do menor,
 que supposto tenha o dominio, o não pôde exercitar.
 Assim os bens da Igreja estão na tutela ou administra-
 ção dos Prelados, que não podem dispôr d'elles a seu
 arbitrio, e somente para os fins e observadas as so-
 lemniidades, que as leis prescrevem.

In dominio similiter principis res ecclesiasticæ non
sunt, etc. Que as cousas ecclesiasticas não estão no do-
 minio do Soberano, mas sob sua tutela e protecção,
 é de toda a evidência, por quanto pôde o Rei obrigar
 os Cidadãos a conformar-se com as leis, como o exige
 o bem social, mas não pôde dispôr arbitrariamente de
 seus bens, nem ingerir-se na sua administração; não só
 porque isto implica com os poderes, que lhe forão confe-
 ridos; mas porque repugna com a ventura social, e até

mesmo com a natureza do dominio particular, que se dá em cada um, e que não existiria, se o Soberano o tivesse. Isto que procede em quanto aos individuos, procede do mesmo modo na Igreja, que recebida no Estado, fórma uma pessoa moral com direitos, sendo um o da propriedade, que ella tem nos bens, que adquiridos por doação, e outros titulos justos, formão seu patrimonio inviolavel, pelo menos como o d'um qualquer cidadão, e que lhe é igualmente garantido na Carta Constitucional da Monarchia art. 145. §. 21., com o direito a ser indemnizada, se o bem do Estado exige o uso, ou emprego de todo ou parte d'aquelle.

Mas se o Soberano e a nação devem defesa á propriedade real e pessoal de cada um dos cidadãos, esta protecção mais lhe incumbe em quanto á Pessoa moral — Igreja — que se emprega no exercicio público da religião, com utilidade do Estado, como em outro lugar ponderámos, e que necessita de syndico, como um menor; o que faz que a protecção da Igreja e sua propriedade seja de Direito Público, e não só um direito, mas uma obrigação do Estado, e por isso do Soberano. Nisto se fundamenta o direito da inspecção temporal, ou dos Principes na conservação e conveniente administração dos bens ou cousas ecclesiasticas, que elles tem exercitado; pois que os Imperadores Leão e Anthemio prohibirão ao Bispo, Clero, Economos ou administradores dos prédios rusticos e urbanos da Igreja de Constantinopola quaesquer alienações no todo, ou em parte de cada uma das mesmas propriedades, sob nullidade dos contractos, e restituição pelos que por este modo os detivessem, com todos os fructos e accessões: *ab ipsis clericis et temporalibus oconomis cum fructibus seu pensionibus, vel accessionibus totius medii temporis vindicentur, ut tanquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur: quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.* L. 14. §. 1. in fn. D. de sacrosanct. Eccles. et de reb. et privil. earum. Anastasio a ampliou aos bens de todas as Igrejas, mosteiros, hospitaes e casas pias do mesmo Patriarchado: *et xenodochia et orphanotrophia*, especificando na prohibição venda, hypo-

theca, troca, e emphyteuses perpetua, pela L. 17. C. eod.; disposição que Justiniano, finalmente estendeu a toda a Igreja. Novell. 7. e 120.

Idem jure nostro sancitum est. O A., notando as LL. dos Imperadores Romanos, que acabamos de expôr, pretende, ao fechar a sua nota, que as mesmas disposições forão recebidas entre nós, fundando-se na Ord. liv. 2. tit. 24. Esta lei porém não prova, que as alienações dos prédios rusticos e urbanos entre nós se achassem prohibidas por lei civil, e dependentes do Rei; antes prova, que a tal respeito esteve em inteira observancia o Direito da Igreja no tit. *de reb. eccles. alien. vel non*, e no outro *de his, quae fiunt a Prael. sin. consens. Capituli*, onde a prohibição se estabelece, modificada no caso de utilidade e necessidade da Igreja, ficando a alienação entregue ao Bispo, com dependencia do consentimento do Cabido da Cathedral.

Por quanto a cit. Ord. recebeo aquellas disposições, applicando-as ás alienações por venda e penhor com objecto unicamente em ouro, prata, joias e ornamentos das Igrejas, recommendando aos Prelados, Abades e Reitores, que não procedão á venda de taes objectos, ainda nos apuros da necessidade, sem a participarem ao Soberano, e haverem d'elle licença; comminando aos compradores, e aos que recebem em penhor taes objectos, a perda do seu valor anoveado, restituindo-os ás Igrejas, sem que quelles tenham direito para repetir o preço. Esta disposição, filha da piedade dos nossos Soberanos, teve unicamente por fim evitar a facilidade de nas urgencias taes objectos se darem em penhor, ou venderem, para que o esplendor e pompa do culto religioso não tivessem interrupção; por isso, como especial, deixou o patrimonio immovel ecclesiastico a administração e zêlo dos Prelados na conformidade dos Canones. Tambem é por isso que os casos, em que a alienação das cousas ecclesiasticas tem lugar, não são expressos nas nossas leis, como o Sr. Paschoal adverte, pois se achão expressos nas da Igreja, cujas liberdades nesta parte aquellas quizerão se observassem. O Alvará cit. de 6 de Julho de 1776 regula a fôrma

de se dar dinheiro a juro ás Ordens Regulares, sendo a razão do legislador evitar que por tal meio ellas se empenhassem: por isso é igualmente especulativo; e como restrictivo da liberdade, não soffre ampliação a objectos, que ficarão á competencia dos Prelados.

Não obstante porém ser o que fica exposto o ultimo e constante estado da nossa legislação anterior, com respeito ás alienações dos bens immoveis, de que tractamos: a Portaria do Ministério das Justicas, expedida em 8 d'Abril de 1839, com o fundamento, em si muito verdadeiro, de ser o Governo *Protector da Igreja e Inspector supremo*, que como tal deve evitar as dissipações, e indevidas alienações dos bens dos Cabidos; manda na sua ultima disposição, que para os contractos d'aforamentos *primordiales*, vendas de quaesquer propriedades, ou outros similhantes, deverá preceder sempre Regia auctorização, sollicitada por aquella Secretaria; fundamento aquelle e razões, que entendemos abrangem na sentença todos os bens immoveis ecclesiasticos nos mesmos casos, acabando assim nitta das liberdades civis da Igreja Lusitana, conservada por nossos Reis, a qual nunca tirava a estes o direito, ou antes obrigação de se opporem ás injustas alienações de taes bens, e mesmo de as rescindirem, prestando defesa aos Canones.

Cousas sanctas.

§. 5. *Sanctas res nullas libertatis jure Romani sensu*, etc. Os Romanos, como notámos, dizião cousas sanctas, por imitação das sagradas, dedicadas aos Deoses superiores, e das religiosas abandonadas aos males, as que dedicavão aos semideoses, como Romulo e Hercules; reputando tambem taes aquellas, que erão protegidas contra as injurias e violações por uma sanção, ou pena especial; accepções ambas, em que os muros e portas da Cidade erão consideradas cousas sanctas. Na ultima accepção da palavra, tomada a *sanctendo*, muitos objectos são sanctos entre nós: os mesmos muros e portas das praças fortificadas são dotados de

sanctidade civil, em quanto, se por traição ou fraqueza forem entregues aos inimigos, os delinquentes incorrem em graves penas. São do mesmo modo invioláveis e sanctos neste sentido os Embaixadores, as Leis, os Magistrados, os lugares sagrados, e também as cádêas ou carcerees públicos.

*Privatis quoque domibus jura nostro sanctitas quae-
dam tribuitur, etc.* A casa do cidadão também goza de inviolabilidade ou sanctidade civil: pois, como disse Cicero: *Quid sanctius, quid omni religiones munitus, quam domus uniuscujusque civium?* Que cousa ha mais inviolavel em todas as religiões, do que a casa de cada um? Não é pelo respeito aos Deoses Penates, como os Romanos, mas pela tranquillidade, de que precisa e é devida ao cidadão, que sua casa deve ser inviolavel, e especialmente protegida pelas leis, sendo incompativel com aquella o estado de susto e de terror. Durante a noite principalmente é que a sociedade pelos meios á sua disposição deve velar para que durma o cidadão, defendendo-o no asylo particular da sua vida pacifica; e por isso é que o crime d'arrombamento, principalmente nocturno, é tido por mui grave nos Codigos das nações cultas. Em Inglaterra, com o nome de *Burglary*, entra elle na classe dos capitaes; entre nós pela Ord. liv. 5. tit. 45. §. 4. o arrombamento de porta, quer de dia, quer de noite, feito para ferir, matar, roubar, forçar, ou tomar mulher, ou injuriar pessoa, que esteja dentro, ainda que nenhuma destas cousas chegue á consummação ou effeito, além do degredo perpetuo, obriga o réo á satisfacção pela injuria, e indemnização por todo o damno. Demais as nossas leis, por seu exemplo, ensinão a respeitar, e a não emprehender devassamento da habitação de cada um, auctorizando o dono da casa a impedir a entrada, até mesmo por meio da força, ao porteiro, que lhe vai fazer penhora, se este insta, quando aquelle se offerrece a caucionar o que deve, Ord. liv. 3. tit. 89. §. 1.; o mesmo não é apto para citar o cidadão, que se acha no interior de sua casa, aonde sómente o póde ser pelo escrivão ou tabellião, com auctorização do Juiz, segundo a Ord. do mesmo liv. tit. 9. §. ult.

Tambem a casa do cidadão goza hoje de inviolabilidade, garantida na Carta Const. art. 145. §. 6., não se podendo entrar n'ella de noite sem consentimento do dono, excepto no caso de reclamação feita de dentro, no de incendio ou inundação, e de dia unicamente naquelles, e pela maneira, que a lei determinar.

Cousas religiosas.

§. 6. *Similiter locus, in quem mortuus infertur, religiosus nobis efficitur, non juris Romani sensu, sed quia solemniter ritu, etc.* Dominando o Paganismo, o lugar, que servia para recolher pelo enterramento os restos mortaes d'um homem, contrahia só por isso character ou qualidade religiosa. Uma das LL. das 12 Taboas regulava extensamente a ordem e as despesas dos funeraes; e n'ella se encontra a providencia de pública salubridade, — *hominem mortuum in urbe ne sepelito, ne urito*. Não todo o campo, mas sómente o espaço occupado pelos despojos do defuncto, ficava religioso, ainda que fossem os d'um escravo; qualidade, que não tinha a sepultura d'um inimigo, nem o sepulcro sem cadaver (*tumulus inanis*). Tambem não ficava religioso o lugar não proprio, ou alheio, quando o proprietario ou dono não consentio na sepultura; mas não podia este desenterrar o cadaver ou seus restos, sem um decreto pontifical, ou auctorização imperial: tinha porém acção *in factum* contra o auctor da sepultura, para ou retirar o cadaver, ou pagar-lhe o terreno. Assim qualquer por seu arbitrio fazia religioso um lugar proprio, enterrando n'elle um homem morto; lugar, que ficava fóra do commercio, e não podia ser vendido, nem dado, nem adquirido pelo uso. Havia porém tumulos de familia (*familiaria sepulcra*), e outros hereditarios (*hereditaria*), nos quaes todas as pessoas d'uma familia, ou todo o herdeiro era enterrado com os seus. A profanação dos tumulos era punida civil ou criminalmente. Civilmente por uma acção dada pelo Pretor (*actio sepulcri violati*), a qual era popular, isto é, podia ser intentada, na

falta de pessoa interessada, por todo e qualquer cidadão, e importava infamia ao profanador condemnado, que pagava ao autor uma somma arbitrada pelo Juiz. A accusação criminal, se os ossos ou despojos tinham sido extrahidos, tinha o effeito da morte ou deportação, segundo a qualidade do delinquente, e em todo outro caso a relegação, ou a condemnação aos trabalhos das minas erão as penas, que punião tal delicto.

Os Christãos não imitarão, nem ainda quando perseguidos, os Romanos e os Gregos, queimando os mortos, e recolhendo as cinzas em urnas, collocadas nos caminhos públicos com a inscripção — *Siste, viator*, para advertirem da sua mortalidade os vivos, que alli passassem, mas obrigados ás leis públicas, os enterravão tambem fóra da Cidade nas cavernas ou catacumbas *cryptae et arenaria*, em que os martyres se achavão sepultados, tanto porque este modo de sepultura era mais humano, do que o do fogo, que destruía o cadaver, como porque a crença no dogma da final resurreição os levou a entender que os sepulcros erão como depositos, onde os corpos esperavão por aquella, e por isso lhes chamárão *coemiteria, locus dormitionis*.

Dada a paz á Igreja, e trasladadas as reliquias dos martyres para os templos, creceo nos Christãos o desejo de se enterrarem perto d'ellas; e não obstante a prohibição da leis civis, andando os tempos, alcançárão as sepulturas urbanas, não só junto das paredes na parte exterior dos templos, mas dentro d'elles. Teve isto já principio no seculo 6.^o, primeiramente com os Reis, em seguida com os Bispos, depois com os Clerigos, mais adiante com os Monges, com pouca distancia com os leigos mais distinctos, e finalmente com todos os Christãos: no que, como o Sr. Paschoal reflecte no fim da nota ao §., não se attendeo ao bem dos vivos, pois que nos templos, lugares fechados e cobertos, o ar, que se respira, necessariamente ha de participar da corrupção, em se que achão os cadaveres, e prejudicar na saude aquelles. Já conheceo e procurou evitar este mal o Concilio Bracharense do anno 563 no can. 18, substituindo para este fim os cemiterios exteriores, que habilitados

pela benção sacerdotal, distantes das paróquias, e em lugares arrojados, não são tal prejuizo.

A sepultura ecclesiastica distingue-se de profana em que aquella constitui parte da communhão dos Fieis; e por isso o lugar, em que é dada, é proutiposto pelo menos pela benção Presbyteral, segundo os ritos da Igreja. Por esta razão consideramos os cemiterios, ainda que distantes, e não accessorios dos templos, como objectos religiosos, e mais propriamente bentos ou sagrados, não em razão da sepultura, como era entre os Romanos, mas sim por virtude das habilitações para ella: *religiosus, non juris Romani sensu, sed solemnii ritu.*

Et hic in nullius banis est, et extra commercium esse dicitur, etc. O cemiterio está fóra do commercio, e não é objecto de propriedade particular; não porque não tenha dono na Igreja, mas porque tem um destino proprio, o do exercicio da caridade com os defunctos; que lhes continúa a communhão com os Fieis, e não recebe usos profanos e differentes daquelle, para que o poder temporal o destina, e o sagrado o habilita. Ambos estes poderes sem duvida intervem na formação d'um cemiterio: o do Principe, dando o terreno; o sagrado, habilitando-o com os ritos ecclesiasticos; intervindo assim no lugar da sepultura a pública auctoridade, quando entre os Romanos a qualidade de coisa religiosa dependia do arbitrio particular tão sómente.

Quaes os direitos do Soberano, e quaes os dos Bispos acerca dos cemiterios e sepulturas.

§. 7. *Ad Episcopum ergo inter alia pertinet locum solemnibus precibus consecrare.* Já dissemos que para a existencia do cemiterio é necessaria a concorrência do poder Civil e Ecclesiastico: a daquelle, pelo que respeita ao lugar; a deste para a habilitação, que o constitue tal, isto é, que o faz capaz de n'elle terem sepultura os Christãos. O poder sagrado que entra nesta habilitação, é o que confere a Ordem Episcopal, quando

se faz por meio da sagração; por isso o Bispo confirmado, mas ainda não ordenado, não é apto para por este meio constituir o cemiterio; o que com tudo pôde fazer, se é Presbytero, pela benção, ou dar licença em virtude da jurisdicção episcopal, que tem pela confirmação, para que um Presbytero a faça, licença, que *sede vacante* cabe ao Cabido da Cathedral, pois tem a jurisdicção ordinaria. Não pôde porém a benção ser applicada ao cemiterio por Clerigo d'ordem inferior, pois que depraue da Presbyteral, como da Episcopal depende a sagração.

Expostas estas idéas succintas para esclarecimento da doutrina do A., devemos advertir, que nas *Natas* de Lohão a este §. p. 1. confrontamos uma notavel falsidade, de que devemos acautelar-nos, pois nos parece abuzar camião a graves erros. « A sagração, diz elle, é um acto da ordem Episcopal, que não pôde delegar a Clerigo algum: a benção sim, porque é acto de jurisdicção, e não da ordem Episcopal, pôde delegar a o Bispo. » O poder sagrado, dizem os nós, é proveniente intrinsecamente da ordem, recebe-se propriamente com ella, e nunca por delegação. Nesta razão está a benção para o Presbytero, como a sagração para o Bispo; mas depende aquelle de licença para ella, que só lhe pôde ser concedida pela jurisdicção Episcopal, licença, em que o Bispo nenhum poder delega, e tanto, que o Presbytero, que a obtiver d'um Bispo apenas confirmado, e que tem a ordem de Diacono, ou outra inferior, vai exercer um poder, que o mesmo Bispo não tem, não obstante ter poder de jurisdicção, para dar licença ao Presbytero, a fim de benzer o cemiterio, em virtude do poder, que a sua ordem lhe confere: do mesmo modo que o Bispo, não só confirmado, mas ordenado, não pôde dar licença, nem auctorizar um Diacono, para que benza o cemiterio, pois que lhe falta a ordem Presbyteral, que dá poder para isso. Por tanto este poder de benzer não soffre delegação: o Bispo, ou *sede vacante* o Cabido dá unicamente licença, em virtude da jurisdicção ordinaria, para usar o Presbytero d'um poder, que existe n'elle, e que lhe vem em propriedade da sua ordem.

Funerum ritus ecclesiasticos constituere. Depois do direito, que o Bispo tem, para habilitar o cemiterio, refere o A. outro, que tambem pertence ao Ordinario, e consiste em crear os ritos, preces e cerimoniaes ecclesiasticas, que se devem empregar dando sepultura aos mortos. Com tudo entre nós nunca os Bispos tem usado de tal direito, pois que recebido geralmente o Ritual de Paulo V., não se lhe tem feito alteração.

Et sepulturam ecclesiasticam concedere, vel denegare. A sepultura ecclesiastica fórma parte da communhão dos Fieis: e como aos Bispos compete excluir desta os criminosos, a quem as leis da Igreja impõem as penas espirituaes, que produzem aquelle effeito, o direito d'excluir da communhão traz com sigo o de negar, ou não conceder a sepultura ecclesiastica. Tal denegação se pratica com o que morreo insurdecido na excommunhão, assim como com os Apostatas, Hereses, Scismaticos, Usurarios manifestos ou públicos, e outros na mesma razão, a ponto, que se algum destes teve sepultura ecclesiastica, é desenterrado; e dá-se-lhe profana longe do cemiterio, Cap. 12. X. *de sepultur.*, o qual fica por tal facto polluido e incapaz de prestar uso, em quanto se não reconcilia; o que acontece do mesmo modo com a Igreja, se nella foi enterrado o indigno, Cap. 7. X. *de consecrat. eccles.*

Quibus vivis communicavimus, mortuis quoque communicare possumus: Quibus vivis non communicavimus, nec mortuis communicare debemus. Em relação ao direito d'os Bispos concederem ou negarem, em alguns casos, aos mortos sepultura ecclesiastica, nas expressões transcritas, que o A. aproveitou dos *Cann.* 1. 3. e 6. *Caus.* 24. *quaest.* 2., estabelece primeiramente na nota ao §., e como regra, que se deve dar esta sepultura, pois faz parte da communhão dos Fieis, aos mortos, que em vida estavam dentro da communhão, e que se deve negar aos que já então não communicavão.

Accetamos por verdadeira a parte da regra, que não concede sepultura ao morto, que vivo não communicava, e ainda na parte que a concede ao que em vida estava na communhão, mas nesta tem a regra excepções,

reções, o que se verifica no ladrão ou roubador, que foi morto em fragante, ou no acto, em que commettia o delicto, Cap. 2. X. *de sepultur.*, e tambem no suicida, *Can. 12. Caus. 23. Quaest. 5.*, assim como no que morre no duello, e outros mais, que não obstante estarem em vida na communhão, ou participarem nos sacramentos, preces e sacrificios, pela morte sairão d'ella, o que faz se lhes não dê a sepultura, de que tractamos.

Ad Principem vero, etc. Cabe ao Soberano, em quanto ao cemiterio, conceder e approvar o lugar proprio para elle, isto é, lugar que por sua situação, e outras mais circumstancias não prejudique a salubridade e existência dos vivos. Póde tambem a lei civil prohibir a sepultura ecclesiastica aos réos dos crimes atrozes, o que até mesmo se confórma com o espirito da Igreja e suas disposições, como se vê no *Can.*, que por ultimo citámos, em quanto ao suicida: *similiter et de his placuit fieri, qui pro suis sceleribus puniuntur*. Compete ainda ao Poder temporal empregar as penas, que lhe são proprias, contra as violações e usos profanos do cemiterio, como um asylo dos mortos, sanctificado pelas preces e ritos ecclesiasticos; evitar que sirva para objecto de venda a terra, que apenas serve aos vivos para cobrir a podridão dos que os precedem na morte; e finalmente impedir, que por occasião dos funeraes a vaidade se ostente em despesas excessivas, que damnosas ás familias não aproveitão aos mortos.

Em quanto áquella idéa, a da venda da sepultura, vem a proposito as expressões e sentença do Concilio Triburiense, celebrado no anno de 895 na Germania, referidas em *Graciano Can. 14. Caus. 13. Quaest. 2.*: *Quid terram vendis? memento, quoniam terra es, et in terram ibis, et quoniam mors tibi futura est, appropereat, et non tardat. Gratis accepisti a Deo, gratis da pro eo. Quare interdictum sit omnibus omnino Christianis terram mortuis vendere, et debitam sepulturam denegare: nisi forte proximi et amici defuncti propter nomen, et redemptionem animae viri gratis aliquid dare velint*. Concorda o *Can. 15. eod.*; e são ainda notaveis as expressões do Concilio Turonense no anno de 1163., attribuidas a

Alexandre III. no *Cap. 8. X. de simon.*, que declarando simoniacas as exigencias de preço pela sepultura, repellam a sua justificação com o pretexto do costume em contrario: *Quia diuturnitas temporis non diminuit peccata, sed auget.*

Não é por tanto unicamente direito do Soberano o estorvar, que se pague a sepultura dos mortos, mas dá-se este direito nos Bispos, ou antes tem estes obrigação de evitar que a caridade da Igreja, de concorrência com a civil para com os mortos, se desminta por um vilissimo e mais que sordido interesse de Ministros indignos do sacerdocio.

É porém dever o confessar, que não obstante ser esta a doutrina verdadeira, e a expressa disposição dos Canones, todavia o pretexto dos reparos nos pavimentos dos templos e cemiterios, com a falta de meios para elles, pela pobreza das fabricas das Igrejas, fizeram introduzir, em nossa opinião mais por corruptela, do que por costume, os benesses sepulcraes. Tiverão elles contra si a Resolução de 13 de Fevereiro de 1710, e o Decreto de 8 de Maio de 1715, mandando a Carta de Lei de 25 de Junho de 1766 §. 5. seguir os costumes das respectivas Dioceses, em quanto fossem racionaveis e conformes ás disposições de Direito: mas finalmente o Decreto de 30 de Julho de 1790 ordenou, ainda que provisoriamente, se continuassem as prestações como até então, sem se deverem admittir questões, tanto possessórias, como plenarias, tendentes á isenção, ou modificações em quanto áquellas.

Sobre o outro ponto, o das despesas por occasião do enterro, o caixão para o cadaver deve ser negro, e sem tecido de sêda, prata ou ouro, ainda que seja falso, nem cravação dourada. Não se podem cubrir de luto, as paredes e bancos da Igreja, mas somente o pavimento, onde se pôe o féretro, assente sobre tarima d'um só degrão. *Pragm.* de 24 de Maio de 1749. cap. 17. O luto por morte do conjuge, ou d'algum dos pais, ou dos avós, ou de filhos é de seis mezes, em tres dos quaes é rigoroso. Por morte de sogro ou sogra, genro ou nora, irmão ou cunhado, dura o luto quatro

mezes ; e dous pela de thios , sobrinhos e primos consanguineos ; por parentes mais remotos quinze dias tão sómente. É prohibido dar luto aos criados , qualquer que seja o seu serviço ; assim como pintar carruagens de preto , e mandar fazer por luto moveis negros , *cit. Pragm. ibidem.*

Ad has autem qualescumque impensas heredes omnino tenentur, et ad id cogi possunt, etc. Assim quasi no fim da nota a este §. attribue o A. aos herdeiros a obrigação de satisfazer as despesas com o enterro , e bem d'alma do defuncto ; pois que são ellas um encargo da herança , e por isso os obriga á sua satisfação *pro rata* ; do que lhes cabe naquella. *Therud. Decis. 131.* Mas se o defuncto era casado ao costume do Reino , as despesas até ser sepultado saem da massa do casal , e depois do pagamento se fazem as meações da viuva e herdeiros. Cardoso á palavra — *Sepultura* — n. 10. Se porém dissolvida a communhão pela morte da mulher , o viuvo , quando morre , deixa herdeiros necessarios , a quem se deve legitima , e dispoz da sua terça , por esta é que são pagas as despesas funerarias , parecendo-nos tambem som fundamento juridico , como se lê na nota ao art. 647. tom. 2. do *Dig. Port.* , a contraria opinião. Se o defuncto não deixa bens , o enterro e bem d'alma estão na razão dos alimentos em relação aos parentes , *Strick. Us. mod. liv. 11. tit. 7. §. 42.*

Hos vero sumptus qui sua voluntate fecerit, etc. Acaba o A. advertindo , que a pessoa , não obrigada , que na ausencia ou impedimento do que deve satisfazer taes despesas , as pagou , tem direito a havelas deste , como um *negotiorum gestor* , na parte , em que são correspondentes á qualidade do defuncto , *L. 12. §. 2. D. de relig. et sunt. funer.*

Divisão das cousas em razão do proprietario.

§. 8. *Rerum humani juris divisio in communes, publicas, universitatis, singularum, etc.* Postas de parte as cousas de direito divino , e occupando-nos com as de direito humano , os Romanos com fundamento , ou

em razão do proprietário, as distinguirão em cousas, que estão no patrimonio de cada um, *res singulorum*; e cousas, que não pertencem em particular a alguém, *non singulorum*. Partirão estas nas tres seguintes especies: cousas communs, que prestão uso a todos os homens, *res communes, res omnium*; cousas, que pertencem a um povo ou nação, *res publicae*; e finalmente cousas, que não pertencem a todo um povo, mas a muitos individuos, formando um corpo ou associação distincta, *res universitatis*. E como estas especies de cousas não pertencem exclusivamente, ou não tem proprietario particular, os Romanos as consideravão não pertencentes ao patrimonio dos individuos, dizendo por isso as leis em quanto a ellas: *Nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur*; distinguindo-se das cousas, que tinham proprietario, ou que estavam *in patrimonio, in bonis*.

Cum res communes dicantur quarum proprietas est nullius, usus omnibus patet, veluti aer, etc. Exemplifica o A. as expostas especies de cousas. As communs pertencem a esta classe por sua propria natureza, pois que é fysicamente impossivel, que ellas formem propriedade d'alguem: taes são o mar, o ar, o sol. Mas cada um dos homens tira ou deduz destas cousas as utilidades, que ellas causão, e as faz suas na parte, que disto é susceptivel: assim qualquer appropriã a agua salgada, que quer, o calor do sol, que absorve, a quantidade d'ar, que respira. Nos mesmos objectos alguma propriedade dão as leis para effeitos possiveis: assim sobre o meu prédio ninguém pôde edificar; por isso que sou senhor não só d'elle, mas do ar, que lhe corresponde até ao ceo, — *ejus est coelum, cujus est solum*; do mesmo modo que ninguém pôde minar nelle, porque o dominio me pertence desde a superficie para baixo, ou como vulgarmente se diz, desde o cumo até ao inferno. Tambem ninguém pôde edificar na contiguidade, em termos que o edificio se estenda sobre o jardim, que não é seu, estorvando-lhe os raios do sol; nem appropriar-se dos peixes da rede não recolhida, que ontro lançou ao mar.

Litora maris. As praias do mar, isto é, as bordas,

que as ondas varrem, não são susceptíveis do domínio de cada um, pois que as vagas arrancão ahi ao homem a propriedade da sua construcção. Todavia pôde occupar parte para esta, a qual é sua, em quanto dura; mas logo que o mar lh'a destróe, todo o direito de propriedade acaba, e os fragmentos do edificio absorvidos ficão communs, como o mar.

Publicae, videlicet flumina omnia, etc. No sentido proprio, cousas públicas, entre os Romanos, erão as em que todos tinham uso, mas cuja propriedade era do povo, *sola enim publica sunt, quae populi romani sunt*; o que se dava em quanto aos rios e portos. Daqui vinha, como diz o §. 2. *Inst. hoc tit.*, o ser a pesca direito commum a todos os cidadãos, assim como o navegar: tinham o mesmo character os caminhos pretorianos ou consulares, as praças, os lugares, e os banhos, em que o povo tinha propriedade, entrando nesta classe as praias do mar em quanto ao uso, pois que a todos pertencia.

Universitatis, quae ad hanc vel illam civitatem spectant, etc. Os Romanos davão o nome de *universitas* a toda a reunião de pessoas formando um corpo, uma corporação, uma especie de pessoa juridica; cabia elle por isso ás cidades e municipios, e lhes é dado no §. 6. *Instit. hoc tit.*, onde se dizem cousas de universidade os theatros das cidades e os estadios, nome, que se dava aos campos destinados para as luctas e combates dos Athletas; desviando-se aqui Justiniano da propriedade dos termos, como adiante veremos.

Adoptada esta divisão de cousas, vejamos a nossa legislação em quanto ás suas especies. Já vimos como o sol, o ar e o mar, cousas communs para alguns effeitos possiveis, nos conferem propriedade garantida pela leis. Com tudo distinguimos o mar largo do que é proximo ás praias: o mar largo é commum; mas não é assim o mar visinho das praias de cada uma das nações, pois que estas o tem appropriado por meio da legitima occupação. Por quanto para a occupação ser justa, requer-se: 1.º que a cousa seja *nullius*; 2.º que haja o facto da occupação; 3.º que este seja sufficiente; e 4.º em fim que haja animo de a possuir como propria. Ora os ma

res adjacentes e territoriaes, como pertencas do vasto Oceano, que não está na propriedade d'algum, nem a admite, são, como elle, *nullius*; as nações para sua segurança se tem d'elles appropriado, obstando á geral navegação com fortes, castellos e torres armadas d'artilheria, facto, que é por si bastante para impedir aquella, e para mostrar o animo de os possuir com exclusão, e de os ter, conservar e defender como proprios: logo nada falta para a legalidade desta occupação, confôrme á qual o Alvará de 4 de Maio de 1805 §. 2. declara, que se reputão taes, isto é, *mares adjacentes e territoriaes*, os fronteiros ás nossas praias por toda a largueza e distancia, que o tiro de canhão pôde abranger, ainda que não haja bateria em frente d'elles, porque a sua existencia se presume para a recíproca immuniidade.

Na simples Monarquia, em que o Imperante não dá contas á nação, o dominio destes mares está de facto na Corôa, assim como o dos portos, e direitos das mercadorias, que a elles são trazidas; facto convertido em direito na Ord. liv. 2. tit. 26. §. 9. , e hoje restituído á nação, a quem essencialmente competia, pelo Decreto de 13 d'Agosto de 1832.

Flumina item perennia, etc. Os rios navegaveis, e os que correm para estes, sendo caudaes, *scilicet*, se correm em todo o anno; as estradas, pontes e ruas, que prestão uso a toda a gente, e até mesmo aos animaes, são cousas publicas, pois que a propriedade é da nação, e o uso pertence a todos, revogado pelo cit. Decreto §. 2. o 8. da cit. Ord., pelo qual esta propriedade era do Rei.

Theatra quoque et stadia, etc. Os theatros, e na mesma razão os passeios, para que o Estado contribue, ainda que Justiniano os diga bens de universidade ou corporação, são na realidade bens públicos, pois que estão *in usu publico*, ou geral, como diz a L. 6. D. de *contrah. empt.* Ha porém theatros, que tem o character, ou qualidade de bens *universitatis*; e tal é o actual de Coimbra, que dizemos academico, pois ainda que o dominio do edificio em si é da nação, o theatro na sua propriedade e uso é exclusivo d'uma corporação ou so-

cidade, cujos individuos ou peçoras naturaes são pela maior parte academicas. E theatros ha tambem que são bens *singularum*, ou de dominio d'uma só pessoa fysica, como ninguem ignora.

Caeterum vox universitatis ad civitates municipales maxime refertur, etc. Ainda que a palavra *universitas* caiba a qualquer corporação ou collegio, e nesta mesma acceção larga os Romanos a empregassem; elles e nós mais propriamente a empregamos para designar o ajuntamento ou corpo dos habitantes naturaes, ou domiciliados n'uma cidade e municipio, ou que tem uma administração, que lhes é particular; o que faz que os bens da sua propriedade e uso se digão bens de universidade communmente; e não lhes cabe o nome e qualidade de publicos, pois que esta existe tão sómentè nos da nação: *Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*, L. 14. D. de verb. significat.

Et huc in primis spectant pascua communia vel divisa, etc. Referindo os bens de universidade, ou os bens municipaes, falla o A., como especie mais importante, dos maninhos, ou matas e bravios, que desde tempos remotos, e depois pelos Foraes pertencem aos povoadores dos Termos das Villas e lugares, para tirarem lenha, madeira em commun, assim como para pastos dos seus gados, que umas vezes se dividem por aquelles, e outras se conservão sem divisão. Como não tem outro dono, e o uso é de todos os habitantes dos Concelhos, segundo a Ord. liv. 4. tit. 43. §§. 12. e 15., tem a natureza, que aqui lhes attribuímos. Além destes, que prestão usos a todos, ha outros bens municipaes, cuja administração está nas respectivas camaras, e consistem na renda de prédios desbravados, nos fóros dos que estão em emphyteuses, e outros rendimentos, que se applicão ás despesas dos municipios. Por occasião dos rendimentos em fóros, aponta o Sr. Paschoal a Ord. liv. 1. tit. 66. §. 17., e o Alvará de 29 de Julho de 1766. Segundo esta Ord. podião os Vereadores aforar bens dos Concelhos, mas em hasta pública, ou por pregão a quem mais desse; d'outra

sorte era nullo o contracto , ficando os Vereadores obrigados ao Concelho pelo fôro noveado. Mas suscitando-se questões , e havendo abuso por causas destes aforamentos , veio o Alvará referido , e dispoz que elles se não fizessem sem Provisão do Desembargo do Paço , e que valendo a propriedade mais de 400\$000 reis , subisse o caso ao Rei por consulta. Hoje esta licença ou Provisão cabe ao Ministerio do Reino.

Publicae autem nobis vel maxime sunt Tertiae ex mulctis agrariis deductae ; quippe non Regis , sed populi diserte dicuntur , Ord. liv. 2. tit. 28. §. 2. ibi : não são do Rei , etc. Quem dirá , que nas palavras transcriptas disse o Sr. Paschoal , que as terças partes das coimas não são do Rei , mas sim bens de universidade ou municipaes ? Por ventura a significação da palavra *populi* não se acha bem claramente explicada no nome de qualidade *publicae* , com referencia ao de sujeito *Tertiae* , para se ligar áquella a idéa de nação , e não a de municipio ? Santo Agostinho — *de civit. Dei* liv. 2. cap. 21. chama povo a toda uma nação ; Cicero *de Repub.* faz o mesmo ; e outro tanto faz a L. 14. D. *de verb. significat.* Mas como se explica o Jurisconsulto Lobão no n. 30. das *Notas* a este §. ? « Não posso , diz elle , deixar de censurar a inadvertencia do grande Mello , em quanto no §. , de que tracto , connumerou entre os bens da universidade as Terças dos Concelhos , ou alias dos rendimentos d'elles. »

Disse , neste lugar , exactamente o A. aquillo mesmo , que Lobão entendeu elle devia dizer ; e é que as *Terças* dos rendimentos dos Concelhos não são da propriedade ou do dominio do Rei , mas sim do povo ou nação , e como taes bens públicos , *publicae* , e não *universitatis* ; por isso que os povos as conferem , ou com ellas contribuem para as obras das fortalezas e muros , em utilidade geral , o que é expressamente reconhecido na Ord. liv. 2. tit. 28. §. 2. Entra nestas terças uma parte das *coimas* , ou multetas agrarias , feitas pelos Juizes , Vereadores e officiaes do municipio ; outra pertence ao Concelho ; e outra ao denunciante do damno agrario , Alvará de 18 de Janeiro de 1613 , que confirmou a Provisão de 8 de Novembro de 1577.

Nem a opinião exposta se desvanece pela disposição da Ord. liv. 1. tit. 70. §. 3., segundo a qual os Thesouros e Procuradores dos Concelhos arrecadão estas Terças, porque *pertencem ao Rei*, pois que esta expressão é explicada na Ord. liv. 2. tit. 28. §. 2. cit. *verbis: por quanto não são do Rei, posto que por seus Officiaes as mande arrecadar*. O que mostra a idéa de pertencerem ao Rei como tutor e administrador supremo, e não em propriedade. As Terças, de que fallamos, continuão a ser pagas pelos Concelhos, tem entrada no Thesouro Nacional, a cargo do qual estão as despesas do Estado; continuão por isso a ser cousas publicas ou nacionaes, do mesmo modo que todos os mais tributos e contribuições, como a Cart. Const. dispõe, e declara o Decreto de 13 d'Agosto de 1832. §. 4., revogando todo o tit. 26. — *Dos Direitos Reaes*, do liv. 2. da Ord.

Termina o A. este §., transcrevendo Grocio *de jur. bell. ac pac.* liv. 2. cap. 8. §. 5. « Os povos da Germania, diz elle, tendo de assignar aos Reis e Principes rendimentos, para por elles sustentarem sua alta dignidade, com sabedoria julgáráo ser melhor entregar-lhes os bens communs, ou que não estavão no dominio particular, do que contribuirem, por seus proprios bens, para isso os cidadãos. O mesmo praticáráo os Egypcios. » Em Portugal porém aquelles bens são todos nacionaes; mas as Côrtes Geraes assignão ao Rei, e á Rainha, sua mulher, uma dotação correspondente á sua elevada qualidade, assim como alimentos ao Principe Real, e Infantes, logo que nascem, Cart. Const. artt. 80. e 81.

Distincção dos bens pertencentes ao Soberano.

§. 9. Forão de naturezas diferentes os bens de direito Real, as quaes o A. refere neste §. Erão e são patrimoniaes, *patrimonialia*, os que o Soberano adquire por titulo particular, ou na qualidade de cidadão, como por successão, compra, doação, etc.: bens fiscaes, *fiscalia*, os que formão o thesouro do Principe, como tal, para supprir as despesas públicas ou do Estado; tinhão esta qualidade varias multas, condemnações, confiscos,

etc. : e domaniaes, *domanialia*, os que os Reis conquistá-
rão, reservando-os para o seu patrimonio, passando de-
pois a cedel-os aos particulares para os beneficiarem e
cultivarem, devendo estes pagar á Corôa annualmente
certa porção de fructos, como quattos, quintos, etc., o
que lhes dava o nome de *reguengos*. Outros destes tomá-
rão o de *jugadas*, pois que os lavradores pagavão por
elles jugada ao Rei, a qual ordinariamente consistia
n'um moio de milho ou trigo, por cada uma porção de
terra, que um jugo de bois podia lavar n'um anno;
e se a terra era de linho ou vinha, consistia no oitavo
da producção. Mas hoje achão se extinctos os Reguengos
e Jugadas pelo Decreto de 13 de Maio de 1832; e os bens
fiscaes com a natureza de nacionaes, regulados por LL.
de Fazenda, formão actualmente o Thesouro Público.

*Divisão das cousas consideradas em si mesmas, e em
razão do modo geral, por que são nossas.*

§. 10. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales, mobiles, vel immobiles, etc.*
Consideradas as cousas em si mesmas, ou em razão da
sua creação e existencia, abstrahindo totalmente da
sua applicação e proprietario, dividem-se ellas, como já
notámos, em corporeas e incorporeas. Dividem-se as
corporeas em immoveis e moveis; são estas as que, sem
se deteriorarem, e inteiras, podem mudar-se ou ser mu-
dadas, pois que sua conservação e substancia não de-
pendem da situação ou lugar. As que podem ser mu-
dadas tão sómente por causa ou força estranha, cha-
mão-se em especie moveis, e *semoventes* as que por si
mesmas, ou em razão de força, que está n'ellas, se tras-
ladão; qualidade, que se dá nos irracionaes ou brutos,
e que comprehendia os escravos. Os navios e mais em-
barcações são por natureza cousas moveis, e geralmen-
te, mas com algumas excepções, retém esta qualidade
para os effeitos juridicos. Cod. Com. Part. 2. tit. 1. §.
1. Os *semoventes*, em regra, comprehendem-se nos mo-
veis, L. 93. D. de verb. sign.: *Movementium, item mobilium
appellatione, idem significamus.*

Os immoveis, ao contrario, são as cousas, ou que não soffrem mudança, como são os prédios rusticos na especie de terrenos, ou os que mudados se deteriorarião, como os urbanos. Mas para os effeitos juridicos ha moveis por natureza, que se reputão immoveis: e taes se dizem por connexão as arvores, em quanto pegadas; os fructos, em quanto pendentés; as aguas e aqueductos; e em geral as partes elementares dos edificios. Tambem são immoveis pelo destino as cousas d'uso perpetuo nos bens immoveis, como os gados de cultura, os arados e mais instrumentos de lavoura, os toneis, pipas e alambiques, e bem assim as sementes e estrumes. Pelo mesmo fundamento se dá esta natureza ás cousas necessarias nos edificios, e ás que os fazem mais commodos e agradaveis, como as chaves, as portas, as vidraças, paineis, espelhos, estatuas e mais objectos fixos ou pregados, *Aedibus distractis, vel ligatis, ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur*, L. 13. §. 31. D. de act. empt. et vend., L. 17. §. 7. D. eod. As acções, que tem por objecto cousas immoveis, seguem a sua natureza; assim como as que tem os moveis por objecto, seguem a qualidade destes, L. 15. §. 3. D. Qui satisd. cog.

Reditus annui, pensiones, et locationes ad longum tempus, etc. Os redditos annuaes vitalicios, ainda que sejam remiveis, as pensões, as tenças, pela sua similitude com os fructos, que a terra annualmente produz, tem a qualidade immovel, o que se vê na Ord. liv. 3. tit. 47. pr.; pois que, dispondo que o marido não litigue em juizo ácerca de bens de raiz, ou immoveis sem outorga da mulher, considera como taes os fóros, rendas, pensões, etc. Tambem reputa tal o arrendamento para sempre, ou por tempo certo, sendo de dez annos ou mais, pela razão de conferir dominio util ou proveitoso ao arrendatario; effeito, que hoje não produz tal locação, pois nunca perde a primordial natureza, nem transfere dominio algum sem expressa convenção, Alvará de 3 de Novembro de 1757.

Bona dividuntur in hereditaria, et adquisita, etc. Conclue o §., dividindo os bens ou cousas com respeito

ao modo geral, por que são nossas, em hereditarias, ou *de voengo*; e adquiridas: são estas as que cada um adquire, não só por sua industria, mas ainda por successão testamentaria deixada por estranho, em contraposição áquellas, que vem por successão dos ascendentes. Esta differença de bens, em algumas nações observada, como notámos na primeira parte deste escripto, foi adoptada pela Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 1., prohibindo a disposição testamentaria dos hereditarios a favor d'estranhos com exclusão dos parentes. Mas foi revogada esta lei, e restituida a liberdade de testar d'uns e outros bens, pelo Decreto de 17 de Julho de 1778; e desde então tal distincção de cousas é inteiramente inutil.

Outras divisões de bens ou cousas.

§. II. *Illa vero in jure nostro frequens est divisio rerum in proprias, seu allodiales, emphyteuticas, et majoratus.* Tambem os bens ou cousas se dividem em razão da diversa natureza do dominio, que n'ellas temos; relação esta, em que formão principalmente o objecto das leis civis, e que as faz distinguir em *allodiaes* ou livres, *emphyteuticas* ou de prazo, e de *morgado* ou vinculadas.

Allodiales dicuntur, etc. Por bens ou cousas *allodiaes* entende aqui o A. aquellas, que são objecto do dominio pleno ou propriedade perfeita, e cujo dono, ou senhor, não é por ellas obrigado a prestações particulares, ainda que o é ás geraes públicas ou tributos. Com tudo o seguado dos requisitos expostos não constitue a característica, nem pertence á essencia das cousas *allodiaes*, quer na accepção grammatica, quer na juridica: nesta, porque os bens, ainda que perpetuamente onerados, com prestações particulares e certas, como os censiticos não deixão de ser por isso *allodiaes*, pois que a essencia desta qualidade consiste na liberdade ampla de alienar e dispôr em quanto a elles, ou no primeiro requisito, que o Sr. Paschoal exige, e que por si só é bastante; com o que concorda exactamente a noção grammatica do nome.

Por quanto allodial, adjectivo, é derivado de *alodio*, herdade livre de todo o senhorio, e que por isso não é sujeita a fôro; tomado *alodio* de *allodium*, *res libera et propria alicujus, item haereditas, quam vendere et donare possum*; nome, do qual se diz — *Barbarum vocabulum est, a Gothis introductum*. Assim ajustão-se ambas as accepções, dada a liberdade de dispôr em quanto aos bens, não obstante o gravame de prestações, excepto o fôro, porque este importa a falta de liberdade, ou a prohibição d'alienar. Os Francezes formárão *alleu* na mesma significação de prédio immovel, livremente hereditario; mas como o poder feudal se estendeo tambem a estes bens pelo principio usurpador — *nulle terre sans seigneur*, veio a dizer-se *franc-alleu*, para exprimir a idêa d'uma propriedade immovel, não sujeita a pretensões de senhorio feudal.

Emphyteuticas ab alio certa lege adcipimus, etc. Emphyteutico, como em lugar proprio mais a fundo notaremos, é o prédio, em que o dominio está partido entre dous, tendo um sómente a parte util, que por si não pôde alienar, sem que outro lh'o consinta, pois tem n'elle o dominio directo ou real, em reconhecimento do qual recebe do que goza ou disfructa, uma prestação certa annual, que se diz fôro.

Majoratus autem bonis libere nos quidem non utimur, etc. Bens de morgado ou vinculados são os não sujeitos a fôro, mas que não podem ser alienados, por deverem andar juntos n'um individuo da familia, que é chamado pela instituição, regulada pela lei.

Na relação, que dá fundamento ás differenças de bens, ou cousas, de que tracta este §., podião vir aqui mais especies, como a de bens communicaveis, incomunicaveis, dotaes, parafernaes, dados em apanagio, de menores, e outras: mas o A. já as explicou no seu Livro do *Direito das Pessoas*; o que torna infundada a censura, que Lobão faz nas *Notas* a este §., por as não trazer. Esqueceo porém ao censor apaixonado advertir a omissão nesteTitulo sobre a differença entre cousas fungiveis e não fungiveis, que tanto uso tem em Jurisprudencia, e que não anda geralmente exposta

com exactidão para todos os effeitos ou resultados juridicos, em quanto se dizem fungiveis as cousas, que se não podem usar, sem se lhes alterar a natureza, ou consumirem; e não fungiveis as que pelo uso se não alterão, nem consomem. Por quanto póde uma coisa ser fungivel nesta acceção, e com tudo dar-se obrigação da sua entrega exclusiva; como se o contracto teve por objecto o vinho de certo tonel, ou o trigo de certa tulha, casos, em que não se satisfaz com o genero, mas sim com a especie, segundo a linguagem Romana; isto é, dá-se obrigação d'entregar o vinho ou trigo, de que se tracta, sem que outro lhe possa ser substituido; o que faz que taes cousas, em si fungiveis, no effeito se tornem não fungiveis. Ao contrario, se o testador legou uma casa, que tenha certo valor, o herdeiro satisfaz, dando uma casa com aquella qualidade, sem que a sua obrigação se refira a certa casa; o que faz, que a coisa não fungivel, considerada em si mesma, appareça fungivel no resultado. Por tanto prescindindo da qualidade natural, que as cousas têm, e attendendo á sua essencia juridica, é mais exacto dizer fungiveis as cousas, que se podem substituir por virtude da obrigação, e que o contrario se dá nas não fungiveis.

Das classes de direitos em quanto ás cousas.

§. 12. *Jam vero jura omnia, cum vel personam, vel rem adficiant*, etc. Os direitos ou se dirigem ás obrigações, com referencia ás cousas, e são direitos pessoais; ou se referem directamente ás cousas, e são direitos reaes. São por isso de duas classes: pois que ou tem o seu fundamento nas mesmas cousas, ás quaes andão annexos, e formão o *jus in re*; ou nascem das obrigações, que outros contrahirão com referencia ás cousas, e pertencem ao *jus ad rem*. Conferem aquelles a faculdade de proseguir o objecto ou coisa em qualquer possuidor; pois que o direito liga immediatamente com ella, o que assim não acontece no *jus ad rem*, que só deixa proseguir a obrigação de quem n'ella se

constituo; a qual é o fundamento immediato do direito. Das faculdades da primeira especie nascem as acções reaes; das segundas as pessoas.

Ha porém alguns direitos pessoases, que tem diverso fundamento, quando a obrigação, que lhes é correlativa, nasce sómente da equidade, mas convertida pela lei em perfeita e efficaç pela regra: *Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*; tal é aquella, que serve de fundamentó á acção *ad exhibendum*, a qual compete ao que se presume senhor, para que qualquer exhiba a coisa ou a mostre em Juizo, a fim de se liquidar a existencia, ou não existencia, do direito em quanto a ella. E tambem se dá obrição pessoal imposta immediatamente pela lei, como é a de soffrer, que no meu prédio se construa o aqueducto necessario para beneficio do de outro, Lei de 27 de Novembro de 1804.

Juris in re species sunt, etc. São especies *• jus in re* o dominio, a servidão, e o penhor, ás quaes se deve acrescentar o direito hereditario. O *jus ad rem* tem obrigações correspondentes, ~~na~~ nas que nascem das qualidades pessoases, mas nas que resultão dos contractos, quasi contractos, delictos e quasi delictos, ou que provém dos factos juridicos, ou injuridicos. Por agora tractamos do *jus in re* em suas especies diferentes: passaremos depois ao *jus ad rem*, ou ao complexo dos direitos, a que correspondem, com referencia ás cousas, obrigações, contrahidas por meio dos factos em ambas as suas qualidades.

Mas cumpre advertir, terminando este Titulo, que ainda que, geralmente fallando, os direitos sobre as coisas nas duas classes de pessoases e reaes possam ser renunciados, e transferidos a outro, pois contêm em si propriedade, não acontece isso nos concedidos strictamente a pessoa designada, para por si mesmo os exercer, como é com os Tabelliães, Escrivães e empregados de Justiça, que sem licença do Soberano não podem vender, nem renunciar em outrem seus officios, Ord. liv. 1. tit. 96. e 97.: assim como não acontece nos direitos, que pertencem á pessoa por virtude d'uma certa qualidade; o que faz que o primogenito, por exemplo,

não possa renunciar para depois da sua morte, se tem um filho legítimo, a administração do morgado em favor de seu irmão segundo-genito; e que se não tem aquelle, mas vem a tê-lo depois da renuncia neste, por morte do resignante vá a administração para o filho, sem que possa ser retida pelo irmão renunciado.

TITULO II.

Do dominio e posse.

Razão d'ordem, e definição do dominio.

§. 1. *J*uris in re praecipua quidem species est dominium, etc. Propondo-se o Sr. Paschoal neste Livro o exame do Direito sobre as diferentes especies do *jus in re*, ou faculdades reaes, que tem o seu fundamento na natureza das cousas, e são connexos com ellas, abstrahindo de todo e qualquer possuidor: tendo visto no Tit. antecedente a natureza daquellas, e sendo o dominio ou a propriedade a especie mais importante desta classe de direitos, por isso que a mais rica e abundante em elementos: devia, como faz agora, tractar d'ella antes de todas as outras. Mas pela posse é que se exercita a propriedade ou dominio, e é ella, quando verdadeira, ligada naturalmente áquelle; o que faz examinal-a juntamente neste Titulo, que por isso se inscreve: — *Dé dominio et possessione*, do dominio e posse.

Jus de re pro libito disponendi, etc. O dominio, que hoje se diz geralmente propriedade, abrange, no sentido amplo, tudo o que é nosso, ou que forma o nosso patrimonio; e assim todas as cousas corporeas e incorporeas, que estão nos bens de cada um. Mas no sentido proprio ou restricto, diz-se propriedade ou dominio o direito, pelo qual uma cousa pertence a alguém completamente,

pletamente, para o que é necessario, que muitos direitos componentes, ou elementares se reunão no sujeito em quanto ao objecto, e são o direito de dispôr d'elle a seu gosto e vontade, o d'aproveitar-lhe toda a utilidade, de que elle é susceptivel, o de mudar-lhe a fôrma, o de vendel-o, dal-o, destruil-o, excluir os outros do seu uso, e finalmente o d'havel-o ou reivindicar-o de qualquer, que o detem. Estes direitos porém, elementos do dominio, que constituem sua natureza, e que como taes se attribuem ao sujeito, ou senhor nas diferentes Ordd. citt. pelo A., não lhe permitem exercicio, nem de todos, nem de cada um d'elles, que seja contrario ás leis, ou offensivo dos direitos de terceiro, o que lhe resulta de seus deveres civis accumulados aos naturaes. Por isso é que o *Cod.* de Napoleão no art. 544., diz: « A propriedade é o direito de gozar e dispôr das cousas da maneira a mais absoluta, com tanto que d'ellas se não faça um uso prohibido pelas leis ou pelos regulamentos.

Effeitos do direito de propriedade.

§. 2. *Potest de re sua pro arbitrio disponere, etc.*
 Entra na natureza do direito de propriedade a livre disposição em quanto ao objecto, e nesta se comprehende o direito de o transferir para outro, *et in alterum transferre*, o que tudo se entende, como dissemos, em conformidade ou do modo permittido pelas leis, sem que isto altere ou mude a qualidade do direito, pois este está no uso, e não no abuso illegal. Assim o proprietario d'um campo não pôde cultivar n'elle a herba ou planta do tabaco; pois que se acha esta cultura prohibida aos particulares do Reino, Alvará de 10 de Maio de 1649; nem plantal-o de vinha nas margens do Têjo e Mondego, Alvará de 26 d'Outubro de 1765. Tambem o que tem em propriedade tabaco (em relação á transferencia do dominio), não pôde vendel-o no Exercito e fortalezas, Alvará de 30 d'Agosto de 1650; nem o Negociante de vinhos transportal-os para fóra, sem que satisfaça á Alfandega os direitos ou impostos.

Potest eandem judicio actionibus realibus vindicare, etc. É outro effeito do dominio o proseguir em juizo a entrega do objecto, quando detido por outro, e isto do mesmo modo ou em harmonia com as leis, que dão ao proprietario para este fim os meios ou acções proprias, que em tal caso são as reaes, pois se fundão no dominio, que é um direito real, ou especie de *ius in re*, do qual tomão a natureza as acções, que elle produz. É por ellas que deve o proprietario obter a restituição, ou entrega do objecto do seu direito, e nunca pela força propria ou particular, porque lhe obstão a tal recurso as leis em manutenção da ordem pública.

Extra judicium quoque defendere etiam per vim, etc. Se porém outro o pretende esbulhar da sua posse, fazendo-lhe força ou violencia, pôde não só em virtude da propriedade, mas tão sómente da posse, repellir força com força, e por esta sustentar-se na posse da sua coisa, e mesmo ainda depois d'esbulhado recuperal-a pela força, empregando-a *in continenti* ou *logo*, como dispõe a Ord. liv. 4. tit. 58. §. 2., que em verdade nesta ultima disposição nos parece transigir com a rudeza e barbarie na transição para o estado social e de civilização, que não permittem a cada um fazer justiça a si mesmo, mas sim o recorrer á força pública, que está nas leis e auctoridade dos Magistrados.

Dominio restricto.

§. 3. *Tamen dominium legibus societatis est subiectum, et ad eorum præscriptum dominus re uti debet.* Ainda que o dominio contenha em si os elementos, que lhe attribuimos, e produza, além d'outros, os effeitos, que como principaes expozemos, é elle restricto e modificado pelas leis geraes civis, como igualmente notámos, sem que mude de natureza tal direito, nem nas leis haja usurpação. Por quanto além das consas serem em si meios sociaes, e por isso subordinadas ao imperio para consecução do bem do Estado, que é a somma dos bens particulares ou individuaes: o dominio ou a propriedade, de que ellas são objecto, é um direito ou

faculdade, que se exerce por actos ou acções livres, acções, que os socios comprometterão para serem reguladas pelas leis d'um modo conveniente ao bem geral; logo as leis não usurpão, modificando o dominio, que por isso não fica menos dominio, do mesmo modo que o homem não fica menos homem ou menos livre, por isso que as leis o cohibem no funesto abuso da liberdade. Com estes fundamentos é que as leis civis das Nações geralmente adoptão a prescripção, sem a qual estaria a propriedade exposta, e os direitos incertos; por elles é que se justifica a necessidade da insinuação nas doações, das solemnidades dos testamentos, designação dos herdeiros impreteriveis ou necessários, *et sexcenta alia*, como se exprime o A. na sua nota ao §.

Póde o proprietario não ter todos os direitos elementares do dominio por causa d'alguma imperfeição, que se dê na sua propriedade, como veremos no §. seguinte, ou dar-se nelle defeito pessoal, que sirva d'obstaculo ao exercicio do direito de propriedade; e taes são a menoridade, a demencia, a prodigalidade julgada tal por sentença, e o estado da mulher sujeita a superioridade marital.

Com tudo estas especies de proprietarios, que acabamos de referir, tem um dominio só seu, e com todos os direitos, que dá a propriedade; mas não podem exercel-os; a saber, o prodigo e o menor, senão pelo ministerio do seu curador ou tutor, e a mulher com o concurso de seu marido.

Aliquando ipsa partium conventione restringitur. O direito de propriedade não só póde ser modificado ou restricto pelas leis, mas tambem por expressa convenção dos pactuantes, o que é conforme á natureza do dominio, pois que o proprietario ou senhor, em virtude deste seu mesmo direito, póde por expressa convenção, ou por expressa disposição cedel-o com condições, sem que deixe de ser dominio, embora fique mais restricto. Assim, se o testador deixa uma casa em legado sob condição de não ser alienada, ou de o ter sómente urgindo necessidade, e neste caso de ser

ella offerecida com preferencia a uma pessoa designada; accitado o legado, o direito do legatario não é outro, senão o de propriedade plena, ainda que modificada ou restricta, pois que reúne em si todos os elementos do dominio, modificado em quanto á parte, que consiste no direito de dispôr, o que não constitue imperfeição na propriedade, como logo explicaremos.

Illud tantum hac in re moneo, etc. Nesta ultima parte da nota temos a advertencia, de que ha na propriedade um effeito, que lhe é inauferivel, e que por isso a lei, e nós dizemos, que não só esta, mas nem a convenção, nem a disposição testamentaria podem tiralhe. É o direito do uso exclusivo da cousa, com a faculdade de obstar a qualquer, que nelle pretenda ter parte; pois é isto o que fórma a essencia do dominio, e que por isso não se dando, ou elle não existia, ou deixou de existir, passando a ser condominio, compropriedade, communhão, se os mesmos direitos se dão em duas ou mais pessoas sobre a mesma cousa indivisa, e propriedade imperfeita, se os direitos não são os mesmos, como passamos a ponderar.

Diversidades de dominio.

§. 4. *Distinctio domini plani, vel minus pleni, directi, vel utilis, etc.* Da-se propriedade imperfeita, quando se dá privação d'uma parte dos effeitos, que resultão da propriedade perfeita; e acontece quando a propriedade tem de resolver-se no fim de certo tempo, ou realzada uma certa condição; e tambem quando está onerada com encargos correspondentes aos direitos reaes d'outras pessoas além do proprietario. Concebe-se que o que tem uma propriedade resoluvel, que acaba em tempo determinado, ou com a realzação da condição, está privado d'uma parte dos effeitos, que produz a propriedade perfeita. Elle não pôde, por exemplo, alterar a fórma aos prédios em desvantagem da pessoa, a quem tem de pertencer a titulo de substituição; não pôde alienal-os, nem ceder os seus direitos

por mais tempo, que o da existencia e duração da sua propriedade. Do mesmo modo o proprietario d'um prédio sujeito a usufructo, ou a direito real qualquer, nada pôde fazer n'elle, nem dar-lhe disposição em prejuizo de taes direitos; o que faz nestas especies não ser a propriedade perfeita, livre, ou plena.

Por tanto, a propriedade perfeita, que as nossas leis dizem dominio pleno, contrapõe-se ao que ellas dizem menos pleno, no qual a propriedade não é perfeita. Na especie de propriedade imperfeita n'um prédio onerado com o usufructo, o que tem este direito diz-se usufructuario, contraposto ao simples proprietario, senhor do prédio na substancia. Nos prazos ou bens emphyteuticos, o senhor da substancia do prédio diz-se senhor directo, e directo o seu dominio; o qual tem por elementos o direito d'haver o fôro, de consolidar por commissão e opção, assim como além d'outros, o direito ao laudemio. Contrapõe-se o senhor directo ao emphytenta ou foreiro, e o dominio directo d'aquelle, ao dominio util deste, que principalmente consiste no direito de usar e gozar da coisa immovel, em que recáem ambos os dominios referidos, cada um dos quaes é composto de parte dos elementos da propriedade perfeita, a qual por isso neste caso se diz estar repartida.

O exame da qualidade do dominio, que tem o administrador nos bens de morgado ou vinculados, que o A. ultimamente lembra neste §., fica para mais proprio lugar, antes do qual nenhuma falta nos fazem as idéas sobre este objecto.

O que seja posse, sua natureza, e como se exerce.

§. 5. *Possessio*, etc. Este nome, segundo a L. 1. D. *de adq. vel amitt. possess.*, deriva das duas palavras tambem latinas *sedes* e *positio*, pois que uma coisa é naturalmente possuida por aquelle, que toma posição sobre ella; vindo por isso *possessio* a explicar o acto de deter um objecto em contraposição ao de cedel-o: *Nisi sibi hortorum possessione cessit*, Cic. *pro Mil.*; e a

ter propriedade com applicação ás cousas ou objectos corporeos, ainda que translatamente se applique aos incorporeos: *Nostra est omnis ista prudentiae, doctrinae-que possessio*, cit. Cic. *de orat.*, caso, em que se diz quasi posse, *quasi possessio* em linguagem juridica.

Consiste por tanto a posse, como o A. extracta da L. 3. §. 3. D. *de adq. vel amitt. possess.*, na faculdade natural de deter a **cousa** com animo ou intenção d'o detentor a conservar **como** sua: *Naturalis facultas rei insistendi animo sibi habendi*; ou, como diz o *Cod. Civ.* de França art. 2228.: « **A** posse consiste na detenção ou gozo d'uma coisa ou d'um direito, que nós temos, e por nós mesmos **exercemos**, ou por outro, que tem aquelle, ou exerce este em nosso nome.»

Como é unicamente pela posse que estão em nosso poder as cousas, e que as usamos ou gozamos, empregase esta palavra. frequentes vezes, significando o mesmo que propriedade; ainda que são em si cousas diferentes, e tanto, que póde dar-se uma, sem que a outra exista. Como por exemplo, se Pedro vende a Paulo a minha casa, e lh'a entrega, este, por isso que acquire de boa fé, pois ignora ser a casa minha, a retém ou a possui e goza, mas eu conservo a propriedade, até que pela prescripção pertença a Paulo. Não devemos por tanto confundir a posse com a propriedade.

Mas ainda que pareça, pelo que acabamos de dizer, que a posse é o gozo do objecto, ou coisa, que está em nosso poder, ou tenhamos ou não tenhamos a sua propriedade, nem toda a especie de gozo constitue posse verdadeira, mas sómente o d'aquelle, que o tem, ou que goza a titulo de senhor ou proprietario, quer elle goze por si mesmo, quer possua por meio d'outro, como por um locatorio administrador ou depositario.

Consistit in facto et jure, etc. Para que a posse seja verdadeira, dissemos ser necessario gozar a coisa como propria, ou a titulo de senhor d'ella; por quanto como sómente pela posse, se póde exercer o direito de propriedade, segue-se que é a posse ligada naturalmente com esta, e não deve ser d'ella separada. O que faz, como o A. diz neste lugar, que a posse contenha

um direito e um facto: aquelle o direito de gozar, unido ao direito de propriedade; este o facto do gozo effectivo da cousa, ou esta se ache na mão do senhor, ou outro a tenha em nome d'elle.

Mas assim como é impossivel que a propriedade no total pertença a ambos os litigantes, que ácerca d'ella se disputão, é igualmente e pela mesma razão impossivel, que a posse não pertença a um só. Por tanto como é um só o verdadeiro senhor, e por isso tambem um só o verdadeiro possuidor, liquidado que o que possue não é o proprietario verdadeiro, a sua posse não é mais do que uma usurpação.

Adeoque corpore et animo adquiritur, etc. Pois que para se dar a posse é necessario gozar a cousa como propria, segue-se que nem o animo de a ter constitue a posse sem o acto da detenção: *Solo animo non posse nos adquirere, si non antecadat naturalis possessio*, L. 3. §. 3. D. *hoc tit.*, nem a detenção a constitue sem o animo de a gozar como propria, o que faz que o furioso e o pupillo, sem a concurrencia do tutor ou curador, não possam principiar a possuir: *Quia affectionem tenendi non habent*, L. 1. §. 3. *hoc tit.*, do mesmo modo que o que vai habitar a casa do ausente para n'ella se conservar em quanto este não chega, não adquire a posse d'ella, pois que sua intenção não é adquiril a, L. 41. D. *eod.*

Pelo mesmo fundamento o que toma em suas mãos um annel para unicamente examinar sua materia e fórma, não adquire a posse d'elle, pois que lhe falta a intenção de o gozar como proprio, o que faz que seja um *simples detentor*, ou tenha a simples detenção absolutamente distincta da posse, assim como desta se distingue a do que retém a cousa em nome d'outro, como por exemplo, um colono, inquilino ou procurador, os quaes não possuem mas detém, *rem detinent, sed non possident*, pois que a posse está naquelle, em nome de quem possuem, Ord. liv. 3. tit. 45. §. 10. verso — *em cujo nome possue*, e tit. 86. §. 1. *verb.* — *nem per si, nem per outrem fique per via alguma em posse*. L. 1. §. 3., e LL. 12. 18. 25. §. 1. D. *de adq. vel amitt. possess.*

Podem-se possuir tanto os moveis e semoventes, como os immoveis; mas os actos, por que a posse se exercita, são differentes segundo a natureza das cousas. Possuem-se os moveis, tendo-os armazenados, ou conservando-os por outro modo á nossa disposição; os semoventes ou animaes, tendo-os encurralados, ou fazendo-os guardar; possui-se uma casa, conservando as chaves della, ou habitando-a, ou dando-a em locação, ou mandando-a reparar; os campos e prados possuem-se, cultivando os e recolhendo-lhe os fructos.

Ha porém uma posse particular em quanto ás cousas incorporeas, ou que consistem em direitos, que não admittindo a fysica detenção, se dizem impropriamente possuidos; mas como se gozão, se dizem quasi ou como possuidos, e são objecto da quasi posse, que se exerce, exercitando os direitos, dada para isso occasião. Deste modo é que se possui uma servidão, isto é, exercitando-a pelo uso, que se faz d'ella, ainda que se não possua o prédio, sobre o qual ella é imposta.

Por occasião d'o senhor da servidão conservar a quasi posse, exercitando o seu direito, sem que tenha a posse no prédio serviente, cabe notar que é contrario á natureza das cousas, que duas pessoas ao mesmo tempo possuão pelo total a mesma cousa, pois que o gozo total d'um separadamente exclue outro de ter um gozo igual: *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris*, L. 3. §. 5. D. *de acquirenda possessione*. O que se não verifica nos que possuem em commun uma cousa indivisivel, pois que possuem conjunctamente pelo total, em razão de se não poder sómente em parte possuir a cousa indivisivel. O que um exemplo fará sensivel.

Dous particulares ou individuos tem o gozo commun de uma casa, a que é unido um direito de servidão sobre outra, que lhe é visinha: este direito é cousa indivisivel; cada um destes particulares a possui pelo total, não separadamente, mas em commun.

Em que differe a posse da propriedade ou dominio.

§. 6. *Nam possessio consistit in facultate naturali rei insistendi sive jure sive injuria*, etc. Ainda que a noção, que exprime a palavra posse, contenha, como vimos, a idêa d'um direito e d'um facto, isto é, do direito de possuir ou gozar unido ao direito de propriedade, e da detenção actual, que é um facto, o que faz não poder a posse separar-se da propriedade, que lhe é causa: *Proprietas ab hac (possessione) separari non potest*, L. 1. C. de acq. et ret. posses., todavia além da posse verdadeira, que é fundada em justo titulo, pôde a coisa ser detida injustamente, caso, em que a posse é sómente corporal ou de facto: *Rem facti, non juris esse*, L. 1. §. 3. D. *ibidem*, quando d'aquella ou da posse verdadeira se diz: *Possessio non tantum corporis, sed et juris est*, L. 49. §. 1. D. *eod.*, ou que consiste n'um direito e n'um facto.

Differe por tanto principalmente a posse do dominio em poder ella tão sómente consistir n'um facto sem direito, quando o dominio se não dá sem justo titulo ou causa justa, donde vem transmittir-se a propriedade aos herdeiros como nascida d'um direito, e não assim a posse, sem que elles continuem por si o facto da detenção, que unicamente a fôrma, quando injusta, ou lhe serve d'um elemento, quando verdadeira ou justa. Com tudo entre nós tanto o dominio, como a posse civil, passa do defuncto com os effeitos de natural aos herdeiros testamentarios e legitimos, Alvará de 9 de Novembro de 1754, Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

Reliquas differentias omitto. Omitte o A. as mais differenças, que se dão entre dominio e posse, mas uma destas nos parece muito importante para não dever ficar em silencio, e consiste em a posse se perder, logo que qualquer, ainda que coacto, depõe o animo de possuir, ou se dá por despojado, mas não assim o dominio, quando expressamente se não demitte, e por titulo sufficiente para d'elle o proprietario se privar.

Como se adquire, retém, e perde a posse.

§. 7. *Acquiritur possessio animo tantum nostro, et corpore, id est, facto, sive nostro, sive alieno, etc.* Já dissemos que não basta ter intenção de possuir uma cousa para adquirir a posse d'ella, mas se deve manifestar externamente esse animo pelo exercicio dos actos possessorios, ou pelo gozo da cousa, isto é, que, se se tracta d'um movel, deve elle ser posto na mão do que o quer possuir, ou que um outro da sua parte, e em seu nome o receba. Se a cousa é imovel, como um campo, ou uma casa, deve dirigir-se a ella, a fim de tomar a posse, ou enviar quem em seu nome a tome, sem que seja necessario caminhar por todas as peças de terra, de que o prédio se compõe: *Quod diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere.* L. 3. §. 1. D. de acq. possess.

Esta regra porém não tem lugar, senão em quanto áquelle, que adquire a posse d'um prédio com approvação do antigo possuidor; pois que sendo um usurpador, que por auctoridade privada quizesse entrar de posse d'um prédio, elle a não adquire, senão pé por pé nas partes, que usurpasse.

As pessoas de razão alienada, ou não formada, como os loucos e infantes, não podem por si adquirir a posse de cousa alguma, pois que para isto é necessario ter vontade, e estas especies de pessoas são incapazes daquella, como se vê na L. 1. §. 2. D. hoc tit. Mas podem adquirir ou tomar posse pelo ministerio de seus tutores ou curadores, pois que a vontade de adquirir para elles, que tem estes, suppre a que falta naquelles. Concorda a Ord. liv. 3. tit. 45. §. 10., pois reconhece a posse em nome de outro.

O que acabamos de dizer a respeito do infante, não é applicavel ao pubere, que por sua idade é dotado de discrição para entender o que faz; pois não tem

necessidade de tutor, se melhora sua condição: do que vinha poder elle validamente acceitar uma doação, e adquirir, pela tradição da cousa dada, a posse, e ainda mesmo a propriedade daquella, o que hoje não pôde ser sem o concurso do tutor auctorizado pelo Conselho de familia segundo a *Noviss. Reform. Jud.* art. 403., que adoptou o *Cod. Civ.* de França art. 463.

Retinetur autem solo animo, etc. Ha duas differenças principaes entre a aquisição da posse e a sua conservação. Observámos que para adquirir a posse é preciso unir com a intenção de adquirir, o effectivo gozo ou a tradição da cousa. Mas isto assim não acontece com a conservação da posse já adquirida, pois que basta a intenção de possuir, ainda que o gozo do objecto se não dê: *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest*, L. 4. C. de acq. possess.

Procede isto de sempre se presumir a intenção de querer continuar a mesma posse n'aquelle, que a tem adquirido, excepto se apparece uma intenção contraria muito caracterizada; o que faz que, ainda que elle não habite, nem faça habitar por outro uma casa, não se supponha ser sua intenção abandonal-a; ao contrario se presume a de a conservar; para o que basta que a vontade, que elle teve, de possuir adquirindo a posse, não tenha sido claramente revogada por uma vontade contraria; e procede do mesmo modo em quaesquer prédios rusticos, como nota Gothofredo á L. 3. §. 11. D. eod.

A outra differença consiste em que para adquirirmos a posse por meio de outro, é necessario que este tenha intenção confôrme com a nossa; mas para reter ou conservar a posse por meio d'outro, não é mister que elle conserve a mesma intenção, que tinha, quando a adquirio para nós. O que faz que mudando elle de vontade, como, por exemplo, se quer possuir em seu nome, continue a ser considerado possuidor em nome alheio; isto em razão d'um antigo principio de Direito, segundo o qual, o que possui, não pôde mudar a si proprio a causa ou titulo da sua posse: *Illud a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsam causam possessionis mutare posse*, L. 3. §. 19. D. hoc tit.

Dos mesmos fundamentos se conclue, que o que possui por outro, se este vem a morrer, e a cousa se conserva em poder do seu herdeiro, continúa a sua posse por meio e intervenção deste. Por exemplo, se o locatario morre, o locador continúa a possuir pelo herdeiro a casa, que possuia pelo defuncto.

Amittitur possessio, etc. Vimos como a posse se adquire e se conserva: vejamos os modos, por que depois de adquirida ella se perde. Para perder a posse d'uma cousa, não basta, como notámos, que cesse no possuidor o gozo della; é preciso ou que elle tenha intenção de abandonar a posse, *si naturalis facultas rei insistendi desinit*, ou que contra sua vontade fosse privado d'ella, *vel detineri amplius non potest*. Por quanto, se elle não quer possuir, acabão os elementos da posse, o animo, e a detenção ou gozo: se elle não pôde possuir, como se a cousa pereceo ou foi furtada, *si res ipsa interit, si furto sit ablata*, acabão do mesmo modo, porque a vontade d'um impossivel importa não ser vontade.

Acaba voluntariamente a posse, quando o que a tem, faz a tradição da cousa a alguém com o designio de lhe transferir aquella, ou quando elle pura e simplesmente a abandona. Acaba do primeiro modo ou voluntariamente no caso, que o A. refere no seu §., *si possessor constituat se nolle amplius possidere, uti in constituto possessorio*.

Por quanto a posse não se perde tão sómente pela tradição real da cousa, mas tambem quando ella se faz ficta, constituindo-se voluntariamente o possuidor em estado de não poder continuar a possuir, como no constituto possessorio, isto é, se um vende a outro uma casa, por exemplo, e no mesmo acto o vendedor a toma de arrendamento ao comprador, a tradição ficta, que contém o arrendamento, faz que o comprador adquira a posse pelo vendedor, que reconhece ter a casa em nome daquelle, ou como seu locatario, perdendo ao mesmo tempo a posse, que antes tinha. Se a casa porém foi vendida, sem que o vendedor se constituísse locatario, dá-se a transferencia da posse pela tradição real; mas se esta ficou sujeita a condição, perde-se a posse tão sómente, quando aquella se verifica.

É evidente que se perde voluntariamente a posse pelo abandono puro e simples da coisa; como é o que se faz d'um chapéo velho, uma garrafa quebrada, etc., que se lanção fóra por inúteis, e acontece igualmente com um prédio, quando se renuncia ou se despreza o seu gozo.

Perde-se a posse constrangidamente, quando o possuidor é posto fóra do prédio por outro, que emprega força, e aquelle aquiesce ou se dá por despojado; e é elle desapossado, ainda que não receba a força em si, mas naquelle, por meio de quem possui, como o locatario, ou outras pessoas, que têm a coisa em seu nome. Está na mesma razão, quando a casa ou o prédio, que possuia na sua ausência, foi occupado por outro, que depois emprega a força, prohibindo-lhe o gozo por anno e dia, se durante este tempo, o do usurpador, não tenha sido interrompido por algum acto possessorio do fofgado. Tambem se perde a posse contra vontade, quando o mar ou o rio submerge o campo; mas não é assim se a inundação é passageira.

Perde-se involuntariamente a posse das cousas moveis, se perecem, se são furadas; e tambem quando deixão de estar no lugar, em que nos podemos servir d'ellas a nosso gosto e vontade. Assim se um objecto me cãe na rua, sem que eu não attentasse, eu sou considerado ter perdido a posse d'elle. O mesmo procede n'um cavallo, que fugio, se se saiba onde está. Cumpre porém notar, que não devemos confundir com as cousas ou objectos perdidos as que estão em nossa casa, mas que se tem desviado, e não se achão; pois nestas, para os effeitos juridicos, se conserva a posse sem difficuldade.

Differentes especies, em que a posse e divide.

§. 8. *Possessio vel judicialis est*, etc. Aponta primeiramente neste §. o A., com fundamento n' fórma, por que a posse se toma; a sua divisão em judicial e extrajudicial. E aquella, quando mandada tomar pelo despacho do Juiz, á qual deve preceder citação do actual possuidor

para a ver tomar e largar a sua posse; circumstancia, que omitida importa nullidade. Valasc. *de Partit.* cap. 3. n. 4. e 5. Se o Juiz, sem guardar a ordem legal, manda dar posse a outro, desapossando o que possui, obra de facto, e reduzindo-se neste caso á qualidade de particular, commette espolio, contra o qual cabe a restitução ao despojado; mas se procede injustamente sem aquella nullidade, cabe a este tão sómente o recurso para o superior competente, Mend. p. 1. liv. 4. cap. 10. n. 25.

Entra na mesma especie, ainda que não haja mandado do Juiz, a que é dada por qualquer Tabellião no seu districto a rogo de parte, que lhe mostra sentença, ou instrumento público de compra, doação, aforamento, escambo, etc., por onde lhe pertence a propriedade d'algum prédio, caso, em que o Tabellião deve lavrar o auto e conferir a posse, não havendo quem lh'a contradiga ou se opponha, Ord. lv. 4. tit. 58. §. 3. Em ambos estes casos o instrumento da posse, que é entregue ao empossado, lhe fica servindo para prova. Os instrumentos de posse d'empregos e officios lavrão-se no reverso da Carta de Mercê, exercitando o empregado ou Official algum acto inherente ao emprego ou officio, *Dig. Port.* tom. 1. art. 6. 3.

Extrajudicialis, quae propria auctoritate acquiritur, etc. A posse, que é tomada sem a intervenção da judicial ou publica auctoridade, e que por isso não póde provar-se por instrumento ou auto, mas por testemunhas ou outros meios, diz-se extrajudicial.

Quando res ipsas manibus apprehendimus, etc. Ainda em quanto á forma se divide a posse em mais especies, pois póde ser tomada naturalmente, *naturaliter*, isto é, pela apprehensão da coisa movel, ou entrada na immovel; ou simbolicamente, *symbolice*, pela tradição das chaves da casa, que foi vendida, ou das do armazem, onde se conservão os objectos comprados, ou do titulo da propriedade, se a tradição destes signaes é recebida com animo de possuir, e feita pelo antigo possuidor com o de transferir a sua posse. Quando nada se apprehende, e se não entra no prédio, mas se mostra este para ser visto em distancia com o sobredito animo, diz-se

a posse tomada *longa manu*, contraposta á que se diz *brevi manu*, e se dá quando o antigo possuidor declara ceder a posse a favor d'outro, em cousa, que este effectivamente já tem em seu poder. Nesta mesma relação ou em quanto á forma, se divide a posse finalmente em *real* e *ficta*, das quaes já fallámos; sendo de notar, que por estas differentes fórmulas se toma a posse, comprehendidos no principal os accessorios, que daquelle ainda não forão separados, mudando de possuidor, Savigny *Traité de possession* §. 22. Assim na posse do prédio se comprehende não só o tanque, mas os peixes, que estão nelle; assim como os coelhos da coelheira, e as pombas do pombal.

Itemque vel naturalis, etc. Outras divisões ha de posse em razão do animo do possuidor; e tal é a em civil e natural. Diz-se civil a daquelle, que possui uma cousa como proprietario, ou elle o seja, ou tenha justo fundamento para accreditar que realmente o é; e por isso deve proceder d'um titulo justo, isto é, d'um titulo, que possa transferir a propriedade ao possuidor, como o da venda, troca, legado, herança, etc.

Por occasião do ultimo titulo ou causa de possuir, que referimos, cabe aqui dizer com o A. na nota ao §. presente, que por Direito Romano o herdeiro não adquiria a posse dos bens herdados, sem que d'elles fosse entregue: *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet*; L. 23. *pr. D. de adquir. vel. omitt. possess.* Mas entre nós pela morte do defuncto passa o dominio com a posse civil, tendo os effectos da natural, para os herdeiros escriptos ou legitimos, Alvará de 9 de Novembro de 1754, Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

Com tudo, como a posse não é justa, senão depois da tradição da cousa concedida pelo titulo, o herdeiro, que por sua auctoridade privada occupar os bens da herança sem outorga do cabeça de casal, terá uma posse injusta, o que já assim não é se ha opposição por este feita a posse lhe foi dada pelo Juiz: *juste possidet qui auctore Praetore possidet*; o que se entende, quando observada a ordem judiciaria.

Idem ex dicta Novella dicendum de majoratus successore, et emphyteuta. A mesma posse civil compete ao legitimo successor por morte do ultimo administrador, nos bens de vinculo, assim como no que o é no prazo de vidas por morte do ultimo emphyteuta, cit. Assento.

Para que a posse proceda d'um titulo justo, e seja por isso posse civil, é necessario que o possuidor goze em virtude deste titulo, ou que se possa suppôr a sua existencia por virtude da duração pacifica do seu gozo.

Logo que a posse procede d'um justo titulo, ella é posse justa e civil, ainda que a propriedade da cousa não fosse transferida ao possuidor por virtude deste titulo; com tanto que neste caso o possuidor esteja em boa fé, isto é, que elle tenha ignorado, que o de quem houve a cousa, a não podia alienar.

A boa fé presume-se no possuidor, que tem um titulo; o que faz que aquelle, que pretende ser illegitima a posse, tenha necessidade de provar, que o possuidor não ignorava, que a pessoa de quem elle adquirio, não tinha a propriedade da cousa alienada.

É de varias especies a posse natural. É uma a que existe sem titulo, e que o possuidor não justifica, senão dizendo, que possui, porque possui. Quando uma tal posse não padece algum dos vicios, que logo referiremos, e que tem durado por tempo sufficiente para que o titulo se presuma, deve ella ser considerada civil, e não puramente natural.

A segunda especie de posse natural é a que é fundada n'um titulo capaz de transferir a propriedade, mas labora em má fé, por isso que o possuidor não ignora, que o de quem houve a cousa, não tinha direito d'alienar.

A terceira especie de posse natural é a que resulta d'um titulo nullo. Tal seria a doação entre os conjuges, durante o matrimonio, mas que a disposição da lei não deixa subsistir.

A quarta especie desta posse, é a que tem seu fundamento em titulo válido, mas que não pôde transferir a propriedade. Tal é a do usufructuario, do que possui a cousa a titulo de precario, ou de deposito.

Ha uma notavel differença entre a primeira especie de posse natural, que referimos, e as tres outras. E consiste em não ser aquella considerada puramente natural, senão quando não tem durado por tanto tempo, que baste para fazer presumir um titulo; alias é ella considerada como proveniente de titulo válido, e como tal posse civil.

Quando as tres restantes nunca podem ser reputadas posse civil, pois que a má fé, em que uma é fundada, e a nullidade e qualidade do titulo, sobre que as duas outras assentão, são obstáculos perpetuos a que o possuidor se possa considerar proprietario; donde vem a maxima: *Que val mais, ou é melhor não ter titulo, do que tel-o, mas vicioso.*

Simplex autem detentio possessio non est, etc. Expostas as differentes especies de posse civil e natural, que abhamos auctorizadas, qualidade, que não descobrimos em outras, que o A. refere na ultima parte da nota, e que nos parecem excitar e promover confusão, é certo que a simples detenção da cousa não constitue posse; pois que é a esta essencial a intenção não só de deter, mas de gozar a cousa como propria, o que faz que sem ella se não dê posse; a qual tambem em quanto ao tempo da sua duração se divide em nova, antiga, de breve, longo, longissimo tempo, e immemorial, o que fórma assumpto proprio doTitulo das Prescripções; para o qual o reservamos.

Cumprte porém expôr neste lugar os differentes vicios da posse, entre os quaes é o mais commum a má fé; e consiste em o possuidor ser instruido de que a cousa, que possui, pertence a outro em propriedade: e ainda que tal vicio se não presume na posse, que provém d'um justo titulo, é possivel que ella o tenha, caso, em que, como já advertimos, incumbe ao que attaca a legitimidade da posse, provar a má fé do possuidor. Ao contrario presume-se esta má fé no possuidor, que não fundamenta a sua posse em titulo algum, a menos que ella tenha durado por tanto tempo, quanto é bastante para que aquelle se presuma.

A violencia é outro vicio da posse, e consiste

em o possuidor, que tem esta, a adquirir, empregando força contra outro, que a tinha, quer arrebatando-lhe o movel, quer expulsando-o de immovel, que elle possuia.

E poder-se-ha considerar como posse violenta a que Pedro adquire introduzindo-se no prédio de Paulo, onde aquelle não encontrou pessoa alguma, e onde posteriormente prohibio a entrada a este antes que decorresse um anno e dia desde o principio da nova posse?

A razão de duvidar está em Pedro não ter empregado força para entrar em tal prédio: entretanto decide a L. 6. §. 1. D. de *adquir. possess.*, que neste caso a posse é violenta. Esta decisão é fundada em que Paulo, que tinha saído do prédio, conservou a posse no animo e vontade de para elle voltar; e por consequencia sómente quando Pedro lhe prohibio o ingresso é que este foi despojado: e como aquelle para isto empregou força, é violenta a sua posse. *Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Laabeo scripsit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admisit, ut magis intelligi possidere, non clam.*

Outro vicio é a clandestinidade, e consiste em ter obtido a posse por meios clandestinos, isto é, occultando a cousa das pessoas, que tinhão direito a reivindicar. É outro em fim o que resulta do titulo não ser bastante para transferir a propriedade, o que acontece na posse precaria, como brevemente aqui explicaremos.

Precario, em sua significação restricta, é um emprestimo revogavel á vontade do que o faz: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur.* L. 1. D. de *precario*.

Como a posse precaria não é mais do que o effeito da tolerancia do proprietario concedente, ella não dá direito algum ao possuidor: é por isso contraposta á do proprietario; donde vem que este termo communmente se emprega para exprimir em geral toda a posse, que não é a d'aquelle, que tem dominio, mas sim a do que

possue por empréstimo, guarda, usufructo; assim como a do que administra os negócios do ausente, e do mesmo modo a dos tutores, curadores, syndicos, e geralmente a de todos os que possuem por outro, das quaes se diz não terem mais do que uma posse precaria. Por tanto já se vê que esta posse é viciosa, ou não pôde dar direito á propriedade.

Effeitos da posse, ou direitos, que d'ella derivão.

§. 9. *Cum vero ex possessione, id est, ex sola rei detentione jus aliquod possessori quaeratur; consequens est, etc.* Conclue o A. esteTitulo, expondo os effeitos ou direitos, que tem a causa na posse; no que nos parece procedeo com nimia concisão, e por ventura sem a divida distincção, o que tudo procuraremos supprir.

A posse dá ao possuidor diferentes direitos, uns dos quaes são particulares dos possuidores de boa fé, e outros são communs a todos os possuidores: tractaremos primeiramente daquelles, ou dos direitos do possuidor de boa fé, e são: 1.º o direito da prescripção, isto é, de adquirir pela posse a propriedade da coisa possuida, quando esta posse tem existido durante um certo tempo fixado pela lei.

2.º O possuidor de boa fé percebe em seu proveito os fructos da coisa, até que ella é reivindicada pelo proprietario. Mas logo que ha uma acção intentada contra este possuidor, e que elle vê a exposição dos titulos da propriedade do autor, cessa de ser considerado possuidor de boa fé; o que faz que seja condemnado na restitução dos fructos percebidos desde então.

3.º O possuidor de boa fé, que tem perdido a posse da coisa, tem fundamento, ainda que não seja proprietario, para reivindicar-a d'aquelle, que a possui sem titulo; e sua acção é firmada na equidade, a qual approva, que o possuidor de boa fé seja preferido ao usurpador, que injustamente se tem mettido na posse.

Não é porém absolutamente necessario que o titulo, em virtude do qual se é possuidor, seja um titulo válido para a posse ser conceituada de justa, e dar funda-

mento á reivindicação, basta que o possuidor tenha motivo de accreditar válido o seu titulo. Por exemplo, se elle comprou um prédio a uma mulher, que accreditou ser viuva, quando ella é casada; ainda que a venda seja nulla, não deixa o comprador de ter uma posse justa, que lhe dá o direito da reivindicação contra o usurpador, que o despojou do prédio.

Communmente é só contra o que possui sem titulo que o antigo possuidor de boa fé, que não é proprietario, pôde reivindicar a coisa, da qual elle perdeu a posse. Por quanto tal reivindicação não procede contra o proprietario verdadeiro, cuja qualidade faz succumbir, como antecedentemente notámos, a do possuidor; nem procede mesmo contra um possuidor não proprietario, mas que possui em virtude de justo titulo; pela razão que quando duas partes tem igual ou a mesma condição, a preferencia é devida ao possuidor actual: *pari in causa melior est conditio possidentis*.

Ha porém casos, em que o antigo possuidor de boa fé tem fundamento para reivindicar a coisa, de que tem perdido a posse, até mesmo contra o proprietario que a tem, e por mais forte razão contra um outro possuidor de boa fé.

O que acontece, quando o proprietario, que tem a coisa, em que o possuidor perdeu a posse, consentio na venda d'ella. Por exemplo, um procurador ou agente, por consentimento do proprietario vende a coisa, da qual depois aquelle mesmo prohibe se faça a tradição ao comprador. É certo que, feita a tradição sem o consentimento do proprietario, não transmite ella a propriedade. Com tudo como a equidade não permite que o proprietario contravenha o consentimento que para a venda prestou, não sómente elle não é recebido á reivindicar a coisa contra o comprador, mas ainda se este perde a posse do objecto comprado, que se acha em poder do proprietario, pôde reivindicar-a contra este ultimo, pela acção *publiciana*, o que se conclue da L. 14. D. *de publiciana actione: Si quis prohibuit, vel denunciavit, ex causa venditionis tradi tem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is*

nihilominus tradiderit, emptorem tuebatur Praetor; sive possideat, sive petat rem.

Ha ainda outro caso, em que o antigo possuidor de boa fé deve ser admittido a reivindicar a cousa contra o proprietario d'ella, e acontece quando este é o que a tinha vendido e entregue, antes que fosse proprietario, ou este a vem depois a possuir, ou alguém a houve d'elle em propriedade, como se verifica na seguinte especie proposta por Ulpiano.

Vós comprastes a Ticio um prédio, que era propriedade de Sempronio; depois da tradição, que vos fez Ticio, este se tornou proprietario como herdeiro de Sempronio; perdestes depois a posse de tal prédio, e Ticio, que veio a possuil-o, o vendeo, doou, ou por outro titulo translativo do dominio fez d'elle senhor a Mevio. Tendes vós bom fundamento para o reivindicar contra Mevio, porque Ticio não podia transferir-lhe um direito, que não tinha, e que por isso não podia oppôr validamente á acção, que contra elle mesmo vos competia intentar, se elle fosse o actual possuidor.

Pelo que respeita aos direitos communs a todo o possuidor, quer de boa, quer de má fé, consiste o principal em a posse o fazer reputar interina ou provisoriamente proprietario da cousa, que possui, até que o autor reivindicante justifique o seu direito. D'aqui provém que até que seja convencido, elle deve perceber todos os fructos, com a differença porém, que o possuidor de má fé é obrigado a final á restituição, não só dos que effectivamente percebeo, mas ainda mesmo d'aquelles, que podia perceber, se elle fosse diligente, pois que sua negligencia não deve prejudicar o proprietario. O que não acontece no possuidor de boa fé, em quanto n'ella se considera constituido: *Bonae fidei emptor non dubie, percipiendo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: qui quod ad fructus attinet, loco domini pene est: L. 48. pr. D. de adquir. rer. domin., Cod. de Napoleão artt. 549. e 550. Mas cessa n'elle este direito desde que a lide é contestada, isto é, percebe, mas restitue os fructos desde então, L. 4. §. 2. D. fin. reg.*

Todo o possuidor além disto tem uma acção para ser mantido na sua posse *ad retinendam possessionem*, quando n'ella é perturbado por alguém, e outra para n'ella ser restabelecido, *ad recuperandam*, quando outro o desapossou por violencia, o que não se estabelece em attenção com a má fé, mas para respeito da ordem pública, a qual prohibe que cada um faça justiça a si mesmo.

O possuidor de boa fé, que construiu um edificio, ou augmentou o valor do prédio por qualquer modo, póde, em caso de evicção, exigir o preço dos melhoramentos, que tiver feito, até á concorrência do que o prédio ficou crescido em valor; mas o possuidor de má fé não póde, no caso de evicção, senão retirar as construcções e plantações, que tiver feito, ficando salvo ao proprietario retel-as, pagando o seu valor actual, sem attenção com a utilidade, que d'ellas resulta ao prédio. Concorda o *Cod. Civ.* de França art. 555.

Com tudo as despesas e reparações necessarias devem ser reembolçadas ao possuidor de má fé, do mesmo modo exactamente, que ao possuidor de boa fé, pois não seria justo que o proprietario ficasse dispensado do pagamento de despesas, que elle mesmo seria obrigado a fazer para conservação da sua propriedade.

Não alongamos mais esteTitulo, pois devemos voltar á mesma materia no que tem por objecto as prescripções.



TITULO III.

Dos differentes modos d'adquirir o dominio das cousas.

Razão d'ordem, e divisão geral dos modos d'adquirir o dominio ou propriedade.

§. 1. **C**um jus naturale et gentium, quod recta ratio inter omnes gentes constituit, apud omnes peraeque custodiatur, dubitari non potest, etc. Depois do A. nos instruir da natureza das cousas, objecto dos direitos, e das diversas especies d'aquellas, segundo as quaes estes varião; referio as differentes especies do *jus in re*, que dão materia a este livro, sendo a mais importante, e por isso a primeira, o dominio ou propriedade. Explicou a natureza deste direito real, apontou suas especies, e por connexão tractou da posse. Volta neste Titulo ao dominio, expondo-nos os varios e differentes modos ou meios, por que elle se consegue, no que observa a melhor ordem; por quanto depois de conhecido um objecto, que nos é util, é natural e acertado fazer igual e immediatamente conhecer os modos, ou meios, por que o podemos alcançar segundo as leis, e não antes, porque a natureza do objecto é quem determina a dos differentes meios para elle.

Mas forão as cousas creadas por Deos, profundo pelago de todas as perfeições cogitaveis, para satisfação das necessidades e prazeres racionais do homem, por elle também creado; necessidades e prazeres, que fundamentão neste o direito áquellas, e lho conservão no estado social, no qual vive observando as leis, a que está sujeito como homem, e que por isso são comuns a todos os povos, além d'aquellas, que são especies á nação, a que pertence, como Justiniano se explica

no §. 1. *Inst. de jure nat. gent. et civ.*, e o A. repete na nota: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.*

Como pois o estado social nos não dispensa da observancia das LL. Naturaes, antes procura a sua melhor execução, e ellas nos prescrevem os modos, ou meios para obtermos a propriedade das cousas, o Sr. Paschoal refere estes, assim como tambem os concedidos pelas LL. da nossa sociedade, o que faz que os modos de adquirir a propriedade com o fundamento na qualidade da lei, que os regula, se dividão em naturaes e civis, divisão que elles tem em todas as mais noções pelos fundamentos referidos: *quod Romanis pariter ac Lusitanis, et gentibus universis modi dominii acquirendi naturales sint, vel civiles.*

De naturalibus prius agendum, etc. Diz-se modo d'adquirir o facto, pelo qual se opera a aquisição, ou a causa proxima desta, e se distingue do titulo, causa remota, que consiste no fundamento, que justifica a aquisição. Se porém definirmos como Ahrens *Cours du Droit. Nat.* modo a maneira legitima e justa de adquirir a propriedade, é coherente dizermos tambem com elle, que em Direito Natural não se distingue entre titulo e modo para a propriedade, pois que o titulo ou razão justificante confunde-se com o modo, dando-lhe a qualidade de justo, sem a qual deixa de ser modo para obter o dominio. Estes modos naturaes de que primeiramente tractamos, dividem-se em *originarios* e *derivativos*: são aquelles os pelos quaes se acquirem as cousas, que não tem dono, ou em que outro não tem propriedade, *res nullius*; taes são a occupação e accessão: e *derivativos* os oppostos, ou os por que adquirimos as cousas d'outro, *alicujus*, como é a tradição.

Passamos por tanto a examinar as cousas, que podemos fazer nossas por estes modos, principiando pela occupação.

Se as cousas publicas cedem ao occupante.

§. 2. *Occupatio recte ad originariam acquisitionem recte refertur, et pertinet ad res, quae nullius in dominio sunt, sed esse possunt.* Para resolver se as cousas públicas podem ser objecto da occupação, estabelece o A. nesta parte do §. o principio de que sómente se podem occupar as cousas, que não tem dono, para concluir que as públicas se exceptuão, da occupação, pois lhes falta aquella qualidade.

Quasi geralmente os Publicistas convém no direito do primeiro occupante; mas discordão sobre o principio fundamental deste direito, o que nos leva a expôr nossas idéas, e primeiramente em quanto ás relações, que achamos entre occupação e propriedade, segundo o Direito Natural.

A occupação é o acto, pelo qual se apprehende uma coisa com o designio de a fazer propria. No estado da natureza o que primeiro occupava uma coisa tinha n'ella propriedade; mas não conservava esta propriedade, senão prolongando a occupação, ou em quanto continuava a occupar; de sorte que a propriedade cessava com este acto.

Mas sendo tudo commum no estado da natureza, como podia um homem por um acto, filho unicamente da sua vontade propria, subtrahir a coisa á communhão universal, e appropriar-a com exclusão dos outros homens? Eis a difficuldade.

Grocio e Puffendorf suppõe, que houve entre os homens uma convenção expressa, ou tacita, para dar ao primeiro occupante a propriedade das cousas communs. Mas esta convenção só se podia fazer depois do estabelecimento das sociedades. Como podia pois o direito do primeiro occupante no estado da natureza ter fundamento em convenção impossivel, e que não podia existir em tal estado?

São sobejamente sabidos os principios de Hobbes; para que tenhamos necessidade de os expôr e combater: direito de todos sobre todas as cousas; guerra de todos contra todos: por conseguinte nenhum direito para o

primeiro occupante, mas sómente o direito do mais forte; o que, por outros termos, é fazer occupar á violencia o lugar, que só pertence ao direito.

Barbeyrac e Locke accreditarão, que o direito do primeiro occupante era independente de toda a humana convenção. O acto da occupação, dizem elles, é um trabalho corporal; a propriedade da coisa occupada deve ser o preço deste trabalho. E concluem que assim o direito do primeiro occupante é fundado n'um principio de justiça universal, que basta para dar o titulo da propriedade, sem que seja necessario suppôr uma convenção entre os homens.

Esta disputa, diz um sabio Jurisconsulto Inglez, manifesta um grande refinamento de subtileza d'eschola. E com maior razão o diria, se a visse continuada por Montesquieu, Bentham e Ahrens, quando por bem simplics idéas se alcança o sólido fundamento do direito do primeiro occupante.

Todos os membros d'uma communhão tem um mesmo e igual direito ás cousas communs. Mas se uma coisa commum tem uma tal natureza, que nenhum dos membros da communhão pôde d'ella tirar alguma utilidade, sem que se appropriate do seu uso exclusivo, será preciso, ou que a coisa commum fique sempre inutil para todos os individuos, que compõem a communhão (o que não seria racional nem justo), ou que algum d'elles possa appropriar-se o uso com exclusão dos mais todos.

Mas qual ha de ser o titulo de preferencia entre elles? O primeiro occupante pelo acto da occupação annuncia: 1.º a necessidade, que elle tem da coisa; 2.º a intenção de se appropriar do seu uso. Os outros membros, deixando-se previnir por elle, annunciarão: 1.º que elles não tinhão necessidade da coisa; 2.º que elles não tinhão intenção de usar d'ella. Eis o verdadeiro fundamento do direito de prevenção, ou do direito do primeiro occupante.

É este o direito, que Cicero definiu em termos brevissimos: *Sant privata nulla natura; sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt.* E para

desenvolver o principio, elle compára o mundo a um theatro, que pertence á communhão, mas no qual, não obstante esta, o primeiro occupante é o exclusivo senhor do lugar, que elle occupa por tollo o tempo, que o occupa: *Quem admodum theatram cum commune sit, recte tamen dici potest ejus esse locum, quem quisque occuparit.*

Desta sorte para que do acto da occupação possa resultar o direito de propriedade, é necessário: 1.º que a cousa, que se occupa, não seja útil a outro, em quanto está em commum; 2.º que ella seja actualmênte occupada; 3.º que estivesse vaga quando se occupou; 4.º finalmente, que por sua natureza possa ser possuída.

Por falta destas condições é que um sabio escriptor se explica deste modo: « Nenhum homem, nenhum Soberano, nação nenhuma pôde appropriar-se do ar, da luz do sol, do alto mar e d'um paiz já occupado, assim como nenhum homem, nenhum Soberano, nação nenhuma pôde conservar a propriedade d'uma cousa, que deixou de occupar, porque o direito de propriedade n'ella acabou com a mesma occupação, sem a qual se torna vaga, *venit in vacua.* »

O homem primeiramente viveo dos fructos, que a natureza inculta e selvagem por si mesmo lhe offereceo, e successivamente se tornou caçador, pescador e pastor. Nestes differentes estados, o direito do primeiro occupante se applicou: 1.º aos fructos da terra; 2.º aos productos da pesca e caça; 3.º aos animaes, que por sua destreza submetteo a seu império, assim como ás pastagens, que servião para nutril-os; 4.º em fim, á caverna, que escolheo para sua habitação, ou á cabana, que construo, e lhe servia de casa. Nesta primeira idade do mundo o direito do primeiro occupante não consistio senão n'uma propriedade momentanea, e seu effeito foi quasi nullo para as propriedades de terrenos e permanentes.

Da origem da agricultura é que nasceo tanto o direito, como a necessidade da propriedade em terrenos e permanente: pois qual seria o homem, que se teria dado á pena de desbravar uma terra, de lavral-a

e semeal-a, se não tivesse a certeza de recolher a produção? E este trabalho, que a tornou fecunda, formou, sem dúvida, entre ella e o cultivador uma relação mais íntima, um vinculo mais forte e mais duravel, do que o que resultava do simples acto da occupação. Mas a occupação e o direito do primeiro occupante forão a base e fundamento desta outra e nova especie de propriedade.

A occupação, o direito do primeiro occupante forão a base, repetimos, da propriedade em terrenos e permanente. Que em algumas nações houvesse entre os particulares ou individuos uma divisão e partilha das terras, em que sua população teve entrada, é o que nós não negamos. Mas teve esta partilha existencia entre todas as nações, ou pelo menos entre o seu maior numero? Em algumas cada individuo ou pessoa occupou uma sorte ou porção immovel, sem que a auctoridade publica interviesse, e sem que por consequencia tivesse outro titulo de propriedade, mais do que o direito do primeiro occupante. Outras houve, em que as propriedades privadas existirão antes da nação, e por isso antes da pública auctoridade, que fizesse a distribuição ou partilha; e taes forão as nações formadas por associação das familias, que já tinham adquirido propriedades territoriaes pelo direito do primeiro occupante.

Mas supponhamos que houve em cada uma das nações uma partilha de terras, e que a ella devem origem todas as propriedades privadas, pelo menos é forçoso conceder-nos, que tal distribuição entre os membros não podia realizar-se antes das propriedades nacionaes ou geraes. E seria, por uma partilha que as propriedades nacionaes se formárão? A historia não nos transmite vestigio algum de tal partilha: sabe-se ha muito como devemos pensar ácerca do que Eusebio nos refere sobre o testamento mystico de Noé; e Moyses não falla de convenção alguma, que tenha dividido a terra entre as nações. Vê-se, por sua exposição, que os filhos de Noé se dispersárão, que formárão povoações, e que forão occupar as differentes partes do Globo. Foi por tanto a

direito do primeiro occupante o unico titulo das propriedades nacionaes ou geraes, e por consequencia o titulo tambem unico das propriedades privadas, ou de cada um dos individuos.

E se assim não foi, se houve uma partilha precedente, ou anterior á occupação, que dividio a terra em tres partes, pertencendo uma a cada um dos tres filhos de Noé, é preciso que toda a nação, que occupa um paiz vazio, ou desoccupado, appresente n'uma das mãos a sua genealogia, n'outra o actto da partilha primitiva, e que próve que o paiz occupado entra exactamente na porção, que coube, ou foi assignada áquelle dos filhos de Noé, de quem ella se inculca descendente.

O estabelecimento das sociedades e as necessidades da agricultura fizerão modificar os principios do direito do primeiro occupante, e estabelecer uma ordem nova de relações entre a occupação e a propriedade.

Justo é, que um campo, que eu tenho desbravado, cultivado e semeado, me pertença, ou me seja exclusivo, até que eu tire a colheita, que é o fructo do meu trabalho. Eu sou considerado occupante desde os primeiros regos abertos pelo arado até depois da colheita concluida, ainda que, durante o tempo intermedio, eu não exerça em cada instante actos alguns exteriores de occupação; pois se não póde suppôr que eu tenha lavrado, cultivado e semeado sem intenção de recolher. Eis a primeira origem da occupação habitual, considerada como meio de conservar a propriedade, que o direito positivo de cada uma das nações tem infinitamente variado, distinguindo-a com o nome de *posse civil*.

Em quanto a agricultura se limitou ás plantas annuas, que perecem com a maturidade de seus fructos; o que faz indispensavel que ellas em cada anno se renovem; os effeitos da occupação habitual para conservar a propriedade deverião limitar-se ao tempo da existencia da planta; isto é, que se não houve novo acto d'occupação, finda a colheita, o campo ficava vago e aberto ao primeiro occupante, ou reunido ao dominio da nação.

Mas a cultura da vinha e d'outras plantas vivazes, que sobre o mesmo tronco dão fructos por muitos annos,

e algumas durante seculos, fez prolongar os efeitos da occupação habitual. O direito de propriedade proveniente desta occupação habitual não devia ter limites, senão no termo da vida da planta, ou no da do cultivador; pois se não pôde presumir, que para outro elle desbravasse, semeasse e cultivasse.

Logo depois deveria applicar-se o mesmo principio á casa ou cabana, que o cultivador tivesse edificado para sua habitação, para a de sua familia, detenção dos seus rebanhos, e guarda dos instrumentos necessarios na cultura.

Mas como importa ao proveito da agricultura, que os campos e as pastagens estejam em proximidade do cultivador e dos gados; e por outra parte a experiencia devia fazer conhecer, que para ter searas abundantes, contribue o deixar de tempo em tempo em repouso, ou de baldio as terras; cada cultivador praticaria o duplicado methodo de cultivar; elle faria apascentar os seus gados nas pastagens visinhas da sua habitação, desbravaria e cultivaria outras terras em mais distancia, com a intenção, que se lhe devia presumir, de cultivar de novo aquellas depois d'um tempo de repouso conveniente, tempo, em que estas lhe derão sustento aos gados; methodo de cultivar, que deveria ser considerado como uma occupação habitual, sufficiente para conservar a propriedade n'umas e outras terras.

O commercio, consequencia necessaria da agricultura, e que até mesmo podia existir antes d'ella, teria introduzido o uso das trocas e das vendas. O espirito da beneficencia, que é natural ao homem (pois desprezamos as maximas Hobbesianas, não obstante a depravação, que na generalidade dos racionais posteriormente se observa), teria excitado doações. Eis as primeiras fontes dos actos translativos do dominio.

Estas translações de propriedade com tudo serão sempre subordinadas aos principios, que temos estabelecido. Qualquer que fosse a especie d'alienação, ou troca, ou venda, ou doação, era preciso sempre, que o que alienava, tivesse occupação, pelo menos habitual, da coisa, que alienava no momento da alienação: e a transfe-

cia da propriedade não era realizada, senão por uma abdição ou cedencia voluntaria da occupação da parte do que alienava, e pela occupação actual da parte do que adquiria a propriedade. Este acto da occupação de uma parte, e abdição da occupação pela outra, é o que as leis civis chamão *tomada de posse, tradição, entrega da cousa*.

Podemos pois estabelecer os seguintes resultados: 1.º que tanto pelo Direito Natural, como pelas leis das nações, nenhum modo ha de adquirir a propriedade sem um acto de occupação; 2.º que são dous os modos de conservar a propriedade, e consistem na continuação da occupação actual, e na occupação habitual, no que se fez uma modificação ao Direito Natural, pelo qual não se podia conservar a propriedade, senão pelo mesmo modo, por que ella se adquiria, isto é, pela occupação actual.

É um resultado tambem da analyse antecedente, que a renuncia do direito de propriedade n'uma cousa provém da abdição, ou cessação voluntaria de toda a especie d'occupação, isto é, tanto da actual, como da habitual.

Da mesma analyse resulta ainda serem tres as condições necessarias, para que a propriedade ou dominio se transfira para outro: 1.º que aquelle, que aliena, tenha a propriedade da cousa, que aliena, isto é, que elle tenha adquirido esta propriedade por um acto d'occupação, e que a tenha conservado por uma occupação habitual pelo menos, até ao momento da alienação; 2.º que abdique ou renuncie a occupação; 3.º em fim, que haja um acto d'occupação da parte daquelle, que quer a propriedade.

É mistér ainda mais advertir, que á medida que o direito da propriedade foi tomando fórma mais estavel, o exercicio do direito do primeiro occupante se foi tornando mais raro. Quasi toda a terra appareceo occupada. O mar, o ar não podião ser occupados; e não restou para occupar senão alguma terra vaga, os animaes brutos e selvagens, as aves, os peixes, as pedras preciosas, e outros objectos achados no mar, ou sobre suas praias, os thesouros occultos, cujo dono se ignora, e as cousas abandonadas.

Vista a maneira como pela occupação se formárão

as propriedades privadas, ou de cada um dos individuos; sabe-se a formação das propriedades nacionaes, ou dominios públicos de cada uma nação.

Por quanto todo o povo, que occupa um paiz vago, ou que se não acha occupado, que n'elle se estabelece, ou que para ahi manda colonias, acquire por estes actos a sua propriedade. Do que resulta, que tudo quanto está dentro do circulo do territorio de tal paiz, que não foi dividido entre os individuos deste povo, nem entre as comunidades particulares, que o compõem, ficou commum ao mesmo povo, e constitue o que se chama *bens públicos*, dos quaes tracta o A. neste §. 2. com respeito a poderem, ou não, ser objecto da occupação considerada como modo originario de adquirir-se a propriedade.

Quia vero apud nos et apud omnes gentes maria litoribus proxima, litora, flumina perennia, alvii derelicti, etc. Já vimos, que os mares adjacentes e territoriaes, os rios navegaveis, os caudaes, os seus alveos, os caminhos, pontes, ruas públicas, etc., cujo dominio e uso entre os Romanos era do povo, ainda que, assumido todo o poder, os Imperadores se appropriarão de taes objectos, como se conclue das leis apontadas pelo A. no §. 8. do Titulo antecedente: *Locum publicum tum sacrum fieri posse cum Princeps eum dedicavit, vel dedicandi dedit potestatem*, L. 9. §. 1. D. de rer. divis., e ainda mais terminantemente da L. 1. §§. 41. e 42. D. de aq. quotid. — *Permittitur autem aquam ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alto loco publico ducere. Idque a Principe conceditur: atque nulli competit jus aquae dandae, etc.*; disposição, que vimos adoptada entre nós, em quanto aos bens, ou cousas desta natureza, nos lugares da Ord. liv. 2. tit. 26., que no mesmo §. notámos, acrescentando acharem-se revogados com todos os mais do mesmo tit. pelo Decreto de 13 d'Agosto de 1832. Estes bens, como públicos, em que o Rei tinha dominio, que com o uso delles hoje pertence á Nação, não cedem, nem cedião ao occupante, pois não e tem dono, e na sua indivisão prestão na actualidade usos a todos, o que faz não serem elles vacantes, e por taes razões serem insusceptiveis da occupação, como aqui a consideramos, que só assenta nos bens *nullus*.

Sed quamvis litora maris publica sint, etc. Supposto que os mares adjacentes, que banhão as nossas côstas, se-
 ão públicos, e da mesma sorte as praias; as cousas achadas
 naquelle, ou sobre estas, algumas vezes cedem ao
 primeiro occupante: para o que cumpre distinguir tres
 especies d'objectos: 1.º cousas creadas pelo mar, como a
 especie de bitume ou gomma chamada ambar, o coral &
 outras semelhantes, que não pertencêrão a alguém; 2.º os
 objectos lançados ao mar para alijar os navios, e salvar-os
 de tempestade, ou da caça d'inimigos e piratas; 3.º os ef-
 feitos procedentes do naufragio, ou que caírem no mar.

As da primeira classe pertencião ao primeiro occu-
 pante pelo Direito Romano, o que procede do mesmo
 modo entre nós, casos julgados em Cab. p. 2. *Decis.* 49.
 nn. 9. e 10., e Portug. cit. pelo A., em quanto ao ambar
 achado nas praias do Brasil:

As da segunda classe erão reputadas pertencer sem-
 pre a seu antigo proprietario, em razão d'elle não ter in-
 tenção de renunciar o seu direito em quanto a ellas, mas
 de salvar o navio, para a si mesmo se salvar; igualmente
 o animo de renunciar se não presumia para com as que
 caíão no mar. O que d'umas ou d'outras lançava mão para
 d'ellas se appropriar, incorria nas penas correspondentes
 ao furto, o que tambem procedia nos effeitos naufraga-
 dos. LL. 9. §. 8. e 44. *D. de adq. rer. dom.*, LL. 21. §. 1.
 e 2. *D. de adq. vel amitt. poss.* É porém de advertir, que
 pela historia se alcança, que a avidez dos empregados do
 fisco algumas vezes fez que usurpassem o direito de pro-
 priedade nos objectos naufragados, e que houve Juris-
 consultos tão indignos, que para justificarem taes depre-
 dações crearão este principio, que Juvenal lhes põe na
 bocca:

*Quidquid conspicuum ex toto aequore est ;
 Res fisci est ubicumque natat.*

Ha quem attribúa uma lei neste sentido ao Impera-
 dor Antonino. Seriamos faveis em accredital-o, se elles a
 attribuissem ao monstro Domiciano; mas não em quanto
 áquelle bom e piedoso Imperador; antes, com muitos
 criticos, acreditamos ser delie a L. 1. *C. de naufragiis*;
 que alguns attribuem, sem fundamento, a Constantino: *Si*

quando naufragio (diz ella) navis expulsa fuerit ad lictus; vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat: Fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?

Entre nós segue-se esta legislação em quanto aos objectos naufragados, ou pertença a nacionaes, ou a estrangeiros, com quem estamos em paz, e devem ser arrecadados pelos officiaes das Alfandegas. Se não apparece quem os reclame, o seu producto é remettido ao Thesouro, que fica responsavel pela restituição, logo que o dono se descúbra. *Regim. da Alfandega de Porto Cap. 22., Ord. liv. 2. tit. 32. pr.*

Da occupação nas cousas do inimigo.

§. 3. *Bello quaesita non occupanti, sed Principi, etc.*
O Direito das Gentes introduzio um novo meio de adquirir propriedade, não por virtude do direito do primeiro occupante, mas por um direito d'occupação, ou d'invasão; pelo qual toda a nação, que por causa justa faz a guerra, tem direito a appropriar-se das cousas tomadas aos inimigos; e tem o nome de conquista em quanto aos campos, cidades e praças d'armas, e de saque nos bens moveis. Os fundamentos deste direito estão na necessidade d'enfraquecer a nação provocadora da guerra justa contra si, e na indemnização das despesas, a que injustamente obriga, para lhe fazer a guerra, a outra, que provocou. Em outra parte e lugar vimos, por occasião dos peculios, que os Romanos cedião o saque aos combatentes. Mas para ter idéa do seu direito e politica em quanto ás terras tomadas, devemos proeural-a na historia, pois que as leis a tal respeito nos dão muito poucas luzes.

Os Romanos destruíam em regra todos os povos, que conquistavão; e transportavão a outros lugares os vencidos. Seus territorios ficavão desertos, e depois erão repovoados por colonias: era pois o Estado quem disputava de taes terras; e não cedendo ao primeiro occupante, erão propriedade nacional.

Horroriza o ver em Tacito o ponto, a que os Roma-

nos levárão o orgulho e deshumanidade no exercício deste pretendido direito de propriedade nacional. Os Frisões, seus alliados, tinham cultivado algumas terras deshabitadas nas proximidades, ou sobre as bordas do Rheno; e enviando a Roma seus deputados a pedir a concessão destas terras, foi-lhes ordenado, que as abandonassem, e os que logo não obedecêrão, forão mortos.

Os Ancibarianos, outro povo alliado, e cujo chefe tinha servido cincoenta annos debaixo das aguias romanas, pedirão as mesmas terras; não lhes forão concedidas. « Eu vos submetto minha nação (disse seu chefe ao General dos Romanos); para que vos serve inculta esta terra? Permitti que nós a cultivemos. Quereis antes estar rodeados por vastos desertos, do que por povos antigos? Os deoses reservárão os Ceos para si; deixarão a terra aos homens, e as porções desta, quando vagas, pertencem a todo o mundo. » Depois olhando para o sol: « Como pôdes tu (disse elle) esclarecer este deserto? Não valeria mais que o mar o engolisse com os que d'elle se appropriárão, e que, depois de o terem devastado, lhe negão cultivadores? »

« É necessario obedecer ao mais forte (respondeo-lhe o General Romano); e ao decreto desses deoses, que tu imploras; são elles mesmos que querem sejam os Romanos os arbitros do mundo, que possam dar e tirar aos outros aquillo, que lhes agradar, e que estes não tenham outros juizes além de nós.

Alguns Imperadores dispozerão das terras vacantes pela conquista. Probo as distribuiu pelos Bastarnes e Gopedianos. Valente pelos Godos e outros barbaros: Erão pois as terras conquistadas do dominio público ou do Estado entre os Romanos, e não cedião ao primeiro occupante.

Tambem elles consideravão vacantes os bens deixados pelos estrangeiros, pois que não podião testar, nem seus parentes succeder-lhes *ab intestato*. O mesmo aconteceo com os bens dos cidadãos, que não deixavão successor. E tanto estes, como aquelles bens, não cedião ao occupante, mas pertencião ao fisco; jurisprudencia esta, de que os fragmentos d'Ulpiano nos ministrão monumentos.

Entre nós as cousas, tanto moveis, como immoveis, tomadas aos inimigos, ou ellas sejam apprehendidas ou occupadas por um corpo de combatentes, ou por cada um dos soldados, *captas a singulis militibus, vel ab universis in bello publico*, por argumento da Ord. liv. 2. tit. 32. §. 1., que legisla sobre os navios e cousas pertencentes aos inimigos arribadas ás nossas praias, cedião ao primeiro occupante. Esta Ord. porém foi revogada pelo Alvará de 20 de Dezembro de 1713, que encontramos em *Ferreira Pratica Crim.* tom. 4. cap. 2. n. 70., dispondo que taes objectos não cedem ao occupante, mas á Fazenda Real (hoje Nacional), ficando destituida de força toda a legislação em contrario.

Parece-nos que supposto este Alvará não falle de moveis saqueados, nem de terras conquistadas aos inimigos, comprehende estas e aquelles na sua razão de decidir, a indemnização das despesas feitas com a guerra; e por isso ser verdadeira a doutrina do A., e não só verdadeira, mas justa; pois que os soldados, pagos pela nação, são d'ella como instrumento, e para ella adquirem; accrescendo, que os mesmos não satisfazem á nação o que os inimigos lhe apprehendem e conquistão.

Os bens dos estrangeiros, que morrem na nossa terra, não são vacantes, e ainda que tenham n'ella situação por immoveis, pertencem a seus herdeiros; pois, como notámos em outra parte e lugar, entre nós nunca teve observancia o direito d'*Albinagio*. As heranças porém, ainda de cidadãos, que morrendo intestados não deixão parente em grão successivel, nem consorte, são vacantes, mas não cedem ao occupante, e são do Estado, o mesmo que era entre os Romanos, Ord. liv. 4. tit. 94.

Caça e pesca.

§. 4. *Ferae bestiae et pisces, quia in nullius dominio sunt, occupanti cedunt.* Tracta-se da propriedade ou aquisição do dominio pela occupação dos quadrupedes, aves e peixes por meio da caça e pesca.

Distinguimos os quadrupedes e as aves em tres

classes: 1.^a a dos animaes selvagens, de que o homem não é senhor, senão em quanto os tem sob seu poder, pois conservão o instincto da liberdade, e nem a natureza nem o habito os reduz á sujeição do jugo e sociedade do homem; 2.^a animaes domesticos, doces por natureza, que se sujeitão ao homem, e que até mesmo se tornão seus amigos; 3.^a animaes sedentarios, que são d'uma natureza selvagem, que não são nossos amigos, mas que servem a nossos usos, e que por instincto ou habito não fogem de viver com o homem, e de lhe estar sujeitos.

Entrão na primeira classe todos os animaes da terra e do ar, que gozão uma vida errante e livre, que só se segurão em prisões, de cujos ferros escapados voltão áquella, sem que n'elles se mostre geito de tornarem para a escravidão por si mesmos. Os peixes pertencem a esta classe; a natureza não os creou para a escravidão voluntaria.

Na segunda classe pomos o cão, o cavallo, as ovelhas, as gallinhas, e todos os outros animaes, que a natureza parece ter destinado para viverem com o homem, para o seguirem e obedecerem á sua voz.

Entrão na terceira classe as abelhas, as pombas, os pavões e todos os outros animaes, que não são familiares do homem, mas que voltão sempre para a habitação, que este lhes tem preparado; e tem o mesmo character qualquer animal selvagem, que o homem soube em certo modo civilisar, e que mostra como que ter perdido a lembrança da vida errante, solta e vagabunda, que por natureza lhe cabia.

Não é esta distincção d'animaes precisamente a mesma de Tribuniano na Instituta Justiniana; mas nós a accreditamos mais propria e exacta, para explicar o systema do Direito Romano, relativo ao direito do primeiro occupante nas differentes classes d'aquelles.

Neque praecise requiritur, ut eam manu capiat, etc. Os animaes da primeira classe pertencem ao occupante, mas não se podia adquirir a sua propriedade, senão pela occupação actual, §. 13. Instit. *de rer. divis.* Assim o que ferio um animal selvagem, e vai em seu seguimento,

to, não tinha ainda nelle propriedade ; e se outrem o apanhava entretanto, era este o occupante ; o que Justiniano decide neste lugar, adoptando a opinião do Jurisconsulto Gaio, o qual attribue a contraria a Trebacio, que reputava em caso tal o apprehensor réo de furto.

O Sr. Paschoal **prefere** a opinião de Trebacio, e nós tambem a preferimos ; pois que o que fere animal bravo, empregou actos para a occupação, prevenindo-a deste modo ; e no seguimento, e em quanto d'elle não desiste ha uma serie de meios, que um segundo não deve embarçar, nem frustrar. Com tudo a Ord. do liv. 5. tit. 62. §. 6., citada pelo A., não prova ser esta a nossa legislação ; pois que a sua especie é outra e mui diversa : falla do animal ou ave brava, achada em laço ou cepo armado, ou posto por outro, ao qual o inventor o deve dar, sem lhe exigir achadego, isto é, prémio ou alviçaras. Neste caso o dono do laço, cepo ou armadilha tem o animal actualmente apprehendido ; elle está seguro, está preso ; o que não é assim no que foge, ainda que vá ferido. Naquelle especie, isto é, na da cit. Ord., o direito Romano é conforme ; elle reputa o animal apprehendido, ainda que não pelas mãos, L. 55. D. *de adq. rerum dom.*

Na mesma razão da lei e Ord. cit. está certo o direito da propriedade do que armou fio ou rede, em que caio peixe, ou ave, ainda que da parte d'aquelle não tenha havido um acto d'occupação immediata.

Os animaes desta classe são propriedade do primeiro occupante, mas propriedade, que dura tão sómente, em quanto dura a occupação ; isto é, em quanto os tem em cadêas, em gaiola ou viveiro ; mas logo que o animal se escapa e corre, nada, ou vôa espaço, que o rouba á vista do que o tinha occupado, ou vai tão longe, que o seguir-o lhe é difficil, a propriedade acaba, a coisa fica *nullius*, exposta ao primeiro occupante : *Tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio*, §. 12. Instit. *de rer. divis.*

Os brutos de segunda classe não deixão de ser nossos, ou de pertencer-nos em propriedade, ainda mesmo que nos fujão, que estejam longe da nossa vista, ou que ignoremos onde parão. Tem aqui applicação o principio da occupação habitual. Não se presume que alguém tenha intenção de renunciar a propriedade d'um animal, que não costuma fugir, o que produz a presumpção de que a fuga procedeo contra vontade do dono, e sem que por ella attentasse.

Os animaes da terceira classe, ou que de selvagens e bravos o homem faz mansos e sedentarios, devem considerar-se em relação a tres diversos tempos: 1.º antes que elles tenham perdido sua liberdade natural; 2.º depois que o homem os tem occupado, mas antes de os ter habituado a viverem voluntariamente com elle, ou no lugar, que lhes destina; 3.º em fim, depois d'elles terem contrahido o habito de por si mesmos voltarem ao lugar assignado.

Nos dous primeiros tempos devemos applicar-lhes as regras, que expozemos ácerca da primeira classe; por isso que nestas circumstancias são elles animaes verdadeiramente bravos ou selvagens.

Em quanto ao terceiro tempo, que notámos, não se podem considerar como animaes verdadeiramente selvagens, nem verdadeiramente domesticos: por quanto por um lado elles parecem ter perdido sua braveza, e a lembrança de sua liberdade primitiva; e por outro esta especie de escravidão voluntaria, ou de sociabilidade, de que tem contrahido o habito, sendo contra sua natureza, faz presumir facilmente, que se elles se escapão, é para recuperar sua liberdade antiga, e que para não voltar abandonarão o homem. Assim são estes animaes uma especie mixta, cuja propriedade é regulada por principios particulares.

Se se mostra que elles tem perdido o geito ou habito de voltar, não pertencem a seu antigo dono, cedem ao primeiro occupante; e presume-se terem perdido este habito, se deixão por dous ou tres dias de recolher-se á sua antiga habitação na hora costumada. §. 15. Instit. *de rer. divis.* O que faz que se as pomba,

se afazem a outro pombal, e abandonão o primeiro, fiquem propriedade do dono, que a tem n'aquelle, conceituado seu primeiro occupante, depois que ellas recuperárão a liberdade primitiva.

Verum quamvis hodie apud nos quilibet possit et venationem et piscationem exercere, etc. Leva-nos a nossa consciencia a reconhecer direitos nos brutos, pois não são elles sem sentimento, como as plantas ou vegetaes, tem sentidos, experimentão sensações, gozão prazer, soffrem dôr, e suas feridas e gemidos, affligindo-nos, sancionão os seus direitos. Todavia o homem póde matal-os, nutrir-se com sua carne, vestir-se e usar da sua pelle, além do direito que tem de os empregar vivos no seu serviço e utilidade.

Por quanto por uma parte a sua facil, prompta e em alguns abundantissima reproducção ameaça os racionaes da devastação dos seus campos e consumo dos fructos do seu suor, se não usar das armas contra a vida dos irrationaes, reduzindo-os no numero; alguns destes por sua ferocidade formarião grossos bandos, que atacarião os homens; alguns tem dentro em si e em si substancias com virtude medicinal, ou que dão remedio ás enfermidades do homem, no qual se dá a natureza mixta de frugivoro e carnivoro, pois que além dos dentes maxillares ou laniars, que triturão o alimento, e dos incisores, que o cortão, tem os caninos ou as prezas, que caracterizão o animal de natureza carnivora.

Este direito dado ao homem pela Natureza, é mantido e regulado nas nossas leis, as quaes concedem a todos (na opiuião do A.) a pesca e caça: mas como nos extremos vai sempre mal, e este se daria na escacez dos animaes, não podemos caçar e pescar em certos mezes, que por isso dizemos defesos e de criação, nem abusar quebrando os ovos das perdizes, ou pescando com rede de malha apertada, ou caçando com certos instrumentos destruidores, como declara e dispõe a Ord. liv. 5. tit. 88., deduzida da Extravagante de D. Sebastião do 1.º de Julho de 1565, que é a ultima do tit. 14. da 4.ª p. na collecção de Duarte Nunes. Tambem não se podia caçar nas couzadas ou lugares vedados, por auctoridade Real, aos ca-

caçadores ; umas das quaes erão Reaes , e outras concedidas á particulares , Ord. liv. 1. tit. 91. , que importando privilegio pessoal ; hoje reputamos extinctas. Cart. Const. art. 145. §. 15.

Não é licito entrar em quinta , ou prédio murado , sem consentimento do dono , para o fim de caçar , sob pena de prisão , além da satisfacção do damno , Lei do 1.º de Julho de 1776. §. 1. e 2. ; prohibição , que se não dá em quanto aos prédios abertos e destapados , menos quando as searas ou fructos soffrem damno , Lei cit. §. 3. Não pôde porém o dono da quinta murada obstar á entrada do caçador , que vai em seguimento do animal , que ferio , pois que tem direito a elle como objecto *nullius* , cuja occupação prevenio : mas não deve entrar com arma nem matilha , pois pôde com aquella offender a segurança pessoal , e com esta causar damno. Se porém o dono da propriedade se offerece á entrega do animal ou a lançal-o fóra dos muros , o caçador não pôde entrar.

Praedam tamen suam facit , etc. Aquelle , que nos mezes , ou em lugar prohibido mata caça , se faz damno na alheia propriedade , é responsavel por elle , além das penas , que as leis lhe impõem ; mas o animal , que mata , ou a prêsa é sempre sua , pois é cousa vacante , que cede ao primeiro , que a occupa : o que não acontece com os peixes , que estão no tanque alheio , com as aves do viveiro , coelhos da coelheira , pois que já se achão propriedade do dono por virtude da sua occupação ; o que procede e pelo mesmo fundamento com as pombas do pombal , que não é nosso. Estas porém , assim como as gallinhas e outras aves , podem ser mortas pelo dono da fazenda , ou pelo que a possue em nome d'elle , no acto , em que aquellas lhe fazem damno : mas estas aves que , mata , não são suas , pois que são *alicujus* , e não *nullius* ; nem tambem este procedimento livra o dono d'estas de pagar o damno áquelle. Se o que tem pombas de estimação , noticia aos visinhos , que está prompto á satisfacção do damno , que ellas causarem , segundo o arbitramento justo , ou valor , em que elles mesmos o pozerem , é nossa opinião que não podem estes matar-lhas.

Deixando a nota ao §. , pois não contém materia , que

interêsse, cabe aqui fazer reparo nas expressões do A., *verum quamvis hodie*, com as quaes elle se refere ao presente, em quanto ao direito geral de fazer a pesca e caça. Sabemos das coutadas, que os nossos Reis tiveram em grande numero, além das concedidas a particulares, que aos povos visinhos prejudicavão nos seus fructos, pois que os animaes muito multiplicados, acoutados nestes asylos, e defendidos pela sanccção das leis, saindo d'elles com invasões, fazião damno nos campos; o que levou os povos a representações para a redução d'aquellas, que nas Côrtes de Monte-Mór forão attendidas por D. João II., e nas de Lisboa em 1498 por D. Manoel. Sabemos dos Regimentos dados ás coutadas por Philippe II. e III. em 9 de Julho de 1594, e 4 d'Abril de 1601; e tambem sabemos do outro Regim. pelo Alvará de 21 de Março de 1800. Mas não temos idéa, além das leis de Policia sobre o uso das armas de fogo, de que em Portugal houvesse tempo, em que a pesca e caça fossem geralmente prohibidas, e reservadas para o Rei e para os Grandes; nem a rapidez, com que escrevemos, nos permite verificar este assumpto, que não é de prompta investigação.

É porém certo que a caça, principalmente nos paizes feudaes, foi um direito dos senhores, que o reservarão para si, e o concedião a seu arbitrio aos vassallos mais distinctos. Não duvidamos por isso da possibilidade de que os usos feudaes reflectissem neste ponto, como em outros reflectirão, em Portugal, para os nobres conseguirem em algum tempo a exclusão dos plebeos da occupação por meio da caça e pesca, e que a ella se refira o A. nas transcriptas expressões, dizendo, que pela legislação actual todos podem adquirir por estes meios, o que assim não foi em algum tempo. Com tudo esta expressão não é exacta na actualidade; por quanto o Alvará do 1.º de Julho de 1776 §. 4.; prohibe aos plebeos da Estremadura a caça, com o fundamento de se não distrahirem do trabalho, e de se evitarem latrocinios, andando assim armados; razões de interesse social, e de pública segurança, que em nossa opinião fazem a sua providencia extensiva a todo o reino.

Cumpra finalmente advertir, que a Lei de 23 de Fevereiro de 1624, que não achamos derogada, e que encontramos em *Ferreira Prat. Crim.* tom. 4. cap. 3. n.º 23., prohibe atirar no ar ás perdizes com *munição* (entendemos chumbo miudo, e que no tiro faz grande roda), com o fundamento de se não dever acabar entre nós a especie destas aves, fazendo crime igual, e sujeito ás mesmas penas, o quebrar-lhes os ovos, e destruir-lhes os ninhos.

Das cousas achadas e abandonadas.

§. 5. *Res inventae*, etc. Já vimos ser a invenção ou achamento um modo natural d'acquirir: mas deve seguir-se-lhe a occupação, e no objecto a qualidade necessaria para esta proceder, alias conserva-se elle *nullius*, e se tem dono, não se póde appropriar, pois se não dá a desistencia da occupação habitual do proprietario, o que faz constituir o inventor na obrigação de lh'o restituir, sem que possa demandar aquelle por achadego, salvo se lhe tiver sido promettido, Ord. liv: 5. tit. 62. §. 4. É com tudo evidente, que lhe assiste direito de retenção, até que o senhorio da cousa lhe satisfaça as despesas racionaveis, empregadas para a sua conservação.

Et huc vel maxime pertinet naufragorum bona, et naves, etc. Já dissemos, que as mercadorias lançadas ao mar para alijar os navios, e na mesma razão os bens e embarcações naufragadas, arribando ás nossas costas, nem são do fisco, nem cedem ao inventor occupante, que tem obrigação de fazer inteira entrega ao proprietario, que deve satisfazer-lhe a despesa e trabalho como for justo, Ord. liv. 2. tit. 32. §. 1., deduzida das leis feitas sob Affonso II. nas Côrtes de Coimbra no anno de 1211, e nas da Atouguia sob Fernando I. no de 1375.

Res autem illae, quae alicujus dominio nunquam fuerunt suppositae, veluti lapilli, etc. Os objectos achados, que não tem dono, cedem ao inventor pela occupação, ainda mesmo as pedras preciosas, pois são *nullius*; salvo, diz o A., os objectos de grande valor, *insignis pretii*.

Parece que o Sr. Paschoal para esta restricção, em que faz pertencer a cousa ao Principe, se fundou na Lei de 24 de Dezembro de 1774; mas tambem parece, que esta Lei lhe não offerece fundamento. Por quanto declara, que são da Corôa as minas dos diamantes, como o são as dos metaes; e dispõe, que o inventor de diamantes achados n'ellas, que tenham vinte e quatro quilates ou mais, os entreguem nas Casas da fundição, ou aos Ministros mais visinhos, impondo penas aos infractores. Mas a Lei tem uma disposição especial sobre diamantes das minas, e não póde comprehender outros objectos preciosos, qualquer que seja o seu valor, achando-se nas praias ou outra parte, pois são *nullius*, e não fructos, pertencas e accessorios das minas.

Pro derelictis vero habitae, et sparsae, veluti missilia, nullius efficiuntur, adeoque occupanti cedunt. Conclue o A. o seu §., fallando das cousas abandonadas, que por isso, que são *nullius*, cedem ao occupante. Os Romanos conhecêrão duas especies de cousas abandonadas: 1.ª os presentes, que os Imperadores e Magistrados lançavão ao povo, e se chamavão *missilia*; 2.ª as cousas, que um proprietario qualquer abandonava na intenção de demittir de si a propriedade: umas e outras cedião ao primeiro occupante.

É porém necessario advertir, que o lançamento das cousas, não é bastante por si só para provar o abandono; é preciso que concorram outras provas, ou presumpções pelo menos, que convenção da vontade de não querer a propriedade. Por falta destas presumpções o jacto das mercadorias ao mar não é prova do abandono, como vimos; o que é do mesmo modo com os effeitos, ou moveis lançados para os salvar d'um incendio.

Regula, quod res inventa, quae aliquando dominum habuit, inventoris non sit, etc. Esta primeira parte da nota refere duas excepções á regra da Ord. liv. 5. tit. 62. §. 4., que manda entregar a cousa achada ao dono ou senhorio, que n'ella tem propriedade. Não ha dever desta tradição, quando o objecto consiste em ave venatoria, isto é, falcão, açor, gavião, depois que foi

Apregoada por trinta dias. Se porém dentro deste praso o dono a reclama, o inventor deve entregar-lha, mas tem direito a exigir a despesa da guarda e manutenção, e o achadego ou alvicaras proporcionadas com a especie da ave, Ord. liv. 5. tit. 62. §. 3.

Tambem o animal manso extraviado, que o inventor denunciou ao Juiz para ser apregoado nas audiencias por espaço de quatro mezes, a fim de ver se o dono apparece, passado que seja este praso, sem que se mostre a propriedade justificada, o animal é vendido em hasta pública, e o producto liquido de despesas pertence ao Thesouro Nacional, Ord. liv. 3. tit. 94. *per totum*.

Cabe porém aqui advertir, que o animal extraviado, errante e não quieto, de que fallamos, na cit. Ord. se diz *cousa achada de vento*; o que explica não objecto ou animal achado simplesmente, ou *invento*, mas cousa ou animal agitado, inquieto, e que não pára, como acontece com as cousas leves, por exemplo, folhas d'arvores, em que o vento dá ou bate. É o que os Francezes dizem *épave*, de *expavescere*, espantar, andar errante sem dono, e que applicão até mesmo aos immoveis vacantes, caso, em que não é a propriedade, mas o proprietario que anda errante, e por isso se ignora; objectos estes, que tambem pertencem á nação, e não cedem ao occupante, *Cod. Civ. de França art. 539*.

Rei derelictae, sparsaeve, etc. Nesta segunda parte da nota adverte o Sr. Paschoal, que nos §§. 45. e 46. *Instit. de rer. divis.* Triboniano inexactamente diz, que as cousas abandonadas, ou lançadas ao occupante, *missilia*, se adquirem pela tradição; pois que ellas em verdade se adquirem pela occupação. Mas protestado todo o respeito devido, parece-nos que esta advertencia carece de fundamento.

Triboniano, depois de ter no §. 44. fallado da tradição ficta no constituto possessorio, no §. 45. cit. falla da tradição symbolica do trigo pela das chaves do celleiro, e depois no §. 46. diz, que ha casos, em que a vontade do proprietario transfere a propriedade a uma pessoa incerta; e dá um exemplo: *ut ecce Praetores et*

bonales, qui missilia jactant in vulgus; ignorant quod eorum quisque sit exceptarius, etc. O sentido natural destes termos é, que o proprietario não entrega a propriedade a uma pessoa incerta, mas que lha expõe em quanto pelo lançamento á multidão abdica todo o direito, reduzindo a coisa ao estado de poder ser occupada; de sorte, que pela occupação é que neste caso a propriedade se adquire. E referindo-se Triboniano unicamente á vontade do que faz o lançamento, para que outros adquirão, *et tamen quia volunt quod quisque acciperis, ejus esse;* como quer o Sr. Paschoal que aqui haja referencia ao acto fisico e corporeo da tradição? Aqui falla-se tão sómente do animo de fazer a coisa occupavel, não se tracta de entregar; e Triboniano diz uma verdade, que não soffre réplica, nem a menor contestação.

Termina a nota annunciando, que os bens vacantes, cujo dono se não conhece, e que por isso não sabemos com que animo se achão neste estado, não cedem ao occupante, pois que são *alienjias*, e não *nullius*, sendo, como são, propriedade pública ou do Estado; como em outro Titulo veremos.

Dos thesouros occultos e minas de metaes.

§. 6. *Ad thesauros quod attinet, etc.* Em linguagem juridica diz-se thesouro occulto um antigo deposito de dinheiro, de que ninguem se lembrava, e cujo proprietario é inteiramente desconhecido; ou, como o define o *Coel. Civ.* de França art. 716.: « Toda a coisa occulta ou enterrada, na qual ninguem póde justificar a sua propriedade, e que se descobre por puro effeito do acaso. »

Não temos monumentos certos da antiga Jurisprudencia Romana sobre a materia sujeita, e unicamente sabemos o que os Imperadores fizeram. Uns attribuirão ao fisco os thesouros encontrados; outros ordenarão a divisão entre o fisco e o primeiro occupante; outros em fim, que a partilha se fizesse entre o primeiro occupante, e o proprietario do prédio, em que o thesouro se

encontrasse: O ultimo estado da Jurisprudencia Romana é o seguinte.

1.º O que encontra um thesouro em seu proprio prédio, faz sua toda a propriedade: 2.º a ninguem é permittido procurar thesouro em prédio alheio sem consentimento do dono deste; e o que assim, ou sem apazimento do senhorio do prédio é procurado e achado, pertence na totalidade ao proprietario do prédio: 3.º um thesouro encontrado por acaso no prédio d'outro divide-se entre o inventor e o proprietario do prédio: 4.º O que por acaso appareceo n'um lugar religioso, pertence inteiramente ao inventor; 5.º o que se descobre n'um prédio do Imperador, do fisco, ou n'um lugar público, é dividido entre o fisco e o inventor: 6.º se o thesouro apparece n'um prédio d'uma cidade, communiidade, ou universidade, o que o descobre, divide-o entre si e a cidade, ou communiidade, que tem a propriedade do lugar: 7.º finalmente, o que achava um thesouro por arte, que a ignorancia conceituava de magica, não o fazia seu, mas pertencia todo ao fisco.

Limitando-nos ao nosso Direito, e deixando de examinar o que foi a este respeito entre os Germanos, Wisigodos e Castelhanos, exame, a que o A. allega tanto nos convida na sua nota; e sem tambem nos importar a variante das opiniões dos Praxistas: é certo que pertencendo os bens vacantes, ou a que se não acha senhor certo, ao Rei pela Ord. liv. 2. tit. 26. §. 17., nesta tão geral disposição se comprehende o thesouro occulto, descoberto em qualquer parte, quer pública, quer particular, quer profana, quer sagrada; ficando assim infundada a opinião dos que pugnávão pela observancia nesta parte, do Direito Romano entre nós, que tambem outras nações não adoptarão. Accresce que o §. 16. da mesma Ord. attribue á Corôa as minas d'ouro, prata ou outro qualquer mineral, e na mesma razão está o thesouro antigo e occulto de proprietario ignorado.

Hoje porém as minas d'ouro, prata, ou outro qualquer mineral pertencem ao inventor, salvas as contribuições ao Estado. Decreto de 13 d'Agosto de 1832

Art. 17.º; que igualmente dispõe que os peixes chamados = Reaes = , quando forem apanhados , fiquem patrimonio do pescador , como outro qualquer peixe. E como o thesouro , de que tractamos , se comprehende na mesma razão das minas dos metaes , pertence elle ao inventor. Mas é nossa opinião , que sendo achado em prédio alheio , cede por ametade ao occupante , e a outra ao proprietario d'aquelle , como decide o §. 39. Instit. *de rer. divis.* , e o *Cod. Civ.* de França art. 716.

Acha-se por tanto revogada a Ord. cit. em quanto ás minas e thesouros , e inutil a doutrina restante deste §. Mas cabe ponderar , que as sentenças jurídicas estabelecidas referem-se ao thesouro , como fica definido ; pois que se ha provas , indicios , ou presumpções attendiveis em quanto ao proprietario , o seu direito deve ser respeitado nos seus herdeiros , na mesma razão das cousas perdidas , que , com a excepção da ave venatoria e animal achado de vento , estão na razão das mercadorias lançadas ao mar para alijar o navio , pertencendo sempre a propriedade áquelle , que as perdeu , como era entre os Romanos , contra o que dispõe o Direito Francez , que reputa as cousas perdidas , como animaes *épaves* , errantes fóra do dono , e que , não as reclamando este dentro de quarenta dias depois da publicação ou annuncio , as faz pertencer á nação.

Accessão natural.

§. 7. *Adcassio, alter dominii acquirendi juris naturalis modus originarius, etc.* Accessão é termo , que no Direito das Gentes designa o consentimento , pelo qual uma nação entra n'um Tractado , que já estava concluido entre outras. Em Direito Natural e Positivo designa o meio , ou modo de adquirir certas cousas , que se unem áquellas , que já temos ; e como esta união ou acontece naturalmente , ou por effeito da nossa industria , ou por esta de concorrência com a natureza , diz-se na primeira especie a accessão *natural* , na segunda *industrial* , e *mixta* na terceira. Da primeira especie , ou da accessão natural , tracta este §. ; os seguintes tem por objecto as outras duas.

Ad naturalem refertur foetus animalium, et incrementa omnia fluvialia. Como a accessão natural é aquella, que attribue a propriedade das cousas produzidas naturalmente por outras, que já temos, ou que naturalmente lhes accedem, nesta classe entrão os fructos dos animaes: assim a lã, o leite e os cordeiros são do dono do rebanho; em quanto porém a estes, seguem o dominio da mãe, ainda que o pai seja estranho ao seu rebanho, ou pertença a outro dono. Pensavão do mesmo modo os Romanos, considerando o parto um accessorio do ventre; o que tinha tambem applicação no que nascia da escrava, quando o pai não tinha o mesmo senhor. As despesas, que o dono faz com a mãe, desde a geração até ao parto; o perigo, em que este põe a existencia d'aquella; a cessação do trabalho, quando se tracta d'animaes, que são susceptiveis d'elle, são fundamentos para esta opinião ser preferida á da partilha de taes fructos entre os donos dos dous rebanhos. Além de que os rebanhos, que pastão juntos, fecundão-se mutuamente, no que se dá compensação.

É por esta especie de accessão, que o que tem o pombal, faz proprias não só as pombas n'elle criadas, mas as que se unem a estas. O mesmo é da nata e lenha, que o rio deixa no campo; assim como é o augmento, que lhe faz a alluvião imperceptivelmente, ou pouco a pouco sem ser porção ou parte sensivel, que se desprendesse d'outro prédio. O que se funda na maxima, que justifica a aquisição do proveito por aquelle, que está exposto ao damno.

Incrementa fluvialia, veluti insula in flumine nata; alveus derelictus, et alluvio, etc. As ilhas formadas nos rios, os alveos, que estes deixão, os augmentos consideraveis e repentinos formados pela alluvião, seguem a natureza do rio.

Ha tres maneiras, diz Pomponio, para n'um rio uma ilha se formar: a 1.^a quando o rio corta e cerca um terreno particular; a 2.^a quando deseccada uma parte do seu leito, elle corre em redor; a 3.^a quando pouco a pouco com os objectos, que acarreta, eleva acima das aguas uma eminencia, que a alluvião depois augmenta:

Resta porém acrescentar uma 4.^a, que o Jurisconsulto Paulo aponta, e é quando a ilha é formada sobre assento móvel, ramos, madeira, que se não submergem, e fluctua sobre as aguas.

A ilha formada com um terreno particular não muda de proprietario. A ilha fluctuante é pública como o rio em que anda. As ilhas por dessecção, ou por elevação de prominencia, n'um rio público deverião ficar públicas, ou do dominio do fisco no tempo dos Imperadores, idêa, que tambem é de Labeão: *Insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet*, L. 65. §. ult. D. de *acquir. rer. domin.* A theoria porém, que prevaleceo na Jurisprudencia dos Romanos, é que o rio não é público, senão em quanto rio, e que nesta qualidade o leito, que elle segue, se faz público: *Ille etiam alveus quem, sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus*, diz Ulpiano; mas tambem em toda a parte, em que elle secca, ou deixa de correr, o leito fica particular: *corte desinet esse publicus*.

Posto isto, a ilha, que surge no rio público, e o leito, que elle deixa, ficão de dominio particular; mas como uma cousa diversa, ou nova, sobre a qual ninguém pôde reclamar a propriedade, pois que a legislação Romana, rejeitando a maxima de Labeão, dá a ilha e o leito por direito de accessão aos campos limitados pelo rio, cedendo ao primeiro occupante no caso, em que estes tinham outros limites. O que Justiniano continúa na Instit.

Esta conversão do alveo público do rio em terreno particular, quando dessecado, o direito particular na ilha formada no espaço, que occupava a agua pública, é na verdade resultado de raciocinio muito opposto á natureza das cousas; por tanto as ilhas formadas nos rios públicos navegaveis e caudaes, os leitos ou alveos, que estes deixão, são públicos, a ilha por accessão do rio público, o alveo por substituição. São por isso públicas ou da nação as ilhas dos mares adjacentes, dérogados, como vimos, os §§. 8. e 10. da Ord. liv. 2. tit. 26. Deveny porém os proprietarios dos prédios, em que o rio estabece o novo leito, ser indemnizados com o equiva-

lente no leito antigo dessecado. A lenha, que vai na esteira, ou que depois fica no areal, cede ao primeiro occipitante; não assim o barco, que alguém d'ella tirou, pois deve restituil-o, como perdido, e não abandonado; com direito a haver do dono o pagamento justo do trabalho, e despesas.

Accessão Industrial.

§. 8. *Adcessionis industrialis complures species sunt, veluti specificatio, adjunctio, intextura, confusio, commixtio, inaedificatio, scriptura, et pictura, etc.* Quando a existencia d'uma cousa resulta d'outra, que é nossa, as relações entre nós e estas cousas constituem a accessão natural, de que fallámos. Mas quando a cousa é resultado de facto humano, e as relações entre ella e o agente dão a este a propriedade, não obstante não a tenha a cousa, sobre que o facto assentou, taes relações formão a accessão industrial; pois que a propriedade segue o facto ou industria, e não a cousa, em que esta se empregou. Desta sorte os accessorios das nossas cousas, ainda que para elles a nossa industria coopere, são nossos, por accessão natural; os accessorios da nossa industria, para os quaes cooperão cousas, que não são nossas, são nossos por accessão industrial, de que o A. nos refere muitas especies, sendo a primeira a especificação.

O poder da criação é causa attributiva da propriedade. Deos unicamente creou este universo; este universo é unicamente de Deos. O homem creou uma cousa, que antes não existia; ella é para elle *nullius*, por isso a occupa; e como tal, para todos os outros é *alicuius*, nenhum a póde occupar. Mas o facto, em que estamos, é aquelle, em que uma nova cousa foi produzida, empregando-se cousa, que não é nossa; por exemplo, um fez vinho das uvas d'outro, uma taça de prata alheia, etc.; e como os textos das leis Romanas dizem esta nova cousa, *speciem novam*, os commentadores ao poder da criação, ás relações entre a cousa, e o auctor chamarão *especificação*, no que se dá um barbarismo formado de *species*. Vem por tanto a especificação a ser um dos

modos naturae e originarios d'adquirir; pois que o objecto é *nullius* para o auctor, e como pertença da sua industria, e não da cousa, sobre que a exercitou, adquire-a por accessão industrial, e o proprietario daquella ou da materia não adquire o effeito por accessão natural.

Definindo a especificação, vimos o titulo, que a fundamenta, o poder da criação; mas por outra parte o proprietario da materia, o dono da cousa, a que a forma foi dada, em virtude do seu dominio não poderá pretender a cousa nova; pois que sem a materia ella não existiria, e a criação era impossivel, *quia sine materia nulla species effici possit?* Eis o ponto de divisão entre os Jurisconsultos Romanos: se ao obreiro ou ao proprietario da materia devia nestes casos pertencer a propriedade da cousa nova.

A este ultimo é que a propriedade devia ser conferida na opinião dos Sabinianos, ou discipulos de Cassio e Sabino, com o fundamento da preferencia da materia, sem a qual o corpo novo não podia existir: ao contrario os Proculianos, ou os discipulos de Nerva e Proculo, sustentavão, que a propriedade d'uma obra devia pertencer ao que lhe tinha dado forma, porque, dizião elles, a forma é que dá existencia á cousa: antes d'ella existe a materia bruta, por exemplo, a prata; mas a especie, a taça sómente existe depois da forma.

Os Jurisconsultos chamados *Erciscundos*, *Erciscundi*, ou que seguião os meios termos, distinguão: se a materia póde reduzir-se ao primeiro estado, como na taça de prata, ella não tem feito, senão mudar de forma: *materia manet*, diz Paulo; e o proprietario póde reivindicar-a, sustentando que ella é sempre a sua cousa, caso, em que a especie formada lhe pertence. Mas se a materia não póde mais receber o seu estado primeiro, como na especie do vinho feito d'uvas alheias, ella tem deixado de existir, e ao creator é que pertence o novo objecto. Este meio termo foi o que Justiniano adoptou no §. 25. *Instit. de rer. divis.*; mas no Digesto ainda se observão restos, ou vestigios das antigas opiniões.

Ego vero existimo, etc. O Sr. Paschoal distingue primeiramente entre cousas fungiveis e não fungiveis: se a materia consiste em cousa fungivel, ou que pôde ser substituida por outra igual, por exemplo, se das espigas alheias se fez pão, ou das uvas se faz vinho, e o fabricante procedeo em boa fé, ou na idèa de serem suas as espigas ou as uvas, a elle é que a cousa nova deve ser adjudicada, devendo satisfazer o valor ou preço da materia ao proprietario. Mas se a materia é não fungivel, e por isso soffre affeição, como certa madeira, deve attender-se ao valor da materia, e ao do feitiço ou fórmula, e adjudicar-se a cousa ao contendente, a quem cabe valor maior, ou áquelle, que melhor pôde prescindir da cousa nova, sob encargo de indemnizar o outro.

A nossa opinião dá, em regra, preferencia á dos Proculianos, com tanto que o obreiro esteja em boa fé; mas o Juiz deve ter a liberdade de variar a decisão, segundo a diversidade das circumstancias concorrentes.

Cabe com tudo advertir, que o creador, obreiro ou auctor, na relação em que fallamos, é o que emprega materia alheia, fazendo ou mandando fazer a obra nova com animo de a ter ou adquirir como sua; e assim não é este o obreiro, que faz a obra por locação do trabalho, que nada tem nem na materia, nem na fórmula, mas sómente direito ao preço, porque ajustou seu serviço.

In rebus adjunctis, vel intextis, etc. Outra especie de accessão é a que os commentadores dizem se faz por união, *adjunctio*, por meio da qual acquerimos cousas alheias juntas áquellas, que nos pertencem, ou lhes fossem unidas para ornato ou para complemento e perfeição; como se o alfaiate applicou ao vestido de Pedro velludo proprio de Paulo. Neste caso não ha velludo, agora ha um vestido; pois aquelle, como parte, está subordinado ao todo: logo Paulo não pôde reivindicar a sua propriedade, porque o objecto pereceo, mas tem acção para haver do alfaiate, ou de Pedro, o preço do seu velludo, pois não permite a equidade que alguem se locuplete com a jactura ou prejuizo de outro; assim

como tem acção de furto, se este se commetteo no velludo; e ainda tem lugar a acção *ad exhibendum*, para se examinar, se por ventura o velludo se póde utilmente separar, caso, em que procede a reivindicação, como decide o Jurisconsulto Paulo: *Quaecunque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur*; com o que o Sr. Paschoal se confórma nas expressões — *suum cuique est reddendum, si res conjunctae salvae separari possunt*.

Res autem confusae casu, vel data opera certe communicantur, etc. Chama-se em Direito confusão, *confusio*, a união de cousas liquidas, ou reduzidas a este estado; como se dous juntão nos mesmos vasos seus vinhos, ou unem pela fundição a sua prata, ou a prata d'um com o ouro d'outro, formando especie nova. Em quanto a esta accessão, devemos accrescentar uma especie ás duas do A., as mesmas do §. 27. *Instit. de divis. rer.*, e que com a nossa ficção tres.

1.ª A confusão foi feita por vontade d'ambos, ou dos differentes proprietarios: é evidente, que, em quanto ao objecto confundido, formão uma sociedade entre si, para a qual aquelle fica *communis: totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est*.

2.ª A confusão foi o resultado do acaso: aqui procede a mesma disposição, se por ventura os dous liquidos se não podem separar, segundo o Direito Romano, combinado o §. cit. da *Instit.* com o §. 28. ou seguinte; mas se a separação é possível, cada um recebe o seu liquido, como acontece com o azeite d'um sobre o liquido mais pesado do outro, caso, em que se não dá exactamente a confusão, mas sim a mistura; o que procede, se as partes não convêm na communhão.

3.ª Os proprietarios não convencionarão a confusão, nem foi obra do acaso; um d'elles a fez: se os liquidos são os mesmos e iguaes, resolve-se o caso pela communhão; mas se é creada especie nova, procede a especificação, de que fallámos. Cabe aqui advertir, que nos casos todos, em que da confusão resulta a commu-

não, tem cada um dos socios a acção *communi dividundo* para haver a sua parte.

Itemque commixtae, etc. Diz-se *commixtio*, a introdução d'uns por entre outros objectos, não liquidos, mas solidos, cujas particulas elementares se não confundem, a que os Francezes chamão *mélange*, e nós mistura, como acontece nos grãos; por exemplo, arroz unido a trigo. Neste caso é possível a separação: *utraque materia, etsi confusa manet*, como se explica as leis, ou como diz a Instituta, *singula corpora in sua substantia durant*. Donde resulta uma distincção: se a mistura se fez por consentimento de todos os proprietarios, dá-se communhão entre elles, e cabe a cada um a acção *communi dividundo*, ou os grãos sejam da mesma, ou de differente especie; se a mistura foi casual ou obra d'um, e não do outro proprietario, cada um retém a propriedade dos objectos, que lhe pertencem, e cabe a reivindicação, como necessariamente se conclue dos principios.

Nem a reivindicação offerece difficuldade em cousas, que são bem distinctas, como cabeças de gado de duas especies differentes; mas se o caso acontece ácerca de trigo misturado com outro trigo: *arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale cujusque frumentum fuerit*, como se explica a Instit. ; e é, que pertence ao Juiz apreciar, segundo a quantidade e qualidade do trigo de cada um, o que o reivindicado deve restituir ao reivindicante.

Vel omnino distingui vel separari non possunt, vel non nisi difficillime, etc. A ultima doutrina, que expoemos, bebida na Instit., em quanto á mistura não convenconada, mas casual ou feita por um só dos proprietarios, não agrada ao Sr. Paschoal, quando a separação é impossivel, ou muito difficultosa, casos, que resolve pela communhão, como procede na confusão.

Parece-nos ter aqui applicação o systema dos Eriscundos, ou o dos meios termos. Se a mistura é casual, tem procedencia a communhão; se de proposito, distinguimos: ou a separação é impossivel, ou tão sómente difficillima; se impossivel, o prudente arbitrio do

Juíz deve determinar a restituição; se difficultosa em qualquer gráo, procede a separação a cargo e despesas do agente, que deve imputar a si mesmo os effeitos do seu acto; sem que nestas ultimas especies se salve, offerecendo a communhão.

Neque aedificia solo alieno bona fide superimposita solo semper cedunt, uti Jure Romano, etc. Nem o edificio construido com materia alheia em terreno proprio, nem o construido com materia propria em terreno alheio, seguião por Direito Romano a industria, mas sim o terreno, sem que o dono da materia a pudesse reivindicar do proprietario deste: *Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit, L. 7. §. 10. de acquir. rer. domin.*

Dá-se aqui outro caso, em que o rigor para reduzir as cousas a seu antigo estado, não era consentido pela legislação Romana, com o fundamento da cidade se não dever deformar, destruindo-se os edificios; *ne ruinis urbs deformatur*; principio, que se perpetuou estendido tambem aos campos em beneficio da agricultura, e se acha adoptado no §. 29. *Instit. de rer. divis.*, não só no caso do que no seu solo edificou com materia alheia, mas no do que em terreno alheio construiu com materia propria, ou com os seus materiaes: *Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est, §. 30. Instit. eod.* Suppunha-se por tanto o edificio subordinado ao solo, ficando direito ao constructor para haver do proprietario do mesmo o valor da sua bemfeitoria; mas não se n'elle se dá má fé: *Quia voluntate ejus alienata intelligitur*; o que não acontece assim no caso das despesas necessarias, como antecedentemente notámos.

O A., recorrendo ao seu principio do maior valor, adjudica o solo ao edificio: com tudo aquelle, no destino do proprietario, era para elle uma cousa principal e precedente, que por isso a adjuncta segue como accessorio; o que faz adoptavel a providencia constante das leis Romanas, dando sempre melhor direito

ao proprietario do solo. Accresce que os accessorios d'uma cousa , são conceituados taes pelo destino, que se lhes dá , e não pelo seu valor ; o da caixa , que tem brilhantes engastados , excede muito o do relógio , mas é ella sempre accessorio d'aquelle : não deve por isso o maior valor do edificio , que accede , tirar ao solo preexistente a qualidade de principal.

Com tudo no caso do constructor de má fé , parece-nos conveniente , *benignius* , conceder-lhe a indemnização , não só das despesas necessarias , mas das verdadeiramente uteis , apreciadas pelo Juiz segundo as circumstancias , mitigado assim o direito rigoroso pelo principio favoravel : *Sin autem utiles ; licentia ejus permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre* , L. 5. C. *de rei vindicat.* , que não devendo conceder-se-lhe para a demolição do edificio , lhe deve em nossa opinião aproveitar para ser indemnizado , segundo as circumstancias , combinado em todo o caso o castigo da má fé. D'outra sorte não podemos deixar de reconhecer no edificador de má fé direito de demolir com faculdade de retirar os materiaes , que empregou , embora o faça á sua custa.

Similiter scribens , aut pingens in aliena charta , vel tabula praeferendus , etc. Depois da accessão por inedificação , *inaedificatio* , falla no §. da por pintura e escriptura. O que escreve em pergaminho , ou papel que não é seu , ainda que o faça com letras d'ouro , dá accessão do escripto ao proprietario d'aquelle , §. 33. *Instit. de rerum divis.* ; mas se a pintura foi feita em taboa alheia , prefere na accessão o proprietario do objecto mais precioso , §. 34. *Instit. eod.* O A. quer que o mesmo proceda na escriptura , com o que nos conformamos. Resta advertir que a aquisição por este modo , ou por accessão se referem os artt. 546. , 547. , 551. , 566. , 567. , 568. , 569. , 571. , 572. , 573. , 574. , 575. e 772. do *Cod. Civ.* de França , onde apparecem algumas alterações na legislação , que expozemos.

§. 9. *Ad mixtas adcessionones referuntur plantatio et satio*, etc. Diz-se mixta a accessão, porque se adquirem as produções da natureza, auxiliada pela industria applicada a cousas, que não são nossas, como acontece na plantação ou sementeira, que um faz no campo d'outro; materia, que, como outras muitas, é omissa em nossas leis.

Et quamvis Jure Romano Titii arbor, etc. A regra formulada por Gaio e Labeão « *superficies solo cedit* » comprehende na sua generalidade não só as construcções « *omne, quod aedificatur, solo cedit*, » mas as plantações e sementeiras « *plantae, quae terrae coalescunt, solo cedunt.* » Daqui vem que se Ticio em campo seu planta arvore de Mevio, a arvore pertence áquelle; e ao contrario se plantou arvore sua em prédio proprio de Mevio, a arvore pertence a este, *solo cedunt*. Mas para tudo isto ser assim, é necessario que a arvore esteja pegada, isto é, que se ache arreigada, antes do que não é ella um accessorio do solo, pois não são do dominio do mesmo proprietario, que a tinha antes de ser plantada. E por coherencia de principios as arvores arreigadas nos limites de prédios, que tem dous differentes donos, são communs a ambos elles: *Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.* §. 31. *de rer. divis.* Instit.

Tamen ex simplicitate naturali dominium arboris non ex radicum immissione debet, etc. O Sr. Paschoal não acha conforme á razão na simplicidade da natureza, que se esquadrinhem as entranhas da terra para da direcção das raizes, que as arvores crião, se argumentar para a assignação da sua propriedade. E se nos é licito, sem ousadia, metter um pé no districto de sciencia, que nos é estranha, concedendo que as arvores não só do ar, que absorvem pelos poros, que tem na casca, e folhas, mas da terra recebem succos vegetaes e se sustentão, nem sempre a magreza da terra é nociva ao proprietario, antes algumas vezes o enfraquecimento se promove para melhor producção; e se n'elle se dá

damno, parece que este só habilita o proprietário do terreno a exigir do da arvore plantada n'elle com boa fé o concorrer para o adubio d'essa parte d'aquelle, que influe na arvore, sem que perca nesta a propriedade. Neste processo porém se achão complicações, que repugnão com a simplicidade e singeleza natural, e por isso não conformes á razão. De que resulta e não adoptarmos tambem neste ponto a legislação dos Romanos.

Accresce porém, que este caso não é omisso entre nós, por quanto pela Lei de 9 de Julho de 1773. §. 11. se manda, que o dono d'arvores, que existem em prédio d'outro, seja obrigado a vendel-as por justo preço a este, logo que elle o requeira, para o que lhe dá sumario e breve processo. Assim a arvore arreigada em campo alheio não é accessorio para este, mas propriedade do plantador; e tanto, que recebe por ella sem diminuição o justo preço, sem o que não pertence ao proprietario do solo.

Similiter ei, qui bona fide alterius fundum conserit, messis relinquenda erit, etc. Por Direito Romano, por igualdade de razão á da accessão da arvore ao terreno, em que foi plantada, a seára não pertencia ao que em prédio alheio tinha feito em boa fé a sementeira: *eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur*, §. 33. Instit. *de rer. divis.* O Sr. Paschoal é d'opinião, que a colheita deve ser feita pelo sementeiro de boa fé, sob encargo do pagamento da renda da terra ao dono. Nós porém ainda que respeitamos muito a boa fé e o trabalho, respeitamos ainda mais a propriedade, e neste caso, que é omisso, seguimos a Instit., opinando que a colheita accede ao proprietario, que deve indemnizar o cultivador do seu trabalho e despesas integralmente. Nem nós nos contradizemos: *primo*, porque neste caso não temos lei; *secundo*, porque ha differença entre arvores e sementeira de grãos: naquellas é a propriedade duradoura, e neste sentido mais importante; quando nestas é, quando muito, annual.

É verdade, que a Ord. liv. 2. tit. 53. §. 5., nas palavras transcriptas pelo A., nega ao possuidor de má fé os fructos; donde se infere, que os concede ao

possuidor de boa fé: e como tal, também nós os concedemos ao que semeia o campo alheio, para não restituir os consumidos, ou os percebidos extinetos. Mas a especie da Instit., a que o A. e nós nos referimos, é diversa inteiramente: por quanto trata-se da boa fé, que terminou depois da sementeira sim, mas anticipadamente á colheita; por isso de fructos ainda em herva, e, quando muito, já formados e pendentes, que constituem um accessorio da terra.

Quaestio de acquisitione fructuum a bonae fidei possessore famosa est Jure Romano, etc. Esta materia da aquisição dos fructos pelo possuidor de boa fé, que o A. tracta na nota, é estranha aos modos naturaes d'acquirir a propriedade, pertence ás leis civis. Todavia não reprovamos a collocação, que aqui lhe dá; por quanto, tendo fallado da propriedade obtida pela occupação, especificação, mistura, confusão, construção, plantação e sementeira, no que vai o direito em quanto aos fructos, como elemento incluído no dominio; póde hem ter cabimento aqui o direito sobre os mesmos, que pelas leis civis cabe ao possuidor de boa fé, formando excepção á regra, que o dá ao proprietario na cousa, que fez sua ou propria pelos meios naturaes; ainda que debaixo deste ponto de vista não devia o nosso A. contentar-se com esta unica excepção mas lembrar outras, como a que se dá no usufructuario, e nos mais, que gozão e disfructão em virtude de posse precaria. Mas aqui achamos esta questão do direito aos fructos no possuidor de boa fé, e aqui a tractaremos.

Cumpra antes de tudo, para procedermos com methodo, ver o que se entende por fructos, e quaes as suas especies. É fructo todo o commodo, utilidade e proveito, que resulta d'uma cousa: assim o locatorio d'uma casa, ainda que não tem n'ella propriedade, tem fructos, pois que durante o tempo do contracto tira d'ella todas as utilidades, que lhe dá o direito d'habitar.

Os fructos mais geralmente dividem-se em naturaes e civis: aquelles tem a razão fysica d'existir na substancia ou corpo das cousas; taes são os que dão as

ervas, plantas e arvores: estes, ou os civis, não nascem physicamente das cousas, mas tem a causa moral no direito, a que ellas dão occasião; como é nos juros do dinheiro, preço do aluguel das casas, rendas agrarias, etc.

Os naturaes dividem-se em rigorosamente taes, e industriaes: são aquelles um puro e espontaneo beneficio da natureza, quando para estes existirem; é necessario que coopere com ella juntamente o homem por seu trabalho e industria.

Uns e outros, ou todos os naturaes, dividem-se em fructos pendentes e não pendentes: os pendentes ainda estão ligados á terra, ainda se nutrem e conservão pelas raizes, o que não acontece nos não pendentes, ou separados, ou recolhidos.

Estes ou os não pendentes, partem-se em percebidos, e percipiendos: aquelles os que forão effectivamente colhidos e separados: estes os que não existirão, mas que devião existir, se para isso se empregasse a devida diligencia.

Os percebidos ou são existentes e estantes, que ainda se conservão; ou consumidos, que forão applicados aos usos proprios, e por isso deixarão de existir, ou perdidos os que perezêrão por corrupção ou outra causa extraordinaria, que fez ou que não se achem extantes, ou que não fossem consumidos. Agora que vimos o que são fructos, e quaes as suas especies, segue-se entrar na questão sobre quem tem direito a elles.

O A., como todos os Jurisconsultos, distingue entre possuidor de má e o de boa fé, a qual antecedentemente definimos; e principia fallando deste.

Esta questão, uma das mais notaveis do Direito civil Romano, tem assento no §. 35. Instit. de rer. divis., e nas LL. 48. D. de adquir. rer. domin. e 45. de usur.

Quidam distinguunt inter possessorem titulo oneroso, etc. Os Interpretes não são concordes em attribuir os fructos absolutamente ao possuidor de boa fé; uns distinguem em possuidor, que goza a coisa por titulo oneroso, e o que a goza por titulo lucrativo: o que a goza

por aquelle título, como é a compra e a troca ou permutação, faz seus os fructos; o que não é assim, segundo esta opinião, no possuidor, que goza por título lucrativo, como é a doação.

Quidam non jam possessoris titulum, sed fructus ipsos distinguunt, etc. Outros não curando destas differenças de títulos, distinguem entre fructos, dando os industriaes ao possuidor, e ao senhor do prédio os puramente naturaes, ou que á natureza espontaneamente produz.

Quidam, tituli et fructus distinctione posthabita, etc. Seguem alguns, deixando a qualidade do título e a da natureza dos fructos, a distincção fundada no estado destes: e pensão que todos os fructos consumidos são do possuidor; mas os não consumidos, quer *exstantes*, quer pendentes, não deixão de pertencer ao proprietario do prédio.

Quidam denique perceptos jam, et a fundo separatos dependentiis distinguunt, etc. Tambem ha Interpretes, que contrahindo os fructos percebidos, sem differença de *exstantes*, e consumidos, e pendentes, attribuem todos aquelles ao possuidor de boa fé, e estes todos ao proprietario, os quaes, ou os pendentes, os Interpretes todos lhe attribuem sem differença.

Meum non est tantas componere lictes. O A., reconhecendo que todas, e cada uma das differentes e expostas opiniões tem fundamento, não procura combater uma por uma as que não segue, usando das expressões de Virgilio, que transcrevemos, e limitando-se a sustentar a que segue.

Hac tamen de re, etc. Primeiramente mostra que esta materia em nossas leis é omissa. Pois que, ainda que a Ord. liv. 2. tit. 53. §. 5. prohiba, que os officiaes de Fazenda lancem por si, ou por outrem, em bens executados por dividas publicas; e declare os infractores possuidores de má fé nos bens por tal razão arrematados, e os prive da propriedade e dos fructos por todo o tempo, que os possuirem: *por quanto*, diz a Ord., *os havemos por constituídos em má fé, para que não possam fazer seus os ditos fructos, nem prescrever as proprie-*

dades: daqui, a *contrario sensu*, só se conclue, que o possuidor de boa fé faz seus os fructos. Mas os fructos são de tantas especies, quantas as que referimos; e não distinguindo esta Otd. sobre especies, fica omissa a tal respeito:

Conjicere, et adfirmare non dubitamus, etc. Posta a materia como omissa, emitta a sua, adoptando a quarta opinião, e é que sendo por todas as especies de Direito o possuidor de boa fé, em quanto esta o anima, considerado como senhor, é consequencia fazer elle seus todos os fructos naturaes, quer estrictamente naturaes, quer industriaes, assim como os consumidos e *exstantes*, *scilicet*, os separados do prédio, e que por isso por nenhum modo são havidos como accessorio do mesmo.

Dado como omisso este assumpto em nossas leis, conclue o A., que visto ser-nos o Direito Romano subsidiario, é elle para nós nesta parte lei escripta; e por isso entre nós o possuidor de boa fé faz, em regra, seus os fructos, legislação, que não só se acha na L. 48. *in princ.* D. *de adquir. rer. dom.*, que antecedentemente citamos e transcrevemos, mas na L. 136. D. *de reg. jur.* — *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*

Esta opinião da generalidade dos fructos ser do possuidor de boa fé, quer elle o seja por titulo oneroso, quer lucrativo, quer os fructos sejam puramente naturaes, quer industriaes, e igualmente sem differença entre consumidos e *exstantes*, não só tem em seu favor o enunciado das leis, que vimos; mas a expressa disposição do §. 35. *Intit. de rer. divis.* — *Siquis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa bona fide acceperit; naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura.* O que mostra ter o possuidor de boa fé duas vantagens importantes e bem distinctas: a primeira de ser elle considerado como proprietario, e de ter por isso todos os direitos, em quanto a todos e quaesquer fructos, que não estão pegados ao solo ou penderes; a segunda de não ser obri-

gado a dar contas ao proprietario por taes fructos, os quaes por isso não entrão na compensação por bemfeitorias. Concorda o *Cod. Civ.* de França artt. 459. e 460. em attribuir indistinctamente os fructos ao possuidor de boa fé por todo o tempo, em que a sua posse não tem vicio.

Cabe todavia advertir, que não obstante o cit. §. da Instit., nas palavras — *fructus, quos percepit, ejus esse*, attribuir ao possuidor de boa fé todos os percebidos, ainda mesmo *exstantes*, e em nenhum caso separar os puramente naturaes, no que concorda com a disposição expressa, que já notámos na L. 48. *pr. D. de adquir. rer. dom.*, nas palavras: *qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes; quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est*: achamos todavia em opposição a opinião de Pomponio na L. 45. *in fin. D. de usur.*, que fallando dos fructos puramente naturaes, não os tira ao proprietario, negando-os ao possuidor de boa fé: *Sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur*; o que estabelece antinomia entre estas duas leis, ou opposição entre Paulo e Pomponio, que só parecem conciliaveis, referindo-se Paulo aos naturaes consumidos, ficando fóra da restituição, e Pomponio aos naturaes, ainda *exstantes*, para serem restituídos. Além do que, achamos dureza no Direito, que não faz restituir todos os *exstantes* ao proprietario, satisfazendo este as despesas e trabalho ao possuidor de boa fé, que se deveria contentar com fazer seus todos os consumidos; pois que em realidade chega um tempo, em que se mostra ser elle um simples possuidor, que para se não locupletar com a jactura do proprietario, lhe deve restituir sem damno proprio, ou havidas as despesas, preço do trabalho e sementes, todos os fructos *exstantes*: nem desta restituição o desobrigamos na consciencia.

~~¶~~ *Ad pendentes vero quod adinet*, etc. Aqui diz-nos o Sr. Paschoal, que os pendentes, ou os fructos presos ao solo, ao tempo, em que o possuidor se mostra simplesmente tal, lhe não pertencem, salvo pagando elle ao proprietario a pensão d'aquelle anno. Esta opinião é tambem dura, e deve ser substituida pela de que taes fructos

fructos são um accessorio do prédio, que por isso cedem ao proprietario, salva a obrigação de pagar ao que foi possuidor de boa fé as despesas da cultura; e é o que se deduz da L. 36. §. 5. D. *de haered. petit.*, L. 25. *pr. D. de usur.*, e decide o *Cod. Civ. de França* art. 548.: *Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faites par des tiers.*

Malae autem fidei possessor de omnibus tenetur etiam consumptis, etc. Em quanto ao possuidor de má fé não fazer seus fructos alguns, sem excepção dos consumidos, não ha variante nos commentadores e interpretes; pois que são claras e terminantes as leis, dispondo-o assim, ou o possuidor esteja em má fé logo no principio da posse, *si proedo sit*, ou n'ella se constitua pela contestação da lide, pois desde então nenhuns lucra, LL. 33. e 62. §. ult. D. *de rei vindicat.*, L. 4. C. *unde vi*, L. 2. C. *de fructib. et lit. expens.*, Ord. liv. 2. tit. 53. §. 5.

Et tenetur non solum de fructibus inhoneste perceptis, etc. Já antecedentemente expozemos esta doutrina, que o possuidor de má fé não só restitue a coisa com todos os fructos, que percebeo, mas com todos os que perceberia, se elle fosse diligente; assim como, que o proprietario lhe deve satisfacção pelas despesas necessarias: pois que se aquelle se não deve locupletar com a jactura deste, tambem este o não deve fazer com a jactura d'aquelle, Ord. liv. 4. tit. 48. §. 6.

Tradição.

§. 10. *Tandem dominii juris naturalis acquirendi modus derivativus est traditio*, etc. Examinados os modos naturaes originarios para se adquirir a propriedade das cousas, resta o que se emprega na transferencia da mesma, a qual por isso é modo derivativo de conseguir o dominio. É elle a *tradição*, palavra formada de *tradere*, entregar, e exprime o acto, pelo qual o que tem propriedade n'um objecto corporeo, com animo de

Part. II. 7

abdicar a occupação actual e habitual, que nelle tem ; e entrega a outro, que o faz seu pela occupação actual, comprehendida na acceitação, que d'elle faz.

A relação intima, que vimos existe entre dominio e posse, é a mesma, que se dá entre aquelle e a tradição, pois que esta nada mais é, do que a entrega da posse, *possessionis translatio*, feita com animo de abdicar o dominio, em que prende a posse, que pela tradição se transfere.

É bem certo que se póde dar a tradição d'uma cousa, sem que da parte do que a faz, e daquelle, que a recebe, haja vontade, ou animo de renúncia e acceitação da propriedade; como quando eu recebo um emprestimo, ou dou em guarda o meu cavallo, casos, em que existe uma posse sómente fysica, uma tradição corporea puramente, que supposto tenha effeitos em Direito, todavia aos olhos da lei não faz proprietario, nem ainda mesmo possuidor, aquelle, que a tem. Se porém ha animo de entregar a propriedade com a cousa, e de a receber como proprietario, temos a posse legal, que por meio da tradição constitue o acceitante ao mesmo tempo possuidor, e senhor ou proprietario. É esta a tradição, de que fallamos.

Quando uma cousa é *nullius*, ou não tem dono, e que d'ella toma posse, ou que a apprehende com animo de a fazer sua, *animo sibi habendi*, no mesmo instante ou momento se faz a si mesmo proprietario d'ella: nas cousas porém occupadas, se o proprietario é capaz d'alienar, é elle que dá a posse ao outro, que no mesmo instante constitue proprietario. No primeiro caso a posse só, *occupatio*, cria o proprietario; no segundo, *traditio*, a posse é que faz o proprietario, junta com a vontade d'aquelle, a quem cabia o dominio, da qual por isso este deriva; o que torna a tradição um modo sim natural, mas derivativo, para adquirir o dominio ou a propriedade.

Ainda que se dão muitas especies de posse, como vimos, uma só é a legal: e do mesmo modo que para se adquirir a propriedade, sómente é propria uma especie de posse, assim como sómente uma certa occupação

é a que faz legal a posse ; tambem , ainda que ha muitas especies de tradição , é só uma que entrega a posse com o fim de transferir a propriedade , sem que as circumstancias particulares , que revestem a tradição , produzão mais do que modificações accessorias , que não derogão os principios fundamentaes.

Fallando com propriedade , não são objecto da posse , como vimos , as cousas incorporeas , ou os direitos ; mas admittida em quanto a elles a quasi posse , que consiste no exercicio dos direitos , dá-se tambem uma especie de tradição , que consiste em entregar ou soffrer o exercicio do direito , a qual entrega ou soffrimento geralmente se chama *quasi tradição*.

Qua quidem acceptata , nihil magis conveniens est naturali aequitati , etc. Aqui pondera o A. , que verificada a tradição d'um objecto corporeo , ou a quasi tradição d'um direito , accedendo a acceitação , nada é mais conforme á equidade natural , do que dar todo o effeito á vontade do que foi senhor da cousa , pois que em virtude do seu dominio dispoz d'ella deste modo , se nesta hypothese elle não tem qualidade , que natural ou civilmente o estorve do livre exercicio dos seus direitos : *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur ; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati , quam voluntatem domini volentis reum suam in alium transferre ratam haberi , §. 40. Instit. de rer. divis.* O que se entende com dependencia da observancia das Leis , que modificão o dominio em razão das conveniencias sociaes ; assim a doação , por exemplo , para ter effeito , deve ser insinuada.

Ex simplicitate naturali dominium nudis verbis abdicari , et quovis actu externo , quo voluntas declaratur , etc. Ainda que a tradição seja o acto externo mais expressivo da vontade , que tem o proprietario d'uma cousa , de abdicar em favor d'outro o direito , que n'ella tem , não faz isto que este seja o unico modo de renunciar a propriedade. E não só na simplicidade da natureza , como nos diz o A. , mas ainda mesmo no estado social , podem palavras claras , e que exprimão a vontade sem equivoco , ser bastantes para a renúncia e accei-

tação da propriedade, ficando a aquisição e renúncia da coisa com toda e a mesma firmeza, que lhe podia dar a tradição, uma vez que a lei civil o approve: Com estes fundamentos é que o *Cod. Civ. de França* art. 1583. dispõe, que o contracto da venda é perfeito entre as partes, e a propriedade adquirida de direito pelo comprador a respeito do vendedor, desde o momento, em que convençãoarão no objecto e preço, ainda que nenhum destes seja entregue: *quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé*; não recebida assim a maxima de Direito Romano: *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*. L. 20. C. de pactis; maxima abraçada entre nós, como se prova pela Ord. liv. 4. tit. 7. §. 7. *in princ.*, e que, como o Sr. Paschoal adverte, constitue o fundamento da differença entre acções reaes e pessoaes. Porque, se não houve tradição do objecto comprado, o comprador não pôde reivindicá-lo do vendedor, mas cabe-lhe acção pessoal para que este lh'o entregue em virtude do contracto; o que é o mesmo que dizer, que não tem o *jus in re* na especie de dominio, mas sim o *jus ad rem*.

Mas qual terá mais conveniencias, o systema dos Francezes, dispensando a tradição na transferencia da propriedade, ou o nosso e dos Romanos exigindo-a? Parece-nos que o systema da necessidade da tradição dá mais um grão á vontade reflectida, e é mais natural á intenção dos pactuantes, que toda se refere á transferencia consummada; accrescendo principalmente, que o direito de propriedade, em virtude do gozo exclusivo, que importa, e da influencia nos demais contractos futuros e actuaes do proprietario e alienante, não diz respeito unicamente aos pactuantes da transferencia, mas a todos, o que faz ser conveniente que esta seja sabida de todos; e se consegue pelo signal externo, regular e ordinariamente empregado, e que por si mesmo a faz presumir, qual a tradição, ou a tomada da posse.

Da quasi tradição não pensamos do mesmo modo, pois a paciencia, que se dá no transferente, em relação

ao exercicio do direito transferido, manifesta-se no público pelo mesmo exercicio.

Pro traditione nos habemus quodlibet factum, etc.

A tradição ou entrega não exige precisamente o transpasse physico da cousa de mão para mão, mas um acto externo qualquer, que indique renúncia da occupação actual e habitual em favor d'outro, e que neste mostre o animo d'acceitar a propriedade da cousa.

Porro ipsa traditio vel vera est, vel ficta, etc. Já dissemos, que os differentes modos praticaveis no ingresso da posse, tradição ou entrega da cousa, fazem com que a tradição se divida em muitas e differentes especies, que variando-a ou modificando-a nos accidentes, a deixão na essencia uma só e sempre a mesma.

Assim, convenciona da a venda, póde a tradição ser real ou ficta : real, quando em verdade e effectivamente o comprador entrou na posse; e fingida ou ficta, quando o comprador é reputado entrar na posse da cousa, ainda que esta pare na mão ou em poder do vendedor.

Esta ficção, como antecedentemente referimos, provém d'uma convenção, pela qual o vendedor reconhece ter ou gozar a cousa em nome do comprador; ou faz esta convenção considerar, que o comprador se apposou do objecto vendido por meio, ou pelo ministerio do vendedor. O que se verifica, quando o vendedor retém o usufructo da cousa vendida, retenção, que faz as vezes de tradição; pois que não se póde ser usufructuario da cousa propria, assim o vendedor, que toma esta qualidade, declara bem e sufficientemente, que não possui a cousa como sua, mas sim em nome do comprador. Procede igualmente, como vimos, quando pelo contracto da venda o vendedor fica d'arrendamento no mesmo prédio, que vendeo; casos, em que se dá o constituto possessorio.

Quando a cousa vendida está em poder do comprador a titulo de locação, deposito ou emprestimo, o consentimento dado pelo vendedor, para que aquelle a fique possuindo no futuro como proprietario, faz tambem as vezes de tradição; a qual, como tambem á notámos, é chamada *traditio brevis manus*, ou *brevis manu*.

Quando o **movel vendido** é pesado, ou o **immoavel** está em distancia, a **permissão** de poder fazer levar aquelle, e de gozar e **dispôr** deste, mostrando-os ao comprador, é como, ou **faz as vezes** da tradição, e contraposta á que se diz *brevi manu*, é chamada pelos DD. *traditio longa manu*.

Ja igualmente referimos, que ha outras tradições, que se fazem por meio d'**algum** symbolo ou signal, que por isso tomão o nome de *tradições symbolicas*, em razão d'a tradição d'uma coisa ser considerada como tradição d'outra mui differente a que aquella se refere; como a entrega da chave do celleiro, operando a entrega do trigo, que está n'elle.

Occorre-nos advertir, que alguns sustentão, que a entrega do titulo da propriedade, como attestado da venda do objecto, que existe em terra ou situação distante, e que por isso é objecto, que se não vê, faz a tradição symbolica, tornando a venda perfeita; opinião, que não adoptamos, ainda que com outras circumstancias, que a rapidez, com que escrevemos, fez que antecedentemente não referissemos, e agora por isso devemos declarar, entendamos como sufficiente e symbolica a entrega do titulo em vez da coisa propria.

Aquella opinião tem por fundamento a L. 1. C. *de donationibus. Emptionum mancipiorum*, dispõe ella, *instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere*. O que parece dar absolutamente á tradição symbolica do titulo o mesmo effeito da real; pois que o donatario pelo titulo tem direito á reivindicação da coisa, ou ella se ache em poder do doador, ou no d'outra qualquer pessoa.

A tradição do titulo em vez da coisa, assim como a d'outros objectos, que a representão, opéra o mesmo effeito, que a tradição real: assim a chave do celleiro, que o vendedor dos fructos entrega ao comprador, faz o mesmo, que faria a entrega real d'aquelles. Mas para que nma tal tradição tenha lugar e produza translação da propriedade, é essencialmente necessario o concurso de duas condições.

1.ª Que a entrega ou tradição dos objectos, que representão a cousa, seja feita *in rei praesentia*, ou com a mesma cousa á vista: *Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.* L. 74. D. de contrah. empt.

Concorda com esta a L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. possess.: *Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait, idemque est si nummos debitorem jusserim alii dare, non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumento esse, eae res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint.*

Voët (*ad Pandectas* liv. 12. tit. 1. n. 5.) em resultado d'um grande numero de Leis, que no mesmo sentido aponta, tira esta consequencia: *Ubi res praesens est, vere tradi potuit, et ob id quoque tradita fingitur: tradi vero non potuit vere, cum absens est; ideoque neque dominium ejus videri potest translatum ex ficta traditione.* Este sabio Interprete não dissimula, que algumas Leis ha, que, fallando da tradição ficta, não exigem que a cousa seja presente: mas rectamente responde, que sendo tal presença condição essencial, por muitas mais Leis exigida, devemos subentender naquellas a condição, que estas exigem: *Tamen non aliter, quam concurrente praesentia, secundum plures Leges alias manifestas requisita, intelligenda ac restringenda sunt.*

Dumoulin (*Commentario sobre o costume de Paris* tit. dos Feudos §. 20. gl. 5. n.º 14.) é da mesma opinião; pois fallando das maneiras, por que se transfere a propriedade do foudo, que foi comprado, diz: *Vel per realem traditionem feudi venditi, vel aliud aequipolens, puta precarium, institutum, vel retentionem usus-fructus, vel traditionem clavium in praesentia rei, vel per ingressum emptoris de licentia venditoris, vel per traditionem instrumentorum acquisitionis feudi, in quibus*

continetur jus competens venditori in illo feudo (L. 1. C. de donationibus), *quae ita intelligi debet, non autem per traditionem instrumentorum ipsius venditionis, ut tenent Guillelmus, Bartolus, Imola, Alexander, etc.*

Advertimos com **Dumoulin** contra os **Interpretes** nomeados, que o **titulo**, que é symbolo da tradição da propria cousa, não é o **de** contracto ou da propriedade transferida, mas sim o **que** justifica o direito do transfereute; pois que contendo **este** a prova do seu dominio, o entregal-o a outro, induz a confissão de que lhe não é necessario, por isso que n'elle abdicou a sua propriedade, que o titulo representa, o qual com tudo não basta sem o titulo da transferencia, ou de contracto.

2.^a Para se dar a tradição ficta *in rei praesentia*, é tambem essencial outra condição, e é, que além do titulo do contracto, feito entre o vendedor e o comprador, este tenha recebido d'aquelle cousa ou objecto differente, do que em realidade foi comprado, e que represente este. Desta sorte para que ás mercadorias depositadas no armazem se reputeem entregues ao comprador, não basta que entre elles tenha havido a convenção, e que d'ella aquelle tenha o titulo; mas é preciso igualmente, que este tenha recebido d'aquelle a chave do armazem, pois é ella que representa a entrega das mercadorias, como se deprehende das Leis já examinadas.

Enganão-se grandemente os **Interpretes**, que seguem contraria opinião, invocando a já apontada L. 1. C. de donationibus, que nada mais diz, senão que cedendo eu a outro os escravos, que comprei, se lhe entrego os titulos das compras, que d'elles fiz, eu sou reputado por isso ter-lhe feito entrega dos escravos, ou transferir-lhe a posse. E que teria acontecido na especie desta Lei, se o doador se limitasse a entregar ao donatario o titulo da doação? Certamente nenhuma tradição da cousa se daria, pois sómente se dá no caso proposto, de ter o doador entregado os titulos, por que elle mesmo era senhor, e que representavão os escravos; mas estes titulos sómente conferem a tradição ao que por outro titulo tem a propriedade, neste caso o titulo da doação.

Alguma largueza temos dado a este assumpto, não

são em razão das opiniões divergentes, mas por ter elle frequente uso na pratica, principalmente no commercio. Supponhamos que um negociante vende a outro em Coimbra mercadorias, que tem armazenadas na Figueira, e que, para prova do contracto, entrega ao comprador a factura, em que se dá por pago, empregando a sua firma; mas que, decorrido pouco tempo, quebra ou cáe em fallencia. Poderão os seus crédores fazer apprehensão nas mercadorias, que ainda estão no armazem da Figueira?

Se a entrega da factura, ou do titulo, por que elle as tinha adquirido, assim como da venda, que d'ellas fez, e do preço recebido, opéra segundo as leis uma tradição symbolica com os mesmos effeitos da real, os crédores do fallido nenhum direito tem em taes mercadorias, pois não são do devedor. Não é assim, se tal tradição se não dá.

Mas não quebrou o vendedor, porém passou a vender a outro as mesmas mercadorias, que mais prompto que o primeiro as recebe; estão ellas expostas a que este as reivindique? Tem a reivindicação lugar, se n'elle se dá a tradição pelo symbolo da factura; alias não tem nem direito, nem acção contra o segundo comprador, etc.

Illud vero omni jure certum est, traditionem a non domino factam, etc. Resta-nos para terminar este §. o exame dos seguintes requisitos, que se devem dar concurrentes na tradição, para que a propriedade validamente se transfira.

1.º Como ninguem póde ceder um direito, que não tem, unicamente o proprietario da cousa póde fazer a tradição com effeito, ou outro por elle auctorizado; mas nem sempre é sufficiente a propriedade, para ella ser transferida, pois requer-se de mais, que o que a renuncia, tenha exercicio livre de seus direitos, o que faz que nem o menor, nem o prodigo julgado tal por sentença, dêem por si effeito á tradição.

É com tudo de notar, que supposto a propriedade se não transfira pelo vendedor, sem consentimento, ou não auctorizado pelo proprietario, a tradição feita por aquelle ao comprador não é inteiramente sem effeito.

Pois ainda que lhe não passe a propriedade, o constitue na posse civil da coisa, posse, que sendo junta á boa fé, attribue em primeiro lugar ao comprador o direito de perceber todos os fructos durante esta consumidos, sem obrigação alguma de os restituir ao proprietario. Em segundo lugar a posse de boa fé, durando por todo o tempo taxado pela lei para a prescripção, dá ao comprador a propriedade, que o vendedor lhe não pôde transferir pelo principio: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habuit.* L. 54. D. de reg. jur.

2.º *Vel sine justa causa et titulo.* Para o dominio ou propriedade se transferir, é necessario, que o modo ou causa proxima, neste caso a tradição, tenha a qualidade de justa, a qual sómente lhe pôde ser dada por uma causa remota ou titulo sufficiente. Logo se o titulo ou causa remota não existe para aquella, não pôde ella, transferir a propriedade, caso em que se diz nita a tradição: *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.* L. 31. D. de adq. rer. domin.

3.º *Vel ab alio denique non acceptatam,* etc. É finalmente necessario, que o que recebe a tradição, tenha animo de fazer a coisa sua, que a queira, sem o que elle a não tem como propria, mas sim em guarda, pois que por falta d'animo a não chegou a tirar do dominio d'aquelle, de quem a houve: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducitur ad effectum, id quod inchoatur, non potest.* L. 55. D. de obligat. et act.

Et haec fere omnia non ad dominium modo, verum etiam ad possessionem adplicantur. É facil ter conhecido, que sendo a tradição o ingresso, o principio, ou a entrada na posse, que contém em si um direito connexo com o dominio, os requisitos, que exige a tradição para transferir a propriedade, são os mesmos, que se

devem dar na tradição para transferir a posse, quer ella constitua um direito emanado do dominio, quer se considere como meio para em virtude de prescripção a propriedade se conseguir, caso, em que dispensa o titulo, quando pela diuturnidade da posse, segundo a lei, elle se faz presumir. Tambem póde provir por facto d'aquelle, que não tem a propriedade, quando o possuidor houve a coisa do que não era senhor: mas neste caso a posse justa não lhe provem d'aquelle, pela regra de não poder transferir um direito, que não tinha; mas sim da lei, em razão da boa fé deste, mediante a paciencia do proprietario, que não usa da reivindicção. É porém evidente, pela força das doutrinas, que expozemos com referencia á posse, que o animo de possuir ou de gozar a coisa como propria, constitue circumstancia insupprimivel, ou que nunca póde faltar em todo e qualquer possuidor.

Dando-se pois posse justa excepcionalmente no caso, em que a coisa foi entregue pelo não proprietario; dando-se tambem posse justa, faltando o titulo, quando o suppre a presumpção com fundamento na duração ou tempo da posse: isto faz justificar o uso do termo *fere*, empregado na these, que transcrevemos do A. Quer dizer, que em regra os requisitos da tradição, para transferir a propriedade ou dominio, são os mesmos, que devem dar-se para a posse se transferir; mas que se dão excepções em quanto a esta.

Apud Wisigothos, etc. Já se disse que a transferencia da propriedade importa a todos, sem que seja um acto restricto ao interesse privado dos pactuantes; o que faz que entre as nações ella seja operada por meio de solemnidades e praticas, recommendadas nas leis, ou devidas aos costumes. Daqui veio, como o A. nos diz primeiramente na nota, determinar o *Cod. Wisigothico* L. 6. liv. 5. tit. 2. a transferencia da propriedade nos bens immoveis intervindo testemunhas e arbitros, formando-se de tudo escriptura, ou instrumento.

E pelo que respeita aos costumes, entre os povos da Germania foi solemne na tomada da posse ou tradição para transferencia dos mesmos bens, uma especie

d'investidura, consistindo em o novo proprietario formar um rego na terra, cortar uma vara, *festucam*, e ramos d'arvores, vindo depois para fóra com estes signaes da sua posse.

Nobis satis est traditio, etc. Segundo as nossas leis, é sufficiente a tradição operada por algum dos modos, que vimos, sem que por aquellas ou outras solemnidades se demonstre o animo de adquirir o prédio como proprio. Todavia o costume d'o novo proprietario cortar ramos, abrir e fechar portas, lançar terra para o ar, etc., se tem geralmente observado, de sorte que os Tabelliães, formando o auto da posse, narrão n'elle que o investido praticára estes actos pacificamente ou sem opposição alguma.

Neque etiam hodie . . . ad transferendum dominium, etc. Tambem para entre nós se transferir o dominio, ainda mesmo de bens immoveis, não se exige, como entre os Wisigodos, o contracto celebrado por escriptura ou público instrumento: menos quando ella é de tal modo substancial á convenção, que sem isso não valeria, como acontece na emphyteuse ecclesiastica, Ord. liv. 4. tit. 19., ou quando tanto em moveis, como immoveis, o valor do objecto transferido a fazia necessaria para prova, Ord. liv. 3. tit. 59., hoje derogada, como muitas vezes temos notado, pela *Noviss. Ref. Judic.* art. 463.

Modos civis d'acquirir a propriedade.

§. 11. *Atque hi dominii acquirendi juris naturalis modi*, etc. Divididos os modos de adquirir a propriedade ou dominio em naturaes e civis, examinados neste Titulo os naturaes, fecha-o o A. com este §., em que indica os civis adoptados entre nós. São elles universaes ou singulares: aquelles tem por objecto uma totalidade, ou complexo de bens variados em suas especies e usos; tal é entre nós a herança, pois se compõe de todos os differentes bens do defuncto, ou elle morra testado, ou intestado, isto é, quando absolutamente não fez testamento, ou quando o que fez, labora em nullidade. Os modos singulares referem-se a uma só cousa, como a

adjudicação, o legado, fideicommisso, doação e principalmente a prescrição, que por isso nas suas diferentes especies dá materia ao Titulo immediato, cuja boa collocação fica assim justificada.

TITULO IV.

Das Prescrições.

O que é a prescrição, e em que Direito tem origem:

§. 1. **P** *Raescriptio seu usucapio præcipuus modus est dominium adquirendi titulo singulari, jure civili introductus, etc.* Foi a prescrição, entre os Romanos, differente da usucapião, o que convém advertir para exacta intelligencia das leis civis. A usucapião exprime a idéa de adquirir a propriedade das cousas corporeas por effeito do tempo no uso d'ellas. A prescrição teve o mesmo sentido; mas significou de mais o modo de adquirir e perder todas as especies de direitos e acções pelo mesmo effeito do tempo, regulado pela lei.

Entre nós porém, entre os Francezes e mais nações, excepto a Prussia, não se distingue a usucapião da prescrição, attribuindo-se a esta todos os effeitos referidos; o que faz que o *Cod.* de Napoleão no art. 2219., diga: « Prescrição é o modo de adquirir, ou de nos livrarmos, *ou de se libérer*, por um certo lapso de tempo, debaixo das condições determinadas na lei. » Entende-se aqui o *livrar* pela extincção das obrigações.

Toma-se por tanto em dous sentidos a palavra prescrição: n'um é a aquisição do direito de propriedade pela posse das cousas durante o tempo determinado na lei; n'outro sentido exprime a extincção ou acabamento d'um direito, d'um encargo, d'uma obrigação, que tem estado, sem exercicio ou execução

durante o mesmo tempo. Diz-se no primeiro sentido prescrição acquisitiva; e extinctiva no segundo: nomes, que importão tão sómente differença de relações, mas que se dão na mesma prescrição; pois que por ella um adquire a cousa, que outro perde, ou se extingue obrigação ou encargo, a que outrem teve direito; sendo assim a mesma prescrição acquisitiva e extinctiva, mas em differente relação de pessoas.

As prescripções formão uma parte da Jurisprudencia, tão vasta pela multiplicidade dos objectos, que abraça nos assumptos civis e criminaes, como pelo uso não só frequente, mas quasi constante que tem nos Tribunaes; de sorte que se não soubessemos, que todas as differentes e variadas materias, que formão a nossa abundante e riquissima sciencia, a do Direito, se relacionão intimamente entre si, se unem e auxilião mutuamente, diriamos que as prescripções merecem um cuidado e attenção especial, e mais subida.

Nam simplicitas naturalis ignorat, quo pacto res nostra sine nostro facto ad alios transire queat, etc. A alguma largueza nos chamão estas expressões; e é nosso dever percorrel-a. Mas é preciso firmar antes as idéas geraes ácerca da prescrição.

A posse já nós vimos ser naturalmente ligada ao direito de propriedade: o que faz ser justo, que se presume, que o que possue, é effectiva e verdadeiramente o senhor, e que o antigo proprietario d'uma cousa por justa causa está privado da posse n'ella.

As mesmas razões, que fazem, que pela longa posse a propriedade se adquira, e se despoje o antigo proprietario, fazem tambem com que todas as especies de direitos se adquirão, e se percão pelo effeito do tempo. Assim um crédor que deixou por todo o tempo, determinado na lei, de exigir o que lhe é devido, perde o seu direito, e no devedor acaba a obrigação, que lhe foi correspondente.

Assim, o que tem gozado um prédio durante o tempo da prescrição, não pôde d'elle ser despojado, ainda que nenhum outro titulo tenha, senão o mesmo longo uso. Assim o que cessa de gozar, por tem-

po sufficiente, d'uma servidão, perde o direito a ella; ao contrario o que exercita ou goza uma servidão, ainda que sem titulo, por virtude do longo uso adquire n'ella direito. E em geral todos os direitos, todas as pretensões, qualquer que seja a sua natureza ou qualidade, se acquirem ou se perdem por meio da prescrição, com excepção nas que as leis tem declarado imprescriptiveis.

São effeitos da prescrição o dar a propriedade ao possuidor, e despojar o proprietario; o fazer adquirir ou perder todos os direitos, ou haja posse, como no gozo da servidão, ou a não haja, como no perdimento d'uma divida por falta de a exigir.

Todas as especies de prescrição, que fazem adquirir ou perder direitos, são fundadas sobre estas presumpções: que o que goza d'um direito, tem um titulo para isso, pois se assim não fôra, não se lhe teria deixado ou permittido gozar; que o que deixou de dar exercicio a um direito, o perdeu por justa causa; e finalmente, que o que por longo tempo não tem exigido o pagamento da sua divida, está pago, ou reconheceo que nada lhe era devido.

Devem nas prescrições distinguir-se duas especies de regras: umas relativas ás differentes e variadas maneiras, por que as leis tem fixado o tempo para prescrever, outras, que dizem respeito á natureza das prescrições, ao seu uso, ao que é objecto da prescrição, ao que o não é, ao que a faz justa ou viciosa, ás pessoas, contra as quaes ella se não dá, á qualidade, que se deve dar na posse para lhe dar fundamento, ao que póde interrompê-la, e a outros assumptos similhantes.

Estas ultimas, que apontámos, são regras naturaes, ou de equidade; as relativas ao tempo, em que se fixão as prescrições, não são mais do que leis arbitrias, pois que a natureza não determina o tempo necessario para as cousas prescreverem. O que torna mutaveis estas regras, e faz que sejam differentes entre as differentes nações, variedade, que até mesmo, como veremos, praticou a legislação Romana, regulando differentemente a prescrição em épochas differentes.

Posto isto, vejamos se a prescripção é, ou não, de Direito Natural; vejamos também se é de Direito das Gentes, ou se sómente é de Direito Civil ou positivo, como o Sr. Paschoal segue.

Cujacio sobre a *L. 1. D. de usucapionibus et usurpationibus* não duvida de que a prescripção é de Direito Civil puro, e procura persuadir-nos de que é contraria tanto á Lei Natural, como ao Direito das Gentes: *Qui possidet, vel a domino possidet, vel a non domino. Qui a domino possidet, id est, qui a domino traditum accepit, jure gentium dominus est Qui a non domino possidet, jure gentium dominus non est: nam fieri jure gentium nullo modo potest, ut non dominus alium dominum faciat. Enimvero jure civili, is, qui a non domino traditum accepit, dominus efficitur, si usuceperit, et hoc est, quod ait lex Traditionibus, C. de pactis: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur: traditionibus factis a domino ex justa causa, et usucapionibus, si traditiones factae sunt a non domino: traditionibus jure gentium, usucapionibus jure civili Dixerit aliquis usucapionem pugnare cum jure gentium, quod ea dominium invito auferat? Est sane ita, pugnat enim hac in re jus civile cum naturali aequitate, sed tamen hoc fit bono publico Est autem introducta jure civili, id est, lege duodecim tabularum.*

Grocio de *jure belli ac pacis*, liv. 2. cap. 4., parece no primeiro exame adoptar as mesmas idéas de Cujacio: « Este direito (diz elle) fallando da prescripção, não tem sido introduzido senão pela lei civil; o tempo em realidade não tem, por sua natureza, virtude alguma productora; nada é feito pelo tempo, ainda que tudo se faz com elle. »

Um pouco porém mais abaixo convém que se póde ter direito na cousa, que pertence a outro, sem sua vontade; e acrescenta, que por Direito Natural a propriedade se transfere pelo abandono expresso ou presumido: expresso, quando se faz por uma declaração formal do proprietario; presumido, quando elle resulta do longo espaço de tempo, durante o qual o proprietario tem cessado de possuir a sua cousa, deixando-a
gozar

gozar a outro. « Significa tudo isto o mesmo que confessar bem claramente, que a prescripção, ainda que regulada pelas leis civis, tira a sua origem do Direito Natural. Acresce que o mesmo A., de que fallamos, estabelece literalmente, que entre aquelles, que não têm outra alguma lei commum além do Direito Natural, a longa posse é um bom titulo que allegar. E casão-se por ventura estas idéas como a primeiramente emit-tida, de que a prescripção não tem sido introduzida senão pela lei civil?

Pufendorff (*Droit de la nature et des gens*, cap. 12. §. 9.) emitta iguaes idéas. « É certo, diz elle, que a propriedade nos bens ou cousas foi estabelecida para a paz do genero humano; donde se segue, que depois d'um certo tempo se deve assegurar ao possuidor de boa fé um direito incontestavel sobre as cousas, que tem. O saber porém qual é o termo preciso, que o põe a salvo de toda a evicção, é o que não parece determinado, nem pelo Direito Natural, nem pelo consenso geral dos povos . . . Mas eu estou persuadido de que a prescripção em si mesma, ou solta da determinação precisa de tempos limitados pelas leis, é uma dependencia ou consequencia natural da propriedade dos bens. »

E mais abaixo §. 11.: « Por tudo que havemos dito, parece que entre aquelles, que não tem por lei commum senão o Direito Natural e o Direito das Gentes, se pôde allegar como justo titulo uma posse adquirida com boa fé, e por longo tempo conservada sem interrupção. »

Pondo porém de parte, e não reproduzindo agora as idéas, que emittimos, fallando da occupação como modo d'aquirir a propriedade, vem a proposito as solidas e convincentes doutrinas de Vattel *Droit des gens*, liv. 2. cap. 11. n. 141. Eis aqui seus pensamentos!

« A natureza não tem por obra sua estabelecido a propriedade dos bens, principalmente a que tem as terras por objecto; ella sómente approvou a sua introdução para vantagem dos homens. Estabelecida que foi; seria absurdo dizer, que a lei natural pôde

segurar ou conferir ao proprietario algum direito capaz de levar a desordem ao meio da sociedade. Tal seria o direito de desprezar inteiramente uma cousa, que lhe pertence, e deixada por longo espaço de tempo, com todas as apparencias de a não considerar como sua; vir depois despojar d'ella um possuidor de boa fé, que por ventura a terá adquirido por titulo oneroso, ou recebido por herança de seus pais, ou como dote da sua esposa, e que teria feito outras acquisições, se lhe fosse possível conhecer que esta não era solida e legitima.

« Longe de dar um tal direito, a lei natural prescreve ao proprietario o cuidado, o uso da diligencia naquillo, que lhe pertence; impõe-lhe a obrigação de fazer conhecidos os seus direitos, para não induzir outros em erro: ella não approva sua propriedade, não lh'a segura, senão debaixo destas condições. Se a despreza por longo tempo, para que elle não possa ser admittido a pôr em perigo direitos d'outro, a lei natural não lhe permite que a reivindique. Não se pôde conceber a propriedade um direito tão extenso e inadmissivel, que se possa desprezar absolutamente por longo tempo a risco de todos os inconvenientes, que podem resultar á sociedade, para o fazer valer depois, segundo o capricho do que assim se tem portado.

« Não é por ventura para repouso, paz e vantagem dos humanos, que a lei natural ordena a todos o mais apurado respeito para com o direito de propriedade naquelle, que o tem, que d'elle usa, e que o exercita? Quer ella pois, por identica razão, que todo o proprietario, que sem justa causa despreza o seu direito por longo tempo, se presuma havel-o inteiramente abandonado. Eis o que fórma a presumpção absoluta, ou *juris et de jure*, do abandono, e sobre a qual outro legitimamente se funda, para se appropriar a cousa abandonada. A presumpção absoluta não significa aqui uma conjectura da vontade recondita do proprietario, mas uma presumpção, que a lei natural manda adoptar por verdadeira e estavel, e isto em vistas de manter a ordem e paz entre os homens: ella dá pois um titulo tão firme e tão justo, como o da propriedade, pelas

mesmas razões estabelecido e sustentado. O possuidor de boa fé por esta presumpção tem um direito approved pela lei natural, e esta mesma lei não permite que alguém o perturbe na sua posse, por isso que ella approva a ordem, e em consequencia que os direitos de cada um sejam certos e seguros.

« O direito d'*usucapião* significa propriamente, que o possuidor de boa fé não é obrigado, depois d'uma pacifica e longa posse, a sujeitar a propriedade ao juizo dos arbitros: elle a prova pela sua mesma posse, e repelle a exigencia do proprietario pela prescripção. Nada é mais justo que esta regra. Se o exigente fosse admittido a provar a sua propriedade, bem podia acontecer que elle empregasse provas em apparencia mui evidentes, mas que não seriam taes senão por effeito da perda d'um documento, ou da morte d'uma testemunha, por onde se mostraria o como elle tinha perdido e transferido o seu dominio. E seria por ventura racional, que elle podesse entregar á decisão dos arbitros os direitos do possuidor, quando por sua propria falta ou omisção é que as cousas chegarão ao estado d'a verdade correr risco? Se dous devem ser expostos á perda do que é seu, é justo que soffra a perda aquelle, que para isso deu causa.

« É verdade que, se o possuidor de boa fé chega a tempo de descobrir com uma inteira certeza, que o exigente é verdadeiro proprietario, ou que não tem abandonado no animo o seu direito, deve então em consciencia, e pelo direito interno restituir tudo aquillo, com que se tem tornado mais rico pelos bens d'elle. Mas esta estimacção não é facil de fazer, ella depende das circumstancias. »

Depois de Vattel ter por este modo demonstrado ser a prescripção de Direito Natural, elle prova, que ella é igualmente de Direito das Gentes; e que deve ter lugar entre as nações.

« Porque (diz elle) o Direito das Gentes não é outra cousa senão o Direito da Natureza com applicação ás nações, feita d'uma maneira conveniente aos sujeitos, que são pessoas moraes. E bem longe de que a natureza

dos sujeitos estabeleça excepção alguma neste ponto, a usucapião ou prescripção é d'um uso muito mais necessario entre os Estados soberanos, que entre os particulares. As querelas das nações são d'uma consequencia mais terrível, suas disputas e desavenças d'ordinario não se terminão senão por guerras sanguinarias; por consequencia, a paz e a felicidade do genero humano exigem muito mais fortemente, que a posse entre ellas nunca seja perturbada, e que depois d'um grande numero d'annos, se não tem sido contestada, seja reputada por justa e inabalavel. Se fosse permittido o remontar sempre aos antigos, poucos Estados soberanos estarião seguros de seus direitos, não haveria que esperar paz sobre a terra. »

Depois continúa o mesmo A., ponderando que a prescripção muitas vezes tem applicação mais difficil entre as nações, do que entre os individuos, pois que o direito, que ella dá, é tirado da longa paciencia e silencio do proprietario, e não ha pessoa, que ignore quanto é perigoso para uma pequena nação, quando é fraca, o deixar entrever pretensões, que vão bater com potencias fortes. Acresce que os chefes soberanos não podem ordinariamente alienar o que pertence ao Estado; o que faz que o seu silencio não pôde cousar prejuizo nem á nação, nem a seus successores, ainda que elle baste para fazer presumir abandono da sua parte.

Não obstante porém as notadas difficuldades, outros principios estabelecem o uso e força da prescripção entre as nações. A tranquillidade do genero humano, o bem da felicidade dos povos exigem que a posse do imperio e os outros direitos das nações sejam certos e estaveis, para que por incertos não dêem occasião a contestações entre ellas pelas armas. É preciso pois admittir entre as nações a prescripção fundada em longo espaço de tempo. É se alguma por susto, por uma especie de necessidade não reclama, e por isso perde o seu direito; a perda do seu direito é uma infelicidade, que ella deve supportar com paciencia, pois que não pôde evital-a.

Demais a prescripção, sendo d'um uso tão necessario á tranquillidade e felicidade das sociedades civis, faz com que o Direito presuma, que todas as nações tem concordado em admittir o seu uso legitimo e racional em vista do bem commum, e até mesmo em vantagem de cada uma das nações. Por tanto a prescripção de longos annos é ainda estabelecida pelo Direito das Gentes voluntario ou pacticio. Cumpre porém notar, que tanto entre as nações, como entre os individuos, a prescripção no tribunal da consciencia só é legitima para o possuidor de boa fé.

É porém dever advertir, que as doutrinas de Vatel sobre a prescripção de Estado a Estado, como meio de adquirir, legitimado pelo Direito das Gentes, são combatidas por Mr. Gérard de Rayneval em suas *Institutions du droit de la nature et des gens*, pag. 155. Mas qué razões emprega elle?

Diz, que a prescripção é a maneira de adquirir por uma posse, cuja duração é fixada pela lei. É pois necessario que uma lei estabeleça a prescripção: ora não póde existir lei entre as nações; logo não póde haver prescripção entre ellas. Em quanto ao uso geralmente recebido, adoptando-a; diz que este uso não existe. Em quanto á equidade, á conveniencia, isso não são mais do que nomes, diz elle, que não impõem obrigação propriamente tal, não dão direito algum, são considerações, que podem seguir-se, assim como desprezar-se.

Tudo isto, respondemos nós, se reduz a dizer, que não ha lei positiva, que tenha estabelecido a prescripção entre os Estados ou nações: que ella é conforme á equidade; mas que cada Soberano, a que se oppõe, é o juiz da applicação, que se lhe pretende fazer; e que só a força é que ultimamente póde decidir.

É certo. Mas segue-se disto por ventura, que a prescripção não é de Direito Natural? Que é o Direito Natural, senão essa equidade, que falla á consciencia de todos os homens? E poderá a equidade exigir ou mandar uma cousa, que ao mesmo tempo não seja exigida por Direito Natural?

Juris igitur civilis, non naturalis, etc. Discordamos

por tanto do pensar do nosso A., attribuindo ao Direito civil unicamente e não ao Natural, a presumpção de que aliena, ou abandona, o que soffre, que outrem adquira pela prescripção e opinando que por isso como d'aquelle, e não deste, se deve entender a maxima: *Fix est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* L. 28. D. de verb. significat.; ainda que reconheçamos que os regulamentos sobre o tempo **fixo**, necessario e preciso para que as cousas prescrevão, são proprios e tão sómente pertencem ás leis civis.

Diversidades de tempo nas prescripções, e seus outros requisitos entre os Romanos.

§. 2. *Hoc autem tempus pro rerum diversitate diversum erat.* É a prescripção, como vimos, o modo d'acquirir o dominio ou a propriedade das cousas por meio do uso, gozo ou posse, que se tem n'ellas durante o tempo declarado na lei; ou, como diz o Jurisconsulto Modestino na L. 3. D. de usurpat. et usucap.: — *Adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti.*

O tempo nas prescripções, como em todos os mais respeitos, compõe-se de momentos, horas, dias, mezes e annos; ainda que nas materias civis, ás da nossa competencia, o tempo seja marcado ordinariamente por annos, para se effectuar a prescripção, e os mais pequenos prazos tenham lugar no processo, ou marcha forense das acções e assumptos commerciaes, objectos, que não são proprios da parte da Jurisprudencia, que nos occupa.

A Solone Decemviri derivarunt, etc. Além dos lugares de Cicero, apontados aqui pelo A., vê-se do §. inic. de usucap. et longi temp. praescript. na Instituta de Justiniano, que o Direito Romano até ao tempo deste Imperador dispunha, prescrevessem os moveis possuidos por um anno, e os immoveis por dous, uma vez que o possuidor possuísse como senhor, como por exemplo, por titulo de compra, *pro emptore*, de doação, *pro donato*, de dote, *pro dote*, de pagamento, *pro soluto*, pelo d'occupação, *pro derelicto*, etc. E isto para que os domi-

nios se não demorassem incertos, *ne rerum dominia in incerto essent*, e se entender serem os mesmos tempos bastantes para os proprietarios ou senhores reivindicarem as suas cousas: *Putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora.*

Justinianus tempus illud produxit, etc. Este regulamento pareceo a Justiniano apressar n̄mamente a perda da propriedade, e ser mais prudente e justo alargal-o até tres annos de posse, para os moveis prescreverem, e a longo tempo, para os immoveis: isto é, dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes, e que esta providencia comprehendesse os immoveis das Provincias; quando a legislação até alli era restricta aos que tinham situação no solo Italico; e assim o determinou por sua disposição, que se acha na L. un. C. *de usucapion. transform.*, á qual allude o §. cit. da Instituta: *Nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, etc.*

Assim vemos que Justiniano sabiamente corrigio a legislação das doze Taboas, bebida nas leis de Solon, que para certeza dos dominios e direitos estabelecia um prazo, por muito curto, pouco proprio para servir de base á inducção do abandono das cousas, adoptando por isso um meio termo, como é conveniente; pois que sendo muito longo, ha o mal da incerteza e fluctuação dos dominios; e no extremo opposto, ou no da brevidade do tempo, ha o mal do risco e perigo da propriedade pela falta de fundamento á presumpção de que as cousas forão abandonadas pelos seus proprietarios, o que as faria injustas. Não é menos notavel por justa a disposição geral da providencia comprehensiva dos bens de todas as Provincias, anivelados aos de situação no solo Italico, tirada assim a differença, que até alli tinha havido entre cousas *mancipi*, e *non mancipi*,

Actiones reales cum ex jure in re nascantur, etc.

Ainda que nem a L. 1. C. *de praescript. long. temp.*, nem outra alguma lei declarasse, que nos mesmos prazos de tempo, com differença de moveis e immoveis, e de pessoas presentes e ausentes em quanto a estes, as acções reaes prescrevem; era isto uma consequencia, um resultado necessario da mudança, que acabamos de ver, feita por Justiniano na L. un. C. *de usucap. transform.*, e desnecessaria por isso a providencia de Severo e Antonino na Lei anteriormente citada. Por quanto são as acções reaes as que nascem do *jus in re*; e as relativas ao dominio, que é a especie do *jus in re* comprometida na prescripção, tem no mesmo dominio o fundamento: cessando este, que é a causa, cessão forçosamente as acções reaes, como effeito. Por tanto a reivindicação dos moveis prescreve pelos tres annos de posse, pois que o dominio prescreveo; do mesmo modo que a reivindicação de immoveis prescreve em dez annos entre presentes, e em vinte entre ausentes, pelo mesmo principio. Assim como tambem antes de Justiniano a reivindicação dos moveis, passado um anno, prescrevia; e as dos immoveis, passados dous; pois nestes tempos ou prazos os dominios acabavão pela posse: alias dar-se-hia o maior dos absurdos, pois existiria e não existiria ao mesmo tempo o dominio.

Personales rei persecutoriae longissimo tempore, etc.

As acções mixtas de reaes e pessoas, por isso que são produzidas em parte pelo *jus in re*, e em parte pela obrigação, que simultaneamente concorre na mesma pessoa, como as *familiae eriscundae*, *finium regundorum* e *communi dividundo*, pois que partem do *jus in re* na especie de dominio e da obrigação pelo quasi contracto, tomão a duração de pessoas por virtude d'uma das duas qualidades, que as revestem; e prescrevem, como as puramente pessoas, por trinta annos, ou por tempo longissimo, LL. 3. e 7. C. *de praescript. trig. vel quadr. ann.*

Eidem praescriptioni subjiciuntur res minorum. As cousas dos menores, e por isso tambem as acções reaes, que lhes pertencem em razão do favor devido á fraqueza da idade, não prescrevem por longo tempo, mas por

longissimo, ou pela prescripção de trinta annos. L. ult. C. in quib. caus. in integr. restitut. necess. non est.

Res furtivae. As cousas, que um furtou, mas por titulo oneroso ou lucrativo traspassou a outro, que as possui em boa fé, prescrevem contra o proprietario em favor do que assim as possui, pelo mesmo espaço de tempo, que as cousas dos menores, L. 8. C. de praescript. trig. vel quadrag. ann.

Et demum quae vel ob malam fidem, etc. O possuidor de má fé, mas que ignora o verdadeiro senhor da cousa, assim como o que possui sem titulo, adquire a propriedade pela mesma prescripção de trinta annos. Novell. 119. cap. 7. e 131. cap. 6.

Quadraginta annorum, etc. Vimos terem os Romanos prescripção de tres, de dez, de vinte e de trinta annos; mas tiverão elles ainda prescripções por virtude de posse d'um maior numero d'annos. Tal era a necessaria para adquirir cousas do Fisco, e na mesma razão o que pertencia ao patrimonio do Principe, que gravado com a multiplicidade dos negocios públicos, para proceder a inducção da sua renúncia, ou abandono em taes objectos, tinha em seu favor a necessidade de ser a posse mais que longissima, ou a de quarenta annos, para perder pela prescripção. L. 4. C. de praescript. trig. vel quadrag. ann.

Item res immobiles civitatum, etc. Tambem os bens immoveis das cidades, municipios e Igrejas sómente por quarenta annos prescrevião, Authent. Quas actiones C. de sacrosanct. Eccles.; sendo por favor especial necessaria a posse de cem annos para adquirir immoveis, em que a Igreja de Roma tinha dominio.

Tiverão ainda a prescripção por posse immemorial, sendo esta a que se dava, quando não havia memoria dos homens em contrario, ou de ter deixado de ser possuida pelo mesmo, que a tem, ou por seus antecessores.

Extraordinariae, etc. Enumeradas as prescripções ordinarias, que se podem classificar, o A. deixa de referir outras muitas, que com estas não tem relação de tempo, sendo por isso anormalas ou extraordinarias,

algumas das quaes resultavão da posse de mezes, dias e instantes.

Notámos por tanto o primeiro requisito, que as leis Romanas exigião na prescripção, e consiste na posse continuada por annos, cuja variante de numero examinámos em razão da qualidade dos bens ou cousas, e diversidade dos proprietarios. Agora conclue o Sr. Paschoal o §., expondo outros requisitos, que devião, segundo as mesmas leis, dar-se na posse, para formar prescripção, além do tempo.

1.º Na prescripção de longo tempo o possuidor deve estar em boa fé, ao menos ao principio, ou na tomada da posse; alias é possuidor vicioso, *praedo*; a má fé porém, que sobrevem com o tempo, não interrompe a prescripção. L. 48. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.*, L. un. C. *de usucap. transf.*

Justum titulum et continuam possessionem, etc. O titulo justo, ou capaz de transferir a propriedade, não é um requisito especial da prescripção por longo tempo, como parece inferir-se da redacção do A., mas é necessario igualmente na prescripção por breve tempo, pois sem elle não pôde dar-se animo de possuir como proprietario, ou a posse civil, que, como vimos, é condição essencial para a prescripção existir.

O mesmo dizemos ácerca da posse continuada por todo o tempo necessario para a prescripção; por quanto qualquer que esta seja, a posse interrompida, ou quebrada, não se ata, e só pôde ser de novo principiada, como é confôrme á natureza da prescripção, que deixamos definida: *Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*. L. 3. D. *de usurpat. et usucap.*

Longissimi, id est, triginta, vel quadraginta, vel centum annorum, etc. Não era assim na prescripção de longissimo tempo, ou na posse continuada por trinta, quarenta e mais annos; pois que um tempo tal produz a presumpção da boa fé, ainda que o titulo não exista, como por vezes se tem notado.

Examinados, como o A., os requisitos, que se devem dar na prescripção, para ella ser tal, ou ter effeito,

segundo as leis Romanas, veremos muito brevemente que as nossas se desviarão d'aquellas neste assumpto ; assim como o que teve influencia para nesta parte haver desharmonia entre as duas legislações.

Requisitos das prescripções pelo Direito Canonico.

§. 3. *Jus Canonicum haec omnia fere approbavit, etque recepit, nisi quod contra civilis juris rationem bonam fidem perpetuo requirit in omni praescriptione, etiam longissimi temporis, etc.* Supposto na exposição da doutrina do A., em quanto á boa fé, como requisito das prescripções, dissemos ser ella necessaria pelo menos no principio da posse de longo tempo, sem que a prescripção se frustrasse pela superveniente má fé; reservámos para este §. exame mais averiguado a tal respeito, para não dificultarmos o conhecimento da procedencia ou improcedencia da boa fé, pela união com os demais requisitos, que acabámos d'expôr.

A boa fé, em materia de prescripção, consiste na ignorancia do direito d'outrem n'aquillo, que se possui, como rectamente se conclue da L. 109. D. *de verbor. significat.* : *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere.* Ou como outros definem : *Justa opinio, qua quis rem alienam, tamquam suam, ignoranter possidet.* Ao contrario a má fé é a sciencia de que é d'outro o que se possui : *Conscientia rei alienae.*

Para irmos bem nesta materia, é mister que distinguamos entre prescripção extinctiva ou liberativa, e prescripção acquisitiva: por outros termos, é necessario examinar, se a boa fé se requer, tanto para adquirir a liberdade d'uma servidão, d'uma hypotheca, ou d'uma divida, como para adquirir pela posse um direito real sobre cousa movel ou immovel.

Para um se livrar da obrigação qualquer, em que se acha constituido para com outro, não precisa de boa fé: a negligencia do crédor em não demandar o devedor, durante o tempo determinado pela lei, basta para tirar á sua accção todo o effeito em quanto a este.

Na prescripção acquisitiva as LL. Romanas distinguem entre adquirir uma cousa movel pela posse triennial, e por dez ou vinte annos com objecto immovel, ou por longissimo tempo. No primeiro caso exigia-se a boa fé, mas sómente para começar a prescrever, pois que, segundo seus princípios, a má fé superveniente não interrompia, nem viciava a prescripção: *Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassi sententia, traditionis initium spectantium.* L. 10. D. de usurpat, et usucap. Concorda a L. 2. §. inic. in fin. D. pro emptore: *Igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.* Disposições commum aos moveis, como explica a L. un. C. de usucap. transform.: *Cum autem antiqui et in rebus mobilibus, vel semoventibus, quae fuerant alienatae, vel quocumque modo (bona fide tamen) detentae, etc.*

No segundo caso, ou na prescripção de longissimo tempo, não importa que o possuidor seja de boa ou de má fé, quer no principio, quer no decurso da posse; o que se conclue das LL. 3. e 4. C. de praescript. trig. vel quadrag. ann., combinadas com a L. 8. §. 1. eod., que, por serem extensas, aqui não transcrevemos.

O Direito Canonico não se conformou nesta materia com o Civil, por quanto exige a boa fé em todas as prescripções, e que ella nem um momento falte no possuidor por todo o tempo da posse, Cap. ult. X. de praescript.

Tem-se duvidado de que a sentença do Cap. cit. comprehenda a prescripção immemorial, por isso que a não refere expressamente; com tudo o motivo de se dar peccado na má fé, e os termos geraes, de que se serve: *Qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae,* comprehendem as especies todas de prescripção. Ao que accresce, que em outras Decretaes se acha manifestamente comprehendida a reprovação da má fé na posse immemorial: *Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores sinus in praediis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem:* Cap. 1. eod., concordante com

o Cap. 2. *de regul. jur.* in 6.º : *Possessor malae fidei ullo unquam tempore non praescribit.*

Devemos porém confessar, que em boa critica, o titulo e a boa fé são cousas correlativas. Parece então não ter lugar a exigencia desta na prescripção immemorial, em que o titulo não é exigido pelos Canones; ainda que é innegavel, que a Igreja procede coherente com o seu espirito e fim, a detestação do peccado.

Tambem é certo, que sendo a prova da má fé muito difficil, para ella se descobrir, principalmente sobre um termo longo, é necessario esquadriñar um abysmo, e procurar factos as mais das vezes equívocos, consultar assentos, que o tempo tem coberto com um véo, e explicar a idéa dos pensamentos mais reconditos do homem; o que dá occasião a discussões difficillimas, contrarias á tranquillidade das familias: inconvenientes, que os Imperadores de Constantinopola procurarão evitar, dispensando a boa fé na prescripção de tempo longissimo; inconvenientes, que tambem se calcularão no *Cod. Civ.* de França para no art. 2262 a prescripção dos trinta annos ser posta a salvo da excepção deduzida da má fé, determinando-se que o que se prevalece da de dez ou vinte annos, deve ter a boa fé, art. 2265.; mas basta que esta tenha existido no momento da acquisição, art. 2269.

Terminando este §., cujo objecto, como vimos, consiste em mostrar, que, segundo as leis da Igreja, a necessidade da boa fé se dá em todas e cada uma das especies de prescripção, e por todo o tempo da posse necessaria para ellas terem effeito, como é o pensar commum dos Interpretes, Covarruvias ao Cap. *Possessor*, part. 2. §. 8. n. 4.; resta ainda ponderar, que em quanto a esta materia ha cinco diversas opiniões, e são:

1.º Que os Canones não devem, em quanto a ella, ser seguidos, senão no Patrimonio de S. Pedro, ou nos Estados do Papa.

2.º Que as leis civis servem de regra para o fóro exterior, e que a auctoridade do Direito Canonico é restricta ao anterior das consciencias;

3.º Que as leis ecclesiasticas devem ser observadas

para as acções reaes prescreverem, conservando o Direito civil a sua força inteira para prescreverem os encargos e obrigações, ou para as acções pessoaes.

4.^a Que a observancia dos Canones tem lugar, ainda mesmo em quanto aos direitos pessoaes, sempre que o devedor se tem constituido em móra.

5.^a Finalmente, que não se deve distinguir entre direitos reaes e pessoaes, pois que se tracta da salvação das almas, a qual depende absolutamente da boa fé em todo o tempo necessario para a prescripção, em quanto os Imperadores, legislando civilmente, não pensarão nem no paraíso, nem no inferno, mas sómente no bem publico temporal, que exige as prescripções: idéa mais profunda certamente, do que á primeira vista se afigura.

Prescripções entre os povos antigos.

§. 4. *Apud Francos, Germanos, Wisigothos res immobiles praesertim, etc.* As conveniencias civis, o bem publico temporal, fizeram adoptar entre os Francos, Germanos, Wisigodos e outros povos antigos, como mostra Heineccio *Elem. Jur. Germ.* liv. 2. tit. 4., nas prescripções de trinta e mais annos, ou de longissimo tempo, a procedencia da posse continua e seguida sem intervallo ou interrupção, como meio d'acquirir propriedade sem consideração alguma para com o titulo e boa fé; procedimento identico aos dos Romanos, e diametralmente contrario aos Canones, que supposto na posse immemorial e por longissimo tempo se satisfação com a presunpção do titulo, não prescindem da necessidade da boa fé. Vejamos pois que partido as nossas leis abraçarão.

Do tempo das prescripções segundo o Direito Patrio.

§. 5. *Nostrae de praescriptionibus leges ex jure civili et canonico fuerunt decerptae, etc.* Depois d'examinado o systema do Direito Romano e Ecclesiastico ácerca das prescripções, desce o A. ás leis patrias correspondentes, e nos predispõe com o aviso em geral de que a nossa legislação sobre a materia sujeita bebeo nas leis civis e canonicas.

É certo que a Igreja no assumpto, em que estamos, se conformou, no que podia, sem risco da salvação de seus filhos, com as leis civis Romanas, procedimento igual ao que tem tido a todos os mais respeitos com directa influencia no temporal, por isso mesmo que foi fundada para fazer todo o bem, e nenhum mal, *in aedificationem, non in destructionem*. Purificou ella as leis Romanas sobre prescripções de toda a occasião para o peccado, o que foi por nossas leis adoptado, como veremos; de sorte, que em vez de se dizer, como o A. se explica, que ellas forão buscar providencias a um e outro Direito, é mais exacto dizer, que ellas civilizarão, ou derão sancção temporal ás leis da Igreja sobre prescripções. Fez-se o Direito Romano suspeito d'immoralidade, e mereceo neste objecto o Direito Canonico a inteira confiança para a nossa actual legislação, não podendo por isso vogar agora entre nós alguma das opiniões apontadas no fim do §. antecedente, fraccionarias da inteira e completa observancia dos Canones, ainda que as nossas antigas leis se conformassem com o Direito civil.

Jure igitur nostro res mobiles triennio, etc. Em quanto ao tempo de posse para se dar a prescripção, o Direito Canonico não emendou o Romano. Assim na prescripção acquisitiva das cousas moveis foi elle do mesmo modo computado em tres annos por nossos usos ou costumes, sem que tenhamos lei expressa a tal respeito. *Cod. Civ. de França art. 2279.*

Res immobiles, etc. As cousas immoveis tambem prescrevem entre nós por dez annos entre presentes e por vinte entre ausentes, assim como as acções, que as tem por objecto, ou as reaes, como se vê da Ord. liv. 4. tit. 3. §. 1., que fallando da accção hypothecaria, que compete ao crédor contra o possuidor da hypotheca para haver o pagamento, lh'a concede por dez annos, morando na mesma comarca, e por vinte, se em comarcas differentes, como era entre os Romanos com as cousas e acções da mesma qualidade, reputando-se presentes os da mesma Provincia, e ausentes os que vivião em differentes.

Actiones vero personales, etc. As acções pessoaes ou provenientes dos contractos e quasi contractos igualmente

se extinguem ou prescrevem por trinta annos , contados desde o dia da existencia da obrigação , cujo cumprimento exigem : o que se prova pela expressa disposição da Ord. liv. 4. tit. 79. , que fallando da obrigação pessoal proveniente do contracto ou quasi , dá este tempo para a acção , findo o qual a tira ao crédor por sua negligencia ; adoptando a Extravagante de 4 de Fevereiro de 1534, que da fol. 41. do livro verde , Duarte Nunes poz como primeira no tit. 1. p. 6. da sua Collecção. Lei pela qual D. João III. revogou a Ord. Manoel. liv. 4. tit. 80 , em que a obrigação pacticia prescrevia por cinco annos entre presentes e por dez entre ausentes , sendo taes os que não vivião na mesma cidade , lugar ou villa.

Prescripção de tempo longissimo.

§. 6. *Longissimi temporis praescriptionem leges etiam nostrae agnoscunt*, etc. Tambem as nossas leis adoptarão a prescripção de longissimo tempo , e é de trinta annos , de quarenta , e tambem immemorial.

Pela de trinta annos prescreve a acção hypothecaria contra o possuidor , que sem titulo possue a coisa obrigada , e pela de quarenta entre ausentes , se a coisa sempre esteve em poder do devedor , ou de seu herdeiro , ou d'um credor , a quem posteriormente foi obrigada , casos em que a acção hypothecaria se extingue por vinte annos entre presentes , Ord. liv. 4. tit. 3. no verso — *E se a coisa obrigada* , etc.

Et haec unica fortassis species est , etc. Adverte o A. , que talvez em nenhum outro caso além dos referidos , em quanto á acção hypothecaria , terá lugar entre nós a prescripção de trinta ou quarenta annos ; o que com tudo não é assim , por quanto as dividas , que se devem á Fazenda Nacional , depois de contrahidas , ou depois d'interrompida a prescripção , do mesmo modo prescrevem por quarenta annos. *Ordenaç. da Fazenda Cap. 210.*

Assim temos adoptadas entre nós as especies da prescripção , que no §. 2. deste Titulo vimos terem uso entre os Romanos em quanto ao tempo , que o Direito Canonico não alterou , excepto em quanto á boa fé , que sempre

sempre exige ; o que as nossas leis adoptarão, como veremos brevemente.

Praescriptionis centum annorum jus nostrum mentionem non facit. Adverte mais o A., que a prescrição de cem annos não é mencionada nas leis Patrias, do que igualmente nos persuadimos, salva a aquisição da força d'obrigar no costume observado por este prazo, concorrendo os outros mais requisitos, que em outra parte vimos a Lei de 18 d'Agosto de 1769 determina.

De todas as prescrições, que tem um termo certo, a mais longa é a de cem annos, ou a que tem qualidade numerica igual a dez dezenas. Per favor especial concedido ás pessoas, contra quem corre, é que ella foi composta d'uma posse por espaço tão longo d'annos.

Mas como por Direito Civil não foi tão sómente concedida a prescrição immemorial para prescreverem os bens da Santa Igreja Romana, como parece ter seguido o Sr. Paschoal no §. 2. *hoc tit. verbis.* : *Praescriptio centum annorum ad res Ecclesiae Romanae tantum pertinet*; pois que a L. 23. C. *de sacrosanct. eccles.* põe na mesma linha e razão as cousas dadas ou legadas para resgate dos captivos, disposição, que Cujacio (*de praescrip. et term. cap. 34. et observ. lib. 5.*) segue não ter sido revogada pelas leis posteriores de Justiniano, dando-a por isso em vigor; e como tambem Justiniano estendeo a cem annos a prescrição dos bens deixados por titulo d'herança ás cidades, é questão se este privilegio subsiste ainda a favor destas por Direito subsidiario.

Alguns escriptores seguem que sim, com o fundamento de que a disposição Justiniana não foi posteriormente revogada: outros porém, cuja opinião adoptamos com Dunod, a reputão revogada, por quanto, dizem elles, maiores razões havia para Justiniano conservar este favor ás Igrejas, do que ás cidades; mas elle retirou-o áquellas por suas Novellas 111. e 112.: logo por maior força de razão o retirou a estas igualmente. Tal privilegio tambem não gozão as cidades, nem as Igrejas pelo *Cod. Civ.* de França artt. 2227., 2262. e 2265.

Prescripção immemorial.

§. 7. *Contra vero præscriptionis immemorialis, etc.*
 Não guardão o mesmo silencio as nossas leis ácerca da prescripção immemorial, pois a mencionão e adoptão, como o Sr. Paschoal prova com alguns exemplos, *ut rem uno, vel alio exemplo declarem.*

Mas que differenças distinguem a prescripção immemorial da de cem annos? Alguns AA. confundem uma com a outra destas prescripções, outros as distinguem; e diz Dunod, cuja opinião nós seguimos: « A prescripção immemorial é aquella, a que nenhum homem vivo tem observado o principio, a qual o possuidor houve dos seus antepassados, sem que exista quem tenha ouvido o contrario ás pessoas da sua convivencia. »

A prescripção immemorial não tem pois um termo fixado pela lei. Desta sorte não é necessario que seja precisamente de cem annos; póde ser d'um maior ou menor espaço de tempo, segundo as circumstancias, uma vez que pela diuturnidade de tempo se lhe não descubra principio.

Depende por isso a posse immemorial de provas: mas quaes são ellas? Responde a L. 28. *D. de probation.* « Quando um arbitro, diz ella, é chamado a julgar sobre se uma obra existe desde tempo immemorial, será necessario que elle inquirá, se alguém se lembra do tempo, em que esta obra foi feita? Não. Seu unico cuidado deve ser unicamente verificar, que ninguem sabe, nem pelo ter visto, nem pelo ter ouvido a pessoa, que o tivesse visto ou ouvido, qual foi a época ou tempo do principio de tal obra. »

A Glosa ao Cap. 1. *de probationibus in 6.º* diz o mesmo essencialmente: « Para provar uma posse immemorial, as testemunhas devem depôr, que tem visto e ouvido dizer, que as cousas estiverão no estado, em que estão; que a opinião commum é e tem sempre sido tal, que não existe memoria em contrario, nem do principio da posse. E se a parte adversa quer destruir esta prova, é força que as testemunhas digão em que tempo tem visto actos contrarios, ou que ellas tem

sabido por seus maiores, que as cousas não forão assim n'outro tempo. »

Covarruvias (ao cit. Cap. *Possessor*, part. 2. §. 3. n.º 7.) é mais escrupuloso ainda, e nós com elle nos conformamos. Exige que as testemunhas sejam de idade de cincoenta e quatro annos, pelo menos, para que possam depôr sobre o que tem visto e ouvido nos quarenta e seis antecedentes; que ellas declarem ter ouvido a seus antepassados o que attestão, e que seus maiores não virão o contrario, nem ouvirão differente conceito ou juizo ácerca d'aquillo, sobre que são interrogadas.

Exposta a natureza da posse immemorial, bem determinada, para constituir prescripção com a mesma qualidade, cumpre ver os seus effeitos.

No corpo de Direito Romano ha sentenças em differentes textos, que concordão em resolver que a posse immemorial não só tem força de titulo, mas de lei. *Vetustas semper pro lege habetur*, são os termos das LL. 1. e 2. D. *de aqua et aquaes pluv. arcend.* A corrente d'agua, por onde o principio da posse excede a memoria dos homens, é considerada como fundada em titulo: *Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur*; assim se explica a L. 3. §. 4. D. *de aqua quotidiana*.

Mostra-nos o Corpo de Direito Canonico sentenças e decisões semelhantes: *Ubi jus commune est contrarium, vel habetur praesumptio contraria, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori tribuat causam praescribendi, nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cujus contrarii memoria non existat.* Cap. 1. *de praescript. in 6.º*

Praeterea, cum pedagia, quidagia, salinaria tibi Legatus interdixerit memoratus... duximus declarandum; illa esse, quae non apparent imperatorum, vel regum, vel Lateranensis concilii largitione concessa, vel ex antiqua consuetudine a tempore, cujus non extat memoria, introducta. Cap. 26. X. *de verbor. significat.*

Adquiritur libertas non solvendi id, quod in forali lege continetur, etc. Mostra o A. especies, como pro-

metteo, em que as nossas leis dão effeito á prescripção immemorial: é a da Ord. liv. 2. tit. 27. §. 1., a qual auctorisa que se não pague o que o foral manda pagar, quando ha posse immemorial de não pagar. É a razão o presumir-se que a falta de pagamento contra o foral por tempo tão dilatado não podia acontecer, senão por virtude de privilegio, contracto ou convenção, que extinguiu a obrigação imposta pelo foral.

Adquiri tamen non potest jus id exigendi, quod eadem lege expresse non invenitur concessum, etc. Ao contrario a posse immemorial de receber o que na letra do foral é prohibido, ou não é expressamente facultado exigir, não faz adquirir ao senhorio o direito de continuar a receber, ou não constitue o emphyteuta na obrigação de pagar. Por exemplo, é expresso no foral, que o emphyteuta nunca será obrigado a geiras, ou a fazer o azeite no lagar do senhorio; prevalece-se este da posse immemorial em contrario; esta posse, ainda que bem provada, não tem effeito affirmativo, cit. Ord. É a razão, que a liberdade deve ser favorecida, por isso que natural, e que os actos possessorios affirmativos nascêrão de violencia do senhorio, ou de simples condescendencia precaria do emphyteuta. Accresce, que o senhorio, que tem em si o instrumento ou titulo da investidura, recebendo o que por elle claramente não devia receber, é possuidor de má fé, vicio, que inhabilita, por nossas leis, a posse para constituir qualquer especie de prescripção, como passamos a ver. Mas antes, cumpre notar com o A. a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 51.

Esta Ord. manda aos Provedores, que suspendão os Administradores dos bens vinculados em Capella, que lhes não mostrarem a instituição, salvo se estes se offerecerem a provar dentro em trinta dias, que estão em posse, por si e seus antecessores, da administração por tanto tempo, que a memoria dos homens não é em contrario. Aqui vemos pois procedente a prescripção immemorial, com effeito de provar a instituição de Capellas, o que comprehende a instituição dos Morgados, que igualmente são vinculos, dando-se assim identidade de razão. Além do que a Lei de 3 d'Agosto de

1770. §. 4., admittindo para prova do Morgado, na falta d'instituições claras e expressas, as sentenças passadas em julgado, que declarem taes os bens, exceptúa da necessidade de prova, quando se mostra que elles tem tido esta qualidade ou natureza desde tempo immemorial.

Da boa fé necessaria nas prescripções,

§. 8. *In praescriptionibus longissimi temporis jure nostro titulus non requiritur,* etc. Tem-se dito, e muitas vezes repetido, que se não dá prescripção, sem que a posse persista por todo o tempo determinado na lei: e tambem se tem dito, que a posse, de que tractamos, não é um simples facto, mas um direito com um facto, o que faz ser a posse em materia de prescripções dependente de titulo, capaz de dar a propriedade ao possuidor. Este titulo porém pelas nossas leis, e pelas Canonicas e Romanas, não se requer para a prescripção acquisitiva de longissimo tempo, pelo principio de que o possuidor é senhor; pois se outrem tivesse direito sobre a cousa, não teria paciencia para aquelle possuir por trinta e quarenta annos; o que se prova pela Ord. liv. 4. tit. 3. §. 1. no verso — *E vindo a cousa:* pois que na especie d'um possuidor, differente do devedor, gozar a cousa hypothecada sem titulo, dá acção contra elle ao crédor, para haver o pagamento dentro de trinta annos cumpridos, e não tem acção depois d'elles, pois que aquelle se acha então proprietario pela prescripção de tempo longissimo, sem que a falta do titulo lhe obste para este fim. Logo está provada a these, que a posse por tempo longissimo suppre o titulo, ou dá a propriedade.

Visto que o nosso Direito, em harmonia com o Romano e Canonico, não requer titulo para que tenha effeito a prescripção de longissimo tempo, é força concluir, que por maior razão o não requer na immemorial, casos, que formão excepção á regra, que para a posse constituir prescripção, além de ter existencia por

todo o tempo fixado pela lei, deve ser fundada em justo titulo; e procede na de tres annos em quanto aos moveis, e na de longo tempo nos immoveis.

Requiritur tamen bona fides, et quidem perpetuo in omni et quacumque praescriptione, etc. Em quanto porém á boa fé, que se deve dar no possuidor em todo o tempo da posse para a prescripção ser tal ou ter effeito, não dispensão n'um só caso as nossas leis, que nesta parte absolutamente se conformarão com os Canones.

Ordinatione Alphons. lib. 4. tit. 49. §. 3. in praescriptionibus longi temporis bona fides, et justus titulus requiruntur initio tantum, etc. Com tudo o que dizemos em quanto á necessidade da boa fé por todo o tempo da posse, entende-se, como o A. nos adverte na nota ao §., nas palavras transcriptas e seguintes, com respeito ao ultimo estado da nossa jurisprudencia por quanto pela redacção, que se observa na Ord. Affonsina liv. 4. tit. 49. §. 3., se infere que na prescripção de longo tempo, *scilicet*, por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes, a boa fé era precisa sómente no principio da posse, argumento de que na de longissimo tempo a boa ou má fé do possuidor era indifferente, para a prescripção ter effeito. Nem admira que assim fosse, pois, como vimos, assim o dispunha o Direito Romano, que foi respeitado com prestigio, e dominou antigamente no nosso fôro.

Emmanuelis similiter Ord. lib. 4. tit. 33. et tit. 80. in realium, personaliumve actionum, etc. A Ord. Mangeliua nos titt. aqui referidos, parallellos ao cit. da Affonsina, manteve pelo seu silencio ácerca da boa fé na prescripção das acções reaes e pessoas a mesma legislação, ou o Direito Romano, igualmente adoptado, para a necessidade da boa fé no principio da posse tão sómente, pela legislação de Hespanha. L. 12. tit. 29. part. 3.

Quare jus nostrum in quaestione de bona fide magis Romanum, quam Canonicum sequutum videtur, etc. D. João III. foi o primeiro, que postergado o Direito Romano nesta parte, deu inteira observancia ao Canonico sobre a necessidade da boa fé pela Extravagante de 4 de Fevereiro de 1534, que nós atraz expozemos,

conservando-se desde então até nós a mesma necessidade.

Que a boa fé actualmente deve ser contínua com a posse em toda a prescripção, prova-se pela citada Ord. liv. 4. tit. 3. §. 1. ; pois que regulando o tempo, dentro do qual, em differentes hypotheses, parece o direito hypothecario do crédor pela prescripção de longo e longissimo tempo, do que resulta o estado livre da coisa hypothecada para o devedor ou possuidor, termina exigindo d'elles, para este effeito, a constante boa fé, *verbis*: — *salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever.* Isto pelo que respeita ás acções reaes: em quanto porém ás pessoaes, prova-se pela Ord. do mesmo liv. tit. 79. §. *inc. in fin.*, pois que tendo disposto, que o direito pessoal proveniente do contracto, ou quasi contracto, prescreve por trinta annos, extinguindo-se no fim d'elles a obrigação do devedor, faz depender da permanente boa fé deste o resultado, *verbis*, — *Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé; porque estes não poderão prescrever por tempo algum.*

Prova-se finalmente em quanto á prescripção acquisitiva por longissimo tempo a necessidade da boa fé pela Ord. liv. 2. tit. 53. §. 5. ; pois que, prohibindo aos Officiaes de Fazenda arrematar em hasta pública bens executados por dividas fiscaes, no caso d'infraccão, declara poderem-lhe taes fazendas ou bens ser tirados em todo o tempo, ainda que exceda a quarenta annos, dando como razão a má fé, para a posse diuturna lhes não poder aproveitar, *verbis*: — *Por quanto os havemos constituidos em má fé, para que não possam fazer seus os ditos fructos, nem prescrever as propriedades.*

Eaque necessaria hodie est tam in auctore, quam in ejus successore, etc. O que não principia a posse, mas a continúa como successor, ou por titulo universal, *pro herede*, ou por titulo singular, *pro successore*, ainda que estivesse em má fé, adquiria pela prescripção, pois lhe aproveitava a boa fé do auctor no principio da posse. *Diutina possessio, quae prodesse coepérat defuncto,*

et heredi et honorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et honorum possessori, licet ignorantibus, possessio non prodest. §. 12. Instit. de usucap.

Entre nós porém, como falha a idéa da necessidade da boa fé no principio sómente da posse, é evidente que não basta a boa fé do autor, mas que é necessaria a do successor, para que o tempo da prescripção se complete. O que não foi assim até á época já notada, em que o Direito Romano nesta parte se observou.

Nullus ergo tempore, malae fidei possessor potest praescribere, etc. Em resultado do exame, a que o A. nos levou sobre a nossa legislação, é força concluir, que entre nós sempre que se dá má fé, é a posse viciosa, e não póde operar prescripção, assim e do mesmo modo que os sagrados Canones dispõem. Mas cabe notar com o A., que não sómente é possuidor de má fé aquelle, que tem sciencia de que a coisa não é sua, mas tambem aquelle, que, supposto o ignore, tinha toda a razão de o não ignorar; como, por exemplo, acontece, se elle tem em seu poder titulo ou documento capaz de o convencer de que a coisa não é sua. Assim o que tem recebido do defuncto o titulo d'uma locação, se accredita, que o prédio constitue parte da herança, não o prescreve, pois que é a sua boa fé impresumível, por estar n'elle a facilidade do conhecimento do proprietario verdadeiro, Ord. liv. 2. tit. 27. §. 3. Nesta razão se comprehende o devedor, que não tem motivo algum de se persuadir que está paga a divida, que elle mesmo contrahio, ainda que o crédor lhe não tenha exigido o pagamento por trinta, ou maior numero d'annos, *Dig. Portug.* tom. 1. art. 1295. Os herdeiros porém podem prescrever essa divida, art. 1296.

A quem cabe a prova da boa fé e do titulo.

§. 9. *Bonam autem fidem, et justum titulum possessor probare debet,* etc. Como o fundamento, com que o possuidor repelle a reivindicação, se a coisa está prescripta, não é outro além da posse civil, e por isso seu

algun dos vicios , que examinámos no Tit. 2. deste Liv. do A. , cabe ao mesmo possuidor fazer a prova do titulo e boa fé na posse de longo tempo , pois que é elle quem respondendo ao petitorio do A. , affirma ter sido a sua posse sem vicio ; e é regra , que a prova incumbe a quem affirma , e muito mais neste caso , em que o titulo do proprietario lança toda a presumpção contra o possuidor.

In longissimi nec titulum , nec bonam fidem probare tenetur, etc. Na prescripção porém de tempo longissimo só lhe incumbe a prova do tempo , por que possui , mas não o titulo , nem a boa fé : pois tanto esta , como aquella se presume em razão da diuturnidade da posse , cuja força cabe ao A. destruir pelas provas da má fé , por que é elle quem affirma a existencia do vicio.

É porém nossa opinião , que a falta absoluta de titulo neste caso , ainda mesmo confessada pelo possuidor , não rescinde ou tira o effeito á prescripção , uma vez que o adversario lhe não prove a má fé. Pois que se a falta do titulo influisse , frustradas serião as leis , que adoptão esta prescripção , soccorrendo por si a propriedade presumida no possuidor , quando se dá a boa fé ; e nem a opinião contraria se poderá sustentar por lei patria , Canonica ou Romana.

Deve a posse ser continua.

§. 10. *Continua quoque possessio jure nostro ad praescriptionem requiritur*, etc. A posse , para constituir prescripção , além da duração , com boa fé , pelo tempo determinado na lei , deve tambem ser continua ou sem interrupção , isto é , deve o possuidor gozar sempre , não só porque sem posse se não dá prescripção : *Sine possessione usucapio contingere non potest*, L. 25. D. de usurpat. et usucap., Cap. 3. de reg. jur. in 6." ; mas porque sem uma posse continua não se adquire pela prescripção : *Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*, L. 3. D. de usucap. O que se entende em quanto á prescripção acquisitiva , que nenhuma outra cousa é , senão uma posse continua durante certo tempo , findo o qual , de tal sorte faz pre-

sumir a qualidade de proprietario no possuidor, que a prova do contrario nunca é admittida.

Dá-se porém esta continuação, ainda que se possua pelo ministerio d'outrem, por exemplo, se o possuidor arrenda o prédio; por que durante a locação não deixa elle de ser tido como possuidor, não só civil, mas natural, e corre entretanto a prescripção em seu favor, como se detivesse o prédio por si: pois que a posse essencialmente é a detenção ou o gozo d'uma cousa, ou de um direito, que nós temos e exercemos por nós ou por outrem: *ou par aucte qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. Cod. Civ. de França art. 2228.*

Por quanto, ainda que para principiar a posse seja necessario possuir civil e naturalmente ao mesmo tempo, quando se tracta de a conservar, e continuar até ao termo da prescripção, e ainda d'ahi por diante, basta a posse civil, ou, o que é o mesmo, a intenção de reter a posse, que se tem, sem que d'ella se faça um uso exterior e actual. *L. 3. D. de interdictis, §. 5. Instit. eod., LL. 4. e ult. C. ibidem, LL. 1., 3., 6. e 7. D. de acquirend. vel amittend. possess., L. 31. D. de usurpat. et usucap., L. 4. C. de acquir. et retin. possessione, L. 11. C. de praescript. longi temporis, etc.*

Assim, ainda que o possuidor deixe inculto um prédio, cujos fructos tem recebido, ou que deixe d'exercitar um direito, que já usou, não deixa de ser considerado possuidor para o effeito de prescrever; sendo necessario, para não gozar desta vantagem, que outro interrompa a sua posse. O que se não entende, dando-se um abandono das cousas, que as faça considerar como sem dono; e por isso é que os Interpretes communmente professão a opinião de que a posse civil deixa de continuar pelo não uso de dez annos, sem que se possa presumir mais longo tempo a permanencia da intenção, que fica occulta: o que faz que o que cessa por dez annos de gozar, não manifestando por actos de posse natural o seu designio de possuir, se lhe falta este tempo para prescrever, não prescreva. Covarruvias ao cit. Cap. Possessor, part. 2. §. 1. n.º 3., Balbo á L. Celsus, quaest. 1. n.º 7.

Quare si quis, nondum completa usucapione, vel na-

turaliter de possessione dejectus sit, vel civiliter per citationem, usucapio interrumpitur. Diz nestas expressões o A. o mesmo, que acabamos de dizer, ou que o possuidor é considerado continuar a sua posse, em quanto não é interrompido, mas que isto pôde acontecer natural ou civilmente.

Interrupção da prescripção é tudo aquillo, que obsta a que uma prescripção começada continue; e por isso faz que não opere a aquisição d'um direito real ou d'uma propriedade como effeito da posse, ou a extincção d'um direito real, ou d'uma obrigação pessoal por falta de exercicio daquelle, ou do pagamento desta durante o tempo determinado na lei.

Esta interrupção ou é natural ou civil, ou, para nos servirmos das expressões do A., que são as mesmas do *Cod. Civ. de França art. 2242*, a prescripção pôde ser interrompida natural ou civilmente: *La prescription peut être interrompue ou naturellement, ou civilement.*

A interrupção natural dá-se, quando consiste em facto, ou na realidade d'um acto, que faz verdadeiramente cessar a posse d'uma coisa no que antes a possuia, como quando outro n'ella passou a ter posse. Assim, por exemplo, o que foi expulsado d'um immovel, que possuia, tem cessado verdadeiramente de possuir, excepto se é restituído; porque a prescripção não se acquie senão por uma posse contínua e pacífica por todo o tempo regulado pela lei. Com tudo, se este que foi perturbado na posse de coisa immovel, é depois restituído, sua posse não se considera interrompida; é como se nenhuma perturbação lhe acontecêra.

Faz-se porém necessario, para isto, ter a restitução existencia exactamente dentro do anno, em que a perturbação aconteceo, caso, em que se conta para a prescripção o tempo do esbulho, como se o possuidor em todo elle tivera possuido, *L. 17. pr. D. de acquirend. vel amitt. possess.*, Domat liv. 3. tit. 7. sect. 5. art. 18., Dunod *Traité des prescriptions* part. 1. Cap. 9., *Cod. Civ. de França art. 2243*, o que procede, quer a perturbação fosse feita por terceiro. quer pelo antigo proprietario.

Tambem se dá interrupção natural, quando o dono

do prédio serviente obstou ao exercicio da servidão. O que é tanto assim, que se a servidão tivesse até mesmo sido adquirida por um titulo legal e efficaz, ella se perderia pela cessação do exercicio, ainda que esta tivesse causa primitiva n'um acto de violencia: *Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam*, L. 4. §. 27. D. de usurpat. et usucap.

Mas é mister ponderar a força das expressões, *per longum tempus non utendo amittam viam*, para se dar a interrupção natural da prescrição, e por isso o effeito de perder, ou não obter por ella a servidão. E vem a ser a necessidade do não exercicio da servidão; pois que se não obstante a opposição e violencia do senhor do prédio serviente, e que o é do dominante, continúa no exercicio daquella, não se dá interrupção; e por isso, se não tiver outro titulo a acquire pela prescrição convertendo-se assim as transcriptas expressões nas seguintes: *Si prohibitus in servitute perseveraverit, tanto fortius erit jus praescribentis*.

Procede ainda a interrupção natural da prescrição quando a posse tem objecto no campo inundado pelo rio, que lhe cobre toda a superficie, e o rouba assim a todo o uso: *Labeo et Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit*: L. 3. §. 17. D. de acquir. et amitt. possess., concordante com a L. 30. §. 3. *ead.*: *Quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus*. O que se entende da inundação, que dura tempo consideravel, e não da de poucos dias, Gothofredo á primeira L. cit.: *Diu scilicet, non ad paucos dies*; e igualmente segue Dunod, pois diz, que para a inundação operar a interrupção natural da prescrição, é necessario que dure um anno: *Il faut qu'elle empêche de jouir pendant un temps considerable, que les docteurs ont fixé à une année*.

A interrupção civil não tira a causa da detenção natural, mas sim toca no animo do possuidor, que por ella fica com a posse fysica sómente, ou com a simples detenção. Faz-se por algum acto judicial, que lhe dá a conhecer a obrigação, ou não ser sua a cousa, que possui,

abalando-o na boa fé, em que estava; effeito, que não depende de que a lide se conteste, pois é bastante para elle a citação acompanhada do memorial ou requerimento, em que circumstanciadamente se expõem os fundamentos do direito do auctor em quanto á cousa possuida, ou em quanto á obrigação do devedor, Barb. á L. 3. C. *de praescr.*; termos, em que se deve entender a Ord. liv. 4. tit. 79. §. 1.

Sendo pois a natureza da interrupção civil o perdimto do animo da justa posse, ou da ignorancia da obrigação, em presença do acto judicial, que desperte na mente do possuidor o conhecimento do direito de outro; e bastando pela cit. Ord., assim como pelo *Cod. Civ. de França* art. 2244., a citação do possuidor com objecto na cousa, que possue, ou do devedor: não duvidamos de que a citação para a conciliação ante o Juiz de Paz produz a mesma interrupção, como declara o *cit. Cod. civ.* art. 2244.; uma vez á que causa seja intentada no Juizo ordinario com pouco intervallo de tempo depois d'aquella não ter effeito, tempo que o *cit. art.* exprime pelos termos: *Dans les delais de droit*; e é o espaço d'um mez, como declara o *Cod. do processo Civil* art. 57.: *pourvu que la demande, soit formée dans le mois, à dater du jour de la non-comparation ou de la non-conciliation.*

Mas resta advertir, que supposto pelo *cit. Cod. civ. de França* art. 2246, em harmonia com o antigo estilo: *Citatio libellata interruptit praescriptionem, etiam coram iudice incompetente facta*, se decide, que a citação perante juiz incompetente interrompe a prescrição; isto nos parece não poder ter lugar entre nós; pois que sendo nulla tal citação, e por isso sem effeito algum, não póde ter o que consiste na interrupção. Acresce, que ella não póde, em nossa opinião, excitar na mente do possuidor idéa d'obrigação ou de vicio na sua posse, mas sim a d'um incommodo, que um outro lhe quer dar, sem que produza outro effeito. É com tudo evidente, que interrompida a prescrição pela demanda, a sentença, que a final a resolve por injusta, opéra que todo o tempo desde a citação até á sua

publicação se compute a favor do possuidor, como seria, se nunca a interrupção existisse; ou, como se explica o mesmo *Cod. art. 2247. in fin.*: *L'interruption est regardée comme non avenue.*

Todavia nem sempre a citação ou o acto judicial, que civilmente interrompe a prescrição, é necessário para que isto aconteça: por quanto se o devedor reconhece sua obrigação ou divida por qualquer acto; se paga uma parte do capital ou os juros, sem que proteste contra a outra; se dá caução ou segurança ao crédor; se lhe concede o usufructo sobre o prédio, em que estabeleceu hypotheca; se lhe pede espera do pagamento, ou encarregou outro de fazer este como seu procurador; n'uma palavra, todas as vezes que se faz alguma cousa entre o crédor e o devedor, bem como entre o possuidor e o proprietario, que importe confissão expressa ou tacita da divida, do direito, ou da propriedade, dá-se uma interrupção civil convencional, que impede o curso da prescrição, donde vem ser regra: *Quoties actus tacitam aut expressam vel praesumptam juris alieni vel debiti confessionem implicat, toties fit interruptio civilis*; doutrina expressamente confirmada no *Cod. Civ. de França art. 2248.* « *La prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.* »

Demais se a citação procede contra um dos devedores solidarios, ou se este faz o reconhecimento da divida solidaria por algum dos actos referidos, dá-se interrupção contra os mais devedores, e até mesmo contra seus herdeiros; doutrina, que tambem adopta o *Cod. Civ. de França art. 2249.*, concordante com o 1206.; mas entendemos que isto procede, dando-se citação, acto judicial, ou reconhecimento com referencia a toda a divida, pois que limitando-se á parte, que lhe cabe, o devedor da especie, a citação ou o reconhecimento não se estende além da individualidade, e não pôde por isso influir interrupção nos outros devedores. O *Cod. Civ. de França* nos artt., que acabamos d'apontar, adoptou a legislação Romana, estabelecida por varias leis, e muito clara e terminantemente na *L. ult. C. de duobus reis.*

Afóra a solidariedade da divida , ou da obrigação , a interrupção civil da prescripção não se estende d'um a outro individuo ; os seus effeitos limitão-se ao que a tem operado , e ao interrompido ; o que não acontece quando a interrupção é natural. *Naturaliter interruptitur possessio , cum quis de possessione vi dejicitur , vel alicui res eripitur ; quo casu non adversus eum tantum , qui eripit , interruptitur possessio , sed adversus omnes.* L. 5. D. de *usurpat. et usucap.*

E qual é a razão desta differença entre a interrupção natural e a civil? A razão , responde Dunod , é que na interrupção natural o defeito ou falta da posse está na mesma ou na propria pessoa , que prescreveria e não possue. É uma interrupção de facto , que existe natural e realmente ; quando a interrupção civil acontece por ficção : ella não embaraça a continuação da posse ou gozo , sobre que a prescripção tem fundamento ; não é um acto natural , é puramente civil ; e estes actos não aproveitão , nem tem effeito fóra das pessoas , que os praticão. O que até mesmo , dizemos nós , não padece excepção no caso da citação do devedor solidario obrigado pelo total ; pois que , em quanto á divida , os devedores solidarios são para o crédor como uma unica pessoa : o que faz que a citação feita a um em tal relação , se entenda feita a todos , e por isso interrompa para todos a prescripção.

Tambem é regra , que a prescripção se não estende a mais do que se possue , pois que é a posse o fundamento d'aquella , que por isso lhe determina o objecto. Fagnano ao Cap. *Cum olim X. de caus. possess. et propriet.* Por consequencia não se estende além do titulo e gozo. Assim se um e outro se limitão ao dominio util , o directo não prescreve ; nem tambem se extinguem as servidões impostas no prédio , prescripto por longissimo tempo sem titulo , quando o a quem ellas são devidas tem conservado a sua posse.

No que possue por titulo universal , os actos de gozo n'umas especies conservão a posse n'outras , em quanto um terceiro os não acquire pela prescripção , etc.

Et haec usucapionis interruptio, etc. Nesta ultima linha do §. nos adverte o A., que em linguagem juridica Romana a interrupção da prescripção foi chamada *usurpação*: *Usurpatio est usucapionis interruptio*, diz a L. 2. D. de et usurp. usucap.

Usurpatio formado de *usurpare*, e este de *usuca-pere*, designou no uso dos Oradores, como confessa a L. cit., o acto d'usar, ou o exercicio do uso; mas as LL. adoptarão para esta idèa a *usucapião*, aproveitando o termo *usurpação* para os actos oppostos, que obstão ou interrompem a posse, etc.

Que cousas podem prescrever.

§. II. *Usucapioni subjiciuntur res omnes, quae in dominio esse possunt*, etc. Tractando o A. neste §. das cousas, que podem prescrever, isto é, que podem adquirir-se em virtude da prescripção; estabelece antes de tudo a regra mais geral affirmativa, que tem lugar nesta materia, para ao depois vermos as cousas, que ella não comprehende, e por isso não prescrevem.

É a regra, que podem prescrever todas as cousas, que por sua qualidade ou natureza, e por virtude das leis são objecto de propriedade. Não carece de demonstração esta regra; pois que a prescripção é um modo d'acquirir as cousas, e por isso as presuppõe com qualidade prescriptivel, ou capazes de serem adquiridas.

Itaque res hominum commercio naturae exemptae, vel quae lege, etc. A regra affirmativa; primeiramente posta, converte-se na segunda negativa que aqui estabelece, e servê-lhe de razão. É ella, — que não podem prescrever todas as cousas, que por sua natureza ou disposição da lei não podem ser entre nós objecto de commercio, ou entrar em nosso patrimonio. É a razão porque todas estas não podem ser adquiridas, pois lhe falta a qualidade de prescriptiveis, que a primeira regra lhe requer para objecto da prescripção.

Exempla habentur, etc. Na razão directada 2.^a, e na inversa da 1.^a regra são imprescriptiveis as cousas sagradas

gradas e sanctas na accepção dos Christãos, e outras, que vimos pelo seu destino e habilitação separadas ou fóra do commercio, e já o forão entre os Romanos: *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum; item liberis hominibus.* L. 9. D. de usurpat. et usucap.

Os bens públicos ou nacionaes ligados aos usos públicos, que não podem deixar de pertencer-lhes sem mudar de natureza, como os tributos, as estradas, os rios navegaveis e caudaes, as praças, portos, fortificações, etc., nunca podem prescrever por virtude da sua mesma qualidade. Os officios públicos de Justiça e Fazenda estão fóra do commercio, e fóra da prescripção de todo o tempo, Ord. liv. 2. tit. 46. *in fin.* O mesmo é dos bens executados por dividas fiscaes, quando arrematados pelos empregados de Fazenda, como já vimos dispõe a Ord. do mesmo liv. tit. 53. §. 5. Igualmente não prescrevem as balcões ou passadiços formados sobre ruas, communicando casas oppostas ou fronteiras, Ord. liv. 1. tit. 68. §. 32.; os atravessadoiros dos prédios rusticos, que não estão nas excepções da Lei de 9 de Julho de 1773; e outros mais objectos.

Notandum tamen, etc. Fecha o A. este §. observando, que, segundo nossas Ordd., cousas, que não podião prescrever em tempo algum, podião ser doadas pelos Reis, como forão as dizimas novas dos pescados, e os veeiros e minas, Ord. liv. 2. tit. 28. *in princ.*, concordante com o tit. 34. §. 10. O mesmo foi na jurisdicção e direitos exercidos com excesso das disposições dos Foraes, o mesmo liv. tit. 45. §. ult., do que resulta ser menos proficuo e forte o meio da prescripção, ainda que immemorial, do que o do titulo da doação, á qual, segundo a redacção o A., nos parece referir-se, chamando-lhe titulo natural e juntamente civil, *naturali simul et civili titulo*, qualidades que em nossa opinião sustentada no §. 1. desteTitulo, revestem igualmente a prescripção.

Pessoas, contra quem não corre a prescripção.

§. 12. *Contra pupillum nulla currit praescriptio*, etc. Tem-se visto que em geral a prescripção aproveita ao que possui como proprietario, quando se tracta d'aquirir; assim como aquelle, que sendo devedor não é instado para a satisfação pelo crédor durante o tempo determinado na lei. Mas ha pessoas, contra as quaes não corre a prescripção, ou cujos direitos e cousas não prescrevem, e dellas tracta o A. neste §.

Diz primeiramente, que em quanto ao pupillo, isto é, contra o varão antes dos quatorze annos, e a femêa, que não tem doze, não corre especie alguma de prescripção, *nulla praescriptio*; o que importa dizer, que a prescripção fica suspensa pela pupillaridade, ou, como outros dizem, dorme durante ella. Mas deixa o A. sem prova esta these. A L. *Sicut 3. C. de praescript. trig. vel quadrag. ann.*, tractando das acções pessoaes e reais, as sujeita á prescripção de trinta annos, do modo o mais absoluto e geral: *Sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione, vel persecutione pulsetur: nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda*; prescripção, contra cujo poder sómente cabe em juizo a desistencia por convenção entre as partes, e nenhum outro privilegio, menos a pupillaridade: *Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni.* E se a fraqueza da idade pupillar é deste modo soccorrida contra a prescripção longissima, a de trinta annos, por força maior de razão fica salva da de tres em quanto aos moveis, e da dez e vinte annos nos immoveis. Esta critica foi acceita no *Cod. de Napoleão art. 2252.*, dispondo geralmente, sem distinguir especies de prescripções, ainda que estendendo a disposição a todos os menores de vinte e um annos, sem differença dos pupillos: *« La prescription ne court pas contre les mineurs. »* Desta sorte a prescripção nas suas differentes especies, principiada contra a mãe não corre contra seu filho ou donatario, em quanto está na idade pupillar.

Minoribus tamen nocet praescriptio longissimi temporis, etc. A prescripção de longissimo tempo, porém, ou a de trinta annos corre contra o menor; pois, como vimos, a L. cit. 3. C. *de praescript. trigint. vel quadrag. annor.*, exceptúa d'ella unicamente o pupillo: logo comprehende o menor para por este modo perder, o que já em outro lugar vimos recebido pela Ord. liv. 4. tit. 79. §. 2., pois lhe concede contra a prescripção a restituição na maioridade e quadriennio depois d'ella, ou até aos vinte e nove annos, concordante com a do liv. 3. tit. 41. §. 6.

E suspenderá a prescripção a interdicção por demencia ou prodigalidade? Esta materia é controversa. Pensão uns que a prescripção deve considerar-se suspensa em favor do furioso, insensato, imbecil e prodigo, julgado tal por sentença; pois se achão, como o pupillo, na dependencia do curador, e na incapacidade de tractarem seus negocios. Balbo em seu Tractado das prescripções adopta esta opinião: *Vigesimus quartus casus*, diz elle, *in quo praescriptio non currit, est in furioso et prodigo, quia sicut contra pupillum non currit praescriptio longissimi temporis nondum inchoata, et, si sit inchoata, dormit tempore pupillaris aetatis quoad praescriptionem 30 annorum, sic etiam non currit, sed dormit contra furiosum et prodigum*. Catellan liv. 7. cap. 13. refere muitos casos julgados nos tribunaes de Paris, e outras partes da França, em harmonia com esta opinião.

Outros seguem a contraria com nervosos fundamentos. Dizem, que a L. 3. C. *de praescript. trig. vel quadrag. annor.* não exceptúa senão os pupillos desta prescripção. Que o furioso é comparado ao ausente na L. 124. §. 1. D. *de regul. jur.*: *Furiosus*, diz ella, *absentis loco est*; e é certo que a ausencia não suspende tal prescripção. Accrescentão, que ninguem se deve illudir nesta materia com a identidade de razão, pois se dá toda a differença entre pupillaridade e demencia. O tempo d'aquella é fixo, as mais das vezes mui curto, e o prejuizo, que o público soffre na suspensão, que ella causa no curso da prescripção, não merece ser considerado. Pelo contrario o tempo da demencia não tem

termo, e muitas vezes é longo. Não seria possível sem grandes inconvenientes fazer parar a prescrição de trinta annos em favor dos insensatos e prodigos. Allegão finalmente **decisões judiciais** neste sentido.

Notámos que **Lobão**, que tantas paginas escreveo, annotando este **Titulo do A.**, e censurando-o por deficiente neste §., **nada diz ácerca desta questão**, que parece não podia esquecer-lhe. O mesmo silencio notámos (mas sem espirito de censurar) nos nossos ultimos escriptores; assim **aventuramos uma opinião toda nossa**, preferindo uma das duas **expostas**.

Seguimos, que entre nós a prescrição de trinta annos não principia contra o prodigo e furioso, e que, se se acha começada, **adormece durante o impedimento**; e isto não porque o *Cod. Civ. de França* cit. art. 2252. adopta esta decisão, pois não deixa correr a prescrição contra taes pessoas: *Ne court contre les mineurs et les interdits*, mas porque a nossa *Ord. liv. 3. tit. 41. §. 6.*, depois de dar ao menor a restituição até aos vinte e nove annos, tempo, em que expira o direito de pedil-a, declara, que isto não procede, se no tempo, que tinha para pedil-a, a não pedio *por tal ou tão legitimo impedimento, que a não podesse pedir*. Este impedimento não se pôde conceber, pois que, como já vimos, a ausencia não aproveita, senão o da demencia, o do iuror, o da prodigalidade, impedimentos, que vimos assim attendidos para a prescrição não correr contra o impedido. Acresce em quanto aos inconvenientes, que allegão os da opinião contraria, que os furiosos e prodigos são muito poucos em numero, e que por isso o prejuizo, que o publico experimenta, não correndo contra elles a prescrição, não merece ser considerado.

Prevenindo argumento contra a opinião, que seguimos, não se podendo conceber outros impedimentos no menor para a *Ord. cit.* lhe espaçar o termo de pedir a restituição, não podemos conceder que taes impedimentos sejam attendidos pela lei até a idade de vinte e nove annos, e não sejam attendidos no que tem idade mais avançada; pois que o impedimento é sempre o mesmo, e a elle, e não á idade, é que o legislador attendeo.

Outra questão: O poder paterna! obsta a que corra a prescripção contra o filho-familias? Deve-se distinguir: ou o objecto, de cuja prescripção se tracta, pertence ou faz parte do peculio castrense e quasi, ou dos bens adventicios.

Na primeira hypothese a prescripção corre sua marcha ordinaria, pois que em tudo o que respeita ao peculio castrense ou quasi, é o filho-familias independente e absolutamente livre do poder patrio.

Na segunda é preciso considerar, se o pai tem nesse objecto administração e usufructo, ou não. Na primeira destas hypotheses a prescripção dorme, pois que o pai é o senhor, tem em si as acções activas e passivas de seu filho, e não seria justo punir este com fundamento na negligencia, por não ter obrado no tempo, em que as leis lh'o prohibem.

É o que se conclue da L. 1. §. 2. C. *de annali except.*, *verbis: Filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt, id est, postquam manu paterna, vel ejus, in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod etsi maluerint, minime adimplere lege obviantem valebant?* Concorda a L. 4. *in fin.* C. *de bonis, quae liber.*

Mas estas leis restringem-se em suas disposições á prescripção temporaria: deveremos então seguir, que a de trinta annos véla e corre contra o filho-familias? Não. Por quanto a L. 1. *in fin.* C. *de bonis maternis et materni generis* resolve, que nenhuma prescripção corre contra elles: *Quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandocumque rem suam vindicantibus*; generalidade esta de expressão, que comprehende, e não deixa ficar de fóra a prescripção trintenaria.

Accresce que Justiniano depois de ter resolvido na Novella 22., que as dadas nupciaes e os brindes esponsalicios ficão salvos para os filhos do leito, que lhes deu causa, prohibe no Cap. 24. a alienação de taes bens, e decide, que sendo alienados, os filhos e seus herdeiros os poderão repetir, sem que se lhes possa oppôr prescripção, menos a de trinta annos, a qual po-

rém não corre contra elles, em quanto sujeitos ao poder patrio, mas sim desde o dia, em que ficão *sui juris*? *Incipiente filius tempore currere ex quo suae potestatis apparuerint existentes, aut facti, nisi tamen aliqua impubes aetas adjuvet adhuc.*

Ainda que esta lei falle sómente dos lucros nupciaes, por identidade de razão abrange, segundo a commum opinião, os outros bens adventicios; do que a Glosa nos dá testemunho, e Pinello explicando a *Authentica Nisi tricennale n.º 1.*

Dunod segue a mesma opinião. « Ou seja porque os pais, diz elle, não podem sem justa causa alienar os bens adventicios dos filhos, ou para obviar as fraudes, que podião praticar administrando-os, a prescripção de dez ou vinte annos não pôde ser-lhes opposta, e a de trinta annos mesmo não corre contra elles, em quanto estão sob o poder dos ascendentes, por isso que não têm o exercicio das acções necessarias para a conservação e reivindicação de seus bens. »

É força porém confessar que ha AA., que limitão esta doutrina ao caso da alienação feita pelo pai, e quando a acção, que o filho intentasse, reflectiria contra aquelle, opinião, que é seguida por nossos ultimos e muito sabios escriptores.

Afóra estes casos, dizem aquelles, o filho e familia tem no pai um defensor legitimo e natural; por isso nada se oppõe a que a prescripção corra contra elle. O que é tanto menos duvidoso, quanto é certo, que a *L. ult. C. de bonis, quae liberis* faz auctorizar o filho pela Justiça, para obrar por si mesmo, se o seu interesse a isso o chama, e o pai se lhe oppõe. Sustentão-se mais na *L. 5o. D. ad senatusconsultum Trebellianum*, pela qual não só o filho pôde fazer-se restituir antes do tempo o fideicommisso, cujos bens o pai dissipa, mas tambem reivindical-os, ainda em vida do pai, pelos bens por este adquiridos. E ainda acrescentão, que as leis do Código Justiniano, que suspendem a prescripção contra o filho, formão Direito novo, que se deve restringir á sua especie particular, isto é, ao caso da alienação feita pelo pai.

Dunod porém, part. 3. cap. 2., responde a isto, que a opinião contraria é mais commum, e que é mais bem fundada. Diz que as razões allegadas provão mais do que é preciso, pois resulta d'ellas, que podendo o filho obrar absolutamente para interromper a prescripção de seus bens vendidos pelo pai, deve a prescripção correr e progredir no caso, em que elle não obrasse.

Mas a lei suspende a prescripção em favor do filho; nunca quer que ella corra: logo taes razões não podem dar-nos fundamento. E qual será a razão desta suspensão da prescripção? Será porque a acção intentada pelo filho pôde influir contra o pai? A lei não distingue casos; ella dispõe em geral, suspende sempre e absolutamente a prescripção; e d'um modo clarissimo o legislador dá a razão no §. 2. da L. 1. C. de annali except., a qual abrange todas as especies imaginaveis e possiveis; e é, que não se pôde imputar e punir no filho-familias uma negligencia, quando a lei lhe prohibe a diligencia.

Esta prohibição dá-se todas as vezes que se tracta de bens; em que o pai tem usufructo, não quer a lei a diligencia do filho; tudo põe a cargo do ministerio do pai. Aquelle não tem os titulos na sua mão, ignora quasi sempre os seus direitos, não escolhe o seu defensor, a lei é que lh'o assigna, e de concerto com a natureza quer que tranquillamente descanse sobre sua affeição e prudencia; retido pelo respeito, que lhe deve, e pelo susto reverencial, que é consequencia d'aquelle, como ousará censurar sua administração, excital-o a proceder, forçal-o a que lhe dê auctoridade? Cujacio sobre a L. ult. C. de pignoratit. action. é o mesmo que reconhece, que para o filho-familias ser considerado sem acção, e prohibido d'obrar, basta que elle o possa fazer, mas com difficuldade; a auctoridade paterna o liga, e sua vontade é presa pelo pudor: *Satis est, ut filius dicatur agere non posse, quod non possit regulariter et sine difficultate. Premitur enim auctoritate patris, cultu vercundiae; propriam voluntatem depromere non audet; et respectus pudoris facit, ut aliquid dicatur fieri non posse,*

Por tanto qualquer especie de prescripção, ou resulte de facto ou negligencia do pai, ou do filho, ou tenha por objecto propriedade, direito ou acção, dorme contra o filho, em quanto se acha sujeito ao poder patrio.

Procede da mesma sorte a suspensão para prescrever, por consideração e favor, que as leis prestão á harmonia entre os conjuges, a respeito das acções, que um d'elles póde intentar contra o outro durante a constancia do matrimonio; e mesmo contra terceiros, no caso, em que intentadas pela mulher, resultaria responsabilidade ao marido: L. 3o. verso — *Omnis autem temporalis exceptio, C. de jur. dot., L. 7. §. 4. verso — Unde evenit, ut in matrimoniis, C. de praescript. trig. annor., Cod. de Napoleão artt. 2255. e 2256., com a limitação do art. 2254., segundo o qual a prescripção corre em França contra a mulher, ainda mesmo não separada do marido, a respeito dos bens communs, em que este tem administração.*

Vem a proposito aqui observar, que as LL. Romanas guardão silencio sobre a suspensão da prescripção pelos flagellos da peste e guerra; mas nem por isso pensamos não proceder aquella por estas causas, quando ellas fazem cessar o estrepito forense, ou interrompem o curso da Justiça; pois achamos bem applicavel a este caso a regra: — *Contra non valentem agere non currit praescriptio*; regra que ainda que não escripta textualmente nas leis civis, é fundada na natureza das cousas, e por isso não necessita da expressa sancção legislativa.

Accresce porém que o Direito Romano a presuppõe em muitas das suas disposições, e sem dúvida na L. ult. §. 11. *D. de jure deliber.*, L. ult. §. 3. *C. Communia de legatis*, L. 3o. *C. de jur. dotium*; e o *Cod. Civ.* de França a presuppõe igualmente no art. 2257., pois que é ella o fundamento para a prescripção não correr contra o direito, que depende de termo ou condição.

Esta sentença é fundada do mesmo modo na natureza das cousas; pois que antes da condição ou termo, de que o direito depende, este não existe; e não se póde conceber prescripção alguma contra aquelle, que

não tem direito, caso, em que também não ha obrigação, ou objecto, que prescreva. É isto muito expresso na L. 7. C. *de praescript. trigint. vel quadrag. annorum*: eis aqui seus termos: «É mais que manifesto, *illud autem plus quam manifestum est*, que, em todos os contractos, em que se achão estipulações condicionaes, *in quibus sub aliqua conditione . . . stipulationes . . . ponuntur*, tão sómente depois do acontecimento da condição é que a prescripção entra a correr, *post conditionis eventum . . . praescriptiones triginta vel quadraginta annorum . . . initium accipiunt*. Nada ha mais expresso e terminante: a prescripção dorme, em quanto se não verifica a condição; a Lei observa mesmo que esta é uma verdade de que ninguem pôde duvidar, *plusquam manifestum est*.

Tambem as leis reconhecem e confirmão o outro principio geral, que a prescripção não pôde operar contra alguem, senão desde o dia, em que pôde accionar: *Apertissima definitione sancimus . . . nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt . . . Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod . . . minime edimplere . . . valebant?* L. 1. §. 2. C. *de annali except. Ex quo ab initio competit et semel nata est*, a mesma lei §. 1. É d'aquí que tem vindo a maxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, que resolve tanto a suspensão da prescripção pela guerra e peste, como pela falta da condição e não chegada do termo.

Illud vero speciale est, etc. Supprida alguma deficiencia de doutrina, que se dá neste §. do A., voltamos ao exame do mesmo nas palavras transcriptas e seguintes: Tinha observado o Sr. Paschoal, que a prescripção de longissimo tempo corre contra os menores, cabendo-lhes porém até á maioridade, e pelo quadriennio depois d'esta a restitução *in integrum* contra aquella. Mas como não corre contra os mesmos a prescripção de longo e menos tempo, observa que isto faz estabelecer em quanto a elles uma excepção na prescripção das soldadas por tres annos, pois prescrevem para os criados por este tempo, depois que deixão os amos residentes no mesmo

lugar; quando para os menores só prescrevem sim pelos tres annos, mas principião elles a correr desde que che-
gão á maioridade perfeita, sem que se attenda ao tempo,
em que deixarão os annos, segundo a expressa provi-
dencia da Ord. liv. 4. tit. 32. *in fin. princ.*

Prescripção dos bens e direitos do Soberano ou Reaes.

§. 13. *Doctrina de praescriptione Regalium non satis est jure nostro expedita.* Nem as nossas leis determiná-
rão a prescripção dos bens e direitos do Soberano;
nem os Reinicolas concordarão sobre estes pontos, em
quanto aos quaes estabelece o A. as regras, ou propo-
sições geraes seguintes.

1.º Os bens particulares do Principe, ou em que
tem dominio, como outro qualquer cidadão, e os fiscaes,
ou que formão seu thesouro, para por elle supprir as
despesas públicas, prescrevem por quarenta annos; pois
que as cousas prescriptiveis sem differença de pessoas
e direitos, *jus privatum vel publicum in quacunque
causa, vel quacunque persona*, estão expostas a esta
prescripção pela geral disposição do Imperador Anasta-
sio na L. 4. C. *de praescript. trig. vel quadrag.*

Hoje a receita e despesa da Fazenda Pública está
eucarregada ao Tribunal, que tem o nome de Thesouro
Público; e por consequencia não é a pessoa do Rei
que confere privilegio especial a taes bens, parece-nos
com tudo que subsiste, em quanto a elles, a prescripção
de quarenta annos, por argumento da *Ordenanç. da
Fazenda* cap. 201. que já vimos sujeita a esta prescri-
pção as dividas á Fazenda Nacional, em harmonia com
aquella L. do C. Justiniano, que acreditamos não ter
tido alteração posteriormente.

O Soberano além da dotação annual, que recebe
do Theouro, não deixa de ter direito d'acquirir pro-
priedade por titulo particular; mas attento o art. 145.
§. 15. da *Cart. Constit.*, está ella sujeita ás leis geraes
para prescrever.

2.º Os bens *domaniaes*, chamados assim a *domo*, quo
já vimos serem terras conquistadas, e dadas em re-

guengo e jugada, diz o A., não prescrevem em tempo algum; pois que taes bens não são da pessoa do Soberano, mas da Dignidade Soberana, que por isso elle não podia alienar, devendo sempre reivindicar-os ainda dado o juramento de o não fazer, Cap. 33. X. *de jurejurando*. Já notámos estarem estes bens extinctos entre nós, assim como os outros, que se dizião da Corôa.

3.^a Que igualmente não prescrevem os direitos Reaes maiores, quaes os que constituem a Dignidade Soberana, que sem elles deixaria de ser tal, ou que exercidos por outros, além do Rei, e daquelles, a quem o mesmo entrega seu exercicio, importarião mal ao Estado; pois seria o maior dos absurdos, que sendo as prescripções adoptadas para bem e utilidade pública, prescrevessem por tolerancia das leis taes direitos no Soberano com ruina, damno ou pelo menos soffrimento do mesmo bem social.

4.^a As cousas porém, que não tocão com o poder, auctoridade, independencia e superioridade do Soberano, mas consistem em objectos, que elle costuma doar e conferir por sua liberalidade, podem ser adquiridos por prescripção immemorial, Ord. liv. 2. tit. 27. §. 1.

Prescripções extraordinarias.

§. 14. *Sunt et praescriptiones extraordinariae, quae ad certum ordinem referri nequeunt.* Termina o Sr. Paschoal esteTitulo, dando-nos exemplos de prescripções extraordinarias, que se não conformão com a regularidade do tempo, ou numero d'annos das outras, que semelhantes neste ponto entre si formão classes, quando estas são especiaes sem relação de tempo com aquellas.

Adcusatio criminalis vicennaria est. Tambem os crimes prescrevem pelo lapso do tempo, findo o qual não se fórma processo para a punição do culpado, e isto não só porque o mesmo delinquente, punido pelo receio da pena e remorsos do delicto, deve chegar a tempo em que conte com a sua segurança, mas porque a punição ou castigo perde muito do seu effeito, se não segue o crime de perto. Accresce, que suspenso

por muitos annos o processo criminal, mais difficeis as provas se farião com risco da innocencia.

Parece que estas razões e fundamentos não tardarão em ser acceitos pelos Legisladores Romanos; pois que na L. 3. D. *de requirend. vel absentibus damnand.* já Marciano dispõe: *Quamcumque enim quaestionem apud fiscum, si non alia sit praescriptio, viginti annorum silentio praescribi, Divi Principes voluerunt*; mas sem dúvida se achão attendidos na L. 12. C. *ad leg. Cornel. de fals.*, pois estabelece a regra dos crimes prescreverem por vinte annos decorridos desde o dia da perpetração: *Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione: sicut caetera quoque fere crimina.* Ainda que esta regra teve excepções, ás quaes allude a L. cit. usando do termo *fere*.

Por quanto alguns delictos não prescreverão entre os Romanos, e tal foi o parricidio: *Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.* L. ult. D. *de leg. Pompeia de parricidiis*, e outros prescreverão em menos tempo, o que aconteceo com o peculato, adulterio e mais delictos Moraes, que prescreverão por cinco annos. L. 7. D. *ad leg. Juliam peculat.*, L. 29. §. 5. e seg. *ad leg. Juliam de adult.*

O Direito Canonico adoptou a regra dos vinte annos para a prescripção dos delictos: Cap. 6. X. *de except.*; o mesmo fez a nossa legislação anterior, donde veio a disposição da Ord. liv. 1. tit. 84. §. 23. *in fin.* para os Escrivães conservarem por vinte annos sómente os feitos crimes, quando os civeis devem ser guardados por trinta.

Segundo o *Cod. do processo Crim. Francez* as penas declaradas por sentença prescrevem em vinte annos, contados da sua data, e não póde o condemnado, que se aproveita da prescripção, habitar no departamento onde vive o offendido ou seus herdeiros directos, art. 635. As penas declaradas em materia correccional prescrevem por cinco annos depois da data da sentença, art. 636. As declaradas em contravenções de policia tem a prescripção biennial, art. 639.

A acção publica e a particular ou civil proveniente de crime, a que corresponde a pena de morte, ou outra afflictiva ou infamante, prescrevem por dez annos, contados desde o dia do delicto. Mas se houve procedimento judicial de pronuncia, o tempo corre desde esta; e se houve algum acto depois d'ella não seguido por sentença, é desde então que corre o tempo para o crime, e por isso tambem para a acção prescrever, art. 637.

Bebeo aqui a nossa *Noviss. Reform. Jud.*, a qual alterou nesta parte a legislação anterior, dispondo nos artt. 1211. e seguintes; que todos os crimes, quer publicos, quer particulares, prescrevem em dez annos, tanto para o Ministerio Publico, como para as partes offendidas, caso em que o tempo corre desde o dia da perpetração do delicto, ou do dia da pronúncia, se a ha, ou do acto judicial, que houve depois desta, não seguido de sentença.

A acção de perdas e damnos, ou civil, se for accumulada com a accusação, prescreve pelo mesmo tempo que esta; se não é accumulada prescreve por trinta annos.

Finalmente as penas prescrevem sem differença de qualidade por vinte annos, contados do momento, em que a sentença passa em julgado; e se o crime é o de morte, o condemnado, que se aproveita da prescripção, não póde residir no lugar, Villa ou Cidade, em que habita o viúvo ou viuva do morto, que não passou a segundas nupcias, assim como os ascendentes e descendentes do mesmo.

Actio, quam querelam vocamus, etc. Se não se tracta de levar á evidencia a perpetração do delicto pelo réo, mas de o indiciar, para como tal ser pronunciado ou declarado pelo Juiz; isto é, se não se tracta da accusação ou acção criminal, mas sim da querela, como precedente para aquella, tinha o offendido para esta lhe ser tomada um anno, decorrido desde o dia do delicto. Ord. liv. 5. tit. 2. §. 4. e tit. 117. §. 11.

Hoje porém prescreve a querela tanto para o Mi-

nistro Publico, como para a parte offendida, por tres annos nos crimes publicos, e por um e dia nos particulares. Corre o tempo para a querela prescrever desde o dia do delicto, e nos crimes compostos d'actos successivos desde o ultimo acto; mas se a querela não é provada nos vinte dias, contados do da data do auto respectivo, não se lhe dá seguimento. *Noviss. Reform. Jud.* artt. 1208. 1209 e 1210.

E prescreverão por ventura os delictos, que por occultos a Justiça não conheceo nem proseguio quando forão perpetrados? Certamente. O culpado ou o agente do mesmo modo neste caso está exposto ás agitações, aos remorsos do crime e aos sustos, que a lei lhe causa, o que faz igual expiação como no crime conhecido. Dá-se tambem o mesmo perigo da alteração e perda das provas, que podião abonar sua innocencia. Não devem pois ser seguidos os DD., que a este respeito distinguem os delictos em occultos e sabidos, negando áquelles a prescripção, *Dunod des prescriptions*, part. 2. cap. 9.

Intra decem dies appellatio interponenda, etc. O recurso d'appellação contra a sentença definitiva ou interlocutoria com força de definitiva, porque acaba o feito, deve interpôr-se dentro de dez dias, decorridos desde aquelle, em que a sentença foi publicada, se as partes são presentes ou seus procuradores, alias desde o em que lhes foi intimada, *Ord. liv. 3. tit. 70. in princ.*, *Noviss. Reform. Jud.* art. 681. §. 1. 2. e 3. Nem se dá dispensa de lapso de tempo para appellar. *Cit. art. §. 5.*

Intra sexaginta dies chirographo opponenda exceptio non numeratae pecuniae. A excepção do dinheiro não contado é um meio de defesa; e consiste em sustentar que se não recebeu a somma, que se confessa recebida no escripto.

Segundo o antigo Direito Romano esta excepção podia ser proposta durante cinco annos; mas pelo Direito novo estabelecido na *L. 14. C. de non numerata pecunia* foi o espaço reduzido a dous annos relativamente ao reconhecimento do emprestimo, venda e

outros casos, em que se dá numeração de especies ou objectos. Esta L. porém não dá senão trinta dias ao devedor para se queixar da falta de numeração das especies, de que passou recibo ou titulo; pois como o crédor podia deixar passar os dous annos sem demandar o devedor com o receio d'elle usar desta excepção, concede-se por isso a este o poder usar d'ella dentro de trinta dias depois da data do titulo, em fôrma de queixa da retenção injusta feita pelo crédor d'uma obrigação sem causa, lançando-lhe assim a necessidade de provar por outro modo, e ficando o titulo ou recibo, *chirographo*, sem força.

Esta legislação foi adoptada na Ord. liv. 4. tit. 51., que se inscreve — *Do que confessa ter recebido alguma cousa, e depois o nega.* Dá o praso não de trinta, mas de sessenta dias ao devedor, para usar desta excepção, e não póde neste caso ser coustrangido ao pagamento, §. *inic.*, salvo se o crédor por Tabellião e testemunhas, ou d'outro modo, prova a realidade da entrega, e neste caso accresce ao devedor o pagamento das custas em tresdobro, §. 1. Temos pois aqui uma prescrição extraordinaria por espaço de sessenta dias.

Viginti supra quinque annis, etc. A obrigação dos herdeiros e executores de testamentos darem contas aos Provedores para se liquidar a importancia do residuo prescreve por vinte e cinco annos. Ord. liv. 1. tit. 62. §§. 8. e 22.

Os Tabelliães, Escrivães e Officiaes de Justiça tem para exigir os salarios, que lhes são contados, tres mezes desde que são proferidas as sentenças definitivas, depois dos quaes não são ouvidos. Ord. liv. 1. tit. 79. §. 18. e tit. 82. §. 30.

A interdicção da obra nova, como abertura de janella, fresta ou outra cousa, que altera o antigo estado do edificio, donde provém damno a outro, tem lugar dentro d'anno e dia, findo o qual já o dono d'este não consegue desfazel-a. Ord. liv. 1. tit. 68. §. 25.

Tambem ha em alguns crimes prescripções extraordinarias. Assim o direito da indemnização na estuprada prescreve por um anno, decorrido depois que o estupra-

dor a deixa, salvo quando é menor, ou tem justo impedimento, pois goza da restituição, Ord. liv. 5. tit. 23. §. 2.

Temos prescrição de momentos, e tal se dá no direito de ser excusado o tutor, que assistio á sessão do Conselho de familia, em que foi nomeado, e não expoz os seus motivos. *Noviss. Reform. Jud.* art. 437.

Concluindo este Titulo, cabe advertir, que as prescrições extraordinarias nas especies, que expozemos, são referidas como exemplos, e não como relação exacta d'ellas, pois outras muitas se dão.

TITULO V.

Dos Testamentos e Codicillos.

Razão d'ordem, definição de testamento, sua mais geral divisão, e que Direito lhe dá origem.

§. 1. *AD modos dominii acquirendi titulo universalis*, etc. Depois do exame da natureza da propriedade ou dominio, e dos modos naturaes, tanto originarios, como derivativos d'acquiril-o; passou o Sr. Paschoal a fallar-nos dos outros, com a mesma relação, introduzidos pelas leis civis, aos quaes preside ou corresponde um titulo, principio justificativo, ou causa remota, que se refere a uma cousa, objecto singular ou especie, ou a uma reunião, composto e universalidade de cousas. Examinou o modo mais notavel de adquirir singularmente, isto é, a prescrição nas suas differentes especies. Devia por tanto tractar agora as materias relativas ao modo, porque entre nós se obtem a propriedade, simultaneamente em muitas cousas, ao qual se chama herança do nome do seu objecto; e como o titulo, que lhe corresponde, é a ultima vontade do defuncto, ou do

do antecedente proprietario, ordinariamente manifestada no testamento ou codicillio, hem collocada se acha aqui a legislação Patria em quanto aos testamentos e codicillios.

Mas como a aquisição por titulo de testamento, ou pelo de codicillio, tem o modo proprio, e que lhe é correspondente na acceitação por herança, a qual é o fim ou objecto do titulo e modo referidos, parece conveniente examinar aqui com rapidez a natureza da herança.

Diz-se herança a universalidade dos direitos activos e passivos d'um defuncto, taes quaes elles existião no momento da sua morte: *Haereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit.* L. 62. D. de regulis juris.

A reunião de todos os direitos successiveis, ou transmissiveis, não fórma a herança propria e exactamente dita, senão antes da adição, que d'ella faz o successor, presumptivo legitimo ou testamentario, por que depois d'isso todo o patrimonio do defuncto se confunde com o do herdeiro, e deixa desde logo de ser chamado herança, pois pertence então a homem vivo, a cujos bens não compete aquelle nome e natureza. L. 1. D. pro hered.

É mister tambem advertir, que nem sempre a herança é um modo de adquirir a propriedade; por quanto ainda que comprehende todos os bens moveis e immoveis do defuncto, não deixa de considerar-se como coisa incorporea, sem que seja da sua essencia conter bens: *Haereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet.* L. 50. D. de petit. haereditat. O que faz que o homem, que nada deixa morrendo, não deixa de ter uma herança essencialmente a mesma, que a do mais rico proprietario. Não devemos por isso confundir os bens do defuncto com a sua herança, pois que são bens aquillo, que elle deixa, depois de pagas as dividas: *Bona intelliguntur cujusque, quae deducto acre alieno supersunt.* L. 39. §. 1. D. de verb. signif. E como a herança comprehende não só o activo, mas o passivo, por isso ou ambos, ou só um d'elles na falta do outro, a fórma, e faz que exista.

Esta defere-se ou transmite-se ao herdeiro do defuncto, ou elle morra testado ou intestado, *vel ex testamento, vel ab intestato defertur*, isto é, ou por vontade expressa do defuncto, ou pela que a lei lhe presume. Vejamos pois com o A. o que é o testamento, o qual se dá no primeiro destes casos.

Testamentum, etc. Testamento é a declaração regular, que faz um homem, de sua ultima vontade, para ser executada depois da sua morte. Esta definição é legal, pois se acha na *L. 1. D. qui testamenta facere possunt: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Vem por isso a competir-lhe com propriedade o nome, pois que é o testamento a exposição ou manifestação da ultima vontade, ou da mente do defuncto, *testatio mentis*.

Com tudo achão alguns deficiente esta definição, por isso que commum ao *codicillio*, quando este differ e do testamento em não conter a instituição d'herdeiro; e por isso accrescentão á declaração da ultima vontade o requisito da differença pelas palavras *haereditis institutionem continens*. Examinaremos adiante, se por ventura entre nós a instituição d'herdeiro é da essencia do testamento, como o foi entre os Romanos. O *Cod. Civ.* de França define testamento o acto, pelo qual o testador dispõe para o tempo, em que já não ha de existir, de todos ou de parte dos seus bens, e que póde em vida revogar, art. 895.

Vel paganicum est, vel militare. O A., tendo certamente em vista a differente fórma, que se emprega nos testamentos, sem lhes tirar o effeito, contrapõe aqui o militar ao dos paizanos; mas não é aquelle o unico excepcional ou privilegiado. Parece-nos por isso mais exacto dizer, que o testamento geralmente se divide em ordinario e privilegiado; sendo este o em que as leis dispensão algumas solemnidades, que mais adiante veremos; o que não permittem n'aquelle.

Utriusque origo juris civili tribuenda, etc. Visto o que é o testamento, e a sua divisão mais geral em ordinario e privilegiado, o A. attribue ao Direito Civil puro a origem não só do testamento privilegiado, mas

Do ordinario, por isso que tendo o direito d'acquirir fundamento natural nas nossas necessidades, o dominio morre com ellas, devendo cessar os effeitos da propriedade com a não existencia do que foi proprietario, e não principiarem depois da morte, *quae post mortem valere inceptit*, quando é maxima verdadeira e absoluta — *Mors omnia solvit*.

Tem alguma especialidade as idéas, que formamos em quanto a este tão controverso e debatido assumpto: e são ellas a continuação das relações, que antecedentemente attribuimos á occupação com a propriedade. Achamo-nos por isso no dever de nos explicarmos em quanto á origem do direito de succeder, e depois do de testar; no que empregaremos poucos momentos.

No estado natural o homem, que teve vida solitaria, que possuia só, sem companhia, ou sem alguem associado, morrendo, deixa vacante a sua propriedade; fica-lhe por successor o primeiro occupante.

Ao contrario se tem mulher, filhos ou outros associados, tudo quanto em vida possuia, passa *in integrum* por continuação da occupação á mulher, filhos ou outros socios, que lhe sobrevivem.

Estes são os resultados necessarios das relações entre a occupação e a propriedade, e que marcão a ordem natural de succeder: 1.º entre marido e mulher; 2.º entre pai e filhos; 3.º entre os que possuíão cousas em commum. Na sociedade, se o proprietario morre sem successor algum destes o Fisco, lhe succede, como no estado natural o primeiro occupante.

Achão-se vestigios destes principios na jurisprudencia antiga dos Romanos. As LL. das doze Taboas distinguão herdeiros seus, filhos emancipados, e herdeiros agnados. Por herdeiros seus se entendião os filhos, e os outros descendentes, que estavam sob o poder do marido. Os filhos emancipados erão excluidos da successão de seu pai. Por agnados entendião os parentes collateraes, descendentes do tronco commum masculino, e por ramos varonis. A lei chamava primeiramente os herdeiros seus; na falta destes não chamava todos os agnados, mas sómente o mais proximo; e se este re-

pudiva a herança, ella não passava a outro agnado, era devolvida ao Fisco.

Este favor dos agnados já foi uma derrogação uma quebra nos principios de Direito Natural, extendendo o direito de succeder além dos limites postos pela natureza. Não pretendemos profundar aqui os motivos desta instituição politica; mas não consistirão elles no desejo de evitar, que os bens passassem d'uma para outra familia, como accreditou Montesquieu *Esprit des lois*, liv. 27.; pois se tal desejo se dêsse, não terião elles excluido os filhos varões emancipados da herança de seu pai, quando erão chamados pelo sangue, e não havia que reciar esse inconveniente de transportarem os bens d'uma para outra familia. Nem a mulher succederia ao marido, de cujo sangue não era; sendo evidente, que se do matrimonio lhe não ficassem filhos, ella de certo levava os bens para diversa gente.

Mas paremos por um pouco na divisão de herdeiros seus, e filhos emancipados. É esta divisão absolutamente inexplicavel, se não se admitte o direito, que resulta da occupação continuada, como base unica da ordem natural de succeder.

A Lei das doze Taboas defere os bens do pai aos filhos, que estão sob seu poder. Dionysio d'Halicarnasso menciona uma lei de Romulo, chamando a mulher a succeder ao marido, a qual ficava com todos os bens d'este, se lhe não restavão filhos sujeitos ao poder patrio; e se havia filhos não emancipados, os bens do pai se dividião entre estes e a mãe. Assim a mulher era herdeira sua do marido, do mesmo modo que os filhos sujeitos ao poder patrio erão herdeiros seus do pai; e por tal jurisprudencia os filhos emancipados erão absolutamente estranhos: a lei não os conhecia para succederem a este.

E donde vinha tal differença? Por que razão deferia a lei a successão unicamente ao filho, que se achava, na hora extrema do pai, sujeito ao seu poder, com exclusão absoluta do filho emancipado? A razão certamente não foi outra, senão, que o filho, que vivia com

o pai, e se achava ligado a elle pela sujeição a seu poder, se considerava occupar e possuir tudo quanto o pai occupava e possuia. Por effeito desta commun occupação é que a propriedade do pai se considerou propriedade do filho; e este, succedendo áquelle, não adquiria uma propriedade nova, mas sómente a administração livre da antiga, que continuava a occupar. *In suis haeredibus*, diz a L. 11. D. *de liber. et posthum.*, *evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur haereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui, etiam vivo patre, quodammodo domini existimantur..... Itaque post mortem patris non haereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.*

E porque succedia tambem a mulher a seu marido? Dionysio d'Halicarnasso, *Antiquit. Roman.* liv. 2., nos manifesta a razão: é porque a mulher, que vivia com o marido, que estava sob seu poder, estava tambem com elle n'uma communhão de bens: reputava-se occupar e possuir tudo quanto seu marido occupava e possuia; possuia por uma continuação da occupação, como o filho não emancipado: *Lex haec erat . . . mulierem nuptam, quae . . . in manum mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacerorum participem esse . . . Erat familiae domina aeque atque ipse vir, et in ejus defuncti bona, ut filius in patris, haeres succedebat. Et si sine liberis et intestatus obiisset, erat omnium bonorum relictorum domina: sin autem liberos habuisset, ex aequo cum liberis bonorum participes erat.*

Ao contrario da mulher para com o marido, e do filho não emancipado para com o pai, o filho emancipado não lhe succedia; por quanto separado, pela emancipação, da familia de seu pai, não podia reputar-se occupar e possuir o que o mesmo occupava e possuia; por isso nenhum direito de propriedade lhe restou nos bens deixados por elle.

Em quanto ao direito de testar. Será este direito confôrme, ou contrario aos principios de Direito Natural?

Grocio decide do modo o mais affirmativo, que a

faculdade de testar é de Direito Natural, por isso que elle funda o direito da propriedade sobre uma convenção geral primitiva, que nem existio, nem era possível existir antes dos homens reunidos pelas instituições civis. Puffendorf não obstante derivar tambem o direito de propriedade d'uma convenção, abraçou a inconsequencia de negar ser a faculdade testamentaria de Direito Natural.

Bynkershoeck porém reduzio a seus verdadeiros fundamentos o direito de propriedade, demonstrando que tal direito começa pela occupação, e com ella finda, sendo consequencia necessaria, que nenhum homem por Direito Natural tem a faculdade de testar, ou de dispôr da propriedade para depois da sua morte. Por quanto não se é proprietario, senão em quanto se occupa, ao menos habitualmente, como já mostrámos. A morte do proprietario faz cessar toda a especie d'occupação, isto é, tanto a actual, como a habitual: acaba por isso seu direito de propriedade, reune-se então, salvo nos tres casos já referidos, a propriedade privada á da nação, a quem sómente cabe dispôr d'aquella, tornada vacante pela morte do proprietario; ou pelo menos este não pôde estender sua disposição além do termo da occupação pela morte, sem consentimento da nação, ou permissão das leis civis. Foi pela necessidade deste consentimento, que cada testamento entre os Romanos era um acto da nação, ou do poder legislativo, pois era o mesmo povo, e não o proprietario, quem dispunha, como nos indica a fórmula: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Titius Lucio Valerio, tam jure lege que haeres sibi fiat, quam si ejus filiusfamilias proximusve agnatus esset? Haec ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo.*

Uso dos testamentos.

§. 2. *Testamentorum usum majores nostri a Romanis adcepisse videntur, etc.* Não obstante o que fica ponderado sobre a origem do direito de testar, desde remotos tempos as leis civis das nações o concederão,

porque o direito de dispôr para além da morte excita com grande força ao trabalho, á parcimonia, ou economia, com vantagem pública, pelo desejo natural em cada um de retribuir com os bens, que deixa, os benefícios durante a vida recebidos, e de estabelecer recordações da sua memoria para depois da existencia.

Montesquieu observa que em Athenas antes de Solon, e em Roma antes dos Decemviros, os testamentos não forão permittidos. Com tudo as proprias leis de Solon nos convencem de que antes d'elle em Athenas os cidadãos tinham a faculdade de testar, e que tão sómente se prohibia escolher herdeiro estranho á familia: *extra gentem familiamque haeredem ne scribito*. E em quanto a Roma, Dionysio d'Halicarnasso, fallando da lei de Romulo já citada, diz que ella chamava a mulher á successão do marido morto intestado: *si intestatus obüisset*; logo ainda mesmo governando Romulo, os cidadãos testarão.

Solon concedeo o direito de testar com muita moderação, pois só o permittio em poucos casos, e não a todos os cidadãos, mas sómente aos indigenas, que devião fazer taes disposições, ou na assemblêa do povo, ou perante o Magistrado: *qui praesentia sua illas vel confirmaret et stabiliret, vel solveret et infringeret*.

Em Roma o direito de testar foi connexo com o direito de cidade, e sujeito a tantas fórmulas, que se pôde asseverar, que a vontade do testador não era por si bastante para transferir a propriedade. Veio porém a generalizar-se em todas as provincias, concedendo-se a liberdade indefinida de dispôr por testamento, ficando livre das antigas fórmulas, e as successões sem a sua norma primitiva nas relações entre a propriedade e a occupação.

Os nossos antepassados usarão da faculdade de testar, e isto já quando sujeitos aos Romanos, pois que os Codigos Theodosiano e Alaricano, feitos no 5.º seculo, e publicados em favor das Provincias da Hespanha, contém muitas disposições relativas aos testamentos e ultimas vontades. Gothofredo *in Prolegom.* cap. 3. E no principio do seculo 12., em que o Direito Romano

principiou a ter mais voga entre nós, o costume de testar se achou estabelecido, tendo principiado pelos Principes, que forão nesta parte imitados pelos nobres, e em seguida pelos plebeos, ainda que suas vistas principalmente se dirigirão a disposições pias, com o fim da salvação, como se manifesta dos monumentos, que o A. na nota aponta: dos quaes tambem se collige a desconfiança dos testadores pela falta de cumprimento de suas disposições, pois que empregavão n'ellas execrações, para pelo terror lhes darem força, como, além d'outros, se vê no testamento de D. Diniz, onde depois de attender a prol ou a bem de sua alma assegura a maldição de Deos, e protesta a sua contra quem não respeitar inteiramente suas vontades e disposições derradeiras.

Estas imprecações forão usadas primeiramente nos testamentos dos Godos; d'elles as adoptarão não só os nossos, mas os Francezes e outras Gentes. Stryck. vol. 11. Disp. 25. *de execrationibus testatorum*, e são prova de que o esquecimento e ingratição dos vivos para com os mortos não é nova. Pela mesma razão tambem imploravão a protecção da Santa Sé em favor do cumprimento de taes disposições, o que lhes dava occasião para legarem a bem dos Pontifices Romanos, como se observa em muitos dos antigos monumentos, alguns dos quaes o A. refere na nota ao §. seguinte.

Regulamentos antigos sobre testamentos.

§. 3. *Jam vero a Regni initio ad Alphonsum V. testamentariis nullis ferme legibus usi fuimus*, etc. Desde a fundação da Monarchia até D. Affonso V. quasi nenhuma lei testamentaria tivemos: regulavão-se os testamentos principalmente por costumes, accommodados ao Direito Canonico e Romano. Foi este Soberano quem primeiro as fez reduzir a escripto, e accrescentando-lhe muitas disposições appropriadas das leis Romanas, lhes deu lugar no seuCodigo liv. 4. tit. 97. e seguintes até 103., donde passarão para o Manoelino e Philippino nos titulos parallellos e correspondentes áquelles no mesmo liv.

Especies de testamento.

§. 4. No §. 1. deste Titulo deixámos posta a divisão mais geral do testamento em ordinario e privilegiado: e na verdade a estas duas ordens ou classes se reduzem commodamente todas as especies de testamento. Mas tendo de examinar cada uma d'ellas em particular, expõe aqui o A. todas quantas os Romanos posteriormente conhecêrão, para depois irmos notando quaes entre nós são usadas ou recebidas.

São aquellas o testamento público, contraposto ao particular; o pagânico, contraposto ao militar; o escripto, ao nuncupativo; o aberto, ao cerrado; e finalmente o solemne, contraposto ao menos solemne ou privilegiado.

Público e judicial.

§. 5. *Dicitur testamentum publicum*, etc. Público foi o testamento, que subsistia ou tinha validade por fé e auctoridade pública, para differença do particular, que valia por fé e auctoridade particular.

Havia d'aquelle duas especies: uma quando o testamento era offerecido ao Principe ou Imperador, que por sua auctoridade dispensava nas solemnidades omitidas, e lhe dava validade, attendendo ás súplicas do testador; *oblatis precibus*. L. 19. C. *de testament.* Desta especie de testamento não fazem menção as nossas leis; é porém certo, como o A. pondera, que elle podia ter lugar, uma vez que o Soberano o validasse, dispensando assim a falta das solemnidades legaes, como podia em virtude da natureza do poder absoluto. Hoje porém cabe-lhe fazer com que tenham observancia as leis, que são obra do Poder Legislativo, a quem unicamente pertence interpretal-as, suspendel-as e revogal-as, *Cart. Const.* art. 15. §. 6., não pôde por isso este testamento ter lugar actualmente entre nós.

Outra especie de testamento, munido de auctoridade e fé publica, era o que se fazia *apud acta*, isto é, o que se fazia perante o Magistrado, e sem outra alguma solemnidade era válido, *cit.* L. 19. C. *de testam.* Tinha

o testamento nesta especie a qualidade de público, pois lhe provinha da auctoridade do Juiz n'elle interposta.

As nossas leis igualmente nenhuma menção fazem deste modo ou especie de testar: com tudo não seria vicioso o testamento offerecido ao Juiz para o mandar lançar nas notas do tabellião, ou para o julgar por sentença, uma vez que nelle se observem os regulamentos legaes, ou ordinarios, cabendo aqui a regra — *quod abundat, non nocet.*

Podemos porém dar o nome de público ao testamento aberto feito pelo tabellião, tanto porque este tem fé e auctoridade pública, como em razão de tal testamento ficar notorio a todos, e neste sentido público, **contraposto ao cerrado ou occulto**, que por isso tambem se chama *mystico*: no que concorda o A. no fecho deste §.: *Testamentum apertum vocari etiam potest publicum in differentiam clausi, quia publice et palam fit.*

Testamento aberto escripto pelo tabellião.

§. 6. *Vocatur in primis testamentum apertum, etc.* Falla o Sr. Paschoal neste §. da primeira especie de testamento aberto: é este o que o tabellião escreve no Livro das Notas. É como outro instrumento público, com a differença do objecto e do maior numero de testemunhas. O testador o dicta ao tabellião perante cinco varões maiores de quatorze annos, e é por todos assignado. Se o testador não sabe, ou não póde escrever por sua enfermidade, uma das testemunhas assigna a seu rogo, declarando que o faz por aquelle não saber, ou não poder escrever. Ord. liv. 4. tit. 80. *in princ.*

Por Direito Romano novo nesta especie de testamento são sete as testemunhas, §. 3. Instit. *de testam. ordin.*; numero, que foi adoptado pelo Direito d' Hespanha, L. 1. tit. 1. *Part. 6.*, ainda que depois pelo Direito Novo, L. 1. e 2. tit. 4. liv. 5. da *Recopil.*, este testamento escripto pelo tabellião não requer mais do que tres. Pelo *Cod. Civ.* de França bastão duas, quando concorrem dous notarios, mas se não ha mais do que um, são quatro as testemunhas, art. 971.

Nas aldêas, que tem mais de vinte vizinhos, e distão da Cidade ou Villa uma legua, deve haver uma pessoa nomeada pela Camera para escrever no Livro os testamentos dos doentes, quando o são d'enfermidade, que lhes prohibe ir a distancia; mas podem estes mandar escrever seus testamentos aos Tabelliães da Villa ou Cidade, que todavia não tem mais fé ou auctoridade, que os nomeados pelas Cameras, nos termos da Ord. liv. 1. tit. 78. §. 20., nem maior responsabilidade.

Entendemos que o tabellião mencionado ou puramente testamentario póde, pelo exigir o bem público, e conforme por isso ao espirito da cit. Ord., ainda que não seja expresso na sua letra, fazer os autos d'approvação nos testamentos cerrados dos doentes da sua aldêa, que tem grave enfermidade, não obstante ser-lhe negada esta auctoridade por Peg. á Ord. tom. 4. pag. 281. n.º 386.

Do testamento feito por instrumento particular.

§. 7. *Apertum testamentum a testatore*, etc. A outra especie de testamento aberto é o feito por instrumento particular. Ou o testador o escreva, ou o mande escrever a alguém, deve ser lido perante o mesmo numero de testemunhas, com as mesmas qualidades; e do mesmo modo deve ser por todos assignado, cit. Ord. tit. 80. §. 3.

Quod notandum est. Convida-nos o A. a observar, que o testamento particular aberto, ou escripto pelo punho do testador, ou, por outro a quem o manda escrever, deve ser lido ás testemunhas antes de ser por ellas assignado, providencia, que a lei não toma expressamente no testamento aberto, feito por instrumento público. Entendemos que a leitura do testamento ás testemunhas, supposto não exigida no caso da cit. Ord. §. *inic.*, talvez pelo fundamento de não terem ellas de depôr sobre as disposições do testamento nesta especie, o que não acontece no que é feito por instrumento particular, como veremos, não deve ser omittida em nenhum d'elles, para se evitarem as fraudes, que se po-

dem seguir desta falta. É por isso que segundo o *Cod. Civ.* de França, ou o testamento por instrumento público seja feito por um notario, sem assistencia d'outro, ou com esta, sempre é lido ao testador em presença das testemunhas, art. 972. 3.ª disposição.

Com tudo julgamos tal leitura conveniente, mas não essencial á validade do testamento por público instrumento, pois a nossa lei a não exige, como no que é feito por instrumento particular. *Valasc. Cons.* 7. n. 4.

Testamento cerrado.

§. 8. *Testamentum clausum, seu mysticum, etc.* Depois do testamento aberto, escripto no Livro de Notas pelo Tabellião, e do que é feito pelo testador, ou outra pessoa por elle encarregada, e das providencias, em quanto á fórma exterior d'um e d'outro; tracta na mesma relação o A. da especie de testamento, que tendo de commum com as antecedentes o ser escripto, differe d'ellas, em que nesta a vontade do testador fica occulta, o que a contrapõe áquellas, e faz que o testamento se diga cerrado, de disposição occulta, ou testamento *mystico*, que exprime a mesma idéa.

Este testamento pôde ser escripto pelo proprio testador, ou por outra pessoa por elle encarregada, e pôde ser esta, ou o escriptor o mesmo Tabellião como pessoa particular, approvando-o depois como pessoa pública. Assento de 23 de Julho de 1811.

Tambem este se diz escripto em fórma *holographa*, ou testamento *holographo*, qualidade, que lhe resulta de n'elle escrever o Tabellião, além do escriptor particular da disposição, que segundo o *Cod. Civ.* de França art. 970., não pôde ser senão o proprio testador. « *Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.* » Entre nós se o testador sabe escrever, deve assignar esta especie de testamento, assignatura, que se dispensa, se por seu punho escreveu a disposição; se porém sabe escrever, mas não pôde assignar, não pôde testar deste modo. *Ord. cit.* §. 1.

Feito por esta fôrma, é entregue pelo testador ao Tabellião perante cinco testemunhas com expressa declaração de que n'elle se contém seu testamento, que o ha por firme e valido; sobre o que assenta o auto ou instrumento d'approvação, o qual deve conter 1.º o dia, mez e anno, lugar e casa, em que é feito; 2.º se o testador é conhecido do Tabellião e das testemunhas do instrumento; 3.º declaração de que o testador entregou a elle Tabellião, diante das testemunhas, o papel da sua disposição, rogando-lhe que o approvasse, pois que é sua vontade ser elle firme e valioso; 4.º assignatura do testador e de cinco testemunhas varões, maiores de quatorze annos, e do Tabellião com o seu nome e signal público, de que usa. Ord. liv. 4. tit. 80. §. 1.

Se o testador não sabe, ou não póde escrever, deve uma das testemunhas declarar no instrumento, que assigna o mesmo a rogo d'elle, o que o Tabellião igualmente declara: nem a assignatura da testemunha rogada se dispensa, quando o testador costuma assignar de cruz. Pereir. *Decis.* 32. n. 4.

O instrumento da approvação do testamento deve ser começado e acabado em presença do testador e testemunhas, tudo em acto seguido, ou, como diz o *Cod. Civ. de França*, « *sera fait de suite, et sans divertir à autres actes.* » Se o papel da disposição testamentaria tiver espaço em branco, deve ahi começar o instrumento; se o não tem, deve o Tabellião pôr o seu nome e signal público em uma das folhas escriptas; findo o instrumento, deve o mesmo cozer, lacrar e sobrescriptar o testamento, como costuma praticar-se, cit. Ord. §. 2.

Se o Tabellião não observa as formalidades expostas, e d'ahi provier annullar-se o testamento, incorre em perdimento do officio, e satisfacção dos prejuizos. Ord. liv. 4. tit. 80. §§. 1. e 2.

Se o Tabellião não conhece o testador, devem as testemunhas conhecê-lo, algumas das quaes devem ser conhecidas por aquelle, o qual deve declarar tudo isto no instrumento. Ord. liv. 1. tit. 78. §. 6.

Póde o Tabellião, consentindo-lho o testador, lançar os olhos por todo o testamento, não para o ler,

mãs para notar as entrelinhas, borrões, ou cousas, que fação dúvida; e achando-as as resalva no instrumento: o que se pratica, mas não por necessidade.

Póde o testador fazer qualquer declaração da vontade no instrumento ou auto d'approvação do testamento, a qual val como testamento aberto, pois lhe é applicavel a disposição da Ord. liv. 4. tit. 80. *pr. Dig. Portug.* tom 3. art. 1791.

Os Escrivães de Paz são também Tabelliães, mas sómente para o auto da aprovação dos testamentos, cumulativamente com os Tabelliães nos seus districtos. *Noviss. Reform. Jud.* art. 142.

O testamento feito a bordo do navio saído do porto e em viagem póde ser approvado pelo Escrivão do mesmo, ou pelo Official, que suas vezes fizer; o que adoptamos, além d'outros, com o *Dig. Port.* tom. 3. art. 1794., assim como que os nossos Consules, residentes em paizes estrangeiros, podem approvar os testamentos dos Portuguezes, que ahi se achão, sellando o instrumento com o sello do Consulado. *Cit. Dig.* art. 1795.

Finalmente o testamento desta especie, assim como o aberto feito pelo testador, ou por outro, que elle disso encarrega, não requer ser escripto em papel sellado; basta que o sello de 400 rs. por cada uma meia folha se pague quando se abre para ter execução, Lei de 7 d'Abril de 1838.

Testamento nuncupativo.

§. 9. *Testamentum nuncupativum tempore mortis factum*, etc. Depois das tres especies de testamento escripto, ordinario ou commum a todos os que tem facultade testamentaria, tracta o A. neste §. d'outra especie do ordinario, mas que se contrapõe ás referidas, pelo differente modo, por que é feito. É o que se diz nuncupativo, pois que o testador o faz por meio de palavras ou de viva voz, quando nas outras a vontade ou disposição consta por letras, signaes dos sons, elementos das palavras, ou por escripta.

Entre os Romanos tinha o testador, abstrahindo da enfermidade ou saúde, o arbitrio de testar oralmente

ou por escripto: *Licabit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere.* L. 21. pr. D. qui testam. facere possunt, L. 21. §. 2. C. de testam. A nossa Ord. liv. 4. tit. 80. §. ult. concede testar deste modo e com validade perante seis testemunhas, ainda que algumas sejam mulheres, ao testador, que se acha em perigo de morte, mas declara expressamente, que se este convalesce, tal testamento é nullo, o que o A. reconhece: *infirmatur autem, si testator convalescat.* O Cod. Civ. de França em nenhum caso dá effeito a este modo de testar, art. 893.

Testamentum autem nuncupativum alio tempore, etc. Nesta parte do §. adopta o Sr. Paschoal a opinião do testamento oral ser válido, quando feito no estado de saude, com todas as testemunhas varões. Argumenta para isto com ser válido este modo de testar entre os Romanos, e tambem segundo nossos antigos costumes; accrescendo, que a declaração da nullidade, se o testador convalesce, é nova na Ord. actual.

Parece inadmissivel a critica, que estabelece tal doutrina. É certo que os testamentos, expostos a muitas fraudes, são um foco de discordias e litigios; o que faz que as leis lhes prescrevão fórma e solemnidades, que se não podem omittir, sem lhes tirar a validade. Taes fraudes campo mais largo encontrão no testamento nuncupativo, onde os bens deixados pelo defuncto ficão sujeitos á corrupção das testemunhas, que ainda mesmo no caso de testamento escripto anterior, podem dal-o como revogado, inventando um nuncupativo. Por isso nem a França, nem a Prussia admittem os testamentos oraes, e na Inglaterra se achão em desuso, não obstante os regulamentos providentes do Estatuto 29 de Carlos II. cap. 3.

Os Romanos adoptarão tal testamento em todo o tempo e circumstancias, mas a nossa Ord. permittindo-o na enfermidade, em nenhum lugar o admitté fóra d'esta circumstancia: e tanto assim, que se o doente convalesce, o testamento fica nullo; o que mostra claramente que nullo é tambem, quando feito na saude, parecendo até absurdo dar a esta o principio d'um acto

com validade, quando ella opera por si só a nullidade do mesmo, se lhe é antecedente.

Em quanto a esta disposição da Ord. actual não se achar nas anteriores, que pèso, que valor tem tal idéa? Para a opinião do A. nada certamente val; e em quanto a nós serve para dizermos, que a legislação posterior e vigente é melhor, do que a passada e já morta; e que talvez melhor seria, se absolutamente proscrevesse taes testamentos.

Em conclusão, como pelo Decreto de 17 de Julho de 1778 foi restabelecida a faculdade de testar nos doentes, que tem o juizo firme, como o A. observa no fim da nota, a estes é que a Ord. liv. 4. tit. 80. §. ult. se limita, dispondo que, testando elles no perigo da enfermidade verbal, ou nuncupativamente, se morrem, suas disposições tem effeito, o que não acontece se vivem, nem se no estado de saude dispõe por tal maneira.

Tão inconveniente nos parece a legislação Romana, que citámos, facultando este modo de testar, como providente na disposição, que tira a validade ao testamento nuncupativo, quando uma só testemunha contradiz depois as outras todas, pois que aquella está na razão de não assistir ao testamento, caso, em que procede a nullidade: *Si unus de septem testibus defuerit . . . jure deficit testamentum*, L. 12. C. de testam. O que deve observar-se entre nós, como fundado em boa razão.

É evidente que o dialogo d'uma pessoa com o moribundo, que apenas diga *sim* e *não*, ainda que passado entre muitas testemunhas, não é disposição nuncupativa, pois não convence da intenção de testar, nem exprime com segurança a vontade propria e especial do mesmo.

Tambem o é, que o testamento escripto, que por falta d'alguma formalidade não podia ter effeito, pôde tel-o como oral, se o testador enfermo, abrindo-o, o lê, ou faz ler perante as seis testemunhas, declarando que é aquella a sua ultima vontade; o que não pôde acontecer, se o papel lhes não foi lido, embora se desse a declaração de ser elle o testamento, pois que por si não constitue disposição nuncupativa, ou oral. *Abertura*

Abertura e publicação dos testamentos.

§. 10. *Mortuo testatore, testamentum demum aperitur, publicatur, vel reducitur.* Abertura, nesta relação; é o acto, pelo qual o testamento fechado se põe em estado de por elle ficar patente a vontade ou disposição do testador. Vejamos a quem compete.

Se o testamento consta do traslado tirado pelo Tabellião do Livro das Notas, em que escreveo a disposição, este, como aberto, não carece de abertura. Mas se o testamento é mystico, ou holographo, isto é, cerrado com instrumento d'approvação, quer aquelle seja escripto pelo testador, quer por outro, quer pelo Tabellião, como pessoa particular, depois da morte do defuncto é aberto extrajudicialmente pelo Parocho, ou outra qualquer pessoa, sem que se publique em juizo, nem se inquirão as testemunhas e se citem os interessados; pois que tal testamento subsiste na fé pública, e sómente se abre para se conhecer a vontade do testador.

É porém conveniente que seja aberto por termo, com testemunhas, perante o Juiz; declarando-se no auto, que o testamento estava cosido e lacrado, e sem vicio algum visivel, pois que esta prova pôde tornar-se necessaria para o defender da arguição de nullidade.

Privata manu testamentum conditum vel a testatore, vel ab extraneo, etc. O testamento por instrumento particular, como por si só não faz prova, deve ser julgado com força d'instrumento público pelo Juiz, precedendo inquirição de testemunhas concordantes na verdade da disposição, com audiencia dos herdeiros ab intestado. Ord. liv. 4. tit. 80. §. 3. *in fin.*

Se algumas das testemunhas são fallecidas, entendemos, que o reconhecimento das suas assignaturas com a do testador, e o depoimento das que restão, abonando a verdade do que contém o escripto, são fundamentos bastantes para o Juiz dar por provada a disposição, no que concordamos com a doutrina do *Dig. Port.* tom. 3. art. 1777., contra Lobão; que pensando d'outro modo, e sendo as testemunhas mortaes, nos parece frustrar a faculdade concedida na Ord. ultimamente cit. Proce-

de a mesma sufficiencia, se as testemunhas reconhecem por verdadeiros os seus signaes, mas por se não lembrarem, nada depõem sobre o que dispoz o testador. Valasc. *Cons.* 183. n. 27.

Cabe repetir neste lugar, que esta necessidade das testemunhas deporem um dia sobre a verdade das disposições do testador é que faz em nossa opinião a necessidade deste testamento lhes ser lido antes da sua assignatura, o que se não dá no testamento público aberto, de que falla o §. *inic.* do cit. tit. 8o.; pois que em quanto a elle não são interrogadas. No que também discordamos de Lobão, que segue igualmente a necessidade da leitura ás testemunhas do testamento aberto público, ainda que reconheçamos a sua conveniencia.

Similia de testamento nuncupativo dicta sunt, etc.

Como o testamento nuncupativo não é também sustentado por fé publica, é facil de conhecer que deve elle do mesmo modo ser reduzido a pública fórma.

As causas porém de redução de testamentos nuncupativos tem hoje um preparo proprio, que lhes dá a *Noviss. Reform. Jud.* art. 309. Principião pela petição ao Juiz Ordinario do lugar onde o testador fez a disposição nuncupativa. Nella se expõe a disposição, o estado do testador, quando a fez; exigencia, que confirma a nossa opinião de tal testamento não valer, se é feito em saude. Diz também a petição que o testador falleceo sem convalescer; quaes as testemunhas, que presenciãõ e assistirão; e conclue requerendo citação dos interessados, para as verem depôr, e seguimento dos termos até final. §. 1.

O Juiz manda proceder á citação; e accusada esta em audiencia, assigna dia para a inquirição. §. 2.

No dia marcado para ella procede-se á inquirição, escrevem-se os depoimentos por extenso, e passada a segunda Audiencia, são os autos remetidos ao Juiz de Direito competente para os julgar a final. Mas se os interessados, *scilicet*, os que, se não fôra a disposição nuncupativa, serião herdeiros necessarios do defuncto, vem com embargos até á segunda Audiencia

depois da inquirição, manda-se juntar aos autos; pois que para os formarem, d'estes se lhes não dá vista. Recebidos pelo Juiz, são contestados até á Audiencia seguinte; não ha réplica, nem tréplica; por isso remetem-se ao Juiz de Direito, para lhes assignar Audiencia de discussão sem intervenção dos Jurados, e julgar a final tanto os embargos, como a redução do testamento. §§. 3., 4., 5., 6. e 7. eod.

Se não ha opposição, decide o Juiz de Direito a causa de redução, sem figura alguma de Juizo, logo depois da segunda Audiencia depois da inquirição das testemunhas, quando elle as inquire; ou logo depois que a recebe do Juiz Ordinario, quando este a prepara. Havendo opposição, é a causa julgada em Audiencia Geral, e da sentença final pôde appellar-se para a Relação com ambos os effeitos, cit. *Reform.* art. 333.

Prepara-se e julga-se do mesmo modo a causa de redução a pública fórma do testamento escripto particular; pois não ha razão alguma para n'ella se distinguir do que é nuncapativo.

Neque illud in scriptum mutatur, etc. Ainda que a redução dá fé pública ao testamento nuncapativo, cujas disposições ficão escriptas nos autos, não perde elle a qualidade e nome primitivo, que lhe resulta da fórma, que lhe deo o testador.

Quo tempore testamentum apertendum, etc. Termina o A. o assumpto, em que estamos, advertindo, primeiramente na nota, que não marcão as nossas leis, mas sim as Romanas, o tempo, em que depois da morte do testador deve o testamento ser aberto para a sua redução. Se os conjunctos ou interessados na herança estão presentes no lugar, em que o testador falleceo, deve o testamento abrir-se dentro de tres até seis dias depois da morte; se ausentes, dá-se o mesmo praso, que decorre do dia da sua volta ou presença. Paulo *lib. 4. sententiarum* tit. 6. §. 3.

Não podem elles porém ser obrigados á publicação do testamento dentro do praso de nove dias desde a morte do defuncto, pois que para nada neste tempo podem ser chamados a Juizo, *Novell.* 115. cap. 5. §. 1.;

com o que concorda a *Noviss. Reform. Jud.* art. 200.} determinando, que ninguem possa ser citado no dia do fallecimento de pai, mãe, marido, mulher, filho ou filha, avós ou irmão, nem nos oito dias seguintes, vivendo na mesma casa, em que aconteceu o obito; o que importa, em relação a taes pessoas, os mesmos dias de nojo dos Romanos.

Nas palavras: *Quod quamvis publicatio* e seguintes adverte o Sr. Paschoal finalmente, que ainda que a redução a pública fórma dá força e fé pública ao testamento particular, nem por isso a demora ou falta da redução invalida por si o testamento, antes a validade se presume, em quanto evidentemente se lhe não prova vicio, que lhe tire o effeito segundo as leis. E isto até mesmo quando todas as testemunhas tem morrido, e não podem por isso reconhecer suas assignaturas, nem depôr sobre a verdade da disposição do testador; o que tambem é supprido por duas d'ellas, quando as outras fallecêrão; pois que o fazer um testamento legal, o qual requer de necessidade o numero completo das testemunhas, é cousa mui differente de provar um testamento já feito. Boehm. no tit. *Qui testam. fac. poss.* §. 36.

Já notámos que Lobão, *Notas* a este lugar do A., segue doutrina contraria: nós porém adoptamos o supprimento das testemunhas mortas pelas vivas, e ainda quando todas mortas, a presumpção da validade do testamento particular escripto, em quanto com plena prova se não convence de falso; d'outra sorte, e supposta a mortalidade dos homens, tiraria a lei com uma das mãos o que com outra concede.

*Que pessoas podem ser testemunhas na disposição
por testamento.*

§. II. *In testamento testes esse possunt quicumque expresse non sunt prohibiti.* Fallando da fórma, que se deve observar nas differentes especies de testamento ordinario, vimos que n'ella entrão testemunhas, qual

o seu numero, e quaes as funcções, que exercitão ; examina aqui o A., que qualidades ellas devem ter. Para isto estabelece a regra geral, que todas as pessoas podem ser testemunhas instrumentaes testamentarias, quando não são expressamente prohibidas. Não carece esta regra de demonstração, pois sabemos que a liberdade civil auctoriza aos actos permittidos pelas leis ; e são taes os que ellas nos não prohibem. Mas da Regra exposta deduz-se outra, que não é menos importante, e é que a incapacidade das testemunhas empregadas n'um testamento não se presume, pois que em regra todos são aptos para isso ; o que faz, que o herdeiro legitimo, que se funda na incapacidade daquellas, é obrigado a proval-a.

Como porém ha causas desta incapacidade, que não existem naturalmente, como outras, mas que vem com o tempo ou se adquirem, ha outro principio ou regra fundamental nesta relação, e é que na apreciação da incapacidade da testemunha instrumental deve attende-se ao tempo, em que foi feito o testamento, de sorte que, se o impedimento resulta d'uma mudança de estado, que acontece depois, a disposição do testador nada perde de sua força : *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarint, non mortis tempore*, L. 22. §. D. *qui testam. facer. poss.*

É finalmente regra notavel neste assumpto, que a capacidade putativa das testemunhas tem o mesmo effeito, que a capacidade real.

Prohibentur autem, etc. Refere o A. as pessoas prohibidas : mas como em nossa opinião a sua relação não é exacta, accrescentaremos aquellas, que julgamos omitidas ; e taes são primeiramente os estrangeiros não naturalizados entre nós. É verdade que a nossa Ord. liv. 4. tit. 85. os não refere como incapazes ; mas a importancia civil das disposições testamentarias nos parece excluil-os. Accresce, que a omissão da lei Patris é subsidiariamente supprida : *Eamque rogatis testibua septem numero, civibus Romanis, puberibus omnibus simul offerre signandam, et subscribendam*, L. 21. C. *de testam.* Concorda o *Cod. Civ. de França* art. 980. Entendemos

porém ser bastante a qualidade de cidadão passivo, isto é, com gozo de seus direitos civis, não obstante não exercer os politicos; e com o mesmo se satisfaz o *Cod. cit.* — *jouissant des droits civils*, palavras, que segundo o systema desta legislação importão na testemunha o requisito de Francez, ainda que lhe falte o de Cidadão Francez.

Mulieres, etc. A *Ord. cit.* do liv. 4. tit. 85. *pr.* exclue em regra as mulheres de serem testemunhas testamentarias, bem que por excepção as admite, quando puberes, no testamento nuncupativo, concordante com a do mesmo liv. tit. 80. §. ult.

As mulheres forão entre os Romanos admittidas como testemunhas judiciaes, ainda mesmo nos crimes, mas não nos testamentos: *Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit: alias autem posse testem esse mulierem, argumento est Lex Julia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat*, L. 20. §. 6. D. *qui testam. facere possint*. Decide o mesmo o §. 6. *Instit. de testam. ordinand.*; pois que não podião ellas tomar parte nos actos públicos e solemnes, como era o testamento.

O Sr. Corrêa Telles no *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1806. tem por bom admittir as mulheres puberes a testemunhas, não só do nuncupativo, mas de todos os testamentos, sabendo ellas ler e escrever, com as vistas de as excitar a terem esta instrucção. Outros meios se podem, em nosso entender, adoptar, e ainda mais proficuos e seguros para as excitar a isso, lisonjeando-lhes prudentemente a vaidade. As testemunhas dos testamentos devem ter uma firmeza, que resista á seducção, e além disto ser capazes d'uma attenção demorada, o que não é commum nas mulheres. Esta é a razão solida, por que os Romanos as excluírão; e tanto, que as pessoas, em que se julgava acharem-se reunidos ambos os sexos, dominando o feminino, estavam nesta razão. O *Cod. Civ. de França* conserva a disposição da virilidade nas testemunhas testamentarias pelo nome *mâles*, que emprega no cit. art. 980.

Impubes. O Direito Romano, como já vimos na

L. 2. C. de testam., exclue de testemunhas testamentarias os impuberes, exigindo-as todas puberes, *puberibus omnibus*, o que se conserva no cit. §. 6. *Instit. de testam. ordinand.*, conforme á nossa Ord. cit. liv. 4. tit. 85., que requer expressamente nos varões os quatorze annos passados. Mas emquanto aos menores, ainda que puberes, pensamos seria providencia mais conveniente não os admittir: a menoridade não confere as qualidades, que acabamos de exigir nas testemunhas testamentarias; achamos por isso melhor a legislação Franceza, que requer n'ellas não só a virilidade, mas a maioridade, ou os vinte e um annos cumpridos, cit. art.

Outra qualidade muito essencialmente requerida nas testemunhas, de que fallamos, é o terem todos os órgãos e meios proprios para poderem instruir-se e convencer-se do que faz o testador. D'onde procedem duas consequencias: primeira que os furiosos e insensatos são necessariamente excluidos, excepto nos intervallos lucidos, que podem ter, o que dispõe a L. 20. §. 4. *D. qui testam. facer. poss.*: a segunda é que os surdos, os mudos e os cegos não podem servir de testemunhas testamentarias, como decide o §. 6. *Instit. de testam. ordinand.*, e as LL. 9. e 21. *C. de testam.* A doutrina destas duas consequencias é recebida na nossa Ord. cit.

Não se achão porém iguaes disposições no *Cod. Civ.* de França; mas é indubitavel que ellas se contém no seu espirito, como ligadas com a natureza das cousas. O fim das leis, adoptando as testemunhas testamentarias, não é mais do que evitar todas as surpresas, prevenir todas as suggestões, e garantir a observancia exacta de todas as formalidades, que procurão o mesmo resultado. Logo é essencialmente preciso que a testemunha veja o testador, que o ouça, e que entenda o que elle diz: assim um cego, um surdo, um demente não pode servir para testemunha no testamento.

Prodigus. As pessoas interdictas da administração de seus bens por causa de prodigalidade não são tidas em Direito nem como habeis para testar, nem como proprias para testemunhas nos testamentos. *Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque*

testamenti factionem habeat, decide a L. 18. D. *quī testam. fac. poss.*, concordante com o §. 6. *Instit. de testam. ordinand.*, e se acha expresso na cit. Ord. liv. 4. tit. 85. §. *inic.*

Procede o mesmo nos infames, que o A. não menciona, nem aquella Ord., mas viciosos para testemunhas judiciaes o são para testamentarias, cit. §. 6. *Instit. de testam. ordinand.*, concordante com a L. 18. §. 1., e L. 20. §. 5. D. *quī testam. fac. poss.*, LL. 14. e 15. D. *de testib.*, e L. 6. §. 1. D. *ad legem Jul. de adulter.*

Heres scriptus, vel nuncupatus, etc. Uma das qualidades, que se deve dar em toda e qualquer testemunha, consiste em não ser suspeita: e por isso é que se não pôde ser testemunha em causa propria; principio, este que justamente levou as leis Romanas a prohibir que o herdeiro escripto ou nuncupativo, seja testemunha no testamento, que o institue. O mesmo se dá em quanto ao pai no testamento, que institue o filho, que está sob seu poder; assim como nos filhos não emancipados para o testamento do pai, e nos irmãos do herdeiro instituído, que estão, como elle, sujeitos ao poder patrio. É o que se acha decidido no §. 10. *Instit. de testam. ordinand.*, e inteiramente adoptado pela nossa cit. Ord. no §. 1., lugares ambos, onde o legatario é expressamente exceptuado para poder ser testemunha no testamento, que lhe deixa o legado; bem como o podem ser as pessoas, que estão debaixo do seu poder.

Como o fundamento da suspeição, ultimamente referida, está no vinculo ou união especial, que estabelece o poder patrio, é evidente, que a mãe pôde ser testemunha no testamento oral em que o filho é instituído, bem como os avós, irmãos emancipados, e os domesticos; nem a nossa Ord. os exclue, bem como não exclue, mas antes expressamente admite o legatario, o que entendemos deste, quando o é de cousas singulares, alias será suspeito na mesma razão do herdeiro. Concorda o *Dig. Portug.* tom 3. art. 1808.

Antes de passarmos a outro ponto, occorre-nos notar, que não é exacta a opinião dos AA., segundo

a qual o que é inhabil para testemunha judicial por virtude das relações pessoaes, é em virtude destas incapaz de o ser instrumental. Para se não acceitar tal doutrina, não é preciso mais do que saber que o pai pôde, segundo Direito, ser testemunha no testamento, em que seu filho emancipado é instituido herdeiro, mas não pôde depôr em juizo em favor ou contra elle: *Testis idoneus pater filio, aut filius patri non est.* LL. 6. e 9. D. de testib. É igualmente notavel, que nenhuma lei exija expressamente na testemunha a qualidade de conhecida; mas a simples razão basta para reputar esta qualidade essencial. Como se pôde decidir se a testemunha é capaz ou incapaz, se ella não é conhecida? É pois esta qualidade virtualmente recommendada e exigida pelas leis, que determinão as differentes causas d'incapacidade.

Eodem jure et eadem Ordinatione testimonio in testamentis vel maxime arcentur servi, nisi vulgi opinione pro liberis habiti sint: non quod error communis jus faciat, etc. Os escravos forão inhabeis entre os Romanos para serem testemunhas nos testamentos, cit. §. 6. Instit. de testam. ordinand.; o que passou para nós, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 85. pr. Mas dispõe esta Ord., que se um foi testemunha, sendo reputado livre, apparecendo depois escravo, não deixa o testamento de valer: e diz o A., que esta disposição attende á ignorancia provavel do facto, nasce da equidade em virtude da boa fé, e não tem por base o principio, que o erro commun dá direito — *error communis jus facit.*

Esta doutrina do A. na sua nota obriga-nos ao desenvolvimento d'uma das regras geraes, deixada na introduccão a este §., que a capacidade putativa das testemunhas testamentarias equival á real.

A maxima — *error communis jus facit* — é fundada pelos DD. no celebre texto do Direito Romano, a L. *Barbarius* 3. D. de officio praetorum: que lida sómente pôde levar-nos a concluir, que o erro commun valida actos feitos por pessoas incapazes, mas em exercicio de funcções, que lhe forão conferidas por uma auctoridade competente.

Pois que tractando dos actos de jurisdicção, praticados por um escravo durante a pretura, a que o povo Romano o elevou, ignorando seu estado, e suppondo-o cidadão: decide Ulpiano, que estes actos devião ser mantidos por humanidade, e em favor dos particulares, a quem tocavão; porque o povo Romano, que tinha elevado um escravo áquella dignidade, tambem podia tornal-o capaz d'ella, dando-lhe a liberdade.

Onde não se ~~conclue~~, que o erro commum valida os actos, que se tem feito com uma qualidade apocryphia; mas sim que se um individuo tem sido promovido por auctoridade competente a um emprego, do qual um vicio ignorado o fazia incapaz, o erro commum, nascido do titulo conferido ao individuo, e em razão d'elle desculpavel, é o que valida os actos, que exerceo.

E póde concluir-se d'aqui por ventura, que a capacidade putativa da testemunha suppre a real no testamento? Mr. Toullier tom. 5. n.º 40. diz que sim, e em consequencia da *L. Barbarius Philippus*.

Furgole, *Traité des Testamens*, cap. 3. sect. 1. n.º 7. diz o mesmo, fortificando-se demais com a *L. 3. C. de Senatusconsulto Macedoniano*, e *L. 1. C. de testam.*, e ainda com o §. 7. *Instit. de testam. ordinand.*

Mas a primeira destas leis é tão estranha á questão, como a *L. Barbarius Philippus*. Ella decide sim, que a excepção do Senatusconsulto Macedoniano não póde ser opposta pelo filho-familias maior, que, em pública posse do estado de filho emancipado, recebeu diuheiro por emprestimo d'um, a quem seu verdadeiro estado era desconhecido: mas o motivo desta decisão não consiste em que *error communis jus facit*, porém unicamente em que a excepção, de que fallamos, foi introduzida em odio dos usurarios, em castigo e com applicação aos que emprestavão, conhecendo ou podendo conhecer o estado das pessoas, com quem tractavão; que se não dá, antes falta inteiramente, quando o filho-familias se declara emancipado no acto do emprestimo.

Os outros dous textos, a que recorre Furgole,

tem relação directa com a materia disputada , e a decidem no sentir deste Jurisconsulto , mas para um caso particular.

Um escravo em posse da liberdade , e tido universalmente por cidadão , foi empregado como testemunha testamentaria. O herdeiro legitimo , tendo descoberto o verdadeiro estado da testemunha , pretendeo fundar n'elle a nullidade do testamento. Mas o Imperador Adriano , a quem a difficuldade foi proposta , respondeo ser bastante , para se não disputar a qualidade de válido , o conceito geral da aptidão da testemunha , quando o testamento foi feito: *Testes , servi an liberi fuerint , non in hac causa tractari oportet ; cum eo tempore quo testamentum signabatur , omnium consensu liberorum loco habiti sint , nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit.* L. 1. C. de testam.

Algum tempo depois foi a mesma questão exposta aos Imperadores Antonino e Severo , que derão igual decisão ; e Justiniano lhe deo lugar na Instituta : *Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendū tempore liber existimabatur ; postea autem servus apparuit : tam divus Hadrianus , Catoni , quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt , subvenire se ex sua liberalitate testamento ; ut sic habeatur , ac si , ut oportebat factum esset ; cum eo tempore , quo testamentum signaretur , omnium consensu hic testis loco liberi fuerit ; neque quisquam esset , qui ei status ei quaestionem moveret.* §. 7. Instit. de testam. ordinand.

Esta decisão deve indisputavelmente ser applicada hoje nas nossas Colonias nos testamentos , a que assistirem como testemunhas escravos , mas que passam por livres , achando-se em posse pública da liberdade.

E poderá ella por analogia extender-se a outros casos , como ao testamento , a que assiste um estrangeiro , que se considera geralmente nacional , ou ao em que foi testemunha o condemnado á morte civil , sendo a sentença ignorada ? A unica razão de duvidar está na redacção do §. da Inst. , que vimos , *sua liberalitate* , expressões , que dão o character de benevola á disposição , parecendo por isso que se deve entender com restric-

ção á sua espécie e ás pessoas, que n'ella entrárão, segundo o principio: *Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Mas concedido que os rescriptos dos Imperadores, que nos occupão, se limitárão aos testamentos, que derão causa á questão, Justiniano no cit. §. da Instituta os erigio em regra geral para todos os testamentos, a que assistem, como testemunhas, escravos conceituados geralmente por livres, fundando-se no principio, que a força da mesma razão milita, ou comprehende todos os casos semelhantes: *Cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit.*

Idem omnino dicendum, nec testamentum infirmatur, si impubes, etc. Munidos com os fundamentos postos, não hesitamos em estender com o A., Gouvêa e Cujacio, a validade ao testamento, em que o impubere conceituado de pubere, ou a mulher tida por homem, assistio como testemunha, ou em que teve parte como Tabellião o que por tal é tido geralmente, não o sendo, pois que a mesma e identica razão comprehende estas e outras especies, ás quaes podemos applicar o pensamento mui sabio da L. 12. D. *de legibus*: *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.*

Por tanto a capacidade putativa nas testemunhas val como a real para ter effeito o testamento.

Mas se o erro não é commum ou geral, a incapacidade d'uma ou outra testemunha, por lhe faltarem algumas das qualidades, fará nullo o testamento? Parece que se todas formão o numero legal, e não ha depoimentos contradictorios em quanto á disposição, a capacidade real do maior numero com a putativa do menor, sustentão o testamento, pela maxima — *Utile non vitiat per inutile*, pois não descobrimos razão sufficiente para que esta generalidade se não applique á hypothese.

Se o filho-familias, o Clerigo e o Monge podem ser testemunhas testamentarias.

§. 12. *Nulla autem lege apud nos prohibentur filii-familias, Clerici, vel Monachi in testamento testes esse, vel aliorum testamentum conscribere.* Que o filho-familias não é absolutamente inhabil para ser testemunha testamentaria, é incontestavel, pois não ha lei, que faça dependente a capacidade da testemunha, em tal objecto; da qualidade de ser *sui juris*, ou do livre exercicio de seus direitos: ao contrario é expresso que a sujeição ao poder patrio não constitue incapacidade, tanto, que o filho-familias juntamente com o pai e seus irmãos é validamente testemunha no mesmo testamento: *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utriusque testes in uno testamento fieri possunt*, §. 8. *Instit. de testam. ordinand.*, podendo ainda concorrer quando emancipados, L. 22. *D. qui testam. fac. poss.: Ad testium numerum simul adhiberi possumus ego, et pater, et plures, qui fuimus in ejusdem potestate.* Tambem a Ord. liv. 4. tit. 85. não exige a qualidade de pai de familias na testemunha, approvando assim nesta parte o Direito subsidiario exposto.

Póde por tanto o filho-familias, quando maior de quatorze annos, ser testemunha no testamento, assim como escrevel-o por mandado do testador, e assignar por este a rogo, quando não sabe, ou não póde escrever.

Em quanto ao Clerigo d'ordens sacras e ao noviço antes da profissão, nenhuma razão ha, que os constitua ou constituisse na incapacidade do exercicio de todas ou d'algumas das sobreditas funcções. Em quanto porém ao Monge, discordamos da doutrina do A., ainda que a vejamos seguida por Gouvêa Pinto, e no *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1809.; mas a nossa opinião negativa tem referencia á legislação anterior em quanto ao monachato professado por varões, e com respeito á actual em quanto ás Freiras ou Religiosas.

Antes da extincção dos Conventos dos Monges

entre nós, isto é, das casas, em que vivião em commun homens, que aspiravão á perfeição christãa, e se obrigárão a exercel-a pela profissão, ou emissão solemne dos votos de pobreza, castidade e obediencia, votos, que importavão a morte civil: os actos capazes de produzir effeitos civís, como é a assistencia por testemunha no testamento, practicados por aquelles, nenhum valor civil podião ter. Desatados das relações sociaes, como um defuncto, os negocios civís lhes erão estranhos; não tinhão a menor aptidão ou competencia em taes assumptos; e mortos civilmente os declarou a Lei de 9 de Setembro de 1769. §§. 10. e 11.

O monachato considerado em si mesmo, abstrahindo da Lei cit., em razão do voto de obediencia, não filial, mas servil, que fórma um dos tres elementos da sua essencia, tira o professo d'entre as pessoas: fica elle um escravo, deixou de ser cidadão, e a legislação civil não consentia aos escravos terem assistencia como testemunhas testamentarias, Ord. liv. 4. tit. 85. *pr.* Nem a nossa legislação exorbitou, antes foi confôrme com a natureza verdadeira do monachato, ou renuncia solemne do mundo, que despreza inteiramente por caduco, vão e insidioso para a felicidade da outra vida. Em França houve a mesma legislação na *Ordonnanc.* de 1735. §. 40., citada por Furgole no *Tractado dos testamentos*, e Pothier *Traité des donations testamentaires.*

E poderia o Religioso, absolvido dos votos competentemente, ou pelo poder espiritual reputar-se fóra, ou exceptuado da regra geral exposta? Não (diz Pothier no *Tractado referido cap. 1. §. 3.*): « O poder do Papa, é todo espiritual; e como por isso não se estende ás cousas seculares, não póde restituir-lhe a vida civil, que perdeu. »

Esta questão é hoje sem objecto em quanto aos Monges; não porque os não tenhamos, pois os temos, e taes reputamos, e se devem reputar, os Egressos não secularizados pelo poder competente; mas porque o Decreto de 28 de Maio de 1834, que extinguiu os Con-

ventos dos Monges , e lhes prohibio, como igualmente podia, usar dos habitos antigos, tambem, como podia, os reduzio á qualidade de Clerigos seculares *para os effeitos civis*, qualidade, em que podem ser testemunhas testamentarias, sem offensa dos votos religiosos, que os ligão. O poder civil lhes facultou da sua parte até mesmo o herdarem; o que entendemos elles sómente podem fazer, obtendo do poder proprio, unico competente, a relaxação do voto solemne de pobreza, que lhes obsta, e que não é cousa civil ou temporal.

Assim é tambem nossa opinião, que a Religiosa não póde ainda hoje ser testemunha n'um testamento nuncupativo.

E poderia o Monge escrever anteriormente o testamento a pedido do testador? Sem dúvida, o escrever o testamento não é mais do que ser um instrumento do testador; deste é que tão sómente lhe resultão todos os effeitos civis. Um escravo, um estrangeiro, uma mulher podia escrever o testamento a qualquer Cidadão Romano; mas não podia ser nelle testemunha, pois que esta val por si; os effeitos civis da sua assignatura tem relação directa com a incapacidade ou capacidade inherente á sua mesma pessoa.

Por isso as nossas leis, sem se contradizerem, não tolhêrão ao Monge, nem hoje á Freira, escrever um testamento, que o testador dictar; e sómente para se evitar a suggestão, que nas confissões os Religiosos podião empregar, pelo Alvará de 26 de Março de 1634, declarado pelo de 2 de Março de 1647, e cap. 8. das Côrtes de 1641, e tambem pela Lei de 25 de Junho de 1766. §. 1., que confirmando o direito estabelecido, não foi nesta parte revogada, o legado ou herança deixada ao Mosteiro do escriptor testamentario era nulla, valendo no mais o testamento.

Com as mesmas vistas, a mesma Extravagante de 25 de Junho de 1766 determinou, que o legado ou herança deixada pelo testador aos parentes, dentro do quarto gráo, do Clerigo ou leigo, que lhe escrevesse o testamento, ficaria igualmente sem effeito. Esta Lei porém foi abrogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778;

valendo por isso depois tal legado e herança, se com tudo não houver fraude.

Solemnidades externas ao testamento.

§. 13. *Testium rogatio specialis praecise non requiritur.* Depois do modo de testar nas diferentes especies de testamento ordinario; pois que não é a vontade do testador, explicada de qualquer fórma, que as leis sustentão ou levão a effeito, mas só aquella, que se prova pela maneira, que a torna efficaz; condição sem a qual a disposição não é valida, segundo as leis, que a regulão, além do que é commum a todas as especies de testamento, por um modo proprio de cada uma d'ellas, e as distingue. Occupa-se o Sr. Paschoal neste §. com as solemnidades externas, ou que vestem a disposição testamentaria, sem que entrem na sua constituição, com differença das internas, que entrão n'ella, e que por isso podemos dizer solemnidades visceraes do testamento.

Adverte primeiramente, que por Direito Patrio não pertence áquellas, ou ás externas, a *rogação* das testemunhas; o que não foi assim entre os Romanos, cujo Direito exigia precisamente o seu chamamento especial antecedente: o qual por ventura teve o nome de *rogação*, por isso que as testemunhas como que vierão a substituir o povo Romano, perante quem o testamento era exposto nos primeiros tempos, pedindo-lhe ou rogando-lhe o Pretor lhe dêsse auctoridade, como vimos. *Velitis jubeatis . . . Ita vos, Quirites, rogo.*

Que esta *rogação* das testemunhas, para o testamento, era exigida e indispensavel pelas leis Romanas, se mostra da L. 21. §. 2. D. *qui testamenta fac. poss.*, cuja sentença é: *In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos, ad testandum non esse idoneos placeat.*

Entre nós nunca os testamentos forão expostos ao povo; as testemunhas entrão na sua fórma unicamente para prova, cessa o fundamento de toda a idéa comprehendida

prehendida na especial *rogação*, o que faz que as improvisa e fortuitamente encontradas se possam admitir á assistencia do testamento.

Com tudo parece obstar á esta opinião a sentença expressa da Ord. liv. 4. tit. 83. §. 5., que dispendo sobre o testamento do soldado, exige duas testemunhas *chamadas para tal acto*; termos, que contém a *rogação* como circumstancia contraposta á das *achadas ao acaso*, de que falla a lei na segunda disposição.

Esta mesma exigencia porém da *rogação* das testemunhas no testamento do soldado, como singular na especie, confirma a regra geral em contrario de não ser necessaria nas demais, e milita restrictamente pelas razões especiaes, em que assenta a excepção, e vem a ser a inquietação e desassocego d'espírito nos que estão no arraial, ou em marcha para o combate, estado moral, que faz necessaria a *rogação* das testemunhas, para lhes prender a attenção e excitar a reminiscencia no futuro sobre o que ouvirão ao testador.

Requiritur tamen illorum subscriptio. Mas não dispensão as nossas leis a assignatura ou subscrição das testemunhas, a qual consiste tão sómente em cada uma escrever o seu nome, e não sabendo, em formar, segundo é estilo, o signal venerando da santa cruz, *venerabile crucis signum*, sem que seja necessaria a impressão do anel, isto é, do sello com uma figura esculpida, como, além da assignatura, era necessario entre os Romanos, por anel proprio ou emprestado, L. 22. §. 4. D. *qui testam. fac. poss.*, o que foi adoptado na Hespanha, L. 1. tit. 1. *Part. 6.*, mas não entre nós, nem em França e outros povos.

Neque etiam necessaria est subscriptio testatoris, etc. Dispensa-se a assignatura do testador, quando não sabe, ou não póde escrever, caso, em que, como vimos, é sufficiente, que uma testemunha assigne por elle a rogo, declarando junto do seu signal a razão, por que o faz. É com tudo digno de repetir-se, que o testamento cerrado não exige a assignatura do testador, se é feito por sua letra, assim como que se elle sabe escrever, mas não o póde assignar por sua enfermidade, não

póde testar deste modo, como se conclue da Ord. liv. 4. tit. 80. §. 1., na primeira disposição; quando se o tiver assignado, ou o tiver escripto sem assignal-o, e não poder assignar o instrumento da approvação, póde uma testemunha assignar este a rogo d'elle, e se não souber escrever, o escriptor do testamento assigna com validade um e outro,

É terminante nestas disposições a cit. Ord., e é notavel que nenhum dos nossos escriptores nos tenha feito observar todas as differentes especialidades legaes, que aqui se dão, o que tem feito radicar o erro geral de se crer, que sem nullidade outro póde assignar sempre pelo testador, se este não póde fazel-o, pois que esta especie de testamento fica fóra de tal generalidade para o que sabe escrever, e isto por lei clara, que não soffre senão a interpretação, que lhe damos.

Testamentum privata manu factum, etc. Outra solemnidade externa, pois que não entra na disposição testamentaria, mas a reveste ou lhe accede, consiste na leitura d'ella ás testemunhas antes de assignarem; a qual, segundo notámos contra Lobão, sómente é indispensavel no testamento aberto particular.

Et quod dici solet, testamentum uno eodemque contextu, et actu continuo fieri debere, etc. Entre os Romanos, pois que os testamentos antigos forão feitos n'um só contexto nos Comicios populares, isto se conservou posteriormente como solemnidade externa essencial, o que se deprehende não só do §. 3. *Instit. de testam. ordinand.*, mas da L. 21. C. *de testam.*, importando tal contexto não só a unidade do tempo, mas a unidade da acção, *uno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interveniente*. O mesmo explica tambem a L. 21. §. 3. *D. qui testam. fac. poss.*: *Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere*; o que não excluia como alheio qualquer acto, quando elle tinha alguma relação com o testamento: *Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*.

A L. 28. C. *de testam.* declara igualmente common a todos os testamentos o serem concluidos sem

mistura d'outro acto, explicando que tal se não deve considerar, se o testador, ou alguma das testemunhas, se retira por um instante, com motivo rasoavel.

Hoc tamen non ad actum scripturae, cui perficiendae plures dies consumi possunt, etc. Esta solemnidade porém da mesma contextura do testamento, não se deve entre nós entender comprehendendo a escriptura da disposição, ou ligando-a á approvação e assignatura das testemunhas, mas sim ás duas solemnidades referidas, approvação e assignatura; pois cessando entre nós a allusão aos Comicios, póde o testador escrever em differentes dias anteriores a disposição, o que não influe quebra nas providencias legaes, nem dá occasião ás fraudes, que estas procurão evitar.

Donationes, contractus, et reliqui actus, qui externi vocantur, inter testandum celebrari recte possunt, etc. Posta a escrupulosidade Romana em não interromper a acção de testar por algum acto estranho ou externo ao testamento, e que a continuação seguida se deve limitar á formação do instrumento d'approvação; diz o A., que entre nós, sem o testamento se viciar, nem o acto ou actos estranhos, estes se podem ajuntar ou intermediar n'aquelle. Não duvidamos da doutrina, uma vez que não haja confusão, e não faltem as solemnidades já expostas, mas duvidamos da força da prova, ou da base, em que a funda, consistindo em a Ord. liv. 1. tit. 62. §. 7. *in fin.* approvar doações feitas no acto de testar.

Dispõe esta Ord. que os testamenteiros não comprem, nem hebens alguns dos que ficarão por morte dos testadores de quem o forem, sob pena d'os Provedores lhes tirarem em dobro da valia para o residuo: salvo mostrando aquelles, que o defuncto lhes deixou por doação em seu testamento. O sentido natural destas expressões não é que no acto de testar se possam convencionar doações, e na razão d'ellas outros contractos, mas sim que o testamenteiro póde adquirir o que o defuncto lhe deixou em legado no testamento; pois que o legado algumas vezes se diz doação, e tanto, que esta sempre n'elle se comprehende: *Legatum*

est donatio quaedam, a defuncto relicta, ab herede praestanda, §. 1. Instit. de legat.

Et hae praecipuae sunt solemnitates, etc. Conclue que são as que referimos as solemnidades externas principaes, que se empregão na fôrma de testar, ordinaria ou solemne, cuja validade depende de que ellas se observem, tanto, que uma só omittida, torna o testamento nullo. Valasc. tom. 2. Cons 199., Gam. Decis. 45. e 126.

Testamento segundo o Direito Canonico!

§. 14. *Solemnitates autem multas Jus Canonicum remisit, etc.* É facil ter conhecido, que supposto as nossas leis não adoptarão a rogação das testemunhas, e algumas das solemnidades externas do testamento, n'outras se conformarão com o Direito Romano, que nesta parte preferirão ao Canonico, o qual dá ao testamento ordinario uma fôrma muito mais simples, pois que menos solemnidades requer para prova.

Por quanto vê-se no Cap. 10. X. *de testamentis*, que Alexandre III., sobre noticia do Bispo d'Ostia em 1170, de que na sua diocese o testamento se rescindia, quando feito na hora da morte sem a subscrição de cinco ou sete testemunhas, segundo a disposição das leis humanas ou civis, — *secundum quod leges humanae decernunt*: tomando por fundamento o pensamento do cap. 17. do *Deuteronomio* — *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum*, e costume geral da Igreja, estabelece a sentença de que não pôde ser rescindido o testamento feito perante o Parrocho, e duas ou tres testemunhas sem outra alguma formalidade.

Talvez antes das nossas leis testamentarias escriptas, a veneração, com que o Direito Canonico foi considerado, a fizesse algumas vezes observar, dando-se aos testamentos o numero de testemunhas já notado; é porém certo que neste assumpto Affonso V. adoptou para modelo o Direito Civil, como se vê da sua Ord. liv. 4.

tit. 103. §. 6. nas expressões mandamos que valhão assim como se tivessem sete, ou cinco testemunhas, segundo a fórma do Direito Commum; abraçando assim na generalidade das especies este Direito, com o que as Ordd. posteriores se conformarão.

Testamento militar.

§. 15. *Hae vero solemnitates non omnes in testamentis privilegiatis remittuntur.* Depois da fórma e solemnidades externas do testamento ordinario, ou solemne nas suas diferentes especies, tracta o Sr. Paschoal do privilegiado, principiando neste §. pelo testamento militar ou dos soldados, especie mais notavel, que pertence a esta classe de disposições.

O testamento militar foi sempre considerado com favor; e entre os Romanos a sua fórma consistio propriamente em a nenhuma ser sujeito: *Faciant igitur testamenta, quomodo volent: faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.* L. 1. D. de testam. milit.

Em França presidio á legislação o espirito do meio termo entre o favor devido a taes disposições, e o abuso, a que o mesmo daria causa, concedido com excesso, occupando-se deste assumpto a *Ordonnance* de 1735. artts. 27. até 32. incl., o qual no *Cod. Civ.* occupa os artt. 981. até 999. com as seguintes disposições.

O testamento do soldado, e dos individuos empregados no exercito, val approved por um official superior do esquadrão ou batalhão, ou por dous ou um só commissario de guerra, com assistencia de duas testemunhas. Se o testador está ferido ou doente, o official superior de saude, assistido do commandante militar, que tem a cargo a policia do hospital, toma a sua disposição: providencias, que tem lugar unicamente em favor dos individuos, que se achão em expedição, ou em quartel e guarnição fóra do territorio Francez, ou prisioneiros do inimigo; das quaes se não podem aproveitar os que se achão no interior do mesmo territorio,

salvo se estiverem n'uma praça sitiada, cidadella, ou outros lugares, cujas portas estiverem fechadas, e com as communicações interrompidas por causa de guerra aberta.

O testamento feito em taes circumstancias deve ser assignado pelo testador, e pelo que o approva; e no caso, em que duas testemunhas são precisas, deve ao menos uma d'ellas assignar, declarando que a outra não assigna, por não saber. Se o testador não sabe, ou não pôde escrever, menciona-se esta circumstancia.

O testamento assim feito, fica nullo seis mezes depois que o testador goza de liberdade, ou se acha em lugar, que lhe permite empregar as fórmulas ordinarias e communs.

A nossa legislação porém propende para o excesso de favor; por quanto o soldado, que marcha em expedição, ou se acha em campanha, faz testamento ou por escripto, ou de viva voz perante duas testemunhas rogadas, ainda que ambas sejam mulheres, Ord. liv. 4. tit. 83. §. 5., na primeira disposição. Se está no conflicto, a sua vontade enunciada de qualquer modo, perante taes testemunhas, ainda que casualmente encontradas, val como testamento, cit. §. na segunda disposição.

O filho de familias militar, maior de quatorze annos, nas mesmas circumstancias, pôde testar do mesmo modo em quanto aos bens castrenses ou quasi taes, cit. Ord. §. 1. E do mesmo modo também testão os empregados civis do exercito, cujo testamento porém carece de effeito, se sobrevivem á guerra, §. 8. *eod.* Mas o do soldado tem effeito, não só morrendo na guerra, mas dentro d'um anno depois que d'ella é despedido com baixa honesta, §. 6. *ibid.*

O testamento do soldado porém, que não é feito em campanha, expedição, ou conflicto, deve ter as mesmas formalidades communs a todos os cidadãos, §. 9. tit. cit.

É certo que o fundamento da dispensa nas solemnidades testamentarias concedida, aos soldados, tem fundamento no perigo dos combates, como diz o A. na nota: e tanto é a este que a lei attende, que cessan-

do elle, deve o testamento ser feito com a fórma ordinaria; donde vem que o privilegio neste ponto não se pôde ampliar aos Cavalleiros das Ordens Militares, nem aos Doutores e Clerigos, que seguindo a milicia togada estão isentos dos combates. Aproveita com tudo aos Auditores e Capellães Regimentaes, nas circumstancias em que o §. 8. da cit. Ord. o concede a todas as pessoas.

Concordando nós facilmente com a doutrina do A. até aqui exposta, não é assim em quanto á opinião, que apparece na nota, de ser este direito particular nascido antes de odio, do que de favor para com os militares. Por quanto não costumão os Portuguezes perturbar-se com excesso nas peijas, nem os perigos da guerra os intimidão a ponto de perderem a razão e dispõem mal de seus bens. As leis não os põem na necessidade de testar; dão-lhes esta faculdade, e facilitão-lhes o exercicio por favor, e não por odio, como se vê bem expresso no §. *inic.* do tit. cit. da Ord., em que tem assento esta materia. As mesmas vistas de favor tiverão os Gregos, que primeiramente concedêrão este privilegio aos soldados; e dos Gregos o adoptou igualmente por favor Julio Cesar para os Romanos, conservando-o Tito, Domiciano e os seguintes Imperadores. Outro tanto e com as mesmas vistas tem feito as nações cultas, como já notamos fez a França, e acontece na Prussia, declarando-o no art. 177. e segg. do tit. 2. do seu Codigo, etc.

Outros testamentos privilegiados.

§. 16. *Testamentum parentis, inter liberos eosque solos testantis, etc.* O testamento dos pais, d'um e outro sexo, sómente a favor dos filhos, foi privilegiado, ou dispensado das solemnidades ordinarias entre os Romanos: *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi,*

sed liberis adcrecere. L. 21. §. 1. C. *de testam.*, Authentica *Quod sine*, eod., e Novell. 107. cap. 1., o que procedia sem testemunhas, sendo o testamento escripto pelo testador, e com duas, sendo oral ou por outra pessoa escripto, sem mais alguma solemnidade.

As nossas leis não mencionão particularmente, como se requeria, esta especie de testamento, privilegiando-o; o que o A. reconhece, não obstante querer que elle tenha entre nós tal qualidade: *Illius tamen leges nostrae mentionem nullam faciunt.*

Esta opinião do A. é conforme com a d'alguns dos Praxistas, sustentando-a com a Ord. liv. 3. tit. 59. §. 11., que dispondo poderem provar-se por duas testemunhas os contractos entre pais e filhos e parentes, quando entre estranhos é necessaria escriptura pública, os leva por analogia a crer bastantes duas testemunhas para se provarem as disposições *causa mortis*.

No *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1819. o testamento, de que fallamos, deve ter as solemnidades ordinarias; opinião, que adoptamos: por quanto não fazem as nossas leis menção deste testamento; os privilegios entendem-se restrictos aos casos para que são concedidos; logo o silencio d'aquellas sobre esta especie a comprehende na generalidade das disposições da Ord. liv. 4. tit. 80., dando-lhe a natureza ordinaria.

In testamento rure facto sufficiunt tres testes, etc. O testamento rural, isto é, feito no campo, ou lugar despovoado não requeria entre os Romanos, para ser válido, mais do que cinco testemunhas, quando seto erão indispensaveis nas cidades. O A. e outros querem que este testamento entre nós valha com tres testemunhas sómente, o que dispõe a Ord. Affons. liv. 4. tit. 103. §. 4.

Argumentão com a Ord. liv. 4. tit. 86., que legislando sobre os codicillos, manda tenham quatro testemunhas, quando feitos nas cidades e lugares povoados, e no §. 2., em quanto aos lugares de pequena povoação, exige apenas tres: o que dizem deve proceder do mesmo modo nos testamentos feitos em taes lugares.

Milita contra esta opinião igualmente o silencio das leis em quanto á concessão do privilegio ; além de que , sendo o codicillo menos solenne que o testamento , não pôde a lei satisfazer-se para este com o mesmo numero de testemunhas , que requer naquelle : logo deve ter o testamento rural as cinco , ou o mesmo numero de testemunhas , que os outros testamentos .

Idem testium numerus sufficere videtur in testamento tempore pestis facto ; etc. Depois do testamento rural , que o A. com outros considera privilegiado , prosegue com a opinião de serem tambem bastantes tres testemunhae para o que é feito em tempo de peste , sem que seja necessaria a concorrência simultanea das mesmas para a subscrição , L. 8. C. *de testam.* O que obriga a concluir , que o testamento feito em tempo de peste fórma excepção para menos , em quanto ás solemnidades externas , ou que é uma especie de disposição privilegiada .

Parece , por um lado , que longe de se dispensarem as solemnidades testamentarias , o seu rigor deve ser observado com tanto mais escrupulo , quanto é certo que o enfermo desta molestia terrivel se acha ordinariamente n'uma especie d'abandono , entregue á mercê de duas pessoas , quando muito , as quaes facilmente se podem aproveitar do terror extraordinario , que causa tal flagello , para dirigir aquelle por impressões a seu arbitrio .

Por outro lado tal abandono e situação horrorosa parecem exigir se abrande a regidez , não sujeitando o testamento durante a peste ás solemnidades communs . Seguirão os Romanos um methodo , ou fórma mixta destas idéas oppostas , que , quanto foi possivel , conciliarão . Não se contentarão com as tres testemunhas da opinião do A. ; conservarão o mesmo numero , a mesma fórma e requisitos , dispensando com tudo na convocação d'aquellas simultaneamente , ou no mesmo instante ; podendo uma depois da outra comparecer para ougir a disposição do testador , sendo nuncupativo o testamento , ou para o assignar , sendo mystico : *Casus majoris ac novi contingentis ratione , adversus timorem*

contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.
L. 8. C. de testam.

Nenhuma menção fazem deste testamento as nossas leis. Alguns Praxistas o hão adoptado; e não obstante a cit. Lei do C. apenas reduzir o privilegio á dispensa da unidade do contexto, elles inculcão sufficientes tres testemunhas. Deos afasta por sua infinita misericordia do nosso Reino e dominios este raio da sua divina justiça, que obriga a ter por válido tal testamento, como pede a equidade, e se acha recebido nas nações cultas.

Pelo *Cod.* da Prussia tom. 1. p. 1. tit. 12. art. 198. os que se achão em risco de molestia contagiosa testão militarmente: o *Cod. Civ.* de França artt. 955. até 998. o adopta, approvado ou pelo Juiz de Paz, ou por um official do municipio, presentes duas testemunhas; disposição que tem lugar tanto nos effectivamente enfermos, como nos que existem nos lugares infectados, ainda que não doentes actualmente. Seis mezes depois do lugar se achar communicavel, tal testamento fica nullo; o que acontece tambem seis mezes depois que se mudar para lugar communicavel, o que testou por aquelle modo. Estes testamentos são assignados pelo testador, e pelo Juiz ou official, que o recebe ou approva. Quando as testemunhas são necessarias, ao menos uma d'ellas deve assignar, declarando a causa, por que a outra não assigna; se o testador, ou não sabe ou não póde assignar, isto mesmo se declara.

Não menciona o Sr. Paschoal neste §. o testamento maritimo, que vem aqui a proposito, como privilegiado, especie, que, omissa na nossa legislação, dá occasião ao preceito do §. 9. da Lei de 18 d'Agosto de 1769, que nos assumptos maritimos manda recorrer ás leis das Nações cultas e Christãas.

Silva Lisboa *Direit. Mercant.* tom. 6. cap. 25., Gouvêa

Pint. *Tract. dos testamentos e successões* cap. 7., e o Sr. Corrêa Telles *Dig. Portug.* tom. 3. artt. 1815., 1816. e 1817., chamão, em quanto ao testamento marítimo, á observancia a *Ordenança da Marinha Franceza* do mez d'Agosto de 1681, no reinado de Luiz XIV.; mas não ha razão para com ella nos contentarmos, quando posteriormente temos da mesma Nação jurisprudencia mais ampla e completa. É o *Cod. Civ.* desde o art. 988. até 998. com as seguintes disposições:

« Os testamentos feitos sobre o mar, durante o curso de viagem, podem ser recebidos ou approved, a saber:

« A bordo dos navios ou outras embarcações do Rei, ou de guerra, pelo official commandante do navio; na sua falta por quem faz as suas vezes na ordem do serviço, um ou outro conjunctamente com o official da administração, ou com quem faz suas funções.

« A bordo dos navios de commercio ou mercantes, pelo escrivão do navio, ou por quem exerce o seu officio, um e outro conjunctamente com o mestre ou patrão, e em sua falta, pelo substituto.

« Sempre estes testamentos serão recebidos ou approved em presença de duas testemunhas.

« Nos navios de guerra o testamento do commandante e o do official da administração, e nos de commercio, o do capitão, do mestre ou patrão, e o do escrivão, podem ser recebidos por aquelles, que lhes são immediatos na ordem do serviço, conformando-se no mais com a disposição antecedente.

« Sempre se formará em duplicado o original dos testamentos referidos.

« Se o navio aborda a porto estrangeiro, onde se acha consul nacional, os que recebêrão o testamento, devem depositar um dos originaes, fechado e sellado, nas mãos do dito consul, que o remette ao Ministro da Marinha, o qual o faz depositar na Secretaria da Justiça de paz do lugar do domicilio do testador.

« Na volta do navio ao porto nacional, ambos os originaes, se existem, ou o que resta, é entregue á Auctoridade superior do porto, que os remette sem demora

ao Ministro da Marinha, o qual ordena o seu deposito, como ficou disposto.

« No livro de registo do navio se faz menção, á margem, do nome do testador, da entrega, que se fez dos originaes do testamento, tanto ao consul como na chegada ao porto nacional.

« O testamento não será reputado marítimo, ainda que seja feito durante a viagem, se no tempo, em que foi feito, o navio abordou a terra nacional ou estrangeira, onde houvesse um empregado público da nação; caso, em que o testamento não é válido, senão feito com as solemnidades communs, ou conforme as usadas no paiz, em que é feito.

« As disposições antecedentes são communs aos simples passageiros, que não fazem parte, ou não pertencem á equipagem.

« O testamento feito no mar, na fórma primeiramente prescripta, não é válido, senão morrendo o testador embarcado, ou tres mezes depois que desce a terra, ou a lugar, onde o póde reformar com as solemnidades ordinarias.

« O testamento feito no mar não póde conter disposição alguma em proveito dos officiaes do navio, se não são parentes do testador.

« Se o testador não póde assignar o testamento, faz-se declaração disto mesmo, e da causa, por que não assigna. Nos casos, em que as duas testemunhas se requerem, ao mesmos uma deve assignar, declarando-se a causa, por que a outra não assigna.»

Testamento para fins pios.

§. 17. *Pium, quod vocant, testamentum, etc.* Examinadas as differentes especies de testamento menos soleme ou privilegiado, lembra o A. neste §. o *ad pias causas*; isto é, o que contém disposições a bem de Mosteiros, Confrarias, Hospitaes, pobres, Igrejas, etc.

Este testamento em si não foi certamente tão desconhecido das leis Romanas, como Gouvêa Pinto affirma: ellas o conhecêrão e mencionão, dando-lhe

validade, quando feito em fôrma, ou com as solemnidades communs: *Quod tamen alia omni juris ratione munitum sit*, segundo a expressão da L. 13. C. *de sacros. Eccles.*; mas não o privilegiarão, antes na Lei cit. a observancia de todas as solemnidades é condição, de que depende o seu effeito. Por tanto conhecêrão indubitavelmente as leis Romanas as disposições por ultima vontade para fins pios, derão-lhe até mesmo efficacia, mas não favor algum especial.

Esta maneira de proceder da Jurisprudencia Romana, mettendo nas regras communs o testamento pio, foi seguida pelos nossos legisladores, que não o exceptuáram expressamente, como era mister para o privilegiarem. Nem os nossos costumes recebêrão, no silencio das leis, as especialidades do Direito Canonico, segundo as quaes não só este, mas todo e qualquer testamento tem effeito, quando a vontade do testador se conhece, bastando para a provar, se ha dúbida, a fé de duas ou tres testemunhas, como se conclue do Cap. 11. X. *de testament.*, onde Alexandre III., referindo-se aos Canones anteriores, não faz dependente das testemunhas, como fôrma, a validade do testamento, mas unicamente como prova, se a vontade do testador não consta d'outra maneira. O que entendemos dever declarar, por isso que da redacção que o Sr. Paschoal observa nas duas linhas finaes do §., e da commun interpretação ao referido rescripto de Alexandre III., nasce a opinião, falsa em nosso entender, de que o testamento segundo os Canones necessita, para ser válido de duas ou tres testemunhas; quando elle val sem nenhuma, se não ha dúbida sobre a vontade do testador.

Mas como em materia temporal, qual a testamentaria, o Direito Canonico depende da acceitação das nações: *Jus Canonicum in materia temporalí, qualis est testamentaria, non valet, nisi quatenus receptum est*; segue-se, que não nos pôde dar fundamento para termos como menos solenne o testamento pio.

Testamento entre os conjuges , ou de mão commum.

§. 18. *Conjugum inter se testamentum, vel aliorum de manu communi, ut loquuntur, factum, etc.* Por occasião dos testamentos privilegiados nega o A. esta qualidade aos testamentos conjunctivos, ou de mão commum, em que duas ou mais pessoas testão em seu mutuo favor.

Não mencionão as nossas leis esta especie de testamento; e o *Cod. Civ. de França* art. 968. prohibe expressamente e sem uma só excepção, que duas ou mais pessoas testem no mesmo acto, quer em proveito d'um terceiro, quer a titulo de disposição reciproca ou mutua.

O costume porém o tem adoptado entre os conjuges principalmente; mas não fallando d'elle as nossas leis, não póde fazer excepção nas solemnidades communs, ou ser privilegiado. Tem por tanto a unica singularidade, em quanto aos dous conjuges, de conter essencialmente em si dous testamentos, para os quaes se empregão as mesmas testemunhas; o que por ventura é a razão de se chamar testamento *de mão commum*, pois que cada uma faz por sua mão a assignatura commum a ambos os testamentos, em quanto as assignaturas dos testadores não tem referencia commum, mas sim restricta á disposição da pessoa, a que cada uma d'ellas pertence.

Parece-nos que este uso entre os conjuges é pouco confôrme com a liberdade de testar, e complica a jurisprudencia, quando as disposições mutuas não são absolutas, ou restrictas ao favor do sobrevivente, tendo para com este a natureza fideicommissaria; pois que gera a collisão de faltar á boa fé, se revoga a disposição, ou de não testar, se não póde revogal-a, por isso que o testamento é por natureza revogavel até á morte. Estes motivos determinarão talvez os legisladores Francezes a prohibir as disposições conjunctivas, mantendo no cit. art. 968. a regra da *ordonnance* de 1734 art. 77., que já as tinha prohibido. Voltaremos em outro lugar a este objecto.

Mas introduzido pela pratica o testamento de mão commum, e notado que exige todas as solemnidades, com a singularidade unica de ser feito no mesmo escripto: é certo que o instrumento da approvação deve ser lavrado e concluido perante os conjuges ambos, fazendo cada um as devidas e antecedentemente advertidas declarações, e assignando ambos com o tabellião e testemunhas.

Solemnidades internas do testamento.

§. 19. *Internae testamenti solemnitates petendae potissimum sunt et a persona testatoris, et a testandi modo.* Depois das solemnidades externas, que vestem ou accedem á disposição testamentaria para sua validade, e de notarmos que são d'ellas exceptuados entre nós o testamento militar, o maritimo, e o que é feito durante a peste ou no tempo do contagio, refere o A. neste §. as solemnidades internas, isto é, os requisitos visceraes da disposição, que constituem a substancia do testamento, sem os quaes este se não daria, ainda mesmo que se observassem todas as formalidades legaes, exigidas para a prova da vontade d'um testador, ou que nós chamamos solemnidades externas; pois que não recaião sobre a disposição para depois da morte, e revogavel até esta, no que consiste a substancia do testamento.

Estes requisitos ou solemnidades internas e visceraes, tem umas o fundamento na pessoa do testador, outras fundão-se na mesma disposição. São aquellas: 1.º a integridade e firmeza de juizo, *mentis integritas*, não obstante a enfermidade do corpo, *non corporis*; 2.º a plena liberdade do testador, *plena libertas*; 3.º a sua fruição dos direitos civís, *capacitas civilis*.

As solemnidades internas, que tem o segundo fundamento, são a instituição d'herdeiro, *institutio heredis*, ou a sua desherdação expressa e motivada, se é filho, *vel exhereditio*; ainda que esta se não deduz da essencia do testamento, mas da disposição ou do preceito da lei.

Expostos os requisitos, não para se provar, repeti-

mos, mas para existir testamento, passa o A. ao exame do Direito em quanto a elles.

Do furioso e outros, a quem não é permittido testar.

§. 20. *Quia vero in testatore mentis integritas requiritur*, etc. De ser a saude ou integridade do juizo indispensavel para existir testamento, pois que é este a manifestação da vontade, que sem aquelle se não dá: é evidente, que o furioso e mentecapto não tem a facção testamentaria; o que procede, ainda que não tenham sido interdictos pelo Juiz, pois que não é a auctoridade do Magistrado, mas a natureza que estabelece a sua incapacidade. Na mesma razão, e pelo mesmo fundamento, está o impubere: uns perderão o juizo; o outro ainda não o teve: *Testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi, quia mente carent.* §. 1. *Instit. quibus non est permittum facere testamentum.*

Mas o prodigo não perde esta faculdade, senão depois que a sentença o priva da administração: *Prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed hoc quidem, quod ante fecerat, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum est.*

Secus minores, etiam sine curatore. Não é o mesmo no menor; pois que o varão aos quatorze annos, e a femea aos doze podem testar segundo o nosso Direito, conforme com o Romano, eujos principios são, que nesta idade as pessoas tem capacidade em quanto a si, e por isso lhes conferem a faculdade testamentaria, e a isenção da tutela: com o que se não confôrma o *Cod. Civ. de França*, pois não concede o testamento antes dos dezeseis annos nos termos do art. 904.

E se o testamento é feito antes da puberdade, será valido, se o testador lhe sobrevive, ou a passa, e o não revoga? Ha disposições terminantes e expressas em contrario, segundo as quaes tambem não convalesce o que fez o furioso, se recupera a saude: *Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, et decesserit*, §. 1. *Instit. quibus non est permittum.*

permiss. fac. testam., concordante com a L. 13. D. *quii testam. fac. poss.*, e L. 1. §. 8. D. *de bonor. possess. secundum tabul.*

Valet tamen testamentum furiosi conditum tempore, quo furor intermissus est; de quo si dubitetur, et proferatur testamentum bene ordinatum, etc. A' regra, que liga com a alienação d'espírito a incapacidade de testar, dá a Ord. liv. 4. tit. 81. §. *inic.* por excepção o testamento feito na intermittencia, ou no intervallo do furor e da loucura, em concordancia com a L. 9. C. *qui testam. fac. poss.*, a qual Justiniano, seu auctor, substanciou no §. 1. tit. 12. liv. 2. da Instit.: *Testamenta facere non possunt impuberes . . . Item nec furiosi; quia mente carent . . . Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur.*

Cumpre ver o que nesta relação se entende por intermittencia, ou intervallo lucido. Este não consiste n'uma tranquillidade ligeira e rapida, ou n'uma sombra de repouso, *inumbata quies*, como se explica a L. 18. §. 1. D. *de acquir. posses.*, nem é uma deminuição da molestia, mas uma cura ou restabelecimento passageiro: e como não é possível julgar pela observação d'um momento da qualidade do intervallo, é necessario que dure tempo sufficiente para dar uma certeza inteira do restabelecimento da razão: *Sed per Intervalia quae perfectissima sunt, nihil curatorem ageie, sed ipsum posse furiosum*, diz a L. 6. C. *de curator. furiosi*, conforme com a L. 9. C. *qui testam. fac. poss.*, que requer uma inteira suspensão do furor, *induciis*, para o intervallo ser lucido.

Não tractaremos aqui a questão, alias muito agitada entre os Interpretes, se as leis, que admittem o lucido intervallo com habilitação testamentaria, fallando unicamente do furor, se extendem á demencia; não só porque Justiniano nos parece decidil-a affirmativamente na L. 25. C. *de nupt.*, mas principalmente porque a nossa Ord. tit. e §. *citt.*, declara a validade do testamento no lucido intervallo tanto da demencia, como do furor.

Et proferatur testamentum bene ordinatum, credendum intervalli tempore factum. Vejamos se o ser racional e sensata a disposição do testamento dá por si só lugar ou fundamento á presumpção de que foi feita na intermittencia do furor. Ha muitos DD., que não admittem a presumpção de juizo no que uma vez apparece furioso; pois adoptão como regra — *semel furiosus semper praesumitur furiosus.*

O Sr. Paschoal dá como prova do dilucido intervallo a rectidão e prudencia do testamento. Estas opiniões oppostas vão ambas para os extremos. Adoptamos uma media, marchando do principio que o acerto d'um acto pôde muito bem ser fortuito, e por isso não convence da capacidade do sujeito, a qual deve constituir um estado; principio, que já nos desvia da opinião de A.

Aqui distinguimos: ou se prova o facto de ter o sujeito experimentado alguns lucidos intervallos; ou se não prova. Neste ultimo caso não nos parece que o testamento os prove, pois não podemos ligar força a uma acção, para destruir a prova, que resulta d'um habito contrario. Se porém os lucidos intervallos se provão, e o acto; neste caso o testamento é bom, devemos presumir ter sido feito n'um d'aquelles.

Voët, sobre o Digesto, tit. *de curator. furios.*, adopta a opinião do S. Paschoal, firmando no acerto do acto a presumpção de que foi feito em lucido intervallo, e cita a L. 5. C. *de codicillis.* Esta lei porém decide, que o que articula o furor, deve proval-o; e não decide, se procede, ou não procede a presumpção do intervallo, uma vez provado aquelle. Não tem por isso cousa alguma com a questão.

Ha Jurisconsultos, diz Mascario no seu excellente Tractado *de probationibus* concl. 826., que ainda mesmo, quando provados os intervallos, não seguem que o ser sensato o testamento seja bastante para o presumir feito n'um d'elles: *Etiam si actus gesti dispositio, ut testamenti, recta sit rationique consentanea, illa tamen fortuito facta videtur, nec a sano gerentis actum judicio dimanare existimatur.*

A força desta razão, prosegue elle, dá-se no caso de se não provar que o furioso tivera lúcidos intervallos antes de dispor: então sem duvida *prudens ille actus a furioso gestus fortuito potius, quam integra ratione perfectus, judicabitur*. Mas esta razão é inapplicavel ao caso, em que o facto dos intervallos lucidos se prova: *Quod si probatum sit illum dilucida habuisse intervalla, certe ex acti prudenter gesto censendum erit illum suae mentis fuisse compotem, et tempore, quo sui compos erat, celebrasse*. Esta opinião de Mascardo concorda com a nossa, formada á face da Ord. cit. §. 2. — *E se o que tem dilucidos intervallos, etc.*, que repelle a do A., como a dos que nunca admittem intermittencias de furor.

Itemque mutus et surdus a nativitate, etc. Estamos nos defeitos fysicos com relação á faculdade de testar. *Nam saepius vitium corporis cum animi debilitate conjunctum est*. Esta razão, que o A. emprega para justificar a disposição da Ord. liv. 4. tit. 81. §. 5., deduzida da L. 10. C. *qui testam. fac. poss.*, não nos parece a verdadeira para se negar ao surdo-mudo de nascimento a faculdade de testar; pois que em geral taes pessoas tem muito discernimento e nelles se não dá aquella debilidade de juízo, que se fosse o fundamento da lei, procederia em excepção, e não em regra prohibitiva. Parece pois que a razão de não poder testar o surdo-mudo está na impossibilidade de se explicar por escripto ou de palavra, não podendo com os gestos deixar os espectadores inteiramente convencidos das suas disposições.

Nem a cit. L. do C.;, nem a nossa Ord. distinguem a sciencia de escrever em quanto a elle; pois no tempo em que ambas forão feitas, estava-se muito longe de se crer cousa possivel, o saber escrever um surdo-mudo de nascimento. Hoje, que não só isto é possivel, mas existe muitas vezes, parece que sabendo taes pessoas escrever, podem testar, como o póde fazer pela expressão das leis citt. o que, tendo esta sciencia, não tem o vício do corpo desde o berço.

Que o cego póde testar nuncúpativamente; é fóra de toda a duvida: mas póde fazel-o por escripto, sendo

lido ás testemunhas, que assignão o instrumento d'approvação, *Dig. Portug.* tom 3. art. 1491.; pois se dá n'elle, para testar, a mesma razão, que se dá no que não sabe ler e tem vista.

Furioso comparatur iratus, etc. Depois dos defeitos e causas fysicas, que mencionámos com relação á faculdade de testar, volta o A. na nota ás moraes, considerando como tal a ira, para não valer o testamento, quando em tal estado a disposição foi feita a favor d'estranho, preterido o legitimo herdeiro, e a morte do testador acontece antes de tempo bastante para poder domar as primeiras impressões.

A ira no commum dos temperamentos e no impeto primeiro produz alienações de razão tão fortes, como as que causa o furor; — *ira furor brevis*. Por isso os actos em tal estado dependem da perseverança do animo do agente, que em quanto se não mostra com o tempo, faz considerar aquelles como involuntarios, e por isso sem effeito: *Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse*, L. 48. D. de divers. regul. jur.

Achamos porem este Direito de difficil applicação, pois requer não só a prova da existencia da causa moral ou paixão, mas a sua graduação em correspondencia com os motivos, e força na espontaneidade do testador, o que envolve tantas difficuldades, e até mesmo revelações de circumstancias, que nos parece reduzem a rescisão do testamento por tal causa a uma simples theoria sem realidade na prática.

Testamentum quoque melancholicis, etc. Não duvidámos em comparar o enfermo de melancholia ou tristeza, quando *negra*, ao mentecapto, pois que é a mesma, se não maior, naquella a alienação: o que faz procedente a nullidade do testamento neste estado d'enfermidade.

Depende porém a prova da força de tal molestia de depoimentos jurados dos peritos, em que o Juiz se deve haver com especial e grande circumspecção; pois que se tracta da demencia attribuida a quem já não

soffre exame, pois que é morto, o que muito excita as fraudes ambiciosas, e nem sempre tal molestia tem aquella qualidade, ou traz com si a mania, que dá causa á nullidade da disposição.

Dos filhos-familias e outros, que sendo naturalmente habeis para testar, civilmente não o são.

§. 21. *Ex eodem jure est, eademque ordinatione, §. 3., quod filiusfamilias cujuscumque aetatis, etc.* O Direito Romano facultava ao filho-familias doar por causa de morte, com consentimento do pai; mas ainda com este consentimento lhe não concedem a faculdade de testar, as I. L. 16. e 19. *U. qui testam. fac. poss., L. 1. §. 1. D. de legat. 3.*, nem outras muitas; nem a auctoridade paterna pôde destruir no filho o obstaculo legal, pois que a facção testamentaria é de direito público, como diz Papinia no na L. 3. D. tit. primeiramente cit.: *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.*

Exceptua-se a disposição do peculio castrense ou quasi tal, dando-se a puberdade, como vimos n'outra parte; pois que em quanto a elles o filho-familias é tido como plenamente emancipado: o que não comprehende outros bens, nem ainda aquelles, em que tem propriedade, não cabendo ao pai o usufructo, pois que duvidando-se em quanto a estes, Justiniano resolveo a negativa. L. penult. C. *qui testam. fac. non. poss.*

A nossa Ord. liv. 4. tit. 81. §. 3. adoptou inteiramente tanto a regra, como a excepção dos Romanos, para o filho-familias não testar em toda a idade, o que hoje é restricto aos vinte e cinco annos, por isso que emancipão por si mesmos.

Quod vero eodem jure dicitur de servis, bello captis, deportatis, etc. Com o mesmo fundamento da incapacidade civil não testarão os escravos entre os Romanos, assim como hoje não testão entre nós os das Colonias, cit. Ord. §. 4. O captivo pelos inimigos testa segundo o nosso Direito, sem as ficções da lei Cornelia e do postliminio, como em outra parte vimos. O dester-

ro, como igualmente notámos, não tira os direitos civis; por isso os nossos degradados tem a faculdade testamentaria, que tambem se não nega aos estrangeiros.

Non idem dicendum de damnatis ad mortem, etc. Não é o mesmo nos condemnados á morte natural, pois que a sentença, passando em julgado, importa morte civil para elles, o que lhes tira a faculdade testamentaria, e o effeito ao testamento anterior. Resta-lhes porém tão sómente a disposição da terça, com tanto que lhes dem applicação a obras pias, cit. Ord. §. 4. Ha tambem excepção para todos os bens castrenses no soldado, ainda que a pena de morte natural lhe seja imposta na sentença, se esta lhe reserva expressamente a faculdade de testar, Ord. liv. 4. tit. 83. §. 2., que fez sua a mesma disposição da L. 6. §. 7. D. *de injust. , rupt.*

Se os Clerigos seculares podem testar.

§. 22. *Passunt clerici testamentum condere non solum de bonis patrimonialibus et adventitiis, sed etiam de clericalibus, etc.* Que o Clerigo póde testar dos bens patrimoniaes, ninguem disputa; pois que tem n'elles a propriedade perfeita, e os direitos communs a todos os cidadãos. Em quanto porém aos beneficiaes ou adquiridos *intuitu ecclesiae*, os Canones antigos os considerão como administradores, com o que se não acha unida, em quanto a elles, a disposição testamentaria. Conforme ao que, D. João III., principalmente na Lei de 6 de Setembro de 1553, que da fol. 95. do livro verde, passou para 10. tit. 2. p. 2. da Collecção de Duarte Nunes, declarou a faculdade testamentaria nos Clerigos, restricta aos bens patrimoniaes unicamente.

Com tudo, confundidos os rendimentos beneficiaes com os patrimoniaes do Clerigo, muitos litigios se movêrão entre as Igrejas e os herdeiros; o que deu causa ao desuso da legislação, de que elles resultavão, não só entre nós, mas na Hespanha e França, até que veio a providencia expressa de se facultar a disposição por testamento d'uns e outros, do mesmo modo que a suc-

cessão indistincta dos parentes, morrendo o clérigo intestado, Ord. liv. 4. tit. 18. §§. 5. e 6.

É certo porém que o Clerigo, sujeito ás leis civís, deve testar observando as; e como estas o não dispensão da fórma e solemnidades testamentarias comuns, seu testamento não pertence á classe do privilegiado, mas sim á do solemne ou ordinario, o que não soffre questão.

Dos Bispos quanto ao testamento,

§. 23. *Non possunt tamen Episcopi, etc.* O costume exposto dos clérigos testarem d'os bens adquiridos *intuitu ecclesiae*, não se extendeo aos Bispos; nem as Ord. que o concedem áquelles, abrangem estes; pois não os especificão como era necessario, para os subtrahir neste assumpto ás disposições canonicas, que o legislador pelo seu silencio deixou em força.

Podemos Bispos seculares, sem differença de gráo na hierarchia de jurisdicção, testar dos bens patrimoniaes, ou adquiridos em qualquer tempo por titulo secular; pois quanto a estes tem, sem differença d'outro qualquer cidadão, os direitos communs e geraes; o que faz que tambem possam doal-os *inter vivos*, vendel-os e permutal-os. Mas dão-se os mesmos principios tambem para o testamento de taes pessoas ser formado com as solemnidades ordinarias, sem que entre na classe privilegiada.

Quanto aos bens pontificaes, ou provenientes do serviço da Igreja, os Canones lhes prohibem a disposição, que não seja em bem daquella, como se explica Gregorio IX. no Cap. 7. X. *de testam.*, fallando na generalidade dos Clerigos, nos quaes os Bispos se comprehendem.

Observa porém Boehm.: que os Canones antigos, a que o legislador se refere, não são bem applicados ás circumstancias do seu tempo, em que já se achavão estabelecidos os beneficos, isto e, rendimentos certos *jure salarii*, que os Clerigos fazem seus pelo serviço sagrado, donde lhes resulta o direito de dispor d'elles

até mesmo por testamento. Daqui vem que ainda que o Concilio Lateranense sob Alexandre III. prohibio taes disposições, na Germania a mudança da disciplina pela creação dos beneficios fez se lhes permittisse o testamento em quanto aos redditos beneficiaes, sem differença dos patrimoniaes; observancia fundada em principios, que o mesmo Alexandre III. reconhece, e com os quaes transige no Cap. 8. *hoc, tit.*, onde concede aos clerigos o dispor não *ratione testamenti, sed eleemosynarum intuitu.*

Por este caminho, que em nossa opinião não deixa de ser seguro, entendemos que os Clerigos, testando d'uns e outros bens, sem offensa dos fundos e moveis patrimoniaes das Igrejas, devem ficar tranquillos na consciencia. E não teriamos difficuldade, se nos fizesse lei expressa, hoje que os Bispos em Portugal tem uma congrua assignada, de sustentar em Juizo a validade de seus testamentos abrangendo os rendimentos beneficiaes, pois que são hoje patrimoniaes pela essencia das cousas, a qual val do mesmo modo que as leis aos olhos da critica illustrada e verdadeira.

Mudão inteiramente as idéas em quanto ao religioso professo, ou Monge, elevado ao Episcopado: não porque hoje se conserve morto civilmente, como o consideravamos antes da Lei de 30. d'Abul de 1835; mas porque, para dispor de bens por testamento, deve habilitar-se, para ter dominio, com a relaxação Pontificia no voto solemne da pobreza, que a ordem Episcopal lhe não quebrou.

A nossa opinião de poderem os Bispos actuaes testar dos bens adquiridos sem differença, afóra os do patrimonio das Igrejas, que devem constar d'inventario, não é nova nem arriscada; pois não só tem por si a essencia das cousas, como dissemos, mas a Resol. de 17 d'Abril de 1799, declarada pela de 16 d'Outubro do mesmo anno, com respeito aos Bispos seculares do Ultramar, por isso que têm congrua, circumstancia, que hoje se dá nos das Igrejas do Reino, a quem igualmente como áquelles e aos Clerigos, succedem os parentes *ab intestato*, quando não dispõem por testamento.

Ao Bispo elevado dentre os Regulares, não dispensado competentemente, como o consideramos simples usufructuario, entendemos succeder o Bispo successor, que, tendo a mesma qualidade, não succede em mais que o usufructo.

Dos Monges quanto ao testamento.

§. 24. *Monachi, quo nomine eos omnes hic intelligimus, qui tria solemnia Religionis vota emiserunt, etc.* Não nos repetiremos: nossas idéas achão-se expostas e demonstradas em quanto á faculdade civil, que hoje tem os Egressos de testar; mas repetimos que no foro da consciencia dependem da relaxação do voto de pobreza, que não é cousa temporal, e constitue n'elles um estado, que implica com a aquisição do dominio, e por isso com a sua transmissão por testamento, a definição de Monge, que transcrevemos do A., falla por si, e diz tudo; a essencia do monachato está nos votos.

E poderá o Egresso actualmente revogar o testamento, que fez antes da profissão? Relaxado competentemente o voto de pobreza, fica habil para isso pois que a revogação de testamento importa disposição de dominio.

Non ideo hereditas, quae viventis nulla est, etc. A Freira, que antes da profissão dispoz dos bens por testamento, daria por esta o dominio, visto não poder revogar a disposição anterior? Não, pois não morreo naturalmente, e não ha herança d'homem vivo. Temporisso o Convento o usufructo, até que desça á sepultura a testadora. O contrario se daria, se ella antes da profissão doasse ou transferisse a propriedade sem consideração com a morte natural. Boehm. ao tit. *de peculio clericorum* §. 12, e outros cit. pelo A.

Dos Cavalleiros e Freiros das Ordens Militares.

§. 25. *Milites, Equites, et Clerici sacrarum Regni Militiarum Bulla Julii II., quae incipit: Ad pia et meritoria opera, . . . Honestis Clementis VIII. . . , etc.* Os Cavalleiros e Freiros das Ordens Militares podião testar livremente não só dos bens patrimoniaes, senão tambem dos rendimentos dos da Ordem, e dos que com elles adquirião, citt. Bullas em Carvalho tom 1. pag. 677. e 700., nas quaes, recebidas entre nós, se dá dispensa no impedimento resultante da emissão dos votos religiosos.

Em quanto aos Cavalleiros de Malta, Religiosos ou Monges em toda a energia destes termos, é evidente que segundo a essencia das cousas elles não podião testar; o que até mesmo decidio neste sentido um decreto do Capitulo Geral da Ordem, celebrado em Cesareia em 1260. *Histoire de Malte* por Vertot tom. 1. p. 251., edição de 1727.

Mas tudo o tempo altera; e os Maltezes vierão a testar com licença do Grão-Mestre; que costumava concedel-a com relação aos bens patrimoniaes. É certo porém que esta permissão ou licença dependia, para ter effeito do Beneplacito Regio, cuja necessidade mais se comprova pelos principios geraes, essencia e natureza da Soberania, do que pela inscripção do tit. 12. liv. 2. da Ord. Affonsina: *Das letras, que vem da Corte de Roma, ou do Gran Mestre de Rhodes, que não sejam publicadas sem Carta d'ElRei, que o A. allega, e que antes prova o exercicio do poder Soberano com este objecto, do que lhe serve de fundamento,*

Dos Cardeaes.

§. 26. Deixando a historia ácerca dos precedentes á Bulla — *Décet Romanum Pontificem* de Paulo IV., datada de 28 de Maio de 1555, que o A. diz assentou sobre um *Compactum* ou ajuste dos Cardeaes *sede vacante*, mas que é certo teve approvação Pontificia;

deu ella aos Cardeaes Romanos faculdade ampla de dispor sem distincção da natureza de bens, assim como sem dependencia das formalidades testamentarias.

Esta Bulla dependia, em razão do seu objecto, de ser aceita entre nós. Não o foi: logo os Cardeaes Romanos Portuguezes, em quanto ao testamento, estão na razão dos outros Clerigos, e devem observar as solemnidades communs; o que é differente nos Estados Pontificios, onde a cit. Bulla reúne todas as circumstancias, para ser integralmente cumprida.

Dos Reis.

§. 271 *Reges autem bene possunt de privatis opibus testari.* A qualidade soberana não enfraquece o dominio: logo podem os Soberanos testar de seus bens particulares ou patrimoniaes, pois que, em quanto a elles, tem direitos iguaes aos de qualquer cidadão. Dos bens fiscaes, ou destinados para as despesas do Estado, e dos domaniaes vinculados com a dignidade, não podia dispor o Monarcha, pois que nestas relações é elle administrador, e não senhor: e sómente em quanto aos domaniaes podia ceder o usufructo vitalicio, o que obsta á disposição por testamento.

Mas na Monarchia pura poderá o Rei dispor com validade, sem as formalidades testamentarias communs? Se se tracta dos bens patrimoniaes, é incontroversavel a opinião affirmativa, pois como proprietario póde dispor, e como Soberano póde dispensar nas leis; o que se entende fazer, testando a seu arbitrio.

E poderá o Rei receber legado ou herança por testamento imperfeito? Ou elle o confirmou em vida do testador, ou este morreo, sem que o Soberano lh'o confirmasse. No primeiro caso val; no segundo não, pois a disposição está nulla no momento da morte do defuncto.

De Regni successione contra leges Fundamentales, etc. Não póde o Rei dispor do throno por testamento, nem ainda no governo monarchico puro, contra as leis

fundamentaes ; pois que estas constituem as condições da conferencia do poder, faltando as quaes da-se obra sem Direito, ou *contra jus*.

Neque dubiam Regni successionem testamento judicare. Segue o A. contra Grocio, que o Rei não pôde resolver no testamento dúvidas sobre a successão do throno ; opinião, que adoptamos, por quanto este assumpto diz respeito á nação, a ella cumpre decidir, nem o testamento do Rei se pôde considerar como sentença em caso litigioso, mas sim como disposição sobre seus bens, e direitos particulares transferiveis, fóra do que exorbita.

Hoje a materia referida ultimamente seria da competencia das Côrtes ; e não pôde o Soberano dispensar-se, ou dispensar nas formalidades testamentarias ordinarias ou communs, pois, como temos ponderado, lhe cabe tão sómente promover a observancia das leis.

Examinado neste e nos §§. antecedentes, que pessoas tem a faculdade de testar, requisito, que fundamenta a validade do testamento, passamos a notar outro igualmente pessoal, o qual consiste na liberdade da disposição.

Liberdade plena do testador.

§. 28. *Ad solennitates internas testamenti vel maxime pertinet plena testatoris libertas.* Não basta para a disposição ser constituida validamente, que o auctor tenha a faculdade ou facção testamentaria activa : outro requisito visceral, deve concorrer com ella. Consiste na plena ou perfeita liberdade, sem o que não existe essencialmente testamento ; pois que é este a exposição da vontade propria, com relação ao tempo depois da morte, o que importa necessidade de perfeita liberdade, porque vontade sem liberdade é cousa repugnante, a falta desta é a não existencia d'aquella, e por isso a não existencia do testamento. Do que resulta não poderem, como vimos, testar nem as pessoas, que não tem vontade, como o pupillo, o furioso e

mentecapto, nem tambem as que, tendo-a, por um vicio fisico, a não podem expor livremente como o surdo-mudo, quando não sabe escrever: o que procede igualmente, quando um estorvo moral obsta á manifestação livre da vontade.

Da falta de liberdade ser a não existencia da vontade, como nada é mais contrario áquella, e por consequencia a esta, do que a violencia, a fraude e a seducção, segue-se que o medo produzido por aquella, e o engano, que nasce destas, annullão o testamento, que resultou de taes causas, pois que em realidade a disposição por não espontanea tem defeito interno e inherente, que lhe tira a qualidade de testamento: *nullum esse testamentum, vi, metu, dolove extortum, nihil enim magis libertati contrarium est, quam vis et metus.*

Hereditate tanquam indignum privari eum, qui aliquem testari prohibuit, etc. Segundo o Direito Romano, quando o impedimento de testar está provado, o que se julga auctor ou cúmplice, é declarado indigno de succeder ao defuncto; regra, que se applica tanto ao herdeiro legitimo, que o impede a primeira vez de testar em seu desfavor, como ao herdeiro instituido, que impede o testador de revogar o testamento, que precedentemente tinha feito em sua utilidade, L. 1. §§. 1. e 2., L. 2. D. *si quis aliquem testari prohibuerit*, e L. 2. C. *god.*

A mesma disposição passou para a nossa Ord. liv. 4. tit. 84., que igualmente declara consistir o impedimento não só em directamente se tolher o testador de dispor com liberdade, mas em o fazer indirectamente, prohibindo acesso ao Tabellião ou testemunhas, assim como se conformou, applicando, em taes casos, a herança ao Fisco, com a cit. L. 2. §. 2. D. *siquis aliquem testari prohib.*, L. 19. D. *de his quae ut indignis*, e L. 3. §. ult. D. *ad Senatusconsultum Trebellianum.*

Illius autem tantum portio, non legitimorum heredum, etc. Adverte sabiamente o A., que o perdimento da herança para o Fisco não se deve entender na totalidade, quando o impedimento para testar foi opposto

por algum dos herdeiros legitimos, ficando os outros que não forão, nem auctores principaes, nem cumplices privados das porções, que lhes são conferidas pela lei, por um facto que não é seu, e que por isso a pena, deve ficar restricta unicamerite áquelle, a quem o impedimento é imputavel.

Esta observação do A. é tão justa, como verdadeira: entender as leis penaes, como esta, d'outro modo, é attribuir-lhes um absurdo palpavel, pois tal é a punição da innocencia, o que a critica não suporta. Por isso accrescentamos que tendo o testador disposto em favor de mais que um herdeiro escripto, se nem todos impedem que elle revogue o testamento, deve este ter effeito em quanto aos innocentes, lucrando o Fisco unicamente a que cabe ao criminoso, pois são os mesmos para com esta os principios, que resolvem a especie mencionada pelo A.

Mas adiantemos mais nossas observações. Se o testador dispoz em utilidade d'um estranho, que lhe veni a impedir a revogação do testamento, devolvida a herança ao Fisco, terão os legitimos herdeiros acção contra aquelle para serem indemnizados? Se o testamento chegasse a ser revogado, ficava *ipso jure* a herança debaixo do imperio da lei e cabia aos herdeiros legitimos do defuncto, logo procede nestes acção contra o que deu causa ao damno, pela maxima de justiça e equidade: *qui occasionem damni dat, damnum fecisse videtur.*

E se o herdeiro legitimo impede o testamento ao que se propõe dispor em utilidade d'um estranho, terá este a mesma acção contra aquelle? Seguimos a negativa; por quanto a vontade do impedido ficou simplesmente em projecto, não póde operar effeito algum, pois os legados, fideicommissos e outras disposições d'ultima vontade não valem, senão quando constão de testamento ou codicillo, revestido de todas as solemnidades legaes: *Ex ga scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse. L. 29. D. qui testam. fac. poss.*

Nullum quoque esse, et effectum destitui testamentum; si quis multis et assiduis persuasionibus, blanditiis immodicis et instantissimis, precibus armatis, etc. Do requisito da liberdade perfeita, necessario no testador para o testamento ser válido, conclue o A., que por falta d'aquella é este nullo, quando obtido por muitas e assiduas persuasões, por afagos immoderados, súplicas armadas, etc. Se houve persuasões fraudulentas, suggestões, e em geral meios seductores e enganosos, concordamos na nullidade do testamento, assim como quando as súplicas são armadas, isto é, acompanhadas d'ameaças; mas entendemos que o complexo das circumstancias é que póde determinar o Juiz sobre a existencia do dolo ou violencia, e sua gradação para influir, ou não, na espontaneidade do testador, sendo impossivel estabelecer neste objecto regras antecedentes, ou com abstracção das circumstancias.

Secus si blanditiæ et suggestiones modicæ fuerint, etc. Quando a vontade do testador é attrahida por meios incapazes de coacção, como simples súplicas, serviços e obsequios, não ha razão para o testamento se rescindir, *unicuique enim licet rem suam bene agere, nec cogit, qui rogat.*

Casos ha, em que as providencias das leis resultão da presumpção juridica sobre a existencia da suggestão, para annullar o testamento total, ou parcialmente, como já vimos acontecer com o legado ou herança, deixado ao Mosteiro do Monge, que o escreveo, que não tinha effeito na parte favoravel áquelle, e só no mais, pela maxima: *utile per inutile non vitiatur*, que para este caso se acha recebida, como já observámos, em nossas leis, hoje sem objecto pela extincção dos Mosteiros do sexo masculino.

Inane etiam esse, etc. Conclue o A. este §., opinando, em harmonia com o que anteriormente seguimos á cerca da nullidade das respostas do moribundo ás perguntas relativas á successão em seus bens, as quaes diz testamento nuncupativo, mas nullo, *nullius momenti testamentum nuncupativum*, qualidade, que nos parece não existir em tal dialogo, onde se não mostra

a vontade do testador, que é o que constitue o testamento, mas sim a vontade d'outro para que elle teste, e de que o faça ao seu desejo.

Instituição d'herdeiro.

§. 29. *Solemnitatibus internis testamenti adnumeratur etiam heredis institutio . . . Hoc tamen non ita adciendum, quasi valere sine heredis institutione non possit*, etc. Com relação ás solemnidades internas do testamento, já o Sr. Paschoal no §. 19. deste Título estabeleceo, que a instituição d'herdeiro entre nós não se reputa condição essencial para a existencia d'aquelle, o que agora confirma.

Instituição d'herdeiro é a designação directa, do ou dos que devem succeder na herança, ou em todos os direitos activos e passivos do defuncto. Não permittião as LL. Romanas ao homem escolher herdeiro, senão por testamento: segundo ellas, este e a instituição, de que fallamos, são dous correlativos: para fazer um testamento, é forçoso instituir um herdeiro; e para instituir este, é aquelle necessario. O testamento e a instituição d'herdeiro são dous objectos tão essencialmente ligados, que separal-os seria destruil-os, porque compõem um todo indivisivel. A prova desta proposição, está em leis as mais determinadas e precisas.

A L. 10. D. *de jur. codicillor.*, para fazer conhecer que o codicillo não é meio d'instituir herdeiro, diz: *Ne per codicillos qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.*

A L. 13. D. *eod.* contém a mesma sentença: *Qui cum tabulas testamenti non fecisset, codicillos ita scripsit, Titium heredem esse volo . . . Hoc casu nihil a legitimo peti poterit.*

O §. 34. *de legatis* na Instituta chama a instituição d'herdeiro — *Caput atque fundamentum totius testamenti.* Do que proveio, quando a herança não era aceita, ficarem destruidas ou frustradas todas as disposições

ões testamentarias. *Si nemo subiit hereditatem, omnis is testamenti solvitur.* L. 181. D. de regul. jur.

Por Direito antigo foi mais longe a necessidade da instituição d'herdeiro no testamento: era forçoso que o testador por ella começasse as suas disposições, pois que tudo quanto antes se escrevia, era nullo: *Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit*, diz Ulpiano, *Fragmentos*, tit. 24. §. 14.; e sómente se permittia deixar legados *inter medias heredum institutiones*, segundo o testemunho de Paulo, nas *Sentenças*, liv. 3. tit. 6.

Foi o Imperador Justiniano quem corrigio esta subtileza rigorosa, de sorte que no seu ultimo estado a Jurisprudencia Romana ficou indifferente para o testamento principiar ou acabar pela instituição d'herdeiro, mudança devida á L. 24. C. de testamentis, mas continuando sempre a necessidade d'aquella; que nem ainda foi derogada pela Novella 1. cap. 1., porque supposto confirma as disposições testamentarias, mesmo quando o herdeiro instituido recusa ou não aceita a herança, não reputa menos necessaria a instituição, e não faz mais do que transferil-a da pessoa do instituido para a do herdeiro *ab intestato*, a fim de obrigar este á satisfacção dos legados e mais encargos.

Houve porém uma clausula, que supprio a instituição d'herdeiro, a qual se chamou *codicillar*, por isso que quando tinha execução, ella convertia o testamento em codicillo. Os Romanos a exprimião nestes termos: *Si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum.*

Como as LL. não permittião nomear herdeiro n'um codicillo, tornava-se necessario que todas as disposições que se consignavão n'este acto, fossem preenchidas e satisfeitas pelo herdeiro instituido, quando o havia; ou pelo legitimo, se o defuncto não tinha feito testamento. Assim podião ser deixados legados e fideicomissos *ab intestato*, isto é, sem o defuncto designar herdeiro, mas sómente legatarios, que não deixavão de ter acção contra os parentes d'aquelle; aos quaes era a herança legitimamente deferida.

D'aqui veio o uso de se declarar no testamento que se este laborasse em nullidade por defeito de solemnidades, era vontade do testador que valesse como codicillo; declaração, que produzia o seu effeito, con tanto que o acto ou disposição fosse revestido de tudo quanto necessitava para valer um codicillo. Por consequencia, quando na disposição d'ultima vontade não havia mais do que a falta d'instituição d'herdeiro, a clausula codicillar era bastante para aquella ter validade, porque este modo ou fórma de dispôr não era impropria do codicillo. Mas é notavel neste assumpto, que tal clausula devia sempre exprimir-se, pois que nunca se suppria, ainda que a disposição reunisse todas as solemnidades do codicillo, como nos mostra a L. 1. D. de jur. codicillor, concebida nestes termos; *Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.*

Taes são em substancia as disposições das leis Romanas sobre a necessidade da instituição d'herdeiro; das quaes Furgole com toda a exactidão conclue, que não contendo o testamento esta instituição, ainda que contenha legados universaes, é nullo e absolutamente inutil, salvo tendo a clausula codicillar, pois que então se converte em codicillo.

Segundo o *Cod. Civ.* de França artt. 967. e 1002. a validade do testamento não depende da instituição d'herdeiro, nem a natureza d'aquelle exclue a divisão da herança em legados, sem que fique um successor ao defuncto por titulo universal. O mesmo é na Hespanha L. 1. tit. 4. liv. 5. da Recopilação, assim como na Prussia 1. p. tit. 12. doCodigo; e segue o Sr. Paschoal, que tambem o mesmo é entre nós.

Com tudo a instituição d'herdeiro é essencial ao nosso testamento: ella é que legalmente o distingue do codicillo, como expressamente decide a Ord. liv. 4. tit. 86. *pr.* Mas nem por isso é nulla a disposição, que divide a herança em legados, sem que fique ao defun-

cto um successor universal; pois não temos lei alguma, que vicie a disposição, faltando ella. Fallando porém juridicamente, ainda que em tal disposição se observem todas as solemnidades externas do testamento, não se lhe póde dar este nome, não obstante que outra coisa se observe em linguagem commum, e já desde remotos tempos; pois que, como o A. nos diz na nota a este §., a disposição do Conde Martinho Gil de Sousa, feita em 23 de Novembro de 1300, tem nos Historiadores o nome de testamento, quando juridicamente definida é ella em codicillo *ab intestato*, por isso que o defuncto dividio todos os bens em legados, sem instituir herdeiro, como as nossas leis exigem para se dar testamento. O que faz procedente a confusão entre este e o codicillo, que alguns attribuem á definição, que deixamos no §. 1. deste Titulo; se é que a instituição d'herdeiro, essencial ao testamento, não se comprehende na qualidade de justa ou regular, que constitue a disposição testamentaria, *justa sententia*.

Devemos mais advertir, que supposto á disposição, que não institue herdeiro, se dê commummente o nome de testamento, a pureza da linguagem juridica se conservou em quanto aos successores singulares, sem já-mais se terem chamado herdeiros, mas sim legatarios: e tambem, que se a instituição d'herdeiro for feita com as solemnidades que são proprias do codicillo, é nulla a disposição pelo motivo d'aquella tornar o acto testamento, com necessidade de solemnidades maiores para que tenha validade, pois sempre existe testamento, quando se institue herdeiro.

Em que pessoas recae validamente a instituição testamentaria.

§. 30. *Heredes recte instituuntur quicumque in jus defuncti possunt succedere*, etc. Visto que a instituição d'herdeiro é condição para o testamento ser entre nós tal, e disposição regular, *justa sententia*, em quanto á herança, o A. neste §. nos diz em geral quaes são as pessoas, que podem succeder nesta por testamento, ou

o que é o mesmo, quaes são as pessoas, que podem ser instituidas herdeiros.

Assim como podem dispôr por testamento todas as pessoas, excepto aquellas, que a lei declara incapazes, com a mesma limitação podem todas as pessoas ser instituidas herdeiros, *Cod. Civ. de França art. 902.* Dão-se porém nesta materia duas especies d'incapacidade: uma absoluta; outra respectiva ou restricta. A primeira obsta á pessoa para todas as heranças testamentarias, quaesquer que sejam suas relações com o testador; a segunda sómente a priva da capacidade de ser instituida por determinados testadores. Mas não se pôde concluir da incapacidade de testar para a de ser instituido herdeiro; ou não se pôde argumentar da incapacidade testamentaria activa para a passiva, por quanto os filhos-familias, os surdos-mudos, os interdctos em razão da demencia ou prodigalidade e os pupillos são sem dúvida incapazes de testar, mas podem ser instituidos, L. 16. D. *qui testam. fac. poss.*, §. 4. Instit. *de hered. qualit.*, e L. 5. §. 1. D. *de acquir. heredit.*

Incapazes de serem instituidos herdeiros.

§. 31. *Prohibentur vero*, etc. Como absolutamente incapaz de ser designado herdeiro, refere o A. primeiramente o Religioso ou Monge, citando em prova a Ord. liv. 4. tit. 81. §. 4.. Mas se, como advertimos, não se pôde argumentar da incapacidade activa para a passiva, esta Ord. não prova a doutrina referida, pois que ella sómente priva de testar o Religioso professo. Com tudo concedendo a Lei de 25 de Junho de 1766 §. 10. o deixar ao Religioso por legado tença vitalicia com quantia limitada, prohibe assim instituil-o herdeiro, concedendo o que é menos, prohibição que continuou pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, pois que nada mais alterou, do que a limitação da tença a quantia, permitindo-a arbitraria.

Pelo Decreto de 28 de Maio 1834, que extinguiu os Conventos, conservou-se o mesmo Direito em quanto aos Monges, qualidade, que a d'Egreesos lhes não tira.

Mas depois a Lei de 30 d'Abril de 1835 os secularizou civilmente, sendo um dos effeitos terem capacidade testamentaria passiva.

Tambem é absolutamente incapaz o proscripto, *scilicet*, o desnaturalizado, cuja condição lhe tira todos os direitos civis; e por isso o de succeder por testamento, que é um d'elles.

Secus peregrini et relegati, etc. O estrangeiro tem a faculdade testamentaria passiva, quando as leis do seu paiz lhe não prohibem instituir um Portuguez. Authentica *Omnes peregrini*, C. *commun. de succ.*, Cod. Civ. de França art. 912., e o da Prussia 1. p. tit. 12. art. 40. O desterrado, ainda que perpetuamente, conserva esta faculdade, pois que o degredo não tira os direitos civis, mas suspende tão sómente os politicos.

Damnati similiter ad mortem, et banniti. Não podemos acceitar a opinião do A., a qual conserva faculdade testamentaria passiva no condemnado á morte, e no bannido, sendo este o em que a sentença de morte não teve execução, porque se evadio ou ausentou: por quanto já notamos, que a força da sentença capital importa morte civil; e por tanto incapacidade testamentaria passiva.

Haereticus, apostata, etc. Poderão os excommungados, os hereges, os Judeos e apostatas aproveitar-se da instituição testamentaria?

A affirmativa não padece dúvida alguma a respeito dos primeiros. Não ha lei, que os declare incapazes; o que basta para os não considerarmos taes, depois do principio, ou regra geral estabelecida no §. antece lente. Com isto concorda Perez sobre o Código, tit. *de hereditibus instituendis*, e Furgole *Traité des testamens* cap. 6. sect. 1.

É verdade que o Cap. ult. *de penis in 6.*, fallando do que fere, prende ou maltracta um Cardeal, ou neste delicto tem parte como cúmplice, e como tal é excommungado, dispõe: *Sit intestabilis, ut nec testamenti liberam habeat factionem, nec ad alicujus bona ex testamento vel ab intestato vocetur*. Mas além de que esta disposição não póde ter força fóra dos dominios tem-

poraes da Santa Sé, ella não forma mais do que uma excepção á regra permissiva, que por isso não enfraquece, mas confirma, segundo a maxima: *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

Em quanto aos herejes, cita o A. as LL. 4. e 5. C. de *haereticis*, para os conceituar d'incapazes. Mas neste sentido é mais recommendavel, por expressa, clara e concludente a L. 22. C. *cod.*: *Divinam nostram sanctionem, per quam jussimus neminem, errore constrictum haereticorum, hereditatem vel legatum vel fideicommissum accipere, etiam in ultimis militum voluntatibus locum habere praecipimus, sive communi jure, sive militari testentur*. Confirma esta disposição a Novella 115. cap. 3.

A L. 3. C. de *apostat.*, que o A. cita, tolhendo o hereje de succeder por qualquer modo, não conclue para a incapacidade testamentaria passiva do apostata, nem a respeito d'elle e do Judeo achamos decisão nas LL. Romanas. Mas como este crime é equiparado á heresia, Cap. 25. de *haeret. in 6.*, os Interpretes o comprehendem, assim como o Judaísmo, na L. 22. C. de *haeret. cit.*

A Ord. liv. 5. tit. 1. §. *inic.* adopta para a heresia as penas temporaes decretadas nas LL. Romanas. O mesmo faz no §. 4. *cod.* em quanto á apostasia. Logo entre nós cada um destes crimes constitue incapacidade, que se não dá no Judeo, depois de tirada toda a differença de Christãos novos e Christãos velhos, Lei de 25 de Maio de 1773, Aviso de 11 de Março de 1774, e C. R. de 2 de Outubro de 1777.

Clericus a Clerico institui non potest, neque ejus ab intestato hereditatem ultra annum habere. É certo que a Ord. liv. 2. tit. 18. §. 5., facultando aos Clerigos d'ordens sacras adquirirem bens de raiz, lhes prohibe instituirem para elles outros Clerigos, os quaes porém lhes succedem *ab intestato*, sob clausula de os alienarem dentro d'um anno cumprido desde o dia, em que o defuncto morre, §. 7. Estas providencias porém, nascidas das immunidades, de que gozárão os Clerigos, as quaes cessárão inteiramente, devem reputar-se sem força, pela

maxima, que reputa cessar a lei, quando evidentemente cessa a razão, em que teve fundamento. Concorda o *Dig. Portug.* tom. 2. art. 1519.,

Denique Collegia et Corpora etiam licita, etc. Termina o Sr. Paschoal, dando como incapazes da instituição testamentaria as corporações de mão morta, por isso que sujeitas ás leis da amortização. É sem questão que taes Collegios ou Corporações podião succeder por testamento em bens de raiz, que devião alienar dentro d'um anno, não obtendo Provisão Regia para os deterem por mais tempo. Ord. liv. 2. tit. 18. §. 1.

O Alvará de 26 de Março de 1634 decide que o legado ou herança, deixado ao Mosteiro do Mõnge, que escreveu o testamento, é nullo: logo é válido, sem differença da qualidade dos bens, quando o testamento não era escripto por tal Mõnge.

É porém questão, se a Ord. liv. 2. tit. 18., não prohibindo ás Corporações de mão morta succederem por testamento em bens de raiz, que devem alienar dentro do anno, se lhes falta Provisão Regia para retel-os, sendo alias inhabeis para os adquirirem por titulo oneroso, conserva esta mesma distincção da diversidade do titulo na legislação subsequente.

O A. na nota a este §. segue que tal distincção não tem lugar, e que a incapacidade para succeder procede *absolute*, e não *secundum quid*; isto é, que a instituição ou disposição testamentaria de bens de raiz em favor de Collegios licitos, ou Corporações de mão morta, é em si nulla, e lhes não dá titulo para os reterem por um anno, como dispõe a Ord. referida. Com tudo não combate o Sr. Paschoal a opinião contraria á que segue, com a qual nos conformamos.

A Ord. distingue clara e indubitavelmente a diversidade do titulo, para dar por nullas *ipso jure* as aquisições, feitas por elle oneroso, nas Corporações de mão morta, e conceder-lhes o dominio ou conservação por um anno, quando os bens são havidos por doação e testamento, ou por titulo lucrativo. Esta distincção não pôde ser alterada interpretativamente: 1.º porque a Ord. é clara; 2.º porque uma disposição restrictiva da liberdade,

não pôde ser ampliada a casos fóra da letra, e muito menos contra a letra da lei, que a estabelece.

Accresce que a legislação posterior não destruiu tal distincção, antes a suppõe, conta com ella, e a conserva. O Alvará de 31 de Janeiro de 1775 §. 3., explica-se deste modo: *para os possuírem por mais tempo do que o determinado na lei do Reino*; o de 20 de Julho de 1793 diz: — *leis, que prohibem a retenção e administração, sem dizer aquisição*; e finalmente o Decreto de 15 de Março de 1800 argue — *a negligencia de seus administradores na retenção dos bens*. Logo temos um complexo de fundamentos para seguir, que os Collegios ou Corporações de mão morta não tem incapacidade absoluta em quanto a bens de raiz, mas sim *secundum quid*, isto é, para os conservarem sem alienação passado um anno depois da morte do testador. Nem, em quanto a nós, a identidade de razão, que supponho abriu caminho ao A., procede; pois que se tornarão rarissimas as disposições testamentarias em favor das Corporações, e serão frequentes as onerosas em bens de raiz, se lhes fossem permittidas; o que faz com que a lei, sem se contradizer, adopte pela diversidade dos resultados a sua distincção, que tambem foi adoptada em França, com o mesmo prazo do anno para a alienação. Furgole obra cit. cap. 6. séct. 1. n. 58. e seg.

Resta ácerca deste §. advertir, que os filhos varões e netos do criminoso de lesa Majestade não podião ser instituidos herdeiros segundo a Ord. liv. 5. tit. 6. §. 13., hoje revogada pela *Cart. Const.* art. 145. §. 19.; e tambem que opportunamente notaremos as pessoas, que tem incapacidade restricta, ou relativa para serem instituidas.

Instituição condicional, e outras.

§. 32. *Cum vero libera esse debeat testatoris voluntas, et licitum cuicumque de rebus suis, modo leges speciales non obstant, disponere, etc.* Depois das pessoas, que podem testar, e das que podem ser instituidas, en-

tra o A. no exame dos modos, por que a instituição pôde ser feita, estabelecendo por principio, que, como para se dar testamento deve o testador dispôr com liberdade perfeita, é evidente que todo o modo que elle adopta na sua disposição, tem effeito, uma vez que não offenda as providencias legaes.

Este principio é em toda a extensão verdadeiro; mas não é peculiar da nossa Jurisprudencia. Todos os povos, que tem leis testamentarias, o adoptão; e tambem os Romanos o professarão, com a differença de darem as nossas leis maior campo á liberdade e arbitrio do testador em quanto ao modo da disposição; e d'aqui é que proveio poder qualquer entre nós, não só dispor pura ou conditionalmente, — *possit quis heredem pure, vel sub conditione*, mas em cousa certa, *in re certa*, e com effeito desde certo, ou até certo tempo, *hereditatem ex die, vel ad diem dare*.

A instituição d'herdeiro entre os Romanos podia ser feita pura ou conditionalmente, mas não para ter effeito desde certo tempo determinado, ou até elle tão sómente. *Heres et pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus, non potest*, §. 9. Instit. de hered. instituend.

Quando a instituição é pura, defere-se a herança ao instituido no mesmo dia da morte do testador; quando é condicional, depende do cumprimento da condição. Se esta teve realidade em vida do testador, o direito do instituido fica certo no dia da morte d'aquelle, do mesmo modo que seria, se a instituição fosse pura. Mas se ao tempo da morte do testador a condição está suspensa, o direito do herdeiro está suspenso e duvidoso até ao dia, em que esta se realiza: o que faz que o dia, em que a condição tem realidade na instituição condicional, tome o lugar do da morte do testador na instituição feita puramente; assim como que se o instituido morre antes da condição, que lhe daria o direito á herança, a esperança deste direito morre com elle; como igualmente se destruiria, se o instituido pura e simplesmente, morresse antes da morte do instituinte.

Se a realização da condição acontece em vida do

instituído depois da morte do testador terá ella effeito retroactivo ao dia da morte deste? Tem esta opinião grande sequito. Todavia parece não se poder attribuir á realisação da condição tal effeito retroactivo: ella dá ao instituído um direito, que até então elle não tinha: a herança, e não o herdeiro, é que até ao momento, em que a condição se cumpre, continua a pessoa do defuncto. É certo que dada a adição da herança, em qualquer tempo que seja, o herdeiro occupa a mesma posição, que occuparia, se succedesse ao defuncto logo depois da sua morte: *Heres quandoque, adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*, L. 54. D. de acquir. vel omitt. heredit. Mas é isto um effeito da adição, commum ao herdeiro, tanto condicional, como puro, segundo a L. cit.; e o reconhece n'ella Gothofredo: *Hereditatis aditio fingit heredem statim a morte testatoris aduisse. Retro agitur hereditatis aditio*. E differente é da adição a realisação da condição; assim como é evidente ser inutil o effeito retroactivo d'aquella, se esta o tivesse produzido.

Continuemos observando o Direito Romano em quanto aos modos, por que a instituição é feita. Vimos que ella não podia proceder desde certo tempo, ou tão sómente até elle, — *ex certo tempore, aut ad certum tempus*. A razão deste preceito prohibitivo, está no principio dos Romanos: *Earum rerum naturaliter, inter se pugna est, testatus et intestatus*, L. 7. D. de regul. jur. Se o testador instituisse Ticio, decorridos cinco annos depois da sua morte, *ex certo tempore*, ou até que elles decorrão, *ad certum tempus*, no primeiro caso durante os cinco annos, não podia haver algum herdeiro testamentario; no segundo, passados elles, igualmente não haveria nem herdeiro, nem esperança d'elle testamentario. Logo tanto no primeiro prazo, como depois do segundo a herança seria deferida aos herdeiros legitimos. No primeiro era destes que o herdeiro instituído a recebia; no segundo os herdeiros legitimos a recebião do instituído, havendo em ambos os casos herdeiros intermedios: o que faria desprezar o principio: *Qui semel heres extitit, non desinit heres esse*; bem como o de

que a adição da herança em qualquer tempo colloque o herdeiro no estado, em que estaria, succedendo logo depois da morte do testador; princípios, que se resumem na regra, que não permite morra o defuncto testado em parte, e em parte não testado.

Este inconveniente não se encontra na instituição condicional, por quanto, ainda que a condição se não cumpra, em quanto ella é possível, ha esperança d'um herdeiro testamentario, o que basta para excluir os herdeiros *ab intestato*, que não podem succeder, senão tornando-se certa absolutamente a deficiencia da realização da condição: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*, L. 39. D. *de acquir. vel omitt. heredit.*, sem que assim jámais se dê o caso, na instituição condicional, de morrer o defuncto por um lado intestado, e pelo outro testado.

Destas razões e fundamentos resultou a consequencia d'o termo, imposto contra a lei, não annullar a instituição, mas de se ter por não escripto, e esta como pura e simples. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.* §. cit. Instit.

Do mesmo fundamento da L. 7. D. *de regul. jur.*, repetido na L. 88. D. *de heredib. instituend.*, que reprova morrer o defuncto *partim testatus, partim intestatus*, proveio converter-se a instituição particular em universal, isto é, converter-se o herdeiro instituido *in re certa* em herdeiro *in solidum*, ou com direito em toda a herança. Por exemplo: Ticio em seu testamento deixou muitos legados; e sem nomear um herdeiro universal, limitou-se a instituir Mevio n'um prédio certo e designado: a quem deve a herança pertencer por virtude do testamento? As leis decidem que a instituição de Mevio é valida, que é elle o herdeiro universal, como se fôra instituido em todos os bens do defuncto, sem o testador mencionar o predio especial, a que restringio as palavras, de que usou na instituição: *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione.* L. 1. §. 4. D. *de heredib. instit.*, e L. 41. §. ult. D. *de vulg. et pupill. substit.*, que não é me-

nos expressa : *Qui et certae rei heres instituitur , coherede non dato , bonorum omnium hereditatem obtinet.*

São notaveis os termos *coherede non dato*, dos quaes resulta , que se na especie proposta Mevio não foi instituido sómente , não tem toda a herança , mas a coisa certa como legatario , se outro foi instituido indeterminadamente ; ou ametade da herança , se este também foi instituido em coisa certa , depois que cada um tirou como prelegado o objecto especial da sua instituição , L. 35. D. *de heredib. instit.*

Não menos é notavel que os soldados não são sujeitos á regra — *nemo potest decedere partim testatus , partim intestatus* ; o que faz não se converterem em universaes as instituições particulares dos testamentos militares. *Si miles unum ex fundo heredem scripserit , creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse. Miles enim pro parte testatus potest decedere , pro parte intestatus.* L. 6. D. *de testam. milit.*

Nullius ergo usus , auctoritatis et momenti sunt sequentes Juris Romani regulae , etc. Depois de o A. no seu §. estabelecer , que entre nós a instituição condicional faz que a herança pertença aos herdeiros legitimos , e sómente ao instituido , depois de verificada a condição ; assim como que o termo certo , declarado na instituição , se não reputa nullo e não escripto , o que também acontece na que é feita em coisa certa , pois val em quanto a essa coisa sómente ; conclue d'aqui : *Nullius ergo , etc.* ; que os principios e regras especiaes dos Romanos , que acabámos d'examinar , não se achão adoptados entre nós , alias a instituição testamentaria seguiria as também examinadas disposições.

Testamentaria Novella , etc. Na nota ao §. previne o A. o argumento de deverem observar-se entre nós os expostos preceitos dos Romanos , por isso que nossas leis , omissas neste assumpto , os chamão como subsidiarios , argumento , que não procede ; por quanto o Direito Romano , como vimos , é um tecido de resultados do principio , que reprovava morrer o defuncto testado sómente em parte , fundado na idéa de ser o testador uma pessoa individua , que não devia ser re-

presentada depois da morte por partes, mas toda testada, como crião mais decoroso, ou intestada; idêa subtil, supersticiosa e repugnante com a razão, a qual condemna o attribuirem-se á vontade do defuncto effeitos contrarios ás expressões claras, de que elle usou fazendo a instituição. E por supersticiosa a declarou no preambulo a Extravagante de 9 de Setembro de 1769, que, supposto derogada pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, merece ser adoptada no conceito, em que tem as leis Romanas, a que se refere, por ser do mesmo Legislador que teve a Lei de 18 d'Agosto de 1769, a qual manda, se não devem observar como subsidiarias, as que forem contrarias ao Direito Natural e sãa razão; qualidade, que no cit. prologo reconhece, com especialidade nos principios testamentarios, de que tractamos.

Nulla igitur adfcitur injuria, ignominiane, qui sine testamentario herede decedit, etc. Tambem em Portugal se não attribue á memoria do defuncto ignominia, por não deixar herdeiro testamentario, o que faz que cesse este fundamento para se converter a instituição particular em universal. Além de que esta ignominia não procedia geralmente, segundo o proprio pensar dos Romanos, mas sim quando a herança não era adida, por onerada com dividas; ignominia, que ainda se evitava, dando-se liberdade no testamento a um escravo, em nome de quem, como herdeiro, erão executados os bens para solução das dividas aos crédores.

Et ut qui heredem unum habeat, ab intestato in bonis emphyteuticis, majoratus vinculo suppositis, etc. Argumenta aqui o A. com a não repugnancia do defuncto morrer testado, e ao mesmo tempo intestado, segundo as nossas leis, por isso que os bens emphyteuticos e vinculados passam ao successor do intestado em quanto a elles, quando o mesmo morré com testamento em quanto aos allodiaes. Mas este argumento não colhe em nossa opinião; por isso que os bens de prazo e morgado não se comprehendem na herança; e o que n'elles succede, não os recebe do testador, mas do instituidor, como veremos.

Et ut extraneus tertiam bonorum ex testamento

capiat, et filiū legitimam ab intestato, Ord. lib. 4. tit. 82. *in princ.*, etc. Argumenta para o mesmo fim com a Ord. cit., segundo a qual se o pai ou mãe dispõe da terça, sabendo que tem filhos, e não os desherda, nem institue, val o testamento: donde conclue, que nesta especie o defuncto morre testado para a terça, e intestado para o resto. Tambem este argumento nos não convence; por quanto neste caso o defuncto morre absolutamente testado, pois o silencio, que observa em quanto aos filhos, fórma a sua tacita instituição, como a mesma Ord. declara expressamente.

Concordamos porém com a doutrina de não ter lugar entre nós a regra *testatus e intestatus* dos Romanos, porque o Direito Romano é subsidiario para nós, quando conforme á razão, tanto segundo a Lei de 18 d'Agosto de 1769, como pelo preceito da Ord. liv. 3. tit. 64. §. *inic. in fin.*; qualidade, que já vimos falta na dita regra, e por isso em todas as suas consequencias.

Obstat tamen, Ord. lib. 4. tit. 83. §. 3., etc. Reconhece o A. que a esta opinião obsta a Ord. cit., pois que permite por privilegio ao soldado morrer testado sómente em parte, succedendo-lhe no resto o herdeiro *ab intestato*; donde se conclue estabelecer por privilegio excepção á regra geral prohibitiva, mas que o A. sómente reconhece procedente, se fosse expressamente approvada: *re autem ipsa eadem expresse non adprobavit, quod necessarium erat.*

Esta Ord. approva, em nosso pensar, a regra *testatus* dos Romanos, pois que lhe approva a excepção, declarando que o faz por privilegio, o que importa approvação a mais expressa da regra. Com tudo a Lei de 18 d'Agosto nas qualidades, que requer nas Leis Romanas para subsidiarias, converte esta excepção em regra geral, pois não ha fundamento algum sensato para differença neste objecto entre soldados e paisanos, nem para a estes se negar o que se concede aquelles.

Se a condição impossivel vicia a instituição.

§. 33. *Extraneis heredes recte instituuntur sub quacumque conditione possibili; nam impossibilis, turpis, vel omnino derisoria vitiat institutionem, etc.* Não repetindo o que seja condição, divide-se esta em possível e impossível. Póde a impossível ser tal ou fysica, ou moralmente: aquella é a que repugna com as forças naturaes; esta a que é contraria ás inclinações e hábitos do homem. Ha ainda uma terceira especie de condições, que as leis chamão impossiveis: são as que offendem as leis ou os bons costumes. E na verdade não deve ser possível ao cidadão elevar-se contra as leis, que o protegem, assim como contra a ordem da sociedade, que lhe assegura sua propria felicidade. Chamão-se tambem taes condições illicitas, torpes e deshonestas.

Todas as condições, quer impossiveis, quer illicitas ou deshonestas, são tidas como não escriptas nos actos *causa mortis*; mas não vicião as disposições, em que entrão, pois se executão como puras e simples.

Ha differença importante entre o effeito que as condições impossiveis, illicitas e deshonestas produzem nas convenções, e aquelle, que operão nos testamentos. Naquellas distingue-se: se as condições impossiveis consistem em não fazer, reputão-se cumpridas e a convenção subsiste; se consistem em fazer, é absolutamente nulla a convenção. Nos actos d'ultima vontade a disposição se conserva, e é mantida sempre; ou as condições não possão, ou não devão ser cumpridas.

A lei reputa como impossivel tudo o que offende a ordem e a justiça. Assim todas as condições contrarias ás leis e aos bons costumes são consideradas como irrisorias, ou como não escriptas. Não se distingue o caso de fazer ou não fazer; a lei reputa cumpridas taes condições: ou para mais exactamente nos explicarmos, proscreeve ou prohibe o seu cumprimento e realização. Mas não quer privar o herdeiro ou legatario d'uma liberalidade, quando o cumprimento da condição d'elle não depende, e suppõe no testador motivos mais dignos,

do que os exprimidos; ou antes quer vingar as leis e os costumes, que offendeo, punindo-o por uma vontade injusta e deshonesta com a realização d'um beneficio, que teve origem n'aquella. A lei olha para a condição, indigna-se, rejeita-a; mas não pune o legatario e herdeiro por um crime, que não é seu; e por isso a despreza, dando effeito á instituição. Até aqui orou o Direito Romano por si, fazendo proceder a instituição testamentaria com desprezo da condição impossível, illicita e deshonesta, que n'aquella intervém.

Espanta que o *Cod. Civ. de França* art. 900. não só conservasse a disposição do Direito Romano em quanto aos testamentos, mas que a fizesse extensiva ás doações entre vivos: *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites.*

Esta disposição, applicada ás doações entre vivos, as quaes são verdadeiras convenções, fórma uma antinomia perfeita com o art. 1172., que declara nullo todo o contracto, em que entra condição impossível ou immoral: e applicada aos testamentos, não nos parece mais judiciosa; pois que olhamos como futeis os pretextos, com que se cobrem os Jurisconsultos, que submettem sna razão ás subtilezas das leis Romanas.

Grocio, *Introductio ad jurisprudentiam Hollandiae*, liv. 2. part. 18. n. 42. sustenta, que esta disposição da jurisprudencia Romana devia ser riscada da jurisprudencia moderna; porque é estranho a toda a verosimilhança, que um testador com juizo, (qualidade, sem a qual seu testamento seria nullo) queira transferir realmente seus bens, quando prende sua transferencia a uma condição impossível, ou contraria aos bons costumes. Outro Jurisconsulto do mesmo paiz, Groenewegen, no Tractado *de legibus abrogatis*, depois de ter proclamado sobre o §. 10. *Instit. de heredib. instituend.* a regra, que reputa não escriptas as condições impossiveis empregadas nas instituições d'herdeiro e fideicommissos, diz: *Sed cum omnis suprema voluntas interpretari debeat et solent secundum quod verisimilius est sensisse testatorem,*

rem, (L. 47. D. de legat. 1.^o), *cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet* (L. 19. D. de conditionib. et demonstrat.), *ideo hujusmodi institutionem pro ridicula et nulla habendam, adeoque hunc § abrogandum censeo cum domino Hugone Grotio.* É a mesma a opinião d'Heineccio *de Jure Naturae* liv. 1. §. 402.

O Código de Frederico e o Prussiano a consagrão, motivando-a como se segue: « O testador, impondo estas condições, declara formalmente, que não quer instituir os herdeiros, pois não podem dar-lhe cumprimento; por isso os mesmos legados deixados no testamento não são válidos. »

Com tudo Stryckio *Us. mod. ad tit. de condit. instit.* §. 1., além d'outros, segue a Jurisprudencia dos Romanos: *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et liberalitatibus, pro non scripto habetur*, §. 10. *Instit. de heredib. instit.* O mesmo é com as condições contrarias ás leis e bons costumes: *Conditiones contra leges et decreta principum, vel bonos mores adscriptae nullius momenti sunt, veluti — si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si barbaro habitu processeris, et his similia.* Paul. *sent.* liv. 3. tit. 4. §. 15.

Da condição do juramento, e de não casar.

§. 34. *Distinguenda vero est conditio impossibilis, vel turpis, ab ea, quae lege civili tantum ratione, non naturali improbatur.* Adverte o A. que se deve distinguir a condição impossível e torpe da que sómente é contraria á Lei civil, e não á razão natural, como é a do juramento; e se dá, quando na instituição se exige do herdeiro o juramento de cumprir os legados e mais disposições do defuncto, sem a prestação do qual aquelle não podia em rigor adir ou receber a herança.

A condição de prestar o juramento para habilitar o herdeiro instituido é possível e honesta, e sómente a lei civil a condemna, *quia faciles sunt non nulli hominum ad jurandum contemptu religionis, alii perquam timidi*

metu numinis usque ad superstitionem: et ne vel hi, vel illi aut consequerentur, aut perderent, quod relictum est, Praetor consultissime intervenit, L. 8. D. de condit. institut.; ficando assim tal condição como não escripta, sem viciar a instituição do herdeiro, nem a disposição do legado deixado com dependencia d'ella: *Hoc edictum etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem.* Cit. L. §. 1.

Além da timidez d'uns, e da facilidade d'outros para jurar, accresce a inutilidade deste juramento, pois que pela adição o herdeiro em virtude d'um quasi contracto fica obrigado perfeitamente aos legados, dividas, e mais obrigações da herança; e o juramento não se deve empregar inutilmente.

É porém questão, se a legislação Romana pôde ser entre nós subsidiaria, para a condição testamentaria do juramento se ter por não escripta; pois que o caso não parece omisso á face da Ord. liv. 4. tit. 73, pela qual é nullo todo o contracto, em que o mesmo intervem. E como na disposição testamentaria ha um principio de contracto, que a adição torna perfeito, propendemos para a idéa de ser nulla a instituição com tal clausula entre nós, adoptando a doutrina de Gouvêa Pinto *Tractado de testamentos* pag. 120. not. 1.

Conditio similiter: si non nupserit, si in viduitate permanserit, si caste vixerit, remittitur, etc. Reputa o A. a condição de não casar, a de permanecer na viuvez, a de viver castamente, como não escriptas; e tal foi, como anteriormente observámos, a disposição das LL. Romanas. Concordamos em regra em quanto á condição de não casar; mas reputamos obligatoria e irremissivel a de viver honestamente. A de permanecer na viuvez não se pôde dispensar na mulher instituida, com tal clausula, pelo marido que lhe deixa filhos, ou *vice versa* no marido instituido pela mulher. Novella 22. cap. 22.

Condições dispensaveis.

§. 35. *A conditionibus natura, vel jure impossibilibus distinguendae quoque sunt ineptae, etc.* As condições

inúteis, que coarctão a liberdade do instituído, sem fundamento razoavel, ou motivo attendivel, como a de casar com mulher de certa altura, ou que tenha certo nome, não vicião a instituição. N'ellas dispensa o Juiz, convencido da sua futilidade, citados e ouvidos os interessados, *Cod. da Prussia* 1. p. tit. 4. art. 135.; pois que nem o herdeiro deve dispensar-se a si mesmo, fazendo-se juiz em causa propria, nem o Juiz dispensal-o sem exame e discussão dos motivos.

Instituição contumeliosa, captatoria, entregue a outro, e pacticia.

§. 36. *Institutio extranei, verbis contumeliosis, etc.* Diz-se contumeliosa a instituição, quando o testador emprega n'ella expressões, que injurião o herdeiro, e tem effeito segundo o Direito Romano: *Illa institutio valet: filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto; pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt.* L. 48. §. 1. *D. de hered. instit.*

O Sr. Paschoal considera válida a instituição maledica, quando recã em herdeiros necessarios; pois que, como estes se achão vinculados com o testador, suppõe-se que o amor natural excitou este ás expressões virulentas, não com animo d'injuriar, mas com o de corrigir; quando recaindo ellas n'um estranho, fazem crer que houve animo d'injuriar, o qual repelle a intenção de conferir a herança.

Parece-nos não proceder a distincção do A. entre herdeiros necessarios e estranhos; por quanto, ainda que a especie da L. cit. é a da instituição contumeliosa do pai para com o filho, a sua razão expressa é absoluta, ou comprehende todas as mais pessoas, pois consiste em ser válida tal instituição considerada em si mesma, ou com abstracção de qualidades e relações pessoaes, *pute enim heres instituitur cum maledicto*; e isto muito mais, quando em seguida se explica d'um modo amplissimo, que se não póde restringir nem ás pessoas da

especie , nem aos herdeiros legitimos somente sem violencia do sentido largo e natural das expressões — *et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt*, o qual é que todas as instituições contumeliosas valem , qualquer que seja o instituido.

O argumento contrario de Gothofredo: *Imo non valet, quia institutio, ut et legatum et donatio, fit meritis antecedentibus*, não nos parece convincente; pois que a censura d'um vicio, o queixume d'uma ingratição não excluem absolutamente o merecimento do instituido, nem os motivos de beneficencia no testador.

Mais força se dá na razão de duvidar , que apparece na L. 9. §. 8. D. *hoc tit.*, onde se dispõe valer a designação, quando a pessoa do herdeiro se não mostra pelo nome , mas por um signal certo , que o distingue , com tanto que não seja o que se costuma praticar por injuria: *Siquis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio.*

Desta L. parece concluir-se a contrario sensu, que a instituição contumeliosa não val: mas argumento de tal natureza não procede em presença da L. expressa, e precedentemente notada, que lhe obsta. Além disto o signal, que aqui produz a nullidade, é aquelle, que por injuria ou affronta outros costumão praticar designando o individuo, *non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi*: e o testador empregando-o, deixa presumir igual animo. E não se diga, que o signal, de que a L. tracta, é o que tem tal qualidade absolutamente, sem relação á pessoa; pois que este a não podia distinguir d'um modo certo, como o texto se explica: logo é o signal, com que costumão injuriar-o, que empregado para declarar o herdeiro, annulla a disposição.

Parece porém que o Sr. Paschoal, reputando oppostas entre si, ou antinomicas as citt. LL. 48. §. 1. D. *de hered. intit.*, e 9. §. 8. *eod.* que, não menciona, procurou concilia-las, entendendo aquella para valer a instituição contumeliosa dos herdeiros necessarios, e esta

annullando-a em quanto aos estranhos, o que em nosso entender dá a esta uma extensão, que ella por si não admitte, e áquella ao contrario restricção, que a sua letra e fundamentos rejeitão: pois que se não contradizem, se attentamente as consideramos. A L. 9. dispõe, que a designação injuriosa da pessoa, sem a nomear, faz nulla a instituição; quando a L. 48. §. 1. decide, que sendo o herdeiro nomeado expressamente, não obstante a designação injuriosa, a instituição é válida.

A critica, de que usamos, não carece do apoio dos interpretes. Voët quasi pelos mesmos termos, mas com os mesmos fundamentos, explica a differença destas Leis: *Contumeliosa designatio distat ab institutione cum elogio seu maledicto, quippe quam subsistere docet Lex 48. §. 1. D. h. t.; quia testator hac exprobratione videtur institutum ad meliorem mentem et poenitentiam commissorum reducere velle*, etc.

Institutio, quam captatoriam vocant, etc. Depois de fallar da instituição contumeliosa, diz o A., que não valendo entre os Romanos a instituição captatoria, o mesmo não acontece entre nós.

Não se considera tal a instituição obtida por artificio, fraude e suggestão; mas a disposição, pela qual um testador procura attrahir liberalidades da parte d'outro em favor de quem as faz. Tal seria a concebida nestes termos, — *Institutio Ticio na mesma quantitate de bens, em que elle me instituir seu herdeiro*.

E por que seria nulla uma tal instituição? Não foi precisamente porque ella se emprega para captar liberalidades, mas por que a instituição depende destas, como condição unida á vontade secreta ou occulta d'outro: *Captatorias institutiones non eas Senatus improbat, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt: sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis*. L. 70. D. de hered. instit. Esta disposição até mesmo comprehendia os soldados. *Captatorias institutiones etiam in militis testamento nullius esse momenti, manifestissimum est*, decidem os Imperadores Diocleciano e Maximino na L. 11. C. de testam. milit.

Dissemos que o fundamento da nullidade desta insti-

tuição não está em o testador captar uma liberalidade semelhante á que faz; o que é tão verdadeiro, que a instituição ainda é nulla, sem que tenha directamente este objecto. Do que nos fornece exemplo a L. 71. §. 1. de *hered. instit.*: *Sed illud quaeri potest an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiam si in aliam personam captationem direxerit; veluti si ita scripserit: Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto. Quod in sententiam senatusconsultus incidere non est dubium.* Nesta especie a disposição annullada pela Lei, não tende a procurar ao testador, mas sim a um estranho, a liberalidade; logo o fundamento da nullidade unicamente consiste em a instituição captatoria estar unida, ou depender do segredo da vontade do estranho, ou da vontade ainda não manifestada. *Quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis*, diz a L. 70., primeiramente cit.

Por quanto, se a disposição não é rigorosamente condicional, isto é, se não depende do acontecimento futuro e incerto, não é nulla, pois não é captatoria, como acontece instituindo Mevio na mesma porção de bens, em que Ticio já tem instituido o testador: *Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto; quia in praeteritum, non futurum institutio collata est.* L. 71. §. 1. D. *eod.* Nem tambem são captatorias as instituições conjunctivas, que duas ou mais pessoas, ligadas entre si por amizade reciproca, fazem ao mesmo tempo em seu mutuo proveito: *Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt.*

Exposta summariamente a legislação Romana, dando por nulla a instituição captatoria, e as circumstancias concorrentes para ella existir, segue-se explicar as expressões do A. — *cessat enim hodie heredipetarum odium, captatio testamenti, et periculum alienae mortis.* O fim das leis, annullando a instituição, de que fallamos, foi preventivo, e teve causa no habito contrahido pelos

antigos Romanos, de procurarem a morte dos a quem tinham esperança de succeder, a qual neste caso excitava cada um dos instituidos a empregar o veneno e o ferro contra o outro. Entre nós cessão os motivos de taes receios; por isso, no silencio das nossas leis, cessá a nullidade da instituição captatoria, e se observão os testamentos conjunctivos, ainda que o mesmo não é, como já vimos, segundo o *Cod. Civ. de França*.

Antes de examinarmos a materia da instituição convencional, passaremos á materia do §. nas palavras: *Nihil etiam hodie impedit, quod institutio in alterius arbitrium conferatur non solum tacite, etc.*

Sendo o testamento, segundo a definição, que d'elle nos dá Justiniano, a expressão legitima ou regular do que o homem quer se faça depois que morre, a instituição d'herdeiro, de que tal acto tira toda a sua força, devia emanar directamente da vontade do testador; e se este commettia a um terceiro a escolha de seus herdeiros, tal instituição era nulla: *Illa institutio: Quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. L. 31. D. de hered. instit., concordante com a L. 68. D. eod.*

Quod jus ipsum negat, L. 31. D. eod., et concedere videtur Canonicum, Cap. 13. de testam., dummodo de voluntate testatoris legitimo modo constet, etc. Sendo indubitavel que as LL. Romanas examinadas, com o fundamento da disposição testamentaria ser um effeito directo da vontade do testador, annullão a instituição, que commette a outro a escolha ou approvação do herdeiro: diz o Sr. Paschoal, que o contrario é pelo Direito Canonico.

Alguns Interpretes attribuem com o A. ao Cap. 13. *X. de testam.* uma disposição contraria á de Direito Civil neste objecto, attendendo unicamente á relacção: *In secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Com tudo quem conhece tanto o genio, como os

vastos recursos de Innocencio III., e sabe a largueza; que elle observa sempre, quando se tracta de combater as leis civis, não póde accreditar, que se limitasse ás poucas expressões transcriptas, propondo se uma decisão absoluta e geral, contraria áquelle Direito. Além disto ha na mesma redacção — *In secunda quaestione dicimus*, signal evidente de mutilação do rescripto; o que tudo deve suspender o Interprete, e obrigar-o aos processos da critica.

No liv. 5. das Epistolas deste Papa acha-se a 39., dirigida no anno 1204 ao Bispo Altissiodorensense na Franca, com resposta a dous pontos; a que diz respeito ao 1.º, fórma o Cap. 18. X. *de verbor. significat.*; a relativa ao 2.º fórma o presente Cap.

O Bispo, auctor da consulta, por indulto Pontificio administrava e dava exclusivamente applicação aos bens *intuitu ecclesiae* adquiridos pelos Clerigos intestados: os Conegos pretendião não serem comprehendidos debaixo deste privilegio; responde Innocencio III., *Appellatio clericorum non solum alios, sed etiam canonicos comprehendit.*

Pelo Cap. 12. *de testam.* se conclue, que segundo a disciplina estabelecida os bens patrimoniaes dos Clerigos passavão por testamento ou *ab intestato* a seus herdeiros, e ás Igrejas os provenientes da qualidade clerical; mas que se lhes concedia applicar estes *pro anima*, o que algumas vezes commettião á prudencia e zelo d'um terceiro.

Tal disciplina, na opinião do consulente, offendia o seu indulto, pelo qual vimos elle exclusivamente fazia a applicação dos bens *intuitu ecclesiae* dos Clerigos intestados: e reputando tal o que morria com disposição de que um terceiro o preferisse n'ellas, é isto o 2.º ponto da consulta, a que o Pontifice responde neste Cap., declarando o Clerigo defuncto por testado para este caso especial da disposição *pro anima* entregue a outro, concorrendo por ventura para isto o odio, que a suspeita d'ambição lançava sobre o consulente. Por tanto o Direito Canonico geralmente conservou a disposição das leis civis em quanto á nullidade da instituição, que

não provém directamente do testador, nem legislou em tal Cap. em quanto á instituição d'herdeiro, etc.

Ainda que o Direito Romano annulla a instituição, que depende directamente da vontade do que não é o proprio testador, elle tolera a instituição, que depende indirectamente de terceiro, como por exemplo, — *Institio Sempronio, se Ticio subir ao Capitolio*. Está sem dívida no arbitrio ou vontade de Ticio, o subir ou não, ao Capitolio, e por consequencia realizar, ou destruir a instituição, não obstante o que, não deixa ella de ser válida, pois não é inteiramente confiada á vontade de terceiro, da qual só indirectamente depende; ou antes não é a vontade de Ticio que se considera, mas sim uma condição. *Quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio*. L. 68. D. de hered. instit., na 1.^a disposição.

É porém válida a instituição deixada á vontade de terceiro, quando mostra a intenção d'o testador se referir a elle, *tamquam in arbitrium boni viri*; caso, em que se o voto do terceiro não é conforme á razão e equidade, o instituido dependente póde instar e deve obter, que lhe seja designado outro arbitro para resolver, se sim, ou não, elle ha de haver a herança. Por quanto o testador não procurou a arbitrariedade d'aquelle, mas a justiça e equidade em geral, e deve esta liquidar-se segundo sua intenção. Decidem neste sentido em quanto aos legados a L. 75. D. de legat. 1.^o, á L. 1. §. 1. D. de legat. 2.^o, e a L. 11. D. de legat. 3.^o, cujas disposições com alguns Interpretes extendemos por identidade de razão ás instituições d'herdeiro.

Póde-se formular a instituição de maneira, que ella dependa da vontade da pessoa, em favor de quem é feita, como condição. Se, por exemplo, o testador diz, — *Institio Ticio meu herdeiro, se elle quizer*, esta instituição é válida, até mesmo com relação aos herdeiros necessarios, que alias se devem instituir pura ou simplesmente; pois que a condição é indifferente, em nenhuma cousa os prejudica, ou onera. *Nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur; cum et si non fuerint addita, invitus non efficitur heres*. L. 12. D. de condition. institut.

Finalmente o testador pôde auctorizar, ou dar poder a um terceiro para lhe nomear herdeiro uma pessoa, cuja escolha lhe entrega n'um numero determinado d'individuos, por exemplo, em tal familia; pois que neste caso a substancia da disposição não depende da vontade de terceiro: ao que accresce, que não ha incerteza absoluta da pessoa instituida: *Nec enim*, diz a L. 7. §. 1. D. de reb. dubiis, ácerca dos fideicommissos, *in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.*

Meditando sobre a opinião do A. de valer a instituição, ainda que directamente dependa da vontade de terceiro, achamos que o seu argumento determinado e expresso consiste em ser esta a disposição do Direito Ecclesiastico. Este argumento porém segundo a nossa opinião, que fundamos, contém uma asserção perfeitamente inexacta: logo a opinião do A. carece deste fundamento. Nem outros lhe achamos; antes convencidos de que o testamento por nossas LL. tem a mesma natureza, com a mesma dependencia da instituição d'herdeiro, que tinha entre os Romanos, entendemos ser repugnante com a exposição da vontade do testador a instituição, que provém directamente de terceiro. Seguimos por tanto a nullidade de tal instituição; no que vamos conformes com a doutrina do *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1548.

Adoptamos porém todas as excepções legaes mencionadas, as quaes previnem e evitão os inconvenientes, com que pôde combater-se a opinião, que seguimos.

Testamentum autem ad pias causas ex communi et recepta sententia in alterius arbitrium conferri potest. A instituição para a herança ser applicada a fins pios é olhada com favor pelo Direito Canonico. Vem d'aqui a opinião dos que exceptuão os testamentos *ad pias causas* da nullidade da instituição, commettida á dependencia directa da vontade de terceiro: opinião, que o A. diz ser *commun* e recebida, *ex communi et recepta*

sententia; logo reconhece por este modo, que a regra em contrario a esta excepção, e que elle não adopta, e communmente seguida, por isso que toda a regra é approvada por quem lhe assigna excepção.

Mas é certo que a regra, de que fallamos, comprehende ainda mesmo os testamentos *ad pias causas*, na opinião d'outros, como Boelin. *ad Pand. Exercit. 80. cap. 2. §. 13.*, a qual seguimos; por quanto sendo o Direito Civil, e não o Canonico, aquelle, com que as nossas leis se conformão nas materias testamentarias, não ha razão para formarmos dos testamentos *ad pias causas* excepção a algum respeito, quando nem as nossas, nem as leis civis a formão. Concordão as doutrinas de Domat Liv. 3. tit. 1. sect. 3. art. 11., a generalidade do *Cod. Civ. de França art. 1002.*, e expressamente Lobão *Notas* a este §.

Ad pacta successoria, quandam licet captionem con- tuere videantur.... Ea namque adprobarunt Wisigothi,.... et majores nostri; nihil enim frequentius, quam pacta successoria in donationis literis, et aliis instrumentis a saeculo XIII. Nestas expressões, que deslocamos da ordem do §. pela relação, que tem com a nota, e nesta, tracta o Sr. Paschoal das instituições convencionaes, ou *pactos successorios*. Principia asseverando que são válidos, como o forão entre os Wisigodos, e que desde o seculo XIII. os nossos maiores os usarão com frequencia.

Os primeiros legisladores Romanos considerarão o testamento como o unico acto com força para alterar a ordem legitima das successões. A lei das doze Taboas permittia ao pai de familias dispor, como legislando por este meio, de todos os seus bens. Uma faculdade tão preciosa mereceo que se lhe desviassem todos os obstaculos; e para ficar sempre livre estabeleceo-se por principio, que os contractos e estipulações, com relação ás heranças futuras fossem tidos por nullos e como não existentes.

Procurou-se sob o imperio de Diocleciano e Maximino introduzir differente jurisprudencia. Uma mulher pelo contracto do matrimonio conveio em que

o marido por sua morte lhe succedesse nos bens. Os Imperadores porém consultados, a respeito desta clausula, rescreverão que era nulla: *Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo jure debentur.* L. 5. C. de pact. conv.

Com tudo o principio geral referido teve excepção pela L. 19. C. de pact., quando dous soldados formão pacto de succeder mutuamente, pela razão de que taes pessoas não têm necessidade de solemnidades para testarem, sendo sua simples vontade testamento, com tanto que nella perseverem até ao ultimo suspiro. Donde inferimos que ainda nesta excepção a instituição pacticia não tinha o character d'irrevogavel, como era da essencia dos pactos propriamente ditos.

Outro caso, em que a convenção sobre herança d'homem vivo é obligatoria segundo o Direito Romano, é quando feita entre os herdeiros presumptivos sobre a maneira de partir os bens entre si, se aquelle, a quem elles pertencêrão, deu para isso seu consentimento expresso, e perseverou na mesma vontade até á morte, L. 30. C. de pact., cessando por isso em quanto a este do mesmo modo a qualidade da permanencia.

Notada a regra das LL. Romanas, dando por nullas as convenções sobre as heranças futuras, com excepção de validade entre os soldados, e em fôrma de partilha entre os herdeiros legitimos, resulta na 1.^a excepção serem ellas de succeder, podendo ser na 2.^a de não succeder, renunciando algum de taes herdeiros á sua parte em beneficio dos outros; e por isso procedente a divisão do A. no principio da nota em pactos *de succedendo*, e outros *de non succedendo*, uns e outros chamados *successorios* — *pacta successoria*, pois tem por objecto a successão ou herança; com a differença d'uns serem affirmativos, e outros negativos acerca d'ella.

Devemos porém abster-nos de deslocar, ou de raciocinar de modo, que desloquemos as disposições das LL. Romanas. Ellas não dão validade aos pactos sobre heranças futuras. E que entendem ellas por heranças? Nesta palavra não comprehendem os bens moveis separados dos immoveis, os paternos dos maternos, os herdados dos adquiridos, mas a transmissão, feita ao herdeiro, da universalidade dos direitos, que tinha o defuncto no momento da sua morte: *Hereditas est successio in universum jus, quod quis tempore mortis habuit.*

Annullando aquellas Leis os pactos sobre as successões futuras, annullão os pactos sobre a universalidade, ou sobre uma parte alíquota da universalidade dos bens de toda a especie, por tanto não annullão os pactos sobre a universalidade, ou sobre uma parte alíquota dos moveis, sobre a universalidade ou uma parte alíquota dos immoveis, dos herdados ou dos adquiridos, etc.

E por que razão ou fundamento se legislou a nullidade de taes pactos successorios, ou instituições convencionaes? Seria por que tem por objecto bens futuros, ou que os pactuantes ainda não possuem? Não, porque tanto os bens futuros, como os presentes, podem ser materia de convenções. A L. 73. D. *de verbor. obligat.* expressamente decide, que se póde estipular em quanto a fructos não nascidos, *fructus futuros*; e a L. ult. C. *quae res pignori oblig. poss.* decide igualmente, que se podem hypothecar bens futuros: *Jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producat.*

Leyser, Jurisconsulto, que goza da maior consideração em todos os tribunaes Germanicos, nas suas *Meditationes ad Pandectas* tom. 1. *specimen* 43., remonta á origem da prohibição das instituições convencionaes, attribuindo-a ao habito quasi quotidiano dos habitantes da antiga Roma tirarem a vida pelo veneno e outros meios atrozés ás pessoas a quem tinham esperança de succeder; habito, que prova com uma multidão d'exemplos e auctoridades, que lhe ministrão Cícero, Juvenal, Seneca e os mesmos textos das Leis Civis;

estabelecendo por fim; que taes crimes tem sido sempre desconhecidos, ou pelo menos extremamente raros entre todos os povos do norte, *inter gentes ad septentrionem positas*.

D'aqui conclue este sabio Jurisconsulto, que o motivo das Leis Romanas não é applicavel á Allemanha: e esta primeira consequencia o conduz a uma segunda, a qual é que os pactos successorios devem alli ser permittidos. « Elles o forão certamente, diz elle, antes do Direito Romano ser conhecido entre nós, e se observão ainda hoje: *Constans est Germanorum, et ante, et post receptionem Juris Romani, consuetudo de hereditatibus paciscendi*. Que elles forão permittidos antes da introduccão do Direito Romano, é attestado por Stryckio no seu tractado *da successão ab intestato* diss. 8. cap. 1. §. 5. Que o são ainda hoje, é o que não pôde duvidar ainda o menos versado na Jurisprudencia Germanica: *recentiorem vero consuetudinem nemo in dubium vocare potest, qui modo parum in foris Germaniae versatur*.

« Todos os dias se practicão nos contractos matrimoniaes pactos successorios, que ligão irrevogavelmente os esposos: *pacta dotalia quotidie inter conjuges de successione in omnia bona ineunt, quorum revocatio non permittitur*. Nem se diga que isto é um privilegio dos contractos dotaes: *Nec est quod dicas singulare hoc in pactis dotalibus esse, quod ad alia pacta extendi non debent*. Pois que não vemos differença alguma entre os contractos, que se referem ao matrimonio, e as outras convencões: ha para estas a mesma razão, que se dá em quanto áquelles; e consiste em que todo o pacto, que não offende os bons costumes, deve ser religiosamente observado: *nullum quippe vidimus discrimen. Eadem, quae in pactis dotalibus versatur ratio, alibi quoque valet, quod videlicet aequum sit promissum et fidem datam, si cum bonis moribus non pugnet, servare*.

« Tambem os mais insignes Jurisconsultos asseguirão, que na Allemanha os pactos successorios são geralmente approvados, e confirmão sua asserção com decisões judiciaes: *Nec deest nobis summorum Jusisconsultul-*

torum consensus, qui pacta successoria universali Germania consuetudine sustineri asserunt, assertumque suum rerum judicatarum auctoritate confirmant, ex quibus in praesens Struvium exerc. 38. §. 47., Schilterum exerc. 8. §. 40., et Bergerum in economia juris lib. 2. tit. 48. n.º 1. memorabimus.

« Resta apenas uma objecção aos sectarios da opinião opposta: é dizer que os pactos successorios ainda actualmente repugnão com os bons costumes, em quanto levão aquelles, a quem a herança é promittida, a desejar a morte das pessoas, a quem devem succeder: *Unum videtur restare contrariae opinionis praesidium: aiunt nempe pacta illa eatenus adhuc hodie contra bonos mores esse, quod efficiant, ut is, cui alterius hereditas promissa est, mortem promittentis expectet optetque improbo certe voto.* Mas não se confundão as cousas; attenda-se a que isto não é um vicio do contracto, mas sim dos homens; e se estes pactos podem ser reprovados por tal motivo, é preciso tambem por este mesmo motivo abolir todo o systema das successões *ab intestato*, até a simples legitima, pois que muitas vezes d'ella nascem votos abominaveis, para que tenha effeito a morte d'outros: *Verum enim vero hoc vitium est non pacti, sed hominum; quod tamen ad improbanda penitus pacta ista non sufficit, nam si id sufficeret, tota quoque doctrina de successione ab intestato, item de legitima, ex qua etiam non raro improba ejusmodi vota orientur, tollenda esset.*

« Com razão pois as duas Universidades a de Wittemberg e a de Helmstadt responderão, a primeira em Março de 1710, que se póde hoje, conforme a jurisprudencia adoptada em toda a Allemanha, dispor da successão de todos os bens não só por testamento, codicillo e doação *mortis causa*, mas tambem por contractos e convenções *inter vivos*; a segunda em Junho de 1716, que sobre a especie da troca d'uma casa, acceita por uma das partes, pelo direito dos filhos da outra lhe succederem por morte, o attribue aos mesmos por estes termos: *Attendido que iguaes instituições são tidas por válidas em toda a Allemanha, dando aos*

herdeiros todos e os mesmos direitos, que as leis concedem aos herdeiros instituidos em testamentos. »

Depois da já notada divisão dos pactos successorios em affirmativos ou *de succedendo*, e negativos ou *de non succedendo*, o Sr. Paschoal usa na nota essencialmente dos mesmos argumentos de Leyser, para concluir tambem, que taes pactos tem validade entre nós. Leyser porém sustenta os costumes da Allemanha contra o Direito Romano, quando o Sr. Paschoal vai de peito contra a nossa Ord.

Não disputamos a origem, que se dá ao não-effeito, ou nullidade do pacto de succeder entre os Romanos, consistindo no perigo de vida do promittente, que por ventura não comprehende o de não succeder, do qual o Cap. 2. *de pact. in 6.º* nos parece dizer com razão: *Cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.* Tambem nos não occuparemos com defender a generalidade das leis Romanas sobre a nullidade de taes pactos, ainda que a vejamos adoptada no *Cod. Civ. de França art. 1130. : On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui, de la succession duquel il s'agit.*

Limitamo-nos á Ord. liv. 4. tit. 70. §§. 3. e 4. Tractando das penas convencionaes, dispõe aquelle §., que não podem ser levadas: 1.º quando o contracto não produz naturalmente obrigação, por ser torpê; 2.º quando o contracto não produz obrigação, por ser nullo ou reprovado por Direito, de sorte que o juramento o não pôde confirmar. Para exemplo dos contractos d'esta ordem refere os successorios affirmativos, *scilicet*, o do que promete instituir herdeiro a outro em todos ou parte dos bens sob certa pena; o da doação, em vida, de todos os bens e direitos com pena convenciona-da; e finalmente o do que não devendo ser herdeiro d'outro, pactúa em vida d'elle sê-lo, e convenciona pena.

Em todas estas especies não pôde a satisfacção de pena exigir-se pela razão expressa na parte final do §.,
de

de serem taes contractos tão reprovados e illicitos, que nãem o juramento os pode confirmar.

O §. 4. cit. faz procedente a pena nos pactos successorios negativos, que não valem por Direito (Civil), mas que podem ser confirmados segundo o Direito Canonico, pela razão de não serem tão reprovados, como os primeiros.

Não podemos duvidar de que por occasião das penas convencionaes a primeira Ord. recebeu o Direito Romano contra os pactos successorios affirmativos, e a segunda o Canonico em quanto aos negativos confirmados com o juramento, adoptando por isso a maior extensão, que o mesmo Direito deo a estes; e então não só para valerem em fôrma de partilha entre os herdeiros legitimos, consentindo o proprietario dos bens, em quanto vive, mas para valerem entre o pai e a filha, que, recebendo o dote, renunciou a legitima, sentença do Cap. 2. *de pact. in 6.*, contrária á disposição da L. 15. C. *de pact.*, que a nossa Ord. §. ult. cit. não adoptou, pois que admite, confirmado com o juramento, o pacto de não herdar, entre o herdeiro presumido e aquelle mesmo, de cuja herança se tracta.

Desta sorte o Direito Patrio, o Canonico e o Romano são concordes em reprovar os pactos de succeder. O Canonico porém não só deo maior extensão aos de não succeder, mas como erãem revogaveis segundo as leis civis, os converteo em irrevogaveis pela confirmação do juramento, o que a Ord. accitou. Nem obsta a esta opinião a Ord. liv. 4. tit. 63., com que Góivêa Pinto *Tract. de testam.* nota ad cap. 21. argumenta, assim como o A.; por quanto ainda que ella annulla os contractos, em que intervem juramento, podia ser dispensada, como decide o §. 87. do *Reg. dos Desemb.*; e suppõe esta dispensa a Ord. do liv. 4. tit. 70. §. 4.

O Sr. Caschoal considerando a prohibição dos pactos successorios infundada, appella para a Lei de 18 d'Agosto de 1769. O mesmo fazemos para lembrar que esta Lei não consente interpretações contra as sentenças legaes, e que as mesmas por arbitrio dos Interpretes se deroguem. Nem tão infundada se deve reputar uma

proibição, que ainda hoje o *Cod. Civ.* de França conserva, auctorizando unicamente taes pactos nas convenções, que se referem ao matrimonio.

Que tempos se devem attender na capacidade do instituido.

§. 37. *Heredes ii tantum institui possunt, quibuscum est testamenti factio, quam satis est habere tempore, quo hereditas defertur.* Como é circumstancia essencial, para a instituição ter validade o recaír sobre pessoa capaz, ou que não tenha alguma das qualidades especiaes, que fundamentão, segundo as leis, a incapacidade testamentaria passiva: examina aqui o Sr. Paschoal, em que tempos a faculdade de succeder por testamento é necessaria no instituido.

Para se conhecerem, segundo os principios das leis Romanas, os tempos, em que o instituido necessita da capacidade de succeder, devemos separar os herdeiros estranhos dos seus, isto é, os que se não achão sujeitos ao poder do testador, daquelles, que ao mesmo poder estão sujeitos. Devem ter os estranhos capacidade em tres épocas: a saber, no tempo, em que o testamento é feito; no da morte do testador; e finalmente no da adição da herança: o que se acha claramente decidido na L. 49. §. 1. D. de hereditib. instit.: *In extraneis hereditibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio; sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt: et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, ut constiterit institutio; et mortis testatoris, ut effectum habeat: hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio; . . . nam jus heredis eo vel maxime tempore inspicendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris . . . mutatio juris heredi non necet: quia, ut dixi, tria tempora inspicimus.*

1.º Exige-se que o instituido tenha capacidade no tempo da instituição; porque a regra de Catão, que é particular dos testamentos, quer que a disposição nulla no seu principio não possa com o tempo tornar-se

válida, L. 1. D. *de regula Catoniana*; a qual supposto falle sómente de legados, como foi feita no tempo, em que o Direito antigo estava em todo o vigor, e então na palavra legado se comprehendia igualmente a instituição d'herdeiro, L. 120. D. *de verb. signif.*, é extensiva a esta, sem que se possa oppor a L. 3. D. *de regula Catoniana*, que ainda que declare geralmente: — *regula Catoniana non pertinet ad hereditates*, deve entender-se restricta ás instituições condicionaes. O que é tão verdadeiro, que a L. immediata o declara em forma de excepção á dita regra: *Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere*; excepção, a que adiante daremos desenvolvimento.

2.º É essencial que o herdeiro instituído seja capaz ao tempo da morte do testador; porque então é que o direito está aberto para a herança; e por consequencia é necessario que a pessoa, chamada a ella, se ache habil.

3.º A capacidade do herdeiro é necessaria tambem no tempo da adição, pois que é esta o acto, que o faz verdadeiro senhor da herança.

4.º Os tempos intermedios a estas tres épocas são indifferentes: de sorte que a incapacidade sobrevinda ao herdeiro depois da consecção do testamento, o não annulla, quando aquella já não existe no momento da morte do testador; o que procede, ainda quando a incapacidade intermedia resulta de facto do proprio instituinte: *Servum meum heredem institutum cum libertate, si vivus vendidero ei, cum quo testamenti factio non est, posteaque eum redemero, ex testamento mihi heres esse poterit. Nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit institutionem.* L. 50. D. *de heredib. instit.*

Esta necessidade porém de ser habil nas tres épocas notadas admite algumas excepções.

1.º Já vimos em outra parte, que os prisioneiros de guerra podião ser instituídos durante o seu cativeiro, bastando-lhes estar em vella para Roma no tempo da morte do testador, sem que se considerasse a seu respeito o tempo da feitura do testamento.

2.º Aos instituídos pelos soldados era sufficiente

terem capacidade no tempo da morte destes: *Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis temporis talis inveniatur, ut a milite institui poterit. L. 13. §. 2. D. de testam. milit.*

3.ª A regra Catoniana não tem lugar, como dissemos, nas instituições condicionaes; por quanto, como por esta regra é necessaria a capacidade do herdeiro no tempo da confecção do testamento, e o instituido deste modo ou *sub conditione* nenhum direito tem á herança antes que a condição se verifique, necessita tão sómente de ser capaz nos dous tempos, isto é, no em que se realiza a condição, e no em que aceita a herança. Que a capacidade não se exige neste no tempo, em que se faz a instituição, resulta da mesma regra Catoniana, por isso que a instituição sómente fica perfeita depois da existencia do acontecimento, que foi considerado naquella: e que a mesma capacidade se dispensa no tempo da morte do testador, é o que formal e expressamente decide a L. 59. §. 4. D. *de heredib. instit.* por estes termos: *Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit; aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit.*

Com este fundamento é que a L. 62. D. *ead.* declara, que se pôde instituir um a pessoa incapaz, de ser herdeiro, para o ser no tempo, em que tenha capacidade: *In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est; veluti: Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto. Idem et in legato.*

Dissemos que o herdeiro, condicionalmente instituido, deve ter capacidade, quando aceita a herança; e tal é com effeito a decisão do §. 4. *instit. de heredum qualitate et differentia: Ee cu plus, et cum adit hereditatem esse delect com eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit.*

Examinadas as disposições de Direito ácerca dos tempos, em que se deve dar ao herdeiro capacidade testamentaria, cumpre notar, que todas quantas leis

Apontámos, se referem unicamente aos herdeiros estranhos; o que nos obriga ao breve exame desta materia a respeito dos que são chamados seus.

Tiverão os Romanos *herdeiros necessarios*, *herdeiros seus e necessarios*, e *herdeiros estranhos*. Chamárão herdeiro necessario o escravo instituido pelo senhor, que não podia repudiar a herança, ainda quando mais endividada: *Sive nolit, sive nolit*, diz a Instituta, *omnino post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres sit*. O que foi providenciado d'este modo, por isso que, como já notámos, elles tiverão por deshonra não lhes ficar um herdeiro, em nome do qual seus crédores fizessem execução nos bens deixados, accreditando tambem que não era onerar excessivamente o escravo o forçal-o á acceitação da herança, pois que tinha por premio a liberdade: além de que, se o exigia, os bens do defuncto erão separados, ficando para o herdeiro salvas dos crédores suas futuras acquisições.

Forão herdeiros seus os filhos, que o defuncto tinha no primeiro grão do poder ao tempo de sua morte; e dava-se-lhes este nome, porque o pai estava unido ao filho tão estreitamente, que o patrimonio do primeiro, em certo modo, e ainda mesmo em sua vida, se reputava patrimonio do segundo, o qual depois da morte d'aquelle se considerava successor em seus bens proprios, e como herdeiro de si mesmo: *In suis hereditibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. . . . itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur*. L. 11. D. de liber. et posthun. Os mesmos, além d'herdeiros seus, se dizião necessarios, por isso que a lei os compellia, como ao escravo, a acceitar a herança do pai ou do avô, por mais onerada que ella fosse, ainda que o Pretor lhes permitia abstenção.

Erão herdeiros estranhos todos os que, não sendo nem necessarios, nem seus, tinham plena liberdade d'acceitar, ou repudiar a herança que lhes fosse deferida, quer *ab intestato*, quer por testamento. Taes se conside-

ravão os filhos emancipados, os netos, cujo pai já não estava com elles sob o poder do avô, os agnados, os cognados, etc.

Em quanto aos herdeiros seus, é opinião geral e uniforme, que devem ter capacidade de succeder ao tempo da morte do testador, sem que lhes seja necessaria ao tempo, em que accéitão a herança. A razão desta doutrina está dada, quando dissemos, que os filhos não emancipados, ou herdeiros seus do pai, por morte d'este continuão a propriedade, que já tinham em sua vida. Por tanto a incapacidade no tempo da adição não pôde tirar-lhes um direito antecedentemente adquirido.

Mas necessitarão estes herdeiros de capacidade ao tempo, em que o testamento é feito? Furgole cap. 10. a n.º 19. segue a opinião negativa, e vai com elle Lobão *Notas* a este §. n.º 6. Segundo aquelle Jurisconsulto, nós herdeiros seus é bastante terem capacidade, quando morre o testador, para o que se funda na L. 3. §. 10. D. *de bonor. possess. contra tabul.*, concebida nestes termos: *Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec contra tabulas bonorum possessionem petere possunt. Haec autem verba — institui non possunt, ad mortis tempus referuntur.*

Com tudo esta extensa Lei em todo o seu contexto não falla, nem se refere a filhos herdeiros seus, mas unicamente aos emancipados e filhos destes, mencionando-os logo no principio, e sem d'elles mais se afastar: *Non tantum autem ipsi emancipati admittuntur, ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.* E falla sómente dos emancipados e seus filhos, por isso que, segundo o Digesto, sómente elles tem direito á posse dos bens *contra tabulas*, quando o pai os não institue.

Para nos convenceremos de que a referida Lei não dispensa os filhos, instituidos pelo pai, da habilitade para succeder-lhe no tempo do testamento, basta penetrar o seu espirito, reparando no seu objecto.

Começa estabelecendo por principio, que os filhos capazes de serem instituidos são os unicos com direito a instar pela posse dos bens *contra tabulas*, ou, o que é

è mesmo, pela reclamação da herança paterna na parte, que lhes seria deferida *ab intestato*. Mas para ser herdeiro *ab intestato*, é bastante ter capacidade ao tempo do fallecimento d'aquelle, a respeito do qual se ventila a questão de succeder; quando para ser herdeiro testamentario aquelle, que é estranho, isto é, que não está sob o poder do defuncto ao tempo do seu fallecimento, deve ter capacidade ao tempo da morte do testador, e no da adição da herança. E resultará do principio estabelecido na Lei, que o filho emancipado não pôde receber a sua parte *ab intestato* na herança de seu pai, sem que tenha capacidade ao tempo do testamento, que guardou silencio a seu respeito, e sem que tambem a tenha no da adição da herança? Conhecce-se o absurdo desta consequencia; o que faz com que a Lei, para evitar que ella se deduza do seu principio, se declare expressamente: *Hæc autem verba — institui non possunt, ad mortis tempus referuntur*; isto é, que para se dar a posse dos bens *contra tabulas*, ou, por outros termos, para se succeder *ab intestato*, basta ter no tempo da morte do defuncto a capacidade exigida pelas leis. E em tudo isto nada ha, donde se possa concluir, que os herdeiros *seus* não precisão ter capacidade ao tempo, em que se faz a instituição ou o testamento.

Além disto a opinião contraria á de Furgole e Lobão, prova-se invencivelmente pela generalidade da maxima muito expressa e clara na L. 210. D. *de regul. jur.*: *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*. Os filhos ou herdeiros *seus* não são d'ella exceptuados por lei alguma; logo devem por isso considerar-se comprehendidos na sua disposição.

Furgole reputa absurdo, que um filho possa succeder *ab intestato*, quando não é incapaz ao tempo da morte do ascendente, sem que se attenda a outra alguma época; e que não possa o mesmo succeder em virtude do testamento, com o pretexto da incapacidade, que se dá nelle no momento, em que a instituição é feita.

Ha porém nestes dous casos uma razão de differença muy sensivel. Succedendo *ab intestato*, é só a parte

á lei que se deve este direito: e como ella não procede, senão no momento da morte do que deixou a herança, contenta-se com as qualidades, que n'este instante concorrem no que chama para receber a impressão do seu favor. Mas quando se succede por testamento, acto unico, de que resulta o direito, é consequente, que a incapacidade ao tempo d'elle obste e impossibilite para o effeito de suas disposições.

Desta sorte temos por certo que o Direito Romano, para terem realidade as instituições em proveito dos filhos herdeiros *seus*, lhes requer habilitade, ou a faculdade testamentaria passiva, não só ao tempo da morte do testador, mas no da confecção do testamento, ficando assim anivelados com os herdeiros estranhos, e só differindo destes em não lhes ser necessaria a capacidade ao tempo da adição da herança, no que os *seus* combinão com os herdeiros legitimos, separando-se d'estes em quanto aquelles também devem ter capacidade no tempo, em que é feito o testamento. Concorda Ferrier sobre o §. 4. *Instit. de hered. qualit. et different.*: *En sorte que les enfans qui veulent succeder à leur père, en vertu de son testament, doivent nécessairement réunir la double capacité dont on vient de parler.*

O *Cod. Civ.* de França é mudo nesta materia; mas a maxima, já antes d'elle adoptada, pela qual a morte do defuncto faz senhor, ou dá o dominio da herança ao herdeiro — *Le mort saisit le vif*, derogou o Direito Romano em quanto á exigencia da capacidade do herdeiro estranho no tempo da adição, hastando-lhe têt-a, como o herdeiro necessario e legitimo, ao tempo da morte do testador, sem contudo destruir nos testamentarios o requisito da capacidade no da confecção do testamento. O mesmo acontece entre nós, em quanto a todos os herdeiros, depois do Alvará de 9 de Novembro de 1754, segundo o qual no momento da morte do defuncto a posse civil, com todos os effeitos da natural, passa para o herdeiro, o que dispensa nos estranhos a capacidade no 3.º tempo, igualados assim aos necessarios e legitimos.

Jure nostro definitum non est, quo tempore heredis

capacitas aestimanda: ea vero quomvis e jure Romano aestimari soleat, ego contra non tempus testamenti conditi, neque mortis testatoris, uti eodem jure cautum est, sed aditae tantum hereditatis, aestimandum et inspiciendum esse censeo. Reconhece o Sr. Paschoal, que os tempos, em que o herdeiro deve ter capacidade, se não achão regulados nas leis Patrias, mas que o Direito Romano em quanto a elles está recebido pelo uso entre nós—*jure Romano aestimari soleat*; não obstante o que, é de opinião, que o tempo attendivel na capacidade é o da adição; donde conclue que o possuidor da herança, inhabil no do testamento e morte do testador, com habibilidade no da adição não deve ser privado da herança, principalmente se este conhecia a incapacidade, que se deo no instituido.

Confessamos que nos admira esta doutrina. Não é a regra Catoniana que nos captiva, nem a disposição geral da L. 29. D. *de regul. jur.*: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*, que o A. cita; mas a não procedencia attribuida á mesma regra sobre a instituição d'herdeiro, quando a sua applicação a esta se acha clara, explicita e determinada na L. 210. D. *cod.*: *Quae ab initio inutilis fit institutio, ex postfacto convallescere non potest*: e isto muito mais, quando a praxe e uso constante do fóro, como adverte Gouvêa Pinto, e o A. não contradiz, a tem adoptado entre nós.

Tem a regra Catoniana excepções: mas poderá cada um a seu arbitrio dar-lhe mais, quando nem as leis, nem o uso geral lhas tem dado? A facção testamentaria é uma tolerancia social, sob condição do cumprimento e observancia das leis; e não pôde o testador elevar-se acima d'estas. Assim, instituindo elle um inhabil, fez o que não podia; quiz o que não devia querer; e por isso praticou um acto, que não deve ter effeito. Em resultado não seguimos a opinião do A.; e com os mesmos fundamentos resistimos á doutrina do *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1538, que regula a capacidade e incapacidade da pessoa instituida pelo tempo da morte do testador, sem attenção ao em que o testa-

mento foi feito, como dispõe o *Cod. da Prussia* t. p.
tit. 12. art. 43.

Visto que para a instituição proceder, deve assentar
na capacidade pessoal, tanto no tempo, em que é feito
o testamento, como no em que morre o testador, resta
acrescentar, que a incerteza das pessoas instituídas é
um vício da instituição, que lhe tira a validade, com
as seguintes modificações.

O §. 25. *Instit. de legat.* nós ensina que por Di-
reito antigo não se concedia disposição em favor de
pessoa ou pessoas incertas, ainda que podessem tornar-
se certas por um acontecimento, como se o testador
instituisse seu herdeiro o que fosse nomeado Consul
no anno immediato. O que mesmo se não permitia nem
ainda nos testamentos dos soldados. Podia porém ser
instituída pessoa incerta tomada d'um numero certo,
como dizendo o testador: *Instituo herdeiro n'um quarto*
da herança aquelle dos meus parentes maternos, que
casar seu filho com minha filha.

Justiniano porém no §. 27. *Instit. eod. tit.* declara
ter promulgado uma lei, em que mudou esta antiga
Jurisprudencia, tanto nas instituições dos herdeiros,
como nos legados e fideicommissos: *non solum in he-*
reditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis. No
Codigo porém não apparece esta L.; mas os interpre-
tes, e Vinnio entre outros, nos assegura que deu ella
effeito á disposição, quando a incerteza do herdeiro ou
legatario pôde acabar por um acontecimento presente
ou futuro, como nos dous exemplos referidos.

Com tudo a disposição vaga não é nulla, feita a
favor dos captivos, L. 49. *in princ. C. de Episcop. et*
cleric. O mesmo é com referencia aos pobres: *Id, quod*
pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non, ut
incertis personis relictum, evanescat, sed omnibus modis
ratum firmiterque consistat. L. cit. §. 1.

É tambem conveniente não deixar este lugar, sem
que se notem as alterações de Direito sobre a qualidade
das palavras, que se podem empregar na instituição;
que segundo as leis antigas devia ser enunciada em ter-
mos directos, com reprobção absoluta dos obliquos.

Disserão-se directas as palavras, que têm fôrma imperativa, como — *heres esto*, *heredem esse jubeo*; e obliquas as concebidas h'ella precativa, ou em palavras, pelas quaes o instituido deve receber a herança das mãos d'um terceiro, que intervem, como — *rogo*, *ut Titium heredem facias*, *volo ut tibi hereditas detur*, e outras semelhantes.

Os Interpretes imaginárão terceira espécie de palavras, a que chamarão communs, por isso que susceptíveis de duplicado sentido, ou de podêrem ser tomadas directa, ou indirectamente, como — *pertinet*, *devolvatur*, *perveniat hereditas*. Favre porém no Tractado *de erroribus Pragmaticorum* demônstra perfeitamente, que o Direito Romano não conhece mais que duas espécies de palavras, de sorte que todas as que não são obliquas, devem ser postas na classe das directas.

A difficuldade de distinguir umas das outras occasionava com frequencia duvidas sobre a validade d'algumas instituições, como pôde conhecer-se por estas expressões d'Ulpiano nos *Fragmentos*; *Heres institui recte potest his verbis*: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. *Illa autem*: Heredem instituo, heredem facio, *plerisque improbata est*.

Com tudo o Imperador Constantino na L. 15. C. *de testam.* abrogou um tão escrupuloso rigor, tendo por inconveniente ligar a validade das instituições a practicas vãs e estereis: *Indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum*. Quiz em consequencia que todas as palavras, proprias para fazer conhecer a vontade do testador, fossem validamente empregadas na instituição: *Institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis; nec enim interest, si dicatur: Heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit; sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata, institutio valeat: si modo per eam liquebit voluntatis intentio*.

Segundo a L. 1. §. 3. D. *de heredib. instit.* a instituição d'herdeiro pôde ser enunciada por estas tres pala-

bras bem simples: *Titius heres esto*, sem que seja necessario que o testador declare querer que Titio seja seu herdeiro; pois que isto se subentende, por isso que quem testa, não quer dispôr dos bens dos outros, mas dos seus. Donde se infere, que a omissão d'alguns termos não vicia a instituição, bastando que se subentendã. Esta L. nos §§. 5. 6. e 7. offerrece exemplos.

A L. 7. C. de *testam.*, a respeito d'um caso particular decide que procede a instituição, ainda que o testador tenha omittido as palavras — *heres esto*, o que parece contrario ao texto, que acabamos d'expôr; mas nota a Glosa, que na especie desta Lei o testador tinha empregado palavras equivalentes, como — *Titius hereditatis meae dominus esto*.

É porém certo, que bastando, para haver instituição, as tres palavras: *Titius heres esto*, cit. L. 1. §. 3. D. de *hered. instit.*, ainda estas mesmas se supprem, pois val concebida nestes termos: *Lucius heres*, onde o *esto* se subentende, §. 5. O mesmo acontece, quando se empregão outras, que explicão a mesma idêa, como: *Ille ex parte tota*, ou *ille ex tota*, sem se ajuntar *heres esto*. §. 6. De sorte que todas e quaesquer palavras, que expliquem a vontade de que o testador transmite a herança, tornão sufficiente e válida a instituição.

Nem, como já dissemos, é nulla, se a pessoa do herdeiro não é expressamente nomeada, mas se mostra por algum signal ou modo não equivoco: *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod vaene nihil a nomine distat, valet institutio*, L. 9. §. 8. D. de *hereditib. instit.*; sendo sufficiente tudo quanto pôle dar a conhecer sua pessoa, como a profissão, o emprego, o parentesco ou affinidade com o testador: *An per demonstrationem corporis, vel artificii, vel necessitudinis, vel affinitatis, nihil interest*. L. 34. D. de *conditionibus et demonstrat.*; pela razão de que a designação certa e a expressão do nome são de tal sorte identicas em Direito, que pôde empregar-se indifferentemente uma em vez da outra. L. 6. D. de *reb. credit.*

Donde resulta que a instituição, considerada por

este lado, se divida em tacita e expressa, além das especies, que já lhe notámos; accrescendo mais, ainda que com outro fundamento, a necessaria e voluntaria, com a primeira das quaes liga a materia dos oito §§. immediatos: sendo aquella a instituição, que o testador, obrigado pela lei, faz em proveito das pessoas, que tem direito de legitima na herança; quando a voluntaria comprehende as que o mesmo podia deixar em silencio, ou omitir, sem que se desse no testamento o vicio da preterição.

Todos os filhos se comprehendem na instituição necessaria dos pais.

§. 38. *Ad liberorum necessariam institutionem, vel exheredationem quod adinet, etc.* Posto o que seja instituição necessaria, pede a ordem o exame das pessoas, ácerca das quaes ella se observa; o que é o mesmo que examinar os casos, em que aquella está sujeita ao vicio da preterição segundo as leis, a cujo respeito diz primeiramente o A. neste §. — *Certum est jure nostro, quod liberi omnes cujuscumque aetatis, ordinis, gradus et sexus, sive sui, sive emancipati, tam a patre, quam a matre debeant institui, vel nominatum exheredari, etc.*

A Jurisprudencia Romana não foi sempre constante nos effeitos da preterição dos filhos no testamento dos pais. Ninguem ignora que estes primeiramente, por virtude do poder patrio, exercião na familia um poder quasi soberano, que concedia ao seu arbitrio a livre disposição testamentaria dos bens; mas que abusando com frequencia deste poder, se procurou coartar-lhe a liberdade indefinida, reduzindo-a pouco e pouco a limites justos e razoaveis.

A Lei das doze Taboas dava aos pais a liberdade de dispor de todos os bens por testamento; mas tambem ella chamava os filhos a succeder a seus pais. Donde veio, quando o testador deixava aquelles em silencio, sustentarem os Jurisconsultos, que a disposição não podia ter effeito, e que neste caso os filhos por virtude da lei succedião na herança.

Começon-se pois a exigir dos pais, que instituissem os filhos, ou que expressamente os desherdassem. Seguiu-se depois, que sendo estes herdeiros pela lei, não podião sem causa ser privados do beneficio da mesma, nem os pais excluil-os ou desherdal-os, não se dando alguma das causas legais, e para isso expressas. Os Imperadores, e sobre todos Justiniano, confirmarão esta interpretação dos Jurisconsultos, e fixarão finalmente a Jurisprudencia.

Ao principio a nullidade, effeito da preterição, deu-se tão sómente, quando o silencio tinha por objecto os filhos sujeitos ao poder patrio, pois que só elles são herdeiros necessarios de seus pais. Os emancipados, como fóra da familia, não succedião com os irmãos; por isso não tinhão elles direito contra os testamentos paternos.

A Lei das doze Taboas não chamava os filhos para succederem á mãe; e por isso não podião atacar o testamento, em que esta os tinha preterido.

Depois de diferentes alterações, a successão dos filhos foi regulada na Novella 115. de Justiniano, a qual tirou toda a distincção de filhos sob o poder patrio e emancipados, e ordenou que todos os descendentes, sem differença de sexo, e em qualquer gráo que estivessem, succederião com preferencia aos ascendentes do defuncto e aos parentes collateraes, não se distinguindo sexo tambem nos ascendentes.

Chamados todos os filhos á successão de seus pais, não poderão estes privar aquelles da successão, a que a lei os chamava, ou fosse directamente por uma desherdação injusta ou sem causa, ou fosse indirectamente, não os instituindo herdeiros. Desta sorte ficarão os filhos com direito de arguir de nullo o testamento paterno ou materno, que os tinha preterido; e quando injustamente desherdados, de o rescindirem pela quezela da inofficiosidade: combinando se por este modo a repressão do abuso dos ascendentes com a necessidade do respeito, obediencia e gratidão daquelles para com estes.

Ó Direito Romano no seu exposto ultimo estado,

sobre a necessidade da instituição dos filhos pelos pais, foi expressamente adoptado pela nossa Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1., sendo nullo o testamento no caso da preterição dos filhos pelo silencio do pai ou mãe, e no da desherdação sem causa justa e expressa. A mesma Ord. reduziu a nullidade ás duas partes dos bens, subsistindo o testamento nas disposições legatarias, para serem satisfeitas pelas forças da terça do testador, conformando-se igualmente nesta disposição com a cit. Novella 115. cap. 3., de que foi tirada a Auth. *Ex causa C. de liber. praeter.*

A necessidade da instituição paterna comprehendendo os filhos posthumos seus e estranhos.

§. 39. *Posthumi quoque, sive sui, sive alieni, ex filio emancipato, vel ex filia habiti, debent omnino institui,* etc. Tracta-se dos filhos, isto é, dos descendentes, não nascidos ao tempo, em que é feito o testamento; e estabelece o A., que estes, ou sejam seus ou estranhos, devem necessariamente ser comprehendidos na instituição, como os já então nascidos.

Para formarmos idéa dos termos e intelligencia do Direito, é mister empregar alguns momentos. O posthumo seu, contraposto ao estranho, devia necessariamente ser instituido no testamento do pai, do avô, e de todo o outro ascendente; pois que preterido, rompia pelo nascimento as disposições testamentarias; o que se deduz da L. 8. D. *de injust., rupt. et irr. fact. testam.*; e é expresso na L. 12. *in princ. D. eod.*

A'cerca porém do posthumo estranho, parece á primeira vista, que as LL. distinguem o caso, em que a mãe, que o tem no ventre, é habil para casar com o testador, d'aquelle, em que não pôde casar, podendo o filho na primeira hypothese ser intituido, mas não na segunda: *Posthumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest, nisi in utero ejus sit, quae jure nostro uxori esse non potest, §. 28. Instit. de legat.,* concordante com a L. 9. §. 1. D. *de liber. et posthum.*: *Si ex ea, quae alij*

nupta sit, posthumum quis heredem instituerit, ipso jure non valet, quod turpis sit institutio.

Sobre o que discorre Furgole: « Que se não deve concluir a impossibilidade de instituir o posthumo estrangeiro, que está no ventre da mãe, com quem não pôde casar o testador, se este não teve tracto illicito com ella, pois que então se não dá instituição torpe, *turpis institutio*, que é a razão de dixerem da L. cit. » Quando Ferrer, á *Instit.*, pensa que o Direito Romano prohibe geralmente a instituição do posthumo estrangeiro, concebido em mulher, que não pôde casar com o testador.

Mas nem um, nem outro destes AA. entendeo os textos das LL. Romanas relativos ao assumpto. Quando estes textos dizem não se poder instituir o posthumo estrangeiro, com cuja mãe não pôde casar o testador, que entendem elles por estrangeiro como nome de qualidade do posthumo? Será por ventura um filho gerado por outro, que não é o testador, e nascido depois da morte ou do testamento deste? Não. A palavra *estrangeiro* é empregada neste caso por opposição ou como contraposta á outra *seu*, o que claramente mostrão os termos do §. 26. *Instit. de legat.*: *Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est.* Designa por tanto um filho gerado pelo mesmo testador, mas que, nascendo, não pôde achar se sob o seu patrio poder, porque a mulher, que o concebeo, não é unida pelo matrimonio com aquelle: exprime tambem, em relação ao avô, o filho d'um seu filho concebido depois do pai emancipado, o que mostrão as outras palavras do texto que acabamos d'apontar: *Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

Por consequencia quando, as LL. decidem, que se pôde instituir um posthumo estrangeiro, decidem que o testador pôde dispor por testamento de seus bens em favor do filho legitimo gerado por seu filho emancipado, ou em proveito d'um filho natural, pelo mesmo testador gerado: pois que, se é legitimo, é posthumo *seu*, e não estrangeiro para elle.

Ao contrario, quando as mesmas prohibem instituir o posthumo estrangeiro, com cuja mãe se não pôde casar, nenhuma

nenhuma outra coisa decidem, senão que o testador não pôde instituir herdeiro um filho incestuoso ou adulterino, que está no ventre da mãe, e ao qual o mesmo testador deu existencia. O que é conforme á Jurisprudencia do Digesto e do Código, segundo a qual os bastardos, comprehendidos na denominação geral de *infirii*, são incapazes de succeder por titulo universal a seus pais.

Esta explicação simples e natural, que acabamos de dar, prova bem e claramente que os legisladores Romanos nunca tiveram a misera idéa de prohibir, que o testador institua o posthumo, de que elle não é pai, quando não pôde casar com a mulher, que o traz no ventre.

Sabido, pela razão juridica dos termos, que posthumo seu para o testador é o filho por elle gerado, mas não nascido em sua vida, ou antes do testamento, e posthumo estranho para o mesmo o neto nascido n'um ou n'outro d'estes tempos, de seu filho ou filha predefuncto, que pelo matrimonio entre nós, se emanciparão ou sahirão do poder patrio: sabido tambem que as pessoas geradas, e não nascidas, tem os mesmos direitos, que as já nascidas, bem como que as LL. Romanas, com as quaes as nossas se conformão, tirarão toda a differença entre descendentes emancipados e não emancipados, devendo uns e outros ser instituidos no testamento dos ascendentes: torna-se evidente a necessidade d'o pai instituir o posthumo seu, bem como o neto, ou posthumo estranho, que lhe proveio de filha ou filho predefuncto. O que não só é um resultado coherente com os principios postos, mas é expresso na Ord. liv. 4. tit. 82. §. 5., a qual dispõe, que *« se o pai, ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legitimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era d'isso sabelor, e é vivo ao tempo da morte do pai ou mãe, assi o testamento, como os legados nelle conteuidos são nenhuns, e de nenhum vigor. »*

Quando o pai ou a mãe sabe que tem um filho, e o pretere no testamento, fica este nullo em quanto ás duas partes dos bens, mas val em quanto á terça, de

que livremente pode dispor, e da qual a lei entende quiz elle dispor, pois sabe que tem o filho, dando assim a entender que lhe tira o que podia, e não as duas partes, salvo se o desherda expressamente, e motiva a desherdação. Ord. cit. §. 1. O que procede, se o testador ao tempo do testamento sabe que existe o descendente, quer no ventre da mãe, quer fóra d'elle, e o pretere.

Mas se o posthumo seu ou o estranho não está gerado ao tempo do testamento, não é este nullo para não valer sómente na terça; pois que nascendo elle vital, o rompe ou inutiliza inteiramente, de sorte que nem a terça toda, nem parte d'ella está sujeita aos legados. É evidente a razão da diversidade das sentenças: pela primeira val em quanto á terça o testamento, porque o testador, sabendo que tinha o filho, o exclue d'ella, como podia, ainda mesmo sem causa alguma, mais do que a sua vontade e arbitrio: pela segunda nem em quanto á terça val, pois entende a lei, que se o testador não ignorasse a existencia de seu filho ou descendente, disporia em seu favor não só das duas partes, mas da terça dos bens da herança.

É evidente tambem que toda a legislação exposta neste e no §. antecedente se amplia aos descendentes legitimados por subsequente matrimonio, bem como aos illegitimos, mas naturaes successiveis nos termos da Ord. liv. 4. tit. 92.

Nullum similiter prorsus est testamentum, filio jam nato praeterito, quem pater non scripsit heredem, propterea quod eum mortuum credit, §. 3. ead. Ord. Os principios e razões de decidir, que nos ministrão os §§. 2. e 5. da cit. Ord., comprehendem com certeza a especie, que o A. aqui expõe, para nem mesmo em quanto aos legados pela terça valer o testamento do pai, que pretere o filho crendo que era morto. Com tudo sobejá, o §. 3. do mesmo tit., dispondo-o expressamente. Não pensamos porém assim em quanto ás II. Romanas, *de posthumorum jure et differentis*, que o Sr. Paschoal diz inúteis, pois que sem a sua intilligencia reputamos impossivel formar idéas exactas e convincentes ácerca do nosso Dileito.

*Limites da necessidade da instituição dos descendentes ,
e suas consequencias em quanto ao modo.*

§. 40. *Haec omnia intelligenda tantum sunt de portione legitima*, etc. A terça parte dos bens fica salva da legitima ou porção, que a lei reserva para os filhos, dependendo aquella do arbitrio do testador, que até mesmo tem direito de a transmittir a estranhos; faculdade ampla, que lhe mantem a Ord. liv. 4. tit. 82. §. *inic.*, *verbis* — *tomarem a terça de seus bens, e a deixarem a quem lhes aprouver*, pois que dá effeito á disposição feita sobre ella pelo pai ou mãe, que tem filhos; e na do tit. 92. *verbis* — *salvo a terça, se a o pai tomar, da qual poderá dispôr como lhe aprouver*: direito que dos costumes antigos passou a ser lei excripta nas Ordd. de D. Affonso V. liv. 4. tit. 97., e que supposto interrompido pela Lei de 9 de Setembro de 1769. §. 2., que prohibio deixar terça a estranhos, foi restabelecido de novo pelo Decreto de 17 de Julho de 1778.

E não se deve taxar d'injusta e inconveniente a liberdade dos pais em quanto á terça; pois que podem dever a estranhos taes beneficios, que tambem devão retribuir ao separar-se do mundo, devendo igualmente restar-lhes meios, para por sua morte premiarem o filho ou filha, que levar vantagem aos outros na compostura dos costumes, no amor, serviços e obediencia para com os auctores de seus dias. E em verdade raros serão os casos, em que estes, na sua disposição da terça, por injustiça e fraqueza dêem preferencia ao filho corrompido e vicioso.

Depois da terça paterna, cabe formar as idéas necessarias sobre a legitima dos filhos. A lei, que concede a estes a legitima, parece poder chamar-se *non scripta, sed nata lex*: é congenita, por assim dizer, com a especie humana; pois que tem precedido a todas as leis civis e constituições politicas, sendo a natureza quem a gravou no coração de todos os pais. Alimentar um filho, a quem se tem dado existencia, e deixar-lhe com que se alimente, em quanto não é proprio para conseguir por si os meios necessarios, são dous deveres

tão inteiramente ligados, que um é consequencia do outro.

Com tudo houve entre os Romanos tempo, em que forão desconhecidos estes deveres sagrados. Seu primeiro legislador, Romulo, lhes havia dado um poder absoluto sobre a vida e morte dos filhos: soberanos de suas familias, e mais despotas, do que pais, attendião e escutavão o furor de imperar, que formava seu character dominante: e não contentes de se entregarem durante a vida ás suas duras impressões, achavão o meio de governar em toda uma posteridade, ainda mesmo depois da morte. A Lei das doze Taboas lhes permittio dispôr em testamento de todo o seu patrimonio, preferindo o estranho ao proprio sangue.

Se esta permissão era injusta, era ao menos consequente; pois que os pais, tendo o direito de tirar a vida a seus filhos, por força maior de razão devião ter o de os excluir da sua herança sem motivo.

Não tardou muito que a ferocidade Romana fosse adocada pelos mesmos povos, que d'ella tinham sido victimas; e aquelle excesso extensissimo d'auctoridade recebeu os limites da razão e da justiça. O direito da vida e morte foi reduzido á correcção, ou ao castigo moderado, e submetteo-se a um tribunal superior o uso da faculdade testamentaria dos pais, que, quando abusavão, desprendendo temerariamente o raio da heredação, não conseguião mais do que fazer considerar seu testamento como obra de paixão cega, e effeito d'um espirito alienado, com remedio na querela da inofficiosidade, que competia a seus filhos.

Tornando-se successivamente frequentes estas querelas, procurou-se um remedio para as tornar ou reduzir a mais raras: e como se tinha concedido aos herdeiros estranhos o beneficio da *Falcidia* e *Trebellianica*, de que adiante fallaremos, occorreo dever igualmente dar-se aos filhos uma certa porção dos bens paternos, que independente de vontade fosse unicamente deferida pelo ministerio da lei.

Não se sabe precisamente quem foi auctor d'esta innovação. Cujacio em suas *Observações*, liv. 3. cap. 7.

attribue-a a Marco Aurelio, fundando-se n'uma passagem da Historia Ecclesiastica de Nicephoro liv. 3. cap. 31.; mas elle se retracta nas suas notas sobre as *Sentenças* de Paulo. E em verdade, no liv. 5. e carta 1. de Plinio o moço a Severo, ha fundamento bem claro para se não attribuir a invenção da legitima a Marco Aurelio. Por quanto Plinio, que tinha sido instituido herdeiro por Pomponia Gratilla; queixando-se Assudio Curiano, filho da testadora, diz que lhe procurára, se suas queixas seriam fundadas, deixando-lhe sua mãe a quarta parte da herança: *Si mater te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses?* E que Curiano conviera em receber a parte da legitima correspondente á porção deixada a Plinio. O que prova dar-se direito nos filhos a uma parte da herança, ainda mesmo materna, muito antes de Marco Aurelio; pois ainda que se ignore a época precisa da morte de Plinio o moço, não se pôde duvidar de que ella precedeo a este Imperador, nascendo aquelle sob Nero, morto no anno 38 de Roma, quando Marco Aurelio subio ao poder sómente no de 138.

Mas fosse o que fosse, a legitima concedida aos filhos primeiramente, e que veio (como em pouco veremos) a pertencer a mais pessoas, não foi logo tão pungue e favoravel, como depois. Deve-se ao Imperador Justiniano a perfeição desta parte essencial e importante da Jurisprudencia; e suas leis forão adoptadas sem contradicção por quasi todos os povos cultos.

Dissemos por quasi todos os povos, pois alguma ha, onde se não observou o direito dos filhos á legitima. Crespo de Valdura, *Observat.* 24. pag. 431. e 432. attesta que no reino d'Aragão tem os pais, para a disposição dos bens e desherdação dos filhos, os mesmos direitos, que a Lei das doze Taboas facultava aos Romanos. O mesmo acontece tambem em grande parte da Inglaterra em quanto aos bens encastellados, — *chivels*, como entre nós nos vinculados. Allí porém em alguns sitios os outros bens se dividem em tres porções: uma para a viúva; outra para os filhos; ficando a terceira sujeita á livre disposição do pai. Couwel, *Instit. Juris Anglici*, liv. 2. tit. 1. §. de inofficioso testamento.

Vista a origem da legitima, que dissemos ser a porção de bens, que passaria *ab intestato* ao que n'ella deve ser instituido, para que de sua natureza se fórme idéa clara e precisa, é mister que examinemos, se por ventura ella é uma parte da herança, ou uma porção dos bens, que ficarão do defuncto. Concebe-se facilmente a differença, que se dá entre estas duas hypotheses, por isso que a herança comprehende todo o activo e passivo do fallecido: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*; quando os bens se entendem restrictamente do resto, ou do que fica, depois de pagas as dividas: *Bona intelliguntur cujusque, quae, deducto aere alieno, supersunt.*

Que a legitima é uma quota de bens, e não da herança, sustentão Mantica, Favre, Voët, Furgole e outros; opinião, que parece mui bem fundada na L. 6. C. de *inoffic. testam.*, pois a chama *bonorum partem*, uma porção dos bens: *Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.* A L. 5. C. de *inoffic. donation.* a qualifica tambem de soccorro devido aos filhos pelas torças dos bens paternos: *Debitum bonorum subsidium.* O cap. 1. da Novella 18. não é menos explicito neste ponto; pois que fixa a legitima n'uma certa quota, não da herança, mas da propria substancia ou bens do defuncto, *propriae substantiae partem.*

A estes tres textos bem claros, que as subtilidades d'alguns AA. não podem obscurecer, se reune uma razão evidente em apoio da opinião, que professamos.

É constante, que a extracção da legitima somente deve ser feita, depois de pagas as dividas e despesas funerarias. A L. 8. §. 9. D. de *inoffic. testam.* nenhuma dúvida deixa a tal respeito: *Quarta autem accipietur, scilicet deducto aere alieno et funeris impensa.* Ora acabamos de ver, que se chamão bens tudo o que fica, depois de pagas ou deduzidas as dividas: sobre estes pois e não sobre a herança, é que se faz o corte para a legitima.

Donde vem, que o filho não pôde por seu pa-

trimónio ser demandado pelos crédores do pai; e n'elle se não reúne a qualidade d'herdeiro com a do legítimo; por isso que a herança pôde ser mui onerosa para o que a recebe, ou no todo, ou em parte; mas ao contrario os bens são uteis sempre, e tanto, que se chamão por este nome, segundo a L. 49. D. *de verbor signif.*, por isso que contribuem, sem excepção, para ventura e proveito d'aquelles, que os possuem: *Bona ex eo dicuntur, quia beant, hoc est, beatos faciunt; beatre est prodesse.*

Mas dizem os adversarios: — o 6. 3. Instit. *de inoffic. testam.* chama a legitima uma parte da herança. — É verdade; respondemos da nossa parte; mas que se conclue d'aquí? Diz este texto: « A querela da inofficiosidade não tem lugar, senão quando o testador nada deixou aos filhos, o que temos ordenado para poupar a natureza aos queixumes dos ultrajes feitos contra ella. Por tanto, quando aquelle deixa a estes *uma porção da herança*, ou ainda mesmo *uma coisa singular*, dorme a querela, mas ficão os filhos com direito a fazer acrescentar á instituição do defuncto tudo quanto lhes falta para complemento da sua parte legitima. *Sed haec ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est; quod vestra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad quartam legitime partis replentur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu deberi compleri.*

Vê-se que a legitima é chamada parte da herança, unicamente porque se supõe deixada pelo testador a titulo de instituição; o que é tão verdadeiro, que depois das palavras — *pars hereditatis*, se seguem as outras — *vel res eis fuerit relicta*, termos, que formão opposição com os primeiros, porque provão que a legitima não é parte da herança, quando deixada a titulo de fideicommissão ou legado, ou por titulo singular.

De mais, ainda que aqui a legitima é chamada *parte da herança*, procede isto nominalmente, quando deixada por titulo d'instituição; mas em realidade e nos effei-

tos não é uma parte daquella. D'outra sorte, se de dous filhos legitimarios um é chamado á legitima por instituição, e o outro por titulo de legado, resultaria, que tendo elles igual condição por Direito, seria o primeiro obrigado ás dividas, e não o segundo, no que se dá um absurdo e injustiça, que unicamente se evitão, dando-se-lhe tambem nos effeitos igual condição, não onerando as dividas aquelle.

Argumentão ainda os adversarios com o cap. 3. da Novella 115; segundo o qual a legitima deve sempre ser deixada a titulo d'instituição; donde concluem, que os legitimarios são herdeiros verdadeiros.

Carece de fundamento este modo de discorrer. É certo que antes desta Novella a legitima não foi uma porção da herança ou quota d'ella, pois acabámos de ver, que realmente não tomava tal qualidade, quando o testador a revestia do titulo de instituição, e que podia ser deixada por legado. A Novella de Justiniano não só não mudou esta anterior Jurisprudencia, mas annuncia claramente, que a sua intenção é conserval-a. Por quanto no cap. 5. declara expressamente, que para utilidade dos legitimarios introduz a necessidade de os chamar por instituição: *Unde et constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam, quam ex hac occasione promulgandam esse prospeximus.*

Mas se deste titulo resultasse que fossem verdadeiramente herdeiros, longe de lhes causar utilidade, ao contrario lhes causava prejuizo; o que basta, para se não dever dar á Novella tal interpretação, pois, como vimos na Introducção a este escripto, uma das regras da Hermenentica Juridica consiste na maxima a mais natural e a mais universalmente adoptada, que recommenda se não converta em mal d'alguem o que foi estabelecido em seu favor: *Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.* L. 25. D. de legibus.

Deixando em silencio, por mais deveis, outras ra-

zões, com que encontramos sustentada a opinião oposta nesta importantíssima questão, occorre-nos lembrar, que a petição de herança não é mais do que uma acção, em que se pede ser herdeiro, condemnando-se em fazer a restituição da herança, o que indevidamente a possui. *Hereditatis petitio*, diz Voët, um dos mais sábios e judiciosos Interpretes do Direito Romano, *est actio civilis primario in rem, mixta tamen propter prestationes personales, bonae fidei, qua quis contendit hereditatem suam esse, eamque sibi ab eo, qui pro herede vel pro possessore possidet, restitui.*

Posto isto, é consequente que se os legitimarios são na realidade e effectivamente herdeiros, hão de ter a petição de herança, para haverem a entrega da legitima. Mas todos os Interpretes, sem um só se exceptuar, concordão em que não póde ella ser pedida pela petição d'herança, mas sim pela acção chamada em Direito *condictio ex lege*. O que nos faz concluir, que a generalidade dos Interpretes concorda em reputar a legitima uma porção dos bens, e não parte da herança do defuncto; e que os nossos adversarios, negando ao legitimario a petição de herança, se contradizem ao dar-lhe a qualidade de herdeiro.

Com a origem e natureza da legitima vimos que na ordem dos legitimarios tem sem contradicção o primeiro lugar não só os filhos, tanto nascidos, como posthumos, mas os netos, aquelles sobre as duas partes dos bens do pai e da mãe, estes para succederem nas mesmas duas partes dos bens do avô e avó, se o pai morre antes d'elles: *Neptem defuncti actione de inofficioso testamento, quamvis pater ejus emancipatus fuerit defunctus, experiri posse, ignorare non debes. L. 7. C. de inoffic. testam.*

Logo as leis, seguindo o espirito da natureza, considerão a legitima como uma propriedade do que tem direito a ella; e pelo principio — *Nemo rei alienae legem dicere potest*, prohibem ás pessoas, sobre cujos bens ella deve ser tomada, o diminuir-lh'a com qualquer disposição, o fazer lha dependente de condição ou acontecimento futuro, retardar-lh'a pela chegada d'um dia certo, ou

gravan-lh'a por qualquer modo. O que tallo é claramente estabelecido na L. 32. C. *de inoffic. testam.*, uma d'aquellas em que Justiniano legislou para levar a legitima á consideração e grão de favor, em que a vemos: *Ut, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, in iniuria esse videantur; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram, vel quodcumque onus introducens, tollatur: et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.* Concorda a doutrina do A. neste §., fundada na mesma Lei.

Quod vero ultra legitimam filio relinquitur, etc. É evidente que as disposições do testador em beneficio dos descendentes além da legitima, ou pelas forças da sua terça, tomão, em quanto a esta, a qualidade de voluntarias, sujeitas por isso a condições e encargos, como se fossem estranhos para elle.

Procede a instituição tacita para a legitima, e para a validade do testamento.

§. 41. *Necessaria tamen non est specialis liberorum institutio.* Se o pai, mãe ou ascendente, dispõe da terça a bem d'estranhos, quaes são nesta relação, todos os que não tem o direito de legitima, nem por isso morre testado sómente em quanto á terça, como já antecedentemente vimos; por quanto o silencio, que observa em quanto aos filhos, que expressamente não desherda, é a tacita instituição ou o chamamento dos mesmos em relação á legitima; como decide a Ord. liv. 4. tit. 82. *in princ.* O contrario é em quanto á desherdação, que, como igualmente já vimos, nunca pôde ter effeito, senão é expressa e motivada.

Instituição dos ascendentes e irmãos.

§. 42. *Et non solum filii, sed etiam parentes, quo nomine ascendentes omnes intelligimus, etc.* Tendo mostrado que os filhos ou descendentes, em relação á legitima, não podem ser pretendidos no testamento dos pais ou ascendentes, mas sim instituídos, ou expressamente excluídos por alguma das mesmas causas, que auctorizão a sua desherdação, mostra o A. que os pais, isto é, os ascendentes, em relação á legitima, estão reciprocamente na mesma razão para os filhos, aos quaes também só cabe a livre disposição da terça parte dos bens, sendo d'aquelles as duas partes restantes.

As LL. Romanas, quando o filho não deixa descendentes, que lhe devão succeder, chamão á sua herança o pai, a mãe, o avô, ou os ascendentes. E como estes tem naturalmente o direito, durante a vida, de lhes pedir alimentos, ellas lhes concedem uma legitima nos bens, que por sua morte restão, depois de pagas ás dividas, tendo por isso a legitima dos ascendentes a mesma quantidade e natureza, que a dos descendentes, sem que prefira aos encargos, com excepção também dos legados e fideicommissos excessivos, ou para cuja satisfação não bastão as forças da terça, á qual se reduzem, sem que diminuão a legitima.

Este direito porem cede ao dos filhos, que são os primeiros legitimarios; o que faz que proceda tão sómente na falta destes, ou quando são effectivamente desherdados. *Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit: emancipatus, suscepto postea filio, duobus exhereditatis, patre praeterito, vna decessit: in quaestione de inofficiosi testamenti, praecedenti causa filiorum, patris intentio adhuc pendet: quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest, L. 14. D. de inoffic. testam., concordante com a immediata in princ.: Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinquere debet.*

São notaveis as expressões: *Nam etsi parentibus non debetur hereditas*, etc., da L., que acabamos de transcrever, as quaes contêm o principio d'a legitima dos ascendentes não ser fundada na natureza, como a dos filhos, por isso que estes são ordinariamente reduzidos á necessidade de esperar d'aquelles a sua subsistencia, não sendo da ordem da natureza, que o filho dê subsistencia ao pai: principio, que não achamos assás sólido, ou antes que labóra em um equívoco na expressão. Esta obrigação dos filhos em verdade não está na classe das cousas ordinarias e frequentes: é necessaria uma inversão, um transtorno, como diz a mesma L. — *turbato tamen ordine mortalitatis*; mas dado elle, nada é mais confôrme á natureza, do que deixar o filho, por sua morte, meios de subsistencia aos auctores de seus dias, e ministrar-lh'os em vida, *turbato ordine fortunarum*, ou quando d'elles necessitão.

Et fratres, cum eisdem quoque certo respectu legitima debeat, etc. Em falta dos descendentes, os irmãos e irmãs tinham direito de exigir uma legitima, assim como os ascendentes; mas erão necessarias duas condições para isso: a primeira, que o defuncto tivesse instituido pessoa torpe ou deshonesto; a segunda, que os irmãos tivessem com o defuncto o mesmo pai.

No rigor dos principios o homem nada deve a seus irmãos e irmãs: não lhes deo a existencia, nem d'elles a recebo; não ha pois algum dos fundamentos, para que os auxilie na sua subsistencia, nem por consequencia para que por obrigação lhe deixe uma certa porção de bens. Importa com tudo á sociedade, que cada um dos individuos não dê máo uso ao patrimonio, que tem: donde resulta, que apparecendo, quem para privar os irmãos, empregue seus beneficios em pessoas torpes e indignas, seja tido por delirante, e como que arrastado por uma paixão, que o cega, e lhe desordena a razão, e por isso se não creia seu testamento acto de livre vontade.

Forão estas as razões, por que o Direito antigo Romano concedeo aos irmãos a querela da inofficiosidade, quando sem lhes deixar porção legitima, o defun-

cto tinha preferido um escravo, ou um não habitante da cidade, em que fôra domiciliado. Este estado de legislação se descobre, combinadas as LL. 24. D. *de inoffic. testam.*, e 31. §. 1. D. *eod.*, com a L. 21. C. *eod.*, que é obra de Diocleciano e Maximino; combinação, que muito nos deteria, e que por isso omittimos.

Subindo ao throno o Imperador Constantino, achou, conveniente estabelecer Direito novo, e ordenou que os irmãos e irmãs germanas, excluidos os uterinos, podessem intentar a querela da inofficiosidade, quando o defuncto instituisse pessoa infame ou notada com alguma mancha: *per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus*, como se explica a L. 2. C. *Theod.*, em continuação da L. 1. *eod.*, que tem o mesmo objecto.

Estas duas constituições, feitas nos annos 316 e 332, forão refundidas por Triboniano n'uma só, a L. 27. C. *de inoffic. testam.*, a qual é concebida nestes termos: *Fratres, vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris, vel sororis penitus arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspersantur; vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: excepto servo necessario herede instituto.* Esta sentença procede, se no preterido se não dá a mesma infamia, L. 11. C. *hoc tit.*; e tambem se não foi ingrato para com o testador. Novella 22. cap. 47. §. *fn.*

Os interpretes porém não concordão em quanto ao grão de torpeza do instituido, para que a querela tenha fundamento; o que parece com tudo bem claramente determinado na L., que acabamos de transcrever, *verbis: si scripti heredes infamiae vel turpitudinis, vel levis notae macula aspersantur.*

Mais conveniente acreditamos examinar aqui a doutrina de Lobão *Notas* a este §. n.º 5. « *E quanto aos irmãos, diz elle, pelo Direito Romano, podião livremente preterir-se os irmãos e collateraes, etc.* »

É o contrario. O Direito Romano antigo, quanto a querela *inofficiosi* podia ter lugar, admittia a ella todos os irmãos e irmãs, sem que distinguisse os uterinos dos germanos e consanguineos; todos tinham direito igual, porque todos igualmente erão offendidos pela injustiça do irmão. É o que se vê na L. 1. D. *de inoffic. testam.*, por estes termos: *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.* Logo concede a querela aos irmãos, pois que com ella não fazem despesas vãs ou inúteis.

Esta jurisprudencia foi modificada por Constantino; porque a primeira disposição da L. 1. §. 1. C. *Theod. hoc tit.* é que os irmãos uterinos serão ao diante excluidos da querela, a qual só pôde ser intentada pelos germanos.

Nesta L. não se mencionão os consanguineos: mas não se pôde duvidar de que estes se comprehendem nos germanos, pois que se a querela é concedida aos irmãos, filhos do mesmo pai e de mãe diferente, por força maior de razão se concede aos que tem o mesmo pai e a mesma mãe. Mas não pôde haver questão a tal respeito, pois que Justiniano faz expressa menção dos consanguineos: *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur. Consanguinei autem de inofficioso quaestionem movere possunt.*

O Imperador Constantino não se havia limitado a excluir da querela da inofficiosidade os irmãos uterinos, negou-a ainda aos consanguineos, que perderão o direito d'agnação, isto é, que tinham sido emancipados durante a vida do pai. Justiniano porém aboliu esta restricção, ordenando que o direito d'agnação, em quanto á querela contra o testamento, não seria mais considerado: *Consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis, de inofficioso quaestionem movere possunt.* L. 27. C. *de inoffic. testam.*

Depois da promulgação desta Lei, Justiniano, em Novellas, chamou á successão *ab intestato* de seus thios,

os filhos dos irmãos germanos concorrentes com os irmãos vivos, tomando aquelles na herança a mesma parte, que o pai, se fôra vivo, receberia. Novella 118. cap. 33., e Novella 127. cap. 2. Mas não lhes concedendo expressamente a querela no caso d'exclusão no testamento, é questão se a podem empregar.

Os AA. se reúnem na negativa, com o fundamento da querela não pertencer a todos os successores *ab intestato*, mas sómente áquelles destes herdeiros, a quem a lei a concede expressamente. E para debellarem o argumento, que tira força do direito de succeder ao thio intestado, para o da querela lhes pertencer, quando no testamento tem preferencia pessoa torpe, empregão uma razão convincente.

O motivo, dizem elles, que faz dar o direito da legitima na herança do irmão, que institue pessoa torpe e infame, unicamente consiste na gravidade da injuria, que o defuncto fez aos irmãos. Ora os sobrinhos não são mais proximos do defuncto, quando concorrem com seus thios pelo beneficio da representação, do que quando concorrem sós para succederem *ab intestato*; por isso em nenhum caso o direito da querela lhes pertence, pois que nunca o defuncto os injurió no ponto de gravidade attendido pela lei. E seria pertensão mui ridicula e absurda nas consequencias, querer que a injúria da preterição seja n'elles estimada, como se fôra feita ao pai.

Resulta por tanto ser falsa a doutrina de se poderem, segundo as LL. Romanas, preterir livremente os irmãos, pois que não podião excluir-se, preferindo pessoa torpe; salvo se o preterido ou excluido padecia a mesma indignidade do instituido, ou tinha sido ingrato ao testador.

É tempo de examinarmos a nossa legislação com respeito á materia, que acabamos de percorrer segundo o Direito Romano. As providencias, que vimos para que tanto o pai, como a mãe instituão os descendentes, são as mesmas, que estes em quanto áquelles, se lhes falta descendencia, devem observar no testamento; pois tambem pelas nossas LL., em harmonia com as Romanas,

os ascendentes tem o direito de legitima. Ord. liv. 4. tit. 82. §. 4. no vers. — *E isto mesmo.*

Assim o filho, que sabe tem o pai, ou a mãe, ou ambos vivos, dispondo da terça para estranhos, sem outra alguma declaração, institue tacitamente aquelles, cit. Ord. *in princ.* Se o filho, que sabe tem ascendente vivo, o pretere no testamento, sem expressamente o desherdar, é este nullo, excepto nos legados, que cabem nas forças da terça. §. 1.

Se o ascendente é com causa expressa desherdado pelo descendente, deve o instituido provar a existencia ou a verdade da causa; alias o testamento é nullo, salvo nos legados, os quaes o vencedor é obrigado a satisfazer pelo meio sobredito. §. 2. Finalmente se o pai, que está ausente, é tido pelo filho como morto, a vinda ou procuração do pai sobrevivivo rompe inteiramente o testamento, extendendo-se este effeito a todas as disposições, sem excepção dos legados. §. 3. São pois os ascendentes para os descendentes, assim como estes reciprocamente para aquelles, herdeiros necessarios: não na accepção dos Romanos, pois que a acceitação da herança entre nós nunca é forçada, e deixa sempre inteira liberdade ao instituido; mas necessarios, em quanto taes pessoas devem ser chamadas, ou repellidas e desherdadas expressamente com causa tambem expressa.

Idem de fratribus dicendum, si turpis eis persona praeferatur. A mesma restricção das Ll. Romanas tem entre nós o irmão na liberdade de dispôr, como é expresso na Ord. liv. 4. tit. 90., que concedendo no principio a não necessidade da desherdação expressa e motivada do irmão, para a instituição valer em favor d'outro, ainda que estranho para elle, no §. 1. permite ao desherdado ou preterido impugnar o testamento, em que o irmão lhe preferio *pessoa infame de infamia de direito, ou de feito; assi como, se o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons por vil e torpe, e de mãos costumes, por ser bebado, tãful, ou d'outra semelhante torpeza.*

A restricção imposta ao poder do testador, aproveitando ao irmão contra o testamento, que lhe preferio
 pessoa

pessoa indigna, não fórma para nós Direito subsidiário; mas está em lei escripta, de que as Romanas não podem ser correctivas, Lei de 18 d'Agosto de 1769. E como é maxima, que — não podemos distinguir, quando a lei o não faz, pensamos que a Ord., que acabamos de transcrever, não aproveita menos ao irmão uterino, quando lhe é preferida pessoa indigna, do que ao germano e consanguíneo, no que a nossa legislação se desvia do Direito Romano posterior.

Tambem não póde ser questão entre nós, se a pessoa indigna, de que fallamos, se torna tal; incorrendo tão sómente na infamia de feito ou facto, pois que a Ord. o affirma expressamente. A palavra *taful*, que a mesma usa, é sem dúvida tomada na acceção propria, pois se refere á torpeza da pessoa, caso, em que, como nome de qualidade, exprime a de jogador por officio, ou habito, qualidade, que não é determinada taxativa, mas explicativamente: por consequencia a indignidade do herdeiro comprehende além do jogo, os outros vicios professados, pois que produzem torpeza.

A mesma Ord. no vers. — *Porém* adoptou igualmente o Direito Civil, denegando ao preterido pelo irmão todo o direito, quando padece o mesmo gráo de indignidade, que se dá no instituido. E continúa a conformar-se com o mesmo Direito no §. 2., excluindo da impugnação do testamento o irmão excluido n'elle pelo irmão, quando aquelle lhe foi ingrato, não por todo e qualquer modo, mas attentando contra sua vida, sendo instrumento do adulterio de sua mulher, accusando-o criminalmente, e procurando-lhe a perda de todos os bens, ou da sua maior parte.

Causas, por que os filhos podem ser privados da legitima no testamento dos pais.

§. 43. *Parentes non possunt filios pro libito exheredare*, etc. Como os filhos entram na instituição necessaria sómente com relação á legitima, e esta, em nossa opinião, não é parte da herança, em analyse rigorosa

e exacta não achamos a palavra *desherdar* bem applicada para exprimir o privar os filhos da legitima, ainda que a desherdação, além das outras causas, que são a indignidade, a renúncia, a substituição pupillar e a prescripção, seja tambem causa da privação da legitima, em quanto aquella comprehende esta, pois faz parte dos bens da herança. Por tanto neste ponto de vista, ou comprehendendo a privação dos bens do defuncto, é que aqui tractamos da desherdação e suas causas.

Desherdação é a pena, que o testador applica a seus herdeiros segundo a lei, privando-os da herança, pela mesma lei auctorizado. Mas ainda que, como vimos, depois do invento da querela da inofficiosidade se não concedesse aos pais desherdar sem causa os filhos, estas causas forão incertas até ao tempo do Imperador Justiniano, que as determinou na Novella 115.

Ao referir porém as causas, pelas quaes os filhos podem ser desherdados pelos pais, termina o Sr. Paschoal, que é questão entre os Interpretes, se outras, além das referidas na Novella 115., podem por identidade de força, ou gravidade de ingratição, produzir o mesmo effeito: *An aliae ejusdem generis admittantur, quaestio est, quam non eodem modo juris interpretes decidunt.*

Os DD. referidos por Guerreiro Tr. 2. L. 2. C. 1. n. 84., dividem-se em opinião neste ponto, e os que n'ella tomão a affirmativa, parece, como bem adverte Furgole, não terem posto attenção no preambulo do cap. 3. da Novella, a cujas sentenças procurão ampliações. Antes desta Lei, a expressão de taes causas, como notámos, esteve primeiramente no voto ou desejo dos Jurisconsultos: algumas leis depois as declararão; mas que diz acerca d'ellas ou a seu respeito a mesma Lei, de que se tracta? *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas invenimus: quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratiitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae, praetermissae sunt.*

Até aqui diz a Lei os seus motivos, ou a razão, por que legisla, e são que as causas para tal pena andavão

dispersas em diversas leis e sem systema, que algumas não tinham sufficiente gravidade, quando a tinham outras que forão esquecidas; que estes inconvenientes passavão a ser destruidos por ella, declarando exacta e completamente as mesmas causas, sem que outra alguma, que se não ache na serie, que d'ellas fórma, se possa para tal fim allegar em todo o tempo: *Ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur. Causas autem justas ingratitudinis has esse decernimus.* Justiniano propõe-se acabar com a incerteza e arbitrariedade neste ponto, e expressamente na conclusão do preambulo legisla, mandando que estas, e só estas causas, possam fundamentar a desherdação dos filhos. Ellas são taxativa, e não explicativamente annunciadas; o poder do Interprete cessou para ampliações e restricções; nada pôde accrescentar, nem diminuir.

Accresce que a desherdação, além da privação do seu amor, se esta não é connexa com aquella, é a pena mais grave, que o pai applica ao filho. Ella separa em certo modo da familia os que incorrem em tão terrivel anathema, despoja-os dos direitos, que recebêrão da natureza: por consequencia toda a arbitrariedade é perigosa, e toda a ampliação reprovada: *odia restringenda.* A vingança d'um pai sempre algum tanto é odiosa, ainda quando a pena é justamente merecida.

Estas ultimas considerações dispertão-nos uma opinião, que alguns AA. desprezão com fundamentos mui debeis em nosso modo de ver, querendo em regra, que a desherdação, imposta ao filho pelo pai, recaia ainda nos netos, se o avô sobrevive ao pai destes. Algumas excepções por ventura adoptaremos com as leis; mas a regra parece-nos insustentavel. Por quanto o filho desherdado fica como estranho á familia, e não é contemplado para no monte dos bens lhe caber a legitima; mas este desaparecimento, esta exclusão, este anathema, repetimos, não é mais que uma ficção, que não deve ter effeito, senão no seu mesmo

caso, e sómente em quanto ao desherdado; toda a falta, todo o crime e toda a pena são pessoas e intransmissíveis. Demais a desherdação não póde ser confirmada, senão pela morte do offendido, que a fulminou; neste instante fatal é que o filho desherdado deve perder toda a esperança de o ver mudar de vontade. Quando pois o filho precede na morte a seu pai, os netos succedem a seu avô, representando seu pai quando innocente, pois que não os mancha a culpa deste; o que assim, com dureza, vimos não ser, se o pai morre depois do avô, pois se não póde representar pessoa viva, mas unicamente a que morre natural ou civilmente. Dissemos que encontramos dureza neste caso; e porque? O coração o diz a todos. Os filhos são innocentes no delicto de seu pai, cuja gravidade não mitigamos, mas nem em si nem nos effeitos é transcendente aos filhos. E porque preferir-lhes na herança de seu avô os collateraes mais distantes, que não tem em seu favor, como elles, o voto da natureza e o do sentimento?

Entremos na exposição destas causas pela Novella 115. no cap. 3.

1.º *Si quis parentibus suis manus intulerit.* Assim se explica a referida Novella, em quanto á primeira causa da desherdação dos filhos, que o A. neste §. em primeiro lugar menciona, convertendo-a na injuria real; *injuria realis*; no que nos não parece bem enunciado o espirito das expressões — *manus intulerit*, nem o da nossa Ord. no lugar correspondente.

A injuria real certamente se comprehende nesta causa, pois se commette, empregando violentamente as mãos, ou nús ou com instrumento, contra a pessoa com animo de a deprimir e aviltar. Mas as expressões, que enuncião a causa, são mais amplas na Novella, e comprehendem tambem o caso, em que o animo não constitue injuria, por ser não o d'aviltar, mas o de causar dôr, o que os Francezes explicão pela palavra *frapper*, idéa, que a nossa Ord. liv. 4. tit. 88. §. 4. conserva; quando diz: *E bem assi poderá o pai, ou mãe, desherdar seu filho, ou filha, se irosamente pozerem as mãos a seu pai, ou a sua mãe*; o que procede, sempre que os filhos

derem no pai ou na mãe, como communmente se diz, ainda que o animo não seja o da injuria; se bem que esta, quando real, se comprehenda na mesma causa: o que faz que nem a Novella especifique, nem a nossa Ord., a injuria desta especie.

2.º *Si gravem et in-honestam injuriam eis ingesserit.* Estas expressões, por geraes, comprehendem a injuria, tanto real, como verbal; mas como a real se comprehende na 1.ª — *manus intulerit*, mui judiciosamente os Compiladores na Ord. cit. §. 5. se limitão á injuria verbal grave, sem que fallem na real: *Item, se o doestar de palavras graves e injuriosas, maiormente em lugar publico, onde o pai, ou mãe com razão se envergonhem.*

Merece ser advertido, que a gravidade do delicto cresce na razão do numero dos deveres, que se offendem: e como cada um é obrigado a respeitar a honra e estimação pública de cada um, a injuria verbal feita pelo filho a pai ou mãe, é sempre grave, pois além do dever já referido, que é geral e constitue a injuria simples, offende o outro dever especial do filho, que o manda honrar seu pai e mãe; por tanto, medida bem, esta injuria é sempre grave. Mas tanto a Novella, como a nossa Ord. neste caso, ou para a desherdação, exigem a concorrência da gravidade procedente em si mesma da significação das palavras empregadas contra o testador, gravidade, que deixa á estimação do Juiz: *E ficará em arbitrio do Julgador, se taes palavras forão graves, ou leves.*

Finalmente, tambem as duas causas referidas põem, sem questão, o filho na procedencia de desherdação, quando excita um estranho a ultrajar seu pai ou mãe por palavras ou acções; por quanto foi aquelle o auctor da resolução, e tambem da execução por este seu instrumento, que fica no delicto réo igual, em quanto agente na execução, tendo feito sua a resolução, por isso que a acceitou. É este porém delicto mais grave para o filho, que offendeo maior numero de deveres para com seu pai em relação ao estranho, mas não constitue crime, nem causa da desherdação, quando a força propria ou alheia se emprega contra o pai para

salvar-se a vida ao filho, observado o *moderamen inculpatae tutelae*.

3.° *Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam.* Se o filho accusa, e na mesma razão se querela, e também se denuncia criminalmente seu pai, e na mesma razão a mãe, podem estes desherdalo no testamento, mas não, se o crime é de lesa Majestade, crime, por que a mulher pôde accusar seu marido, o escravo o seu senhor, o liberto o seu patrono. E até mesmo este crime em algumas especies constitue o filho, a mulher, o escravo e o liberto, não na possibilidade ou direito, mas na necessidade ou obrigação logo, que o conhecem, de denunciar á Justiça o pai, o marido, o senhor e o patrono. Legislação barbara e inconveniente! que modernamente com boas razões se reprová, mas razões, que não tem aqui lugar.

4.° *Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur.* Não soffre dúvida, que a Novella nestas expressões dá como causa da desherdação do filho as suas relações habituaes com scelerados, e o viver como elles. A palavra *crimen* não é a unica empregada nas LL. Romanas, para em geral exprimir a commissão, ou omissão, a que corresponde uma pena legalmente decretada: a mesma idéa se manifesta por outras, como *maleficium*, *scelus*, *flagitium*, *facinus*, *injuria*, *fraus*, *noxia*, *excessus*, *peccatum*, as quaes também, como a primeira, só se referem a especie, quando esta lhe é determinada expressamente, sem o que sua noção é geral. Por tanto neste lugar, o nome *maleficis* exprime homens taes em razão dos crimes ou *malefícios*, que practição, mas crimes graves, que além da pena correspondente, determinada na lei, dão ao pai causa para desherdar o filho, que com elles convive, e os imita na maneira de proceder.

Esta interpretação natural das expressões da Novella ainda mais se sustenta pelas analogias de Direito, analogias mui proximas, pois se achão n'ella mesma. Vimos comprehendida a injuria real na primeira causa da desherdação, e ser a verbal grave a segunda, coincide a quarta, pois que o filho, que vive com homens depra-

vados, e os imita, faz reflectir no pai a torpeza da sua vida, e excita a suspeita pública de que á tolerancia ou connivencia deste, e ao máo exemplo do mesmo, deve o filho a sua depravação; no que se dá injuria do pai, da qual se lava pela desherdação, que faz, do filho.

Lobão *Notas* a este §. n.º 18. entende os maleficos da Novella dos *veneficos, encantadores, adivinhadores, e magicos*: mas não é magica ou não encanta a sua critica; e em nosso ver ella não faz differença da dos Compiladores, que na Ord. cit. §. 7., convertêrão a disposição do cap. 3. §. 4. da Novella nesta irrisoria sentença: *Item, se usar de feiticeria, conversando com feiticieiros.*

Não obstante a restricção á feiticeria, que os Compiladores observárão, aventuramos a nossa opinião, que não achamos escripta. A qual é, que o pai pôde desherdar o filho delinquente habitual de graves crimes, não em virtude do §. 7. da cit. Ord., mas pelo espirito dos §§. 4. e 5., isto é, pela injuria continuada, que tal filho faz ao pai. Sabemos que as leis penaes não soffrem ampliações: neste mesmo §. sustentámos já, que não pôde ampliar-se a Novella de Justiniano a outras causas; mas esta é da Novella, e não podemos dar á nossa Ord. um sentido contrario tão palpavel, como o de não fazer procedente esta causa para a desherdação, depois de dar força para ella á injuria real e verbal, que o filho faz ao pai.

Confessamos porém, que nada achamos nos nossos modernos e sabios escriptores, nem nos antigos, que nos revele cousa alguma sobre o seu pensar neste ponto, mais do que a rejeição da feiticeria como causa de desherdamento; o que inferimos da sua omissão em quanto a ella. Convimos em considerar irrisoria a Ord. no cit. §. 7.; o mesmo pensou o Sr. Paschoal, pois se explica pelas expressões da Novella, — *consuetudo cum maleficis*, e deixa as da Ord.; mas não podemos adivinhar as idéas, que ligou ao termo ultimo.

5.º *Vel vitæ parentum suorum per venenum, aut alio modo insidiari tentaverit.* Pôde ser o filho desherdado, se attentou contra a vida de seus pais por meio do

veneno, ou por outro qualquer modo que seja; e que mui judiciosamente foi desenhovido pelos Compiladores na cit. Ord. §. 8.; *Item, se der peçonha ao pai, ou mãe, ou tratar de lhe dar, e não ficar por elle ser-lhe dada, ou der azo, favor, conselho, ou consentimento a outrem apertemente para lhe dar.*

Os escriptores modernos, que levárão os principios e theorias da sciencia criminal ao ponto de progresso em que se acha, não ostentão melhores idéas na apreciação e responsabilidade do parricidio, do que as de que os Compiladores se mostrão neste §. possuidos. Aqui vemos punida a preparação do delicto, os actos de execução sem effeito, cuja falta se não deva ao criminoso, a participação por occasião e excitação dado por parte do filho a estranho para o delicto, etc.

6.^o *Si novercae suae, aut concubinae patris, filius sese immiscuerit.* O commercio impuro do filho com a mulher, e mesmo com a concubina do pai, ainda que não seja consummado, e pare na affeição tendente a offensa da pudicicia, é causa de desherdação, o que passou para a nossa referida Ord. §. 10., que exige na concubina a circumstancia da cohabitacão com o pai, e a qualidade de manteúda, ou a circumstancia de ser por elle sustentada. Dá-se a mesma razão para a mãe poder desherdar a filha, que assim procede com seu padrasto, ou com o barregão d'aquella, que a tem e mantem em casa, como é expresso na cit. Ord.

A Novella de Justiniano anivela nesta causa a concubina á legitima mulher, por isso que o concubinato entre os Romanos foi considerado como uma especie de matrimonio; o que não acontece entre nós, sendo ainda mais punivel, quando a concubina vive na mesma casa com as qualidades de teúda e manteúda na linguagem do Alvará de 20 de Setembro de 1769. Dá-se por tanto nesta nossa Ord., assim como em outras, que tem a mesma referencia, uma accepção precipitada das leis civis, em desharmonia com a Ord. liv. 5. tit. 28. e outras leis; e por isso nos parece que a mesma Ord. se deve considerar por não escripta, não sendo causa de desher-

dezação a deshonestidade do filho com a concubina do pai, que viria a lucrar, podendo desherdar o filho, um direito por occasião do proprio crime, o que se nos representa absurdo.

7.º *Si delator contra parentes filius extiterit, et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere.* Se o filho suscita processos a um ou outro, ou aos pais ambos, que lhes causem damno e despesas consideraveis, podem elles desherdar-o no testamento. O que se não deve interpretar comprehensivo dos litigios fundados em direito, que os filhos tenham em relação aos pais, não só porque, se aquelles devem respeito a estes, estes devem ser justos, dando-lhes o que e seu e lhes pertence, mas porque o contrario formaria opposição e combate das mesmas leis entre si. Reduz-se pois esta causa a processos absolutamente injustos, que convenhem de se dar no filho intenção e vontade determinada de vexar e opprimir seus pais com despesas importantes.

O Sr. Paschoal no n.º 7. do §., entende dar-se esta causa de desherdação no filho, que delata e obriga os pais a juizo criminal: *delatio criminalis, ex eaque damnium sequutum.* Da mesma sorte a intendêrão os Compiladores na cit. Ord. §. 11.: *Item se deu informação famosa do pai, ou mãe á Justiça, pela qual receberão alguma deshonra na pessoa, ou dano em seus bens e fazenda.*

Na introduccão a este escripto mostrámos ser principio ou regra de Herméneutica Juridica, não se considerar inutil; superflua ou ociosa qualquer expressão, palavra, ou parte da lei; principio, que nos parece offendêrão os Compiladores neste §. 11.

A Novella de Justiniano que nos occupa, concebeo a causa 3.ª da desherdação deste modo, como já examinámos: *Si eos criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam.* Aqui temos o filho afastado absolutamente de chamar ou fazer ir os pais a Juizo Criminal, como réos de qualquer crime, que não for de lesa Majestade, pois que na accusação se comprehende a querela e denúncia, como meios tendentes ao mesmo fim, que foi o a que a lei principalmente attendeo.

Se isto é assim, e a causa 7.^a da Novella é a que os Compiladores lhe dão no §. 11. da Ord., assento desta materia, dá-se aqui uma repetição superflua e inutil, como se dá neste §. 11. da Ord. depois do §. 6. da mesma: *Item se accusar crimemente o pai, ou a mãe, por algum crime, que não toque o nosso Staão*; pois que é absurdo seguir que se tolhe aqui ao filho a accusação, mas que lhe fica salva a denúncia, que só nos crimes infamantes se lhe tolhe no §. 11.: e é absurdo, porque sendo o fim da lei evitar que o pai vá a Juizo Criminal por diligencia do filho, lhe fecharia a porta da accusação, e lhe deixaria aberta a mais facil, a mais terrivel e atraçoada, a da denúncia.

Mas o absurdo não fica nisto, não se dando a nossa interpretação ao §. 7. do cap. 3. da Novella, interpretação, que lhe é tão natural, como violenta e torcida a que lhe dá o §. 11. da Ord. Cresce e continúa o absurdo; dizemos, porque fica assim o filho absolutamente livre para em litigios civis injustos e infundados vexar os pais com despesas consideraveis, amargurando-lhes acintemente os dias todos, que lhes restão; mal, que Justiniano evitou, e certamente teve em vista neste lugar da Novella, e que a irreflexão dos nossos Compiladores deixou aberto aos filhos para o causarem, e aos pais para o soffrerem. Por quanto em todo o titulo 88. do liv. 4. das Ordd. o não evitão, como fez Justiniano no §. 7. do cap. 3. da Novella, de que fallamos, cuja providencia o mesmo não repete em outra alguma parte como causa legal da desherdação do filho pelos pais; por ser superflua a repetição.

Finalmente os Compiladores quebrarão neste §. o systema e harmonia do Direito, pois no ult. do tit. 90. do mesmo liv. escrevêrão que o irmão pôde preferir no testamento pessoa infame ao irmão, que lhe procurou perda de todos ou da maior parte dos bens; e o pai merece mais em relação á fazenda.

8.^a Pôde o pai, a mãe, o avô, ou outro ascendente desherdar o filho ou descendente, quando este se recusa a dar caução para o tirar da prisão, podendo. É necessario porém notar os termos da lei, que não fazem in-

correr os filhos na pena da desherdação, senão quando elles se recusarão ás sollicitações de seus pais; pois se estes lhes não demandão soccorro, os filhos podem ignorar que têm d'elle necessidade. *Si quentlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi, qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in sua eum noluerit fidejussione suscipere, vel pro persona, vel pro debito, in quantum esse qui petitur, probatur idoneus, hoc tamen, quod de fidejussione censuimus, ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere.* Novella cit. §. 8. Esta determinação passarão os Compiladores para a referida Ord. §. 12.º por estes termos: *Item, se o pai ou mãe forão presos por divida, e o filho varão os não quizer fiar para os tirar da cadêa; sendo abonado e abastante para os fiar e livrar d'ella, e sendo para isso requerido.*

Lobão *Notas* a este §. n.º 15., propondo-se interpretar esta Ord. pela fonte, e supprir por esta o omissu naquella, adverte: 1.º ser bem claro que esta causa não comprehende a filha, que não póde ser fiadora; isto, dizemos nós, é expresso tanto na fonte, — *ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere*, como na Ord., — *e o filho varão os não quizer fiar*: 2.º Que para proceder, é necessario que o pai esteja em rigorosa prisão, *penosa e afflictiva do corpo*, e não em homenagem em casa ou na terra. A Novella, para exprimir a qualidade do preso, diz *inclusum*, de *includere*, equipollente de *intus claudere*, a que corresponde o *encerrar* nosso e dos Hespanhoes, e o *fermer* dos Francezes; o que importa, como idéa de lugar, o carcere, a prisão, que entre nós se diz *cadêa*, termo de que se serve a Ord., — *para os tirar da cadêa*. Por tanto nesta parte a Ord. não precisava de supplemento, pois ninguem diz *estar na cadêa* o que se livra com homenagem em casa ou na terra. A exigencia porém da prisão ser penosa e afflictiva do corpo é que é mal buscada na fonte, e ninguem a poderá achar n'ella; e oxalá que em Portugal, e mesmo em todo o mundo, se não dessem cadêas com tal qualidade; assim como que fosse possível obter, que não fosse a prisão em regra afflictiva do espirito. 3.º Que tambem

procede, sendo a prisão temporaria, e não perpetua. Dizemos nós, que nem ainda na temporaria, quando imposta por sentença como pena; salvo sendo commutavel na pecuniaria, ou, como o mesmo Jurisconsulto se explica, *sendo remível por dinheiro*.

Observa tambem, que em virtude do Assento de 18 d'Agosto de 1774 pouco uso pôde ter esta Ord.; em cuja advertencia mais exactamente nos fallaria, dizendo que a desherdação do filho por esta causa depois da Lei de 20 de Junho de 1774 raras vezes pôde ter lugar; pois segundo o §. 19 desta Lei; e declaração d'elle pelo Assento cit., não pôde acontecer prisão por dividas civeis, com excepção das fiscaes, bem como dos devedores dolosos, que a mesma Lei não considerou com favor.

Todavia Lobão não preencheo pela fonte, como promette e se propoz, o mais importante do omisso neste §. 12. da nossa Ord. Não descubrio, ou, pelo menos, não menciona, a falta mais attendivel e principal, que nella os Compiladores commettêrão, e que preenchida, ou integrando o §., põe a mesma Ord. nos termos de grande uso. Devemos porém confessar, que o pequeno processo critico, que passamos a expôr, é todo nosso, e que todos os nossos Escriptores, sem uma só excepção, seguem a Ord. imperfeita, segundo nós a consideramos em nossa especial opinião.

A Novella 115. cap. 3. no §. 8. já transcripto emprega as expressões: — *Si . . . eum* (em relação ao pai preso, e com respeito ao filho) *noluerit fidejussione suscipere*, vel pro persona, vel pro debito; — tendo considerado absolutamente, ou sem distinguir, se por causa civil ou criminal o pai se acha preso, *inclusum esse contigerit*. Os Compiladores omittirão as idéas das palavras *vel pro persona*, aproveitando sómente as dos termos *vel pro debito*: — *Item, se o pai ou mãe forão presos por divida*, etc. Neste estado legisla-se unicamente para o caso do filho, que se recusa a affiançar o pai preso por divida civil; faltão porém as idéas relativas á expressão *pro persona*; que exprimem a da custodia do pai; em via ao soffrimento pessoal da pena por um delicto, o que

faz que a qualidade de preso, *inclusum*, proceda, quer provenha de causa civil, quer crime, para tanto n'uma, como na outra, poder o pai desherdar o filho, que se recusa a sial-o. Além disso seria uma contradicção da lei com si mesma, conceder o direito de desherdar ao pai, quando preso por divida, e negar-lh'o em relação a seu filho, quando preso por um crime. Portanto concluímos achar-se mutilado o §. cit. da Ord. na sua mais importante sentença, que pôde ainda agora ser mui frequente na prática, para os pais se poderem livrar soltos dos crimes, que admittem fiança.

9.º *Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredandi licentia. Si autem in ipsa prohibitione, sine testamento aliquis ex parentibus decesserit; et alii, sive qui ab intestato ad hereditatem defuncti, aut cum ipso filio, qui testamentum fieri prohibuit, aut post illum vocantur, sive illi, quos heredes, aut legatarios habere volebat, vel qui laesionem aliquam ex prohibitione testamenti sustinuerunt, hoc ipsum approbaverint: secundum alias leges super hoc positas talia negotia terminentur.*

Varias sentenças se estabelecem neste §. da Novella; mas para não perturbarmos a materia, em que por ora nos occupamos, sómente aproveitaremos aqui a primeira, ao exemplo do Sr. Paschoal: *impedimentum patri in ordinando testamento objectum*. Consiste em o filho prohibir, *prohibuerit*, seu pai ou mãe de testar; o que bem passou para a cit. Ord. §. 13.: *Item, se tolherão ao pai, ou mãe fazerem testamento ás suas vontades E não morrendo, poderão depois livremente desherdar esse filho, ou filha, que lho tolheo*. Já vimos como se obsta ou se tollie a feitura do testamento; por isso o não repetimos, nem de mais commentario carece a intelligencia desta causa, para que proceda a desherdação do descendente pelo ascendente.

10.º *Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit, et in hac professione permanserit: nisi forte etiam parentes ejusdem professionis fuerint. — Arenarios — forão entre os Romanos, qui in*

arena, seu amphitheatro pugnans. Sua condição era forte, e tanto, que se a natureza do negocio permitia seu testemunho em juizo, não tinha fé, senão dado por elles na tortura ou nos tormentos: *Si ea rei conditio sit, ubi arenariam testem, vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est*. L. 21. §. 2. D. *de testib.* Estava na mesma razão o gesticulador chamado *mimus*, isto é, o bobo, *imitator lascivus dictorum morumque hominum*, que differia do comico, *histrion*, em que este ia á scena vestido *cum persona*, ou mascara theatral, *personatus in scenam prodit*, aquelle ia sem ella. Forma-se a seu respeito idéa verdadeira pelas expressões de Ovidio 2. *Trist.* — *Scribere si fas est imitantes turpia mimos*.

Na 1.^a parte deste escripto pag. 624. notámos que os nossos comediantes, e na mesma razão os mimicos e dançarinos, pois não dão ao público espectaculos deshonestos e indecentes, não são infames, quando por outros principios não tenham contrahido a infamia, como se explica o Alv. de 17 de Julho de 1771. Por isso a profissão destas qualidades, abraçada pelos filhos contra vontade dos pais, que não exercem a mesma, não é causa de desherdação entre nós, nem a Ord. a adopta.

Mas abstrahindo da referencia aos arenarios e mimicos, ou tomando em attenção a razão de decidir do §. 10. da Novella, converte-se em dar ao pai causa da desherdação do filho o abraçar este uma profissão infame, que não é a daquelle; sentença, que na generalidade accreditamos adoptada entre nós, pois neste caso o filho faz reflectir nos pais infamia, e por isso os injuria com tanta, ou ainda maior gravidade, que a das especies do §. 4. e 5. da Ord.

Donde inferimos, que o filho ladrão, ainda que não conviva com ladrões, o jogador por officio ou tãful podem ser desherdados pelos pais por força do principio *intrinsicco* do §. cit. Nem isto é contrario ao nosso Direito escripto, por quanto neste caso da-se maior razão, porque a injuria feita ao pai é mais grave, do que no irmão, que nas mesmas circumstancias póde pre-

ferir ao irmão pessoa torpe. D'outra sorte é seguir as leis nas palavras, e deprezar-as no espirito manifesto, contra a maxima: *Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*. L. *Scire D. de legih.*

11. *Si alicui ex praedictis parentibus, volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjugere: hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari: quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.*

Dispõe Justiniano neste §. da Novella, que póde o pai desherdar a filha, que antes dos vinte e cinco annos se entrega á luxuria, em vez d'abraçar o casamento, que o mesmo lhe procurou, e para o qual a dotava: mas que se ella pecca contra a continencia, ou casa sem o seu consentimento, depois que prefaz aquella idade, não dá causa para que os pais a desherdem, pois que estes, não casando a filha até então, são causa d'ella assim se conduzir. Vê-se do contexto, que acabamos de transcrever, que a falta de castidade da filha, quando menor, é causa permissiva para os pais a desherdarem expressamente, no que se dá uma alteração, segundo o nosso Direito, convertendo-a em necessaria e preceptiva. Ord. cit. §. 1.: *Se alguma filha, antes de ter vinte e cinco annos, dormir com algum homem, ou se casar sem mandado de seu pai, ou de sua mãe, não tendo pai, por esse mesmo feito será desherdada, e excluida de todos os bens e fazenda do pai, ou mãe, posto que não seja por elles desherdada expressamente.*

O Sr. Paschoal, para proceder a desherdação da filha menor, exige n'ella a vida meretricia, ou o público concubinato: *Filiae minorennis vita meretricia, vel publicus concubinatus*. As expressões da Novella — *sed luxuriosam degere vitam elegerit*, não determinão a vida meretricia, ou prostituição pública e vulgar do corpo por preço, dando á mulher a qualidade de *quaestuaría*, com

que as LL. caracterizão a meretriz ; inculcão sim os actos lascivos habituaes, *degere vitam*. A nossa Ord. ainda mênos exige a vida meretricia , pois a sua expressão , que o A. transcreve , — *dormir com algum homem*, não constitue a meretriz , nem a profissão da vida incontinente , mas estabelece que um só acto faz a pena procedente ; por isso que a meretriz é determinada por estes termos — *mulher, que ganha dinheiro por seu corpo*. Ord. liv. 5. tit. 18 . *pr.*

O A. exigindo , para que seja desherdada a menor , a profissão meretricia , segue que a filha maior de vinte e cinco annos , que a adopta , ou que se constitue meretriz , não pôde ser desherdada pelo pai ou mãe honesta ; opinião , que tambem até aqui temos seguido , mas que agora abandonamos.

Por quanto o principio fundamental da disposição do §. 10. na Novella está em haver causa de desherdação , quando o filho em qualquer idade abraça uma profissão infame contra vontade dos pais , e que estes não exercem. Está inteiramente nesta razão a vida meretricia : logo constitue causa de desherdação na filha , ainda quando maior , uma vez que não seja expressamente exceptuada. Esta excepção porém não se vê , pois na segunda parte do §. exceptua-se unicamente a filha maior , que por fragilidade pecca em seu corpo : *Et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare* , palavras brandas , que nenhuma das LL. Romanas toma para exprimir a meretriz , ou a mulher *quaestuarium* , que por infame é inhabil , como em outra parte vimos , para depôr em Juizo ou servir de testemunha , infamia , que reflecte nos pais , e que a lei vinga com a desherdação , o que ainda se infere ou conclue por outro argumento ; que a mesma parte do §. nos ministra.

Concedê-se á filha maior de vinte e cinco annos o matrimonio sem consentimento dos pais , e sem que estes a possão desherdar , mas isto se o matrimonio não é com um escravo : *aut sine consensu parentum marito se* , libero tamen , *conjungere*. E porque esta restricção ? Porque o matrimonio servil constituia infamia na mulher livre : logo dá-se a mesma razão da restricção , para

a filha maior poder ser desherdada pelo pai ou mãe honesta, se professa a vida meretricia. O que certamente não procede, se ella se torna incontinente n'um grão inferior em gravidade.

A Ord. liv. 4. tit. 88. §. 1., *a contrario sensu*, não deixa que o pai desherde a filha maior, quando incontinente, ou quando casa sem o seu consentimento. Mas que especie d'incontinencia considera? A mesma, que condemnou com a desherdação na menor, *o dormir com algum homem*; o que não basta para podermos inferir, que tira ao pai e mãe honesta a desherdação da filha maior, quando meretriz.

Parece-nos que a mente de Justiniano foi obstar na 1.ª disposição á desobediencia das filhas, que na menoridade menos aptas para reprimir as paixões, rejeitão o matrimonio conveniente, que lhes procurão os pais, e se entregão ao homem, para quem os mesmos lhes não dão consentimento; e que na 2.ª teve em vista evitar que os pais neguem o consentimento para o matrimonio das filhas, quando aptas para por si approvarem os maridos: alias teriamos o absurdo na apreciação das acções de punir na incapacidade pela fraqueza da idade o mesmo acto, que passa impune, quando pela maioridade se dá capacidade e moralidade maior. Mas se tal foi, como pensamos, a mente do legislador, ella marcha n'um caminho, que acaba antes de chegar á impunidade da filha maior, que se constitue meretriz ou questuaria. É evidente que a opinião, que seguimos, é tambem mais confôrme aos bons costumes.

12.º *Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et ejus liberi vel quidam ex his, aut liberis ei non existentibus, alii ejus cognati, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur, obsequium ei et curam competentem non praebuerint.* Esta disposição é pelo Sr. Paschoal enunciada por estes termos: *Cura patris furiosi, vel infirmi non habita et neglecta.*

O A. dá causa ao pai, se recupera a razão, para desherdar no testamento o filho, que lhe não assistio, mas o desprezou no furor, o que amplia a outras enfermidades, *furiosi, vel infirmi.* É concordante o Cod. de Frederico p. 2. liv. 7. tit. 5. §. 7.

A Novella limita-se ao furioso, no qual se comprehende, em nossa opinião, o demente, pois que só nos incidentes se distinguem um do outro. Tambem em nossa opinião não procede identidade de razão entre o furor ou a demencia com outra qualquer enfermidade. Por quanto nas mentaes o enfermo não póde cuidar de si, o que não acontece nas fysicas: n'aquellas o desprezo para com elle era mais possivel, pois o herdeiro via na lei, que regula as successões, estar certo o seu direito; quando nestas o doente póde até ao ultimo suspiro testar, o que produz temer o herdeiro que o testador o despreze na instituição, que o não contemple na terça, ou revogue a disposição, que lhe é favoravel e já tem feito; o que nos faz decidir contra a ampliação ás outras enfermidades além da demencia e furor.

A nossa Ord. §§. 14. e 15. não póde fazer mudar-nos, pois limita a causa da desherdação ao testador, que perde o *siso natural e entendimento*, concordando perfeitamente com a Novella. Seria porém iniquo que a dispoção desta lei fique absoluta, como está na nossa Ord., pois que o herdeiro presumptivo, legitimo ou testamentario, póde não ser capaz de fraude, e por isso da ingratição, em que assenta a pena; de que tractamos: vicio, que se não dá, completando-a pela fonte: *Hanc autem poenam contra illos valere jubemus, qui octavum et decimum suae aetatis annum compleverint*. Por tanto não só ella não procede contra o que não tem os dezoito annos acabados, mas do mesmo modo contra o tambem demente ou furioso, contra o ausente, que ignorava a enfermidade, assim como não procede contra o que por molestia ou outro impedimento se acha na impossibilidade invencivel de lhe prestar soccorros e assistencia.

Se o furioso ou demente não convalesce, e por isso morre intestado, ou testado por ter feito testamento antes da enfermidade, não pertence sua herança aos herdeiros, que forão remissos e negligentes em o servir e procurar-lhe saude; porque é de presumir, que se tornára a seu perfeito entendimento, não lhes deixaria

sua herança , pela ingratição , que contra elle commettê-
rão. Assim se explica a cit. Ord. §. 14. , estabelecendo
uma excellente providencia em nosso ver , e que não é
expressa na Novella de Justiniano , na qual porém se dá
a seguinte , que passou para a cit. Ord. §. 15.

Por ella se o estranho , *scilicet* , o que não é descen-
dente , nem collateral em gráo successivel , do demente
ou furioso , requer ao herdeiro presumptivo a assisten-
cia e cuidado do enfermo , e tal herdeiro se não presta ;
morrendo o furioso , quer testado , quer intestado , é
seu herdeiro esse estranho , se lhe assistio , e empregou
diligencia para o restituir á saude , ficando o outro ou
outros havidos por ingratos , e como taes excluidos.

13.º *Si unum de praedictis parentibus in captivitate
detineri contigerit , et ejus liberi , sive omnes , sive unus ,
non festinaverint eum redimere* , etc. Tambem se o filho
ou descendente despreza tirar ou remir do captiveiro o
ascendente , póde ser por este desherdado , tendo aquel-
le dezoito annos ; idade , que , para proceder esta causa
Justiniano determina , mas que tambem nos parece
applicavel á causa antecedente , por isso que o tracto e
curativo do demente , e muito mais do furioso , requer
industria tal , que a não podemos suppor n'um menor
numero d'annos.

Se o pai morre no captiveiro , por culpa ou negli-
gencia do filho ou filha , que se esqueceo do seu resgate ,
ainda que o defuncto o não exclua no testamento , elle
a si mesmo se exclue , por indigno ; disposições ambas
expressas na nossa Ord. cit. §. 16.

*Filia viginti quinque annis minor , quae , patre ma-
treve inscio , vel repugnante , nupsit* , etc. Refere o Sr.
Paschoal na nota a este §. a historia ou as vicissitudes ,
por que passou a nossa jurisprudencia com respeito á
desherdação da filha , que casa na menoridade , inscien-
te o pai ou contra sua vontade.

D. Diniz no 1.º de Fevereiro de 1339 , fez em San-
tarem uma Lei , desherdando *ipso jure* a filha menor ,
que se conduz no casamento por tal modo ; nem o pai
tinha poder para a contemplar no testamento. D. Af-
fonso V. porém nas suas Ordd. liv. 4. tit. 99. , dispoz-

que procede a desherdação da filha, quando ao tempo da morte do pai ou mãe houver outro filho ou filha legitima (*lidema*), em que se não dê a mesma circumstancia, o que explica por estes termos — *que não ouvesse comettido semelhante peccado*; salvo se este filho ou filha consentisse, caso, em que o pai, querendo, podia contemplar aquella no testamento.

D. Manoel accrescentou outra excepção á já corrigida desherdação da filha, não procedendo quando ella casa com homem conhecida e notoriamente mais digno, do que aquelle, com quem o pai ou mãe a poderia casar, ainda que haja outros filhos legitimos; mas pôde o pai, querendo, desherdar-a expressamente da metade da legitima, ficando-lhe esta por inteiro, se o pai se não explica. Isto nas suas Ordd. liv. 4. tit. 72. §. 2., e passou do mesmo modo para as actuaes, liv. 4. tit. 88. §. 3. Devemos porém accrescentar, que a mesma causa de desherdação foi ampliada ao filho varão menor de vinte e cinco annos, se casa sem consentimento do pai e mãe, ou sem o supplemento do mesmo pelo Magistrado. Lei de 19 de Junho, e Lei de 29 de Novembro de 1775.

Já antecedentemente prevenimos as idéas justificativas desta jurisprudencia, que outras nações observão, punindo tambem com maior severidade os menores, ainda mesmo varões, que se ligão pelo matrimonio sem o consentimento de seus pais, levando o rigor aos filhos, que tal casamento produz, para em nenhum caso poderem succeder a seus avós. Não é outro o fim das LL., segundo nos parece, além do que já ponderámos, senão o evitar pelo terror das penas a seducção, a que as pessoas estão mais expostas, quando menores.

A applicação porém de todas estas disposições depende muito da prudencia do Juiz, da qual do mesmo modo necessita a applicação das outras penas. É da sabedoria do Legislador inspirar horror ao crime pela severidade das ameaças, e da do Juiz fazer, como temos idéa de ter dito na Introducção a este escripto, as modificações, que a natureza, indole e characteres do delicto exigem. E isto cabe muito, segundo nosso pen-

zar, neste ponto do menor, que casa contra vontade dos pais, arrastado pela seducção. Suppõe esta uma quasi alienação d'espírito no seduzido. O amor, paixão que domina em toda a idade, agita com tanta mais força a gente de poucos annos, quanto é menor a sua experiencia, e por isso a capacidade para lhe resistir. Por tanto pensamos nós, que não obstante fallar imperativamente a Ord. liv. 4. tit. 88., deve o Juiz e os Tribunaes deixar sempre á liberdade dos pais o perdão para seus filhos.

14.º *Si quis de prædictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholice fidei, nec in sacrosancta ecclesia communicare . . . licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.* Finalmente neste §. 14. do cap. 3. da Novella se dá aos pais catholicos como causa de desherdarem os filhos ou descendentes a heresia dos mesmos, disposição esta, que passou para a Ord. cit. §. 17.

Mas resta notar uma causa, que dá nome especial e distincto á desherdação do filho pelo pai, a qual se diz *officiosa*. Quando o pai tem a desventura d'o filho se tornar prodigo, dispõe a L. 16. §. 2. D. *de curator.*, que se aquelle se convence da dissipação de seus bens, deixando-os a este com livre disposição; póde desherdal-o em beneficio dos netos, devendo porém deixar-lhe alimentos, e o mais, que d'elle exige o brado da natureza. Esta desherdação se distingue por tal nome, por isso que é effeito dos officios, que o testador deve desempenhar, tanto para com os netos, como para com o mesmo filho: *Potuit pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.* Esta desherdação prudente, além de officiosa, é chamada tambem em Direito desherdação *bona mente*, e *bono animo*.

Causas da desherdação dos pais e dos herdeiros collateraes.

§. 44. *Parentes ob septem causas a filiis exheredari possunt*, etc. Tambem os filhos podem desherdar com causa justa seus pais ou ascendentes d'ambos os sexos. As causas declarou-as Justiniano no cap. 4. da Novella referida. São ellas : o ter o pai ou mãe attentado contra a vida de seu filho, ou se o collocou no risco de perdela, accusando-o por algum crime capital ; tambem se elle commetteo o incesto com a mulher de seu filho, ou o estupro com a sua concubina, ou se o pai ou mãe tem prohibido o filho de testar ; o mesmo é, se o tem abandonado na demencia ou captiveiro ; igualmente se o pai ou mãe attentou contra a vida do outro conjuge, bem como se um destes dá ao outro bebida, que lhe pôde motivar a demencia ou furor (*ad interitum, aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari*) ; caso, em que o filho commum pôde desherdar o auctor do crime, assim como o que incorre no da heresia. Todas estas causas se achão adoptadas e expostas claramente na Ord. liv. 4. tit. 89. *per totum*.

Refere o A. ainda neste §. as causas, porque o irmão pôde desherdar seu irmão, preferindo-lhe até mesmo pessoa torpe, sem que elle possa queixar-se ou impugnar-lhe o testamento. Mas como já expozemos estas causas, que tem assento na Ord. do mesmo liv. tit. 90., com fonte na Novella de Justiniano 22. cap. 47., aqui nos não repetimos.

Em quanto aos collateraes mais distantes que os irmãos, tem o testador liberdade absoluta : a preterição delles não annulla o testamento, nem ella lhes dá direito a pretenderem cousa alguma da herança. Mas se por algum fundamento o testamento é nullo, e como tal o convencem, é-lhe a herança deferida pela lei, ou succedem *ab intestato* pela proximidade do sangue.

A desherdação motivada expressamente no testamento perde todo o seu effeito, se o testador a revoga : para o que entendemos não ser necessaria decla-

ração testamentaria, e ser bastante a feita por qualquer acto. Por quanto a desherdação é uma pena gravissima, e como tal odiosa; é um raio fulminado pela co-lera: logo que cessa a tempestade, e que o pai olha com vistas serenas para o filho, ou *vice versa*, dissiparão-se todas as nuvens, e o passado se presume esquecido. Lohão porém *Tract. das Obrig. recipr.* §. 378., com o *Cod. da Prussia* 2. p. tit. 2. art. 416., e o *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1595., seguem que a simples reconciliação do pai ou mãe com o filho, antecedentemente desherdado, não revoga a desherdação; o que nos parece pouco conforme á natureza. Mas ao contrario seguimos, que a desherdação, para ser válida, deve ser feita n'um testamento solemne, de modo que a nullidade da instituição faz a da desherdação, ainda que o testamento contivesse a clausula codicillar; porque esta clausula faz sim d'um testamento um codicillo, mas neste não pôde ser feita a desherdação; o que concorda com a *Ord. liv. 4. tit. 82. §. 2. verbis* — *E declarando o pai, ou mãe em seu testamento a causa, ou razão, por que desherda seu filho, etc.*

Esta ultima doutrina porém não tira o meio da desherdação judicial, isto é, pôde o pai intentar acção contra o filho, para em virtude da prova sobre a existencia da causa, ser declarado desherdado; pois se acha declarado ser válido este meio de desherdar pelo Assento de 20 de Julho de 1780: *porque, diz elle, ainda que esta (a desherdação) regularmente se costuma fazer no testamento, não ha Lei, que prohiba usar o pai em sua vida do direito, que pelo mesmo facto da filha logo se lhe transfere; posto que o effeito da desherdação só se verifique depois da morte, e seja este revogavel, quando o pai pôde remittir a injuria, especialmente attendida a disposição da Lei de 19 d. Junho de 1775, etc.*

O *Cod. Civ. de França* guarda silencio sobre a desherdação assim dita: por tanto conservou abrogadas em quanto a ella a *LL. civis*, e sómente conservou a alguns respeito a desherdação officiosa, como mostra *M. Bigot-Préamneu*, Conselheiro d'Estado, na exposição dos motivos da Lei, que compõe o tit. 2. do liv. 3. do

mesmo Código. Dissemos que a ultima legislação conservou abolida a desherdação propriamente dita, porque toda a que tende a dar a um o que a outro se tira, ficou em Franca abolida com todos os seus effeitos depois da L. de 14 de Julho de 1789.

Da obrigação em quanto à prova da causa.

§. 45. *In parentum et filiorum exheredatione causa testamento adjici debet, et ab herede scripto probari,* etc. Os pais para os filhos, e estes para aquelles são mutuamente herdeiros necessarios e forçados, pois tem legitima, que é sua, e constitue propriedade, que o testador, como já vimos, não póde diminuir, nem onerar de qualquer modo. Este direito perde-se pela desherdação, que não é outra cousa menos, do que uma pena, a qual recae sobre um delicto, em cuja punição o testador figura como Juiz, pela auctoridade, que a Lei lhe dá; e figura como Juiz, repetimos, porque o pai, como tal e como christão, é obrigado a perdoar a seu filho, bem como este áquelle. É pois o testamento a sentença criminal. Logo deve ser n'ella a causa expressada, ou expresso com o fundamento aquelle d'entre os crimes, que a Lei pune de tal modo, e que determinou o testador a applical-a ao herdeiro; e se a causa não é expressa, ou se é expressa, mas a differença das que a Lei attendeo, o testamento é nullo.

Tambem o testamento, como a sentença, só depois de publicado pela morte do testador, chega ao conhecimento do réo, que até então não foi ouvido, nem convencido; e os réos não se presumem taes antes que o delicto se prove. É o que cabe ao herdeiro escripto, porque este não é Juiz, mas sim parte, e interessado no litigio; e se succumbe na prova, o testamento, como a sentença do Juiz apaixonado, se torna nullo, e só val naquillo, em que o testador não prejudica a propriedade do herdeiro, isto é, nos legados, que cabem nas forças da terça. Ord. liv. 4. tit. 82. §. 2.

Devemos notar ainda, que o herdeiro escripto succumbe, se não ajusta a prova com a causa ou causas

expressas no testamento , ainda que ponha em evidencia , que o desherdado dera outra ou outras ao defuncto , pois que a omissão deste em quanto a estas dá fundamento á presumpção indestructivel da falsidade da prova , ao mesmo tempo que mostra em quanto ás que exprimio , e o instituido não provou , estar em erro , ou dominado de paixão ; mas se duas ou mais causas são as expressas , provada uma , ainda que as restantes se não provem , procede a desherdação , o que nos parece evidente.

Et interim filii et parentes in rerum hereditariarum possessionem erunt, etc. Visto que o effeito do testamento depende da causa da desherdação ser provada , antes do que , a verdade d'ella se não presume ; segue-se como resultado , que desde o momento da morte do defuncto ou testador , até que passe em julgado a sentença sobre a verdade da causa da desherdação , o ascendente ou descendente desherdado conserva a herança , e não pôde ser perturbado na posse della ; o que faz que tal sentença dê força á do testador , ou ao testamento , ou lh'a destrua inteiramente por injusto e infundado.

Mas se a sentença do Juiz é affirmativa da causa da desherdação , como esta consiste n'um facto pessoal do desherdado , e não se pôde presumir ignorancia do proprio facto : a sua posse é revestida de má fé por todo o tempo , que durou , e não faz elle seus fructos alguns , nem ainda mesmo os percebidos antes da lide contestada.

In fratrum autem exheredatione causa non praecise exprimenda , et frater exheredatus se gratum fuisse probare debet, etc. Conclue o Sr. Paschoal este §. , dizendo que o exposto em quanto á expressão e prova da causa , não procede , quando o irmão é desherdado pelo irmão , pois que pôde este deixar a causa em silencio , e ao desherdado é que incumbe provar a sua gratidão com o defuncto ; assim como , acrescentamos nós , é o mesmo obrigado a provar a torpeza do instituido , por isso que nem a Novella 115. cap. 3. , nem a nossa Ord. , que teve n'ella fonte , se podem ampliar aos irmãos , de quem não fallão.

Esta doutrina do A. parece-nos evidente; mas também evidente nos parece, que esta qualidade, que lhes attribuimos, provém mais essencialmente dos princípios de Direito, do que do silencio das LL. A razão, por que estas não se explicarão do mesmo modo nos irmãos preterindo-se, que nos ascendentes e descendentes, quando o fazem, é porque estes tem o direito da legitima, o defuncto não é livre a seu respeito, não é ella um favor que elle lhes faz, é uma divida que lhes paga, e todo o favor vem da Lei, que sómente lh'o retira por certas causas por ella determinadas, auctorizando o testador como juiz criminal, mas dependente do magistrado, ou auctoridade pública, que deve saber a causa, bem como o desherdado ou réo, para ser convencido do delicto, que o testador lhe imputou, e procurou castigar.

O irmão não tem legitima: logo póde ser elle preterido pelo irmão; a sua falta de direito á cerca d'ella não lhe dá o outro de ser ouvido, pois não se tracta de seu damno. Mas se o testador não usou e abusou da sua propriedade, preferindo pessoa infame ao irmão, que lh'o não tem merecido, entende a Lei que este recebeu uma injuria do defuncto, pois que preferindo-lhe uma pessoa infame, manifesta ao público, que entende ser o irmão preterido ainda muito mais infame, e que se assim não fôra, lhe não teria retirado seu amor e amizade natural ao ponto de o não instituir, mas desprezar no testamento, preferindo-lhe pessoa, que ainda que infame, o não iguala em infamia.

Por tanto as condições são oppostas: o descendente ou ascendente desherdado é essencialmente um réo, que deve conhecer seu crime, para se defender perante o magistrado, sendo autor para elle o instituido herdeiro, que affirma a verdade do mesmo crime, e que por isso deve proval-a. Ao contrario o irmão, quando desherdado, é o autor, que offendido por uma injuria grave, vai affirmar em juizo que a não merece, e arguir d'infame o preferido, que para elle é o réo. Por tanto por dous fundamentos é autor o irmão, quando desherdado, e ha preferencia do infame: logo cabe-lhe toda a

prova; no que se observa o systema e harmonia do Direito com a maxima de que a prova está a cargo do autor, que, não provando, faz ser o réo absolvido.

Et ita jure veteri in ipsa filiorum exheredatione constitutum erat, LL. 2. e 3. D. de liber. et postum. O dizer o A. neste lugar, que tambem os ascendentes podião pelo Direito antigo Romano desherdar sem causa expressa os descendentes, não nos perturba, antes confirma no nosso modo de discorrer. E porque? Por que pelo Direito antigo dos Romanos os filhos não tinham o direito da legitima, nada os pais lhes devião, e não fazendo caso d'elles, usavão do seu direito, não sendo por isso obrigados, testando, a expressar o motivo de assim procederem para com elles. Mas vierão os filhos ao diante a ter o direito da legitima; devia forçosamente por isso mudar, como mudou, a legislação, impondo aos pais a necessidade e dever de claramente expressarem a causa, pela qual os desherdavam, ficando a prova da existencia da mesma a cargo do herdeiro escripto.

Antecedentemente notámos, que além da desherdação, a legitima, como parte dos bens da herança, se perdia por mais motivos, um dos quaes é a indignidade contrahida pelo herdeiro. Lobão *Notas* a este §. art. 1. n. 19. apenas diz serem as causas d'aquella differentes das desta; nós porém julgamos conveniente expôr a este respeito algumas idéas indispensaveis.

Não é o mesmo ser desherdado, que ser indigno de succeder ao defuncto, pois que aquelle succede e pôde conservar a herança em alguns casos, quando este succede sim n'ella, mas não a pôde conservar; diferindo tambem o incapaz do indigno, em quanto aquelle nem mesmo succeder pôde. Assim o filho, que attentou contra os dias de seu pai, e é por elle perdoado depois da desherdação, succede-lhe, e fica senhor da herança; o filho, que effectivamente matou o pai, succede-lhe, mas por indigno não goza d'ella; quando se fez profissão religiosa, nem ainda mesmo lhe succede por incapaz.

Vejamos se assim como a privação da legitima se comprehende na desherdação, ella se comprehende tambem na indignidade, isto é, se o indigno, que não

conserva a herança, em que succede, fica gozando da legitima.

Alguns AA., tomando por fundamento que a legitima é uma parte dos bens da herança, ou daquillo mesmo, que o descendente haveria *ab intestato*, e por isso um elemento do direito de conservar por successão, concluem que o indigno, perdendo o direito de conservar, perdeu do mesmo modo a legitima, em que succede. O que se sustentã com a L. 21. D. *de his, quae ut indignis aufer.*, pois decide dever adjudicar-se ao fisco a legitima do patrono, que não vingou em Juizo criminal a morte dada ao liberto: *Portiones eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt. Omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam convenit.* É concordante a L. 26. D. *de lege Cornelia de fals.*, pois tira ao filho, que supprimio o testamento do pai, toda a herança, a que este o chamára: *justissime tota hereditas*, expressões tão amplas, que não podem deixar de comprehender a legitima, como uma parte dos bens.

Furgole, seguindo que a privação da legitima se comprehende na desherdação, adopta que a mesma privação se não comprehende na indignidade; o que faz que o indigno, em sua opinião, conserve a legitima, mas não a herança.

Labora, em nosso ver, esta opinião n'um absurdo: por quanto estamos em materia criminal: e sendo maxima ou principio geral -- *poenae pro magnitudine delictorum statuendae*, ou que as penas se devem proporcionar á gravidade dos crimes, seria absurdo privar o filho da herança e da legitima, quando desherdado pelo pai, que aquelle injuriou verbalmente, e não o privar desta, e só d'aquella, quando passou a ser indigno, matando o mesmo.

Além disto, que nos parece bastante para a opinião de Furgole não ser seguida, a sua razão ou argumento mais forte, em nossa opinião, não tem peso. Diz que a L. 21. D. *de his, quae ut indignis auf.* lhe não obsta, porque tracta da legitima, que é devida ao

patrono por um favor ou beneficio da Lei, o que é diferente e inteiramente diverso da legitima do descendente, devida por preceito da natureza. Por quanto a boa razão, e por isso a natureza, não reprova, que na herança do liberto, que morre sem descendentes, tenha legitima o patrono, que lhe restituiu o grande e o maior bem desta vida, a liberdade. Demais, ainda que a especie da Lei se limita ao patrono em relação com o liberto, ella termina por uma sentença geral, applicando a antecedente a todos os herdeiros, nos quaes expressamente reconhece dar-se a mesma obrigação, que omittida ou não observada, constitue a indignidade para o perdimento da legitima: *Omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam convenit.* Nem a L. 26. D. de leg. Cornel. de fals. prova menos, pois se a mente do legislador fosse limitar-se á herança sómente, diria *hereditas*, sem dizer *tota*, palavra, que a opinião de Furgole reduz a superflua e ociosa, o que é contrario aos preceitos da critica.

Assentado que na indignidade se comprehende a privação de tudo o em que se dá successão, e por isso a legitima, na razão da qual para o mesmo effeito está o legado e o fideicommisso, resta em seguimento ver as causas, por que o herdeiro se torna indigno. São ellas as que se seguem.

1.^a A morte dada ou procurada ao testador ou ao defuncto, L. 3. D. de his, quae ut indign. auferunt., em que o Imperador Antonino se explica por estes termos: *Indignum esse D. Pius illum decrevit, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.* São requisitos para por esta causa se tornar indigno o herdeiro, ser-lhe provado judicialmente o homicidio do defuncto, e ser por elle condemnado em sentença, o que se conclue das palavras *manifestissime comprobatus est.* Não bastão por tanto suspeitas, vozes vagas, indicios simples, nem ainda mesmo a certeza do delicto antes de proferida a sentença condemnatoria. Concorda o Cod. Civ. de França, declarando, no art. 727., indigno « celui

qui sera condamne pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt : logo a indignidade não se dá por incorrida, quando a morte foi empregada para salvar a vida do herdeiro aggreddido injustamente, como já observámos; pois que neste caso não ha delicto, por virtude da collisão dos officios, e por isso não pôde dar-se sentença condemnatoria. Mas cumpre notar que o matador está incurso na indignidade em quanto á herança, se deo a morte ao defuncto, mas excitado por provocação, supposto que violenta da parte deste. *Vide o Cod. Pen. de França de 25 de Setembro de 1791. part. 2. tit. 2. sect. 1. art. 9., e o Cod. Pen. de 1810. art. 321. e 326.* Por quanto neste caso ha delicto, pois cessa a necessidade, que se dá na outra hypothese, ainda que a menor espontaneidade o mitigue na gravidade, e faça diminuir-lhe a pena crime. Mas posto que a examinada Lei Romana seja tão sómente expressa no herdeiro testamentario, e nem ella, nem a legislação de França falle do legatario, a Moral e a identidade de razão comprehendem na indignidade o herdeiro *ab intestato*, bem como o a quem o legado foi deixado.

2.º O herdeiro, que não é parte em Juizo criminal ao matador do defuncto, deixando de vingar a sua morte, torna-se indigno. Já vimos ser esta a decisão da L. 21. D. *de his, quae ut indign. aufer.* É tambem a terceira causa da indignidade adoptada no *Cod. Civ. de França cit. art.*: « *L'heritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice.* »

Por tanto o herdeiro d'aquelle, que foi morto, é obrigado a vingar-lhe o sangue: nada pôde eximil-o deste dever: se despreza a perseguição criminal do homicida, torna-se indigno da herança, a que o chamava a Lei, ou a vontade expressa do testador. Mas dá-se aqui uma distincção essencial, que por isso não devemos omitir.

Se o defuncto morreo por alguma causa occulta, como suffocação clandestina ou veneno, *veneno vel clandestinis insidiis*, neste caso a L. 9. C. *de his, quib. ut indign.*, permite adir a herança antes de o herdeiro vingar a morte: mas se o defuncto foi morto

por tiro, ou punhalada, que demonstre não ser a morte um effeito natural, *per caedem et vi aperta*, então o herdeiro antes de tudo deve procurar a vingança contra o delinquente.

Esta distincção ou differença nasce d'um principio evidente: na primeira hypothese o herdeiro póde pretextar a sua ignorancia do facto; pois não póde promover-se o castigo d'um crime, de que não ha conhecimento: o que não é assim, quando apparecem feridas e lesões externas no defuncto. Mas se for provado que o herdeiro teve conhecimento da morte clandestina, e que foi remisso no seu dever, não se póde duvidar da sua indignidade.

A distincção, que fizemos, não resulta da differença dos delictos, mas da publicidade ou clandestinidade, com que forão perpetrados; por isso se da autopsia do cadaver resultasse juizo de que fôra envenenado, o herdeiro seria desde logo obrigado, e antes de todo o acto, a promover em Juizo a investigação e castigo do culpado.

Notamos porém que os nossos muito sabios e modernos escriptores, que a cada passo recorrem ao Codigo de Napoleão, não mencionão esta causa de indignidade no herdeiro entre nós, quando o mesmo Codigo a adoptou, inventada pelos Romanos, cujo Direito nos casos omissos, como este, nos é subsidiario, e quando ella foi tão judiciosamente pensada. O herdeiro presumptivo, quer legitimo, quer testamentario, excitado pelo demonio da ambição, póde mais facilmente procurar a anticipação da morte, que lhe transmite a herança, empregando um assassino: a necessidade de figurar em Juizo, promovendo a punição do delicto, o colloca em grande risco pela justa irritação do confidente, mui poderosa para a revelação do segredo; no que se dá um motivo mais, além dos outros, para o herdeiro se afastar deste crime atroz e grave.

3.^a A accusação por crime capital, attribuido calumniosamente pelo herdeiro ao testador ou defuncto, converte aquelle em indigno. Esta causa acha-se no *Dig. Portug. tom. 3. art. 1529. n. 2.º*, expressida deste

modo: « *Aquelle, que accusou em Juizo o testador por causa, de que lhe podesse provir deshonra.* » Mas protestado todo e o maior respeito a seu illustre e sabio A., leva-nos o nosso dever a confessar, que não achamos aqui exactidão.

Ainda que a honra, *scilicet*, a pública estimação, para certa ordem de pessoas seja um bem maior e mais estimavel, do que a vida natural, não é assim para a maior parte dos homens: por isso as Leis a subordinão a esta; e por isso a accusação infamante, ainda que verdadeira ou não calumniosa, é por ellas coherentemente incluída na regra do cap. 3. da Novella 115., como causa de desherdação, e não de indignidade do herdeiro o que tem effeitos mui diversos. Por quanto, como causa de desherdação, depende esta da vontade do testador, o que faz que se elle a não expressa no testamento, o herdeiro legitimo, que lhe foi accusador, lhe succede, e conserva a herança; o que igualmente acontece, se aquelle morre intestado; e se a expressa, e não ha reconciliação posterior, passa ella ao herdeiro necessario, que está em gráo immediato, pois deve ser o instituido, e em sua falta ao voluntario, que o testador por seu arbitrio institue. Se porém a accusação infamante é causa de indignidade, não depende de ser expressa no testamento: e até mesmo, se tal herdeiro é instituido, succede sim ao defuncto: mas o fisco entre os Romanos, e antecedentemente entre nós, tirava-lhe ou não lhe conservava a herança, isto é, todos os bens com os encargos, comprehendida a legitima.

Porém para ser causa de indignidade a accusação criminal, é necessario que n'ella se dem dous requisitos concorrentes, sem que possa ser bastante dar-se um d'elles sem o outro: a saber, que seja calumniosa; e além disto que seja capital a pena, que segundo a Lei corresponde ao delicto, quando provado. No que se guarda o systema e harmonia de Direito; por quanto, como já notámos, é causa de indignidade tirar a vida natural ao defuncto; mas importa a mesma perversidade empregar a calumnia, com proposito da morte lhe ser dada por intervenção da Justiça. Temos o mesmo delicto

delicto, o mesmo delinquente, e apenas variou a intenção em quanto ao meio, logo em um e outro dos casos dá-se a mesma indignidade.

O Sr. Corrêa Telles, insigne Jurisconsulto e Escriptor mui distincto, fundamenta sua doutrina, dando a accusação infamante como causa da indignidade do herdeiro, na L. 31. §. 2. D. *de adimend. vel transfere- rend. legat.*; mas esta mesma Lei e §. são obstaculos invenciveis para a sua opinião, por quanto Triboniano expõe aqui como decisão de Scevola a seguinte: *Seia testamento suo legavit auri pondo quinque: Titius accusavit eam, quod patrem suum mandasset interficiendum: Seia post institutam accusationem codicillos confecit: nec ademit Titio previgno legatum, et ante finem accusationis decessit: acta causa, pronuntiatum est, patrem Titii scelere Seiae non interceptum. Quaero, cum codicillis legatum, quod testamento Titio dederat, non ademerit: an ab heredibus Seiae Titio debeatur? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non deberi.*

É a espécie: Seia em seu testamento legou cinco pesos d'ouro em favor de Ticio, filho de seu marido: o legatario accusou judicialmente a madrasta pelo mandato da morte de seu pai; morreo aquella antes de findo o processo, o qual continuou depois da morte da ré, porque tal crime, em razão do matrimonio entre a accusada e o defuncto, constituia aleivosia e importava por isso mancha ou infamia na memoria da defuncta, alias sua morte lhe teria posto fim. Ora o filho do defuncto, e por isso seu herdeiro, não morrendo o pai naturalmente, devia, como já vimos, vingal-o: havia por isso razão de duvidar da sua indignidade para o legado, pois accusando a testadora, cumpria uma obrigação. Mas a sentença, que terminou o processo, decidiu que a arguição fôra falsa, ao ponto de não ter o accusador o mais pequeno fundamento para fazel-a, e o que importava calumnia, e o fazia exorbitante do seu dever, porque o pai tinha morrido, e não foi morto; assim tinha o legatario empregado os seus esforços para a testadora ser morta, ou morrer por mão do homem; foi esta a sua vontade, á qual se não devia a

falta de tal effeito, que por isso tambem lhe não devia aproveitar para conservar o legado, que os herdeiros lhe não devião, pois que sua indignidade o fez propriedade do fisco; clausula esta, que não vem expressa na Lei, pois que nenhuma razão havia para duvidar do direito que tinha o fisco, depois de decidida a indignidade do legatario.

Perdoe-nos o Sr. Corrêa Telles, a quem tributamos toda a nossa afeição e respeito, e permita-nos que digamos que certamente lhe proveio a sua opinião da circumstancia d'o processo continuar depois da morte da testadora, o que não podia ser senão em razão da infamia na memoria da defuncta; mas esta circumstancia faz unicamente a razão da continuação do processo depois da morte da accusada; e repare-se em que ella é unicamente incidente na Lei, e não é a razão da sentença *non deberi*. A razão desta sentença é-nos manifestada pelas palavras — *quod patrem suum mandasset interficiendum*, juntas com as outras — *pronunciatum est, patrem Titii scelere Seiae non interceptum*. Nas primeiras mostra-se-nos a qualidade do crime, o homicidio, a que corresponde a pena capital; nas segundas a qualidade da accusação, o ser ella calumniosa, e a razão da sentença *non deberi* não está nesta, mas sim na L. 3. D. *de his, quae ut indign. auf.*, em que o mesmo e mui sabio A. fundamenta na mesma pag. a doutrina do art. 1529.: « Tornão-se indignos de ser herdeiros, 1.º aquelle, que matou, ou procurou a morte ao testador. » A' ultima clausula deste art. é que Scevola attendeo, para resolver que Ticio era indigno do legado que Seia lhe deixou. De sorte que desta ou da L. 3. D. *de his, quae ut indign. auf.*, é consequencia necessaria a disposição do §. 2. da L. 31. D. *de adm. et transf. legat.*, que Triboniano não collocou naquelle titulo, senão por ter por objecto um legado: e que até mesmo a critica dispensava de ser escripta, depois d'aquella existir.

Mas antes de deixarmos esta causa da indignidade do herdeiro, resta-nos para advertir, que a mesma interpretação, que damos á L. 31. §. 2. D. *de adimend. et transferend. legat.*, lhe foi dada pelos Legisladores

Francezes, pois constituem indigno o herdeiro, que fez ao defuncto accusação capital, quando esta é julgada calumniosa: *Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale, jugée calumnieuse. Cod. Civ. de França* cit. art. 727. n.º 2. Outrosim que as tres causas, que havemos referido, são as unicas expressas no mesmo Codigo, que em verdade aperfeicou a legislação Romana, em quanto á da indignidade por negligencia em vingar a morte dada ao defuncto, não só substituindo á accusação criminal a denuncia, no que vai favor ao herdeiro, que não tem meios para despesas; mas desobrigando desta o filho, quando o pai é o criminoso, assim como este, quando o crime foi practicado por aquelle. Na mesma razão está a mãe para o filho, e o filho para ella, o irmão para o irmão, os collateraes ligados entre si no mesmo gráo, o marido para a mulher, e esta para o marido, os irmãos uns para os outros, e finalmente os sobrinhos para os thios, e estes para aquelles: *Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendans et descendans du meurtrier, ni à ses alliés au meme degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces. Art. 728.*

Reputamos estas excepções adoptaveis entre nós por muitas razões igualmente poderosas, sendo uma d'ellas a conservação do systema e harmonia de Direito; por quanto as Leis Civis, que rejeitão ou não recebem seu testemunho, quando uma das pessoas referidas se offerece para depôr em sua defesa n'um processo promovido contra a outra, não podem obrigar-as a accusarem-se criminalmente, sem caírem na maior contradicção, opposta e perfeitamente repugnante com a sabedoria legislativa.

Notamos porem ainda, que se as LL. Romanas peccarão, em nosso modo de ver, não adoptando as referidas excepções, o *Cod. Civ.* de França peccou tambem, não adoptando a providencia, que sem questão nos é subsidiaria, a qual prohibe ao herdeiro tomar vingança do matador ou matadores do defuncto, ainda que estranhos para aquelle, quando este os absolveo por

seu perdão; pois que nem o dever de filho, nem a ternura do herdeiro os deve levar á vingança contra aquelles, a quem o defuncto perdoou: *Nec pietas, nec sollicitudo heredis obtinere debet, ut ad poenam vocentur, quos absolvit dominus ipse.* L. Divus Marcus 2. D. de Senatusconsulto Silaniano.

4.ª Entra na classe dos indignos o que tendo sido instituído, prohibe o testador de fazer outra disposição ou testamento, usando para isso de violencia ou de meio fraudulento; na mesma razão está o que lhe prohibe testar, se elle ainda o não tem feito: *Siquis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi: denegandae sunt actiones ei, qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus.* L. 2. D. si quis aliq. test. prohib. É concordante a L. 19. D. de his, quae ut indign. auferunt., recebidas na nossa Ord. liv. 4. tit. 84. §. 2.

Advertimos quaes as causas da indignidade do herdeiro, expressamente adoptadas no *Cod. Civ.* de França, no numero das quaes não tem parte esta, que consiste no obstaculo, opposto dolosamente ao testador, para expor sua ultima vontade sobre a transmissão dos seus direitos activos e passivos depois da morte. Mas será esta causa insufficiente para tornar indigno o herdeiro segundo o mesmo *Codigo*? Está no espirito do *Cod. Civ.* de França, assim como no das LL. Romanas e Patrias, que o testamento sómente se considera como tal, quando contém a expressão da livre e ultima vontade do testador. E não se póde considerar como tal uma disposição, que seu auctor não quiz fazer, mas que fez com violencia, ou a que quiz revogar, e que efféctivamente revogaria, se tivesse liberdade. Neste caso impéra, segundo nosso pensar, a natureza das cousas tanto como o decreto das leis. O que emprega a força, ou outro meio vicioso e fraudulento para com o testador, faz ou um roubo ou um furto; não póde tirar proveito do seu delicto; é um indigno.

5.ª É tambem indigno da herança o herdeiro, que se recusou ao resgate do captivo, quando podia fazello, se este morre sem o desherdar, como podia no

testamento, não procedendo aqui a idéa do presumido perdão: *Si . . . alicujus liberi seu cognati redemptionem ejus neglexerint: non solum exheredari possunt; set etiam lege denegatur eis successio: et si fuerint scripti heredes, tantum valeat testamentum in aliis capitalis. Haec ergo successio defertur Ecclesiae Civitatis ejus, expendendo scilicet in captivorum redemptionem. Multo magis si extraneos instituerit, qui redimere supersedeant. Excipiuntur minor octodecim annos. Authentica Si Captivi C. de Episcop. et cleric.*

6.ª Se o testador institue um incapaz, é nulla e tem-se por não escripta a sua disposição; mas se o que tem capacidade testamentaria passiva, empresta o seu nome para figurar de instituido, e clandestinamente passar a herança, o legado ou qualquer coisa áquelle, que pela lei é excluido; desde que a fraude se descobre, tanto o herdeiro instituido, como o outro, ficão privados da herança, e na mesma razão do legado, o ultimo como incapaz, e o primeiro como fautor d'um furto, que o constitue indigno. LL. 3. e 4. D. *de his, quae pro non script. habent.*, adoptadas expressamente na nossa Ord. liv. 2. tit. 26. §. 23.: *Item, toda a cousa, que é deixada em testamento, codicillo, ou ultima vontade a algum herdeiro, testamenteiro, legatario, ou fideicommissario, e ella é rogado tacitamente pelo testador de a entregar depois da sua morte a alguma pessoa incapaz, porque em tal caso aquillo, que assim é deixado tacitamente, por defraudar a Lei, é applicado ao Fisco, etc.*

7.ª Uma injuria atróz contra a pessoa ou memoria do testador depois de feito o testamento, como o negar-lhe a legitimidade do nascimento, faz o agente indigno da herança. Procede o mesmo na inimizade capital, a que não succedeo reconciliação, com o defuncto em quanto vivo. Não se attende á causa da inimizade, ou a ser justo o motivo, nem ao lado d'onde proveio: sempre se entende, que, se durou até á morte, annulla a instituição, presumindo a Lei que mudou a vontade do testador. Esta causa porém da indignidade do herdeiro restringe-se ao escripto ou instituido. A condição do herdeiro *ab intestato* é inteiramente diversa: aquelle

recebe a herança da vontade do testador ; este recebe-a da Lei , que n'este caso presume , que se a vontade do defuncto não fosse que tal herdeiro lhe succedesse , o teria evitado , fazendo o seu testamento. L. 92. de his , quae ut indign.

8.^a Segundo a L. 2. D. de his , quae ut indign. , a qualidade de indigno dá-se tambem no que sendo tutor do defuncto , abusou da sua fraqueza , como se o tutor leva para sua casa a pupilla , ao que os Romanos ligavão idéa de torpeza. As nossas idéas porém são mui differentes em regra neste procedimento do tutor , pois o reputão louvavel.

Deixando outras causas da indignidade do herdeiro , e que facilmente se achão no liv. 34. tit. 9. do Digesto ; cabe notar que são omissos os nossos escriptores , não referindo como causa da indignidade a do marido , que falsamente accusou sua mulher de adulterio , indignidade , que o priva ainda mesmo de todas as vantagens , que podia esperar em razão de pactos antenupciaes , pois que uma falsa accusação de tal crime é para a mulher a mais atroz das injurias , e tanto , que se não ha filhos , perde o marido a meação ou bens , que passão a ser da mulher. Ord. liv. 5. tit. 25. §. 7.

Ainda que acabamos de contrahir-nos para as restantes causas da indignidade , não podemos deixar de manifestar nossas idéas sobre um objecto mui importante , que tem aqui cabimento , idéas contrarias ás do Sr. Corrêa Telles , e para cuja exposição imploramos respeitosa mente perdão.

Lemos no *Dig. Portug.* tom. 3. o art. 1535. expressado nestes termos : « *As heranças ou legados , deixados a pessoas capazes , mas que se fizerão indignos de as possuir , devolvem-se ao Thesouro Publico.* » Esta doutrina foi verdadeira em outro tempo , é expressa sentença da nossa Ord. liv. 2. tit. 26. §. 19. , hoje porém nos parece ser inexata.

Por quanto , ainda que a herança e o legado , que o indigno não podia conservar por virtude da cit. Ord. , em harmonia com o Direito Romano , que lhe deu fonte , se devolvessem ao Fisco , hoje Thesouro Publico , o que

constituia uma verdadeira pena, imposta pela Lei, sem dependencia da vontade do defuncto: hoje em nossa opinião tal jurisprudencia se acha revogadissima. Tanto por virtude da Carta, como pelo Decreto de 13 d'Agosto de 1832 art. 1., que revogou aquelle Titulo da Ord. do modo o mais absoluto, sem lhe salvar a disposição do §. 19., exprimindo-se o mesmo art. por estes termos: *A Ord. do liv. 2. tit. 29. — dos Direitos Reaes — foi revogada pela Carta: e é declarada revogada por este Decreto.*

Demais esta pena era uma confiscação essencialmente, pois comprehendia toda a herança proveniente do defuncto, embora deixasse ao herdeiro os bens, em que tinha succedido, ou que tinha adquirido por outro titulo, e sem relação á herança, a que a indignidade corresponde. Verdadeira confiscação em si era, e com todos os inconvenientes que, lhe são proprios, passando muito além da pessoa do delinquente, pois arrancava os bens não sómente ao réo, mas aos descendentes, em sua falta aos ascendentes, e por ultimo aos collateraes dentro de gráo successivel, o que repugna com a Carta art. 145. §. 19.: « *Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá, em caso algum, confiscação de bens, etc.* »

Ponderada a natureza da pena imposta pelas Leis Patrias, e subsidiarias ao herdeiro indigno, conclue-se que perde elle, sem remedio, a herança, mas não pôde o pensamento critico descobrir, por mais esforços que faça, uma só razão, um unico fundamento, pelo menos apparente, para se considerar em vigor aquella Ord., e em vigor do mesmo modo e concorrentemente o §. 19. do art. 145. da Carta. E como sair deste apuro, faltando, como falta, lei expressa, que dê destino á herança perdida pelo herdeiro?

Nada nos resta, senão recorrer ao systema do Direito, harmonizando-o nesta lacuna com os principios e regras geraes ou ordinarias, como fizeram os legisladores Francezes nas mesmas e identicas circumstancias no art. 730. do Codigo de Napoleão. « *Les enfans de l'indigne, decidirão os mesmos, venant à la succession de*

leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants. »

A pena da confiscação, consistindo na attribuição dos bens do condemnado ao dominio do Estado, esteve em uso na França antes da Carta Constitucional, assim como a applicação da mesma pena restricta á herança no indigno, conservada a idéa de ser este o que ou em vida d'elle, ou depois da sua morte, tinha peccado contra um dever essencial para com aquelle, a quem devia succeder por herança ou legado. A mesma pena, mas com relação aos bens todos, era a consequencia ordinaria da sentença condemnatoria para o culpado, e convencido de crime offensivo da segurança interior ou exterior do Estado. Ainda o *Cod. Pen.* a conservou no art. 37. e liv. 3. tit. 1. cap. 1. secc. 1. e 2. A Carta Constitucional porém aboliu esta injustissima e inconvenientissima pena do modo o mais geral e absoluto, prohibindo ao mesmo tempo no art. 66. que ella fosse restabelecida.

Não podia sem a maior e a mais palpavel offensa desta prohibição manter-se a confiscação da herança no indigno, donde veio por necessidade de coherencia, e pela força da harmonia juridica, o conservar-se para o mesmo o perdimento da herança, passando ella aos descendentes, como não participantes na indignidade e como saltando por cima d'aquelle, sem ainda n'ella lhe restar o usufructo. Esta legislação é actualmente Portugueza, não por ser a do *Cod. Civ.* de França, mas por ser a da nossa Carta Constitucional, harmonizada com o espirito, que anima o nosso systema juridico. Resta porém entendel-a, o que não é tão facil, como á primeira vista se afigura.

De leur chef et sans le secours de la représentation, diz o cit. art. do *Cod. Civ.* de França, que transcrevemos. Estas palavras advertem o Jurisconsulto de que os parentes do indigno acquirem a herança, sem que o representem, ou por um direito, que lhes é proprio;

mas tambem o advertem de que são excluidos da mesma herança, quando concorrem com coherdeiros, com quem não podem concorrer, senão pelo beneficio da representação. Esta materia porém não póde ter aqui o desenvolvimento necessario, e nós lh'o reservamos para lugar opportuno.

Tambem a coherencia e harmonia com o systema de Direito faz adoptavel o art. 729. do mesmoCodigo, não por ser elle jurisprudencia de França, mas porque a sua disposição resulta forçosamente dos principios, ou é essencialmente connexa com a natureza das cousas: *« L'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité, est tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. »*

Por quanto se o indigno entra no gozo da herança, procede de facto e sem direito: é obrigado em consequencia a restituir a quem o seu delicto a fez pertencer, todos os fructos e rendimentos sem a menor excepção, porque cabe aqui igualmente o principio de não poder aproveitar a ignorancia do proprio facto, que por isso o constitue possuidor de má fé. Tambem a mesma força de coherencia faz com que este, que fica com a herança, fique obrigado ás dividas e mais encargos dos bens, pois que formão parte d'ella, e pela maxima de serem os incommodos consequencias dos commodos, que tem a mesma causa, como tambem e pelo mesmo fundamento acontecia com o Fisco ou Thesouro Publico, quando estava em vigor a Ord. liv. 2. tit. 26. §. 19., que lhe devolvia tal herança. L. 5. e 6. *de his, quae ut indign.*, Dig. Portug. tom. 3. art. 1537.

Examinados dous meios, a desherdação e a indignidade, pelos quaes se perde a herança, e por consequencia a legitima como parte dos bens d'aquella: segue-se outro, que consiste na resignação ou renúncia, ou no pacto, pelo qual o herdeiro necessario, e por consequencia o filho, abdica o direito de succeder.

Neste ponto é essencial distinguir os tempos, o precedente á morte do defuncto, e o que lhe é posterior. Durante aquelle, já nós vimos, tractando dos pactos successorios, que o negativo ou o de não succeder era

nullo: mas ha uma disposição precisa em quanto ao filho, expressa na L. 35. §. i. C. *de inoffic. testament.*, segundo a qual se elle recebe uma doação de seu pai sob condição expressa de não poder arguir seu testamento de inofficiosidade, póde depois da morte do pai impugnar-lh'o, não obstante a convenção, em que está implicita a renúncia da legitima: *Illud etiam sancimus: ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur; et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putaverit, vetere jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minime gravari, secundum Papiniani responsum, in quo desuivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos.* Esta disposição procede por igualdade de fundamento no mesmo pacto, quando feito pelos mais herdeiros necessários: mas já anteriormente vimos que o nosso Direito a admite, quando o pacto é confirmado pelo juramento, em harmonia com o Direito Canonico. Por tanto é para nós um principio constante e geral, sem uma só excepção, que nenhum acto, qualquer que elle seja, póde servir de fundamento á renúncia tacita da legitima; mas que a póde haver expressa, confirmada pelo juramento, obtida para isto a necessaria dispensa, e intervindo o consentimento do defuncto, quando vivo:

Que depois da morte de defuncto póde o herdeiro renunciar a legitima e a herança, é doutrina evidente; salvo nas nossas colonias, sendo instituido um escravo: fóra deste caso, procede a maxima — *invito non confertur beneficium*; e se a herança é gravosa, procede a outra, — que não é obrigado á reparação aquelle, que não causou o damno por algum facto seu ou culpa propria.

Perde-se tambem o direito á legitima por força da prescripção, que alguns computão em cinco annos, por isso que, passado este tempo, a querela de inofficiosidade prescreve. Mas para admittir tal doutrina, era forçoso que a legitima se não podesse pedir por outro meio ou modo, o que não podemos conceder.

Por quanto a querela contra o testamento por inofficioso rescinde-o na instituição; quando a petição da legitima conserva ou deixa em vigor a mesma instituição, differença muito essencial é bastante para que as duas acções se distingão. Além disto, como já vimos, a querela da inofficiosidade cessa sempre que o autor é contemplado com alguma cousa, ainda que esteja abaixo do valor, ou que não preencha a legitima, caso, em que não se queixa do testamento, mas pede a legitima directamente, §. 3. *Instit. de inoffic. testam. : Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest usque ad quartam legitimae partis, repletur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.* Disposição terminante e decisiva, de que a petição da legitima em nada depende da querela contra o testamento, que por isso não está sujeita ao tempo desta para que seja prescripta.

Mas que termo deveremos assignar á prescripção desta acção, ou á petição da legitima? Segundo alguns AA. é necessario distinguir o caso, em que o direito a ella se exercita contra um herdeiro do testador, do em que é intentada contra o donatario ou possuidor. No 1.º Voët, Doneau, Furgole com outros muitos seguem, que sómente prescreve por trinta annos, por isso que é pessoal; no 2.º Furgole com Ferriér pretende que em rigor ella prescreve por dez annos entre presentes, e por vinte entre ausentes, segundo a L. 1. D. *pro donato*, e a L. 1. C. *de usucapione*.

Não combina isto com o que o mesmo Furgole escreve em linhas um pouco antecedentes. « *A acção dos legitimarios, são estes os seus termos, não é puramente hypothecaria: é pessoal in rem scripta.* » Por tanto a acção, que compete ao filho com respeito á legitima, contra o donatario ou legatario, que está em posse da herança, é uma especie d'acção pessoal *in rem*, que os obriga directamente, em quanto são detentores e possuidores das cousas ou bens do defuncto: donde resulta que os donatarios e legatarios não são mais privilegiados para adquirirem pela prescripção de

menor tempo, que os herdeiros; e fica assim sem fundamento a distincção de Furgole.

Esta doutrina, consequencia recta e necessaria da natureza da acção, que tem por objecto a entrega da legitima, natureza, que se não altera ou muda, quando a acção é intentada contra herdeiros, donatarios ou legatarios, tem demais a seu favor o systema de Direito pela harmonia com as Leis, que mandão que quando o pai ou mãi com liberalidades testamentarias absorve a terça, e invade ou diminue a legitima, os filhos e netos lesados podem requerer dentro de trinta annos o complemento d'esta, sem que se recinda o testamento ou a instituição. LL. 30., 34. e 36. *C. de inoffic. testam.*

A prescripção porém da legitima por trinta annos procede, quando o direito a ella se dá contra o constituido na obrigação pessoal da sua entrega, e não contra o terceiro detentor de boa fé, que a acquire pela prescripção de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes, pois que esta especie se acha incluída na prescripção ordinaria, no que concorda Ricardo: *« Quand on dit que l'action du légitimaire dure trente ans, cela s'entend assez à l'égard de ceux qui sont tenues de l'obligation personnelle; car, pour ce qui est des tiersdetenteurs, leur bonne foi les met à couvert de toutes sortes de recherches dans le temps ordinaire et préfixé en leur faveur. »*

Mas em que dia principia a correr a prescripção da legitima? A prescripção contra um direito qualquer não principia a correr, senão desde o dia, em que o mesmo principia, pois que antes o crédor não póde obrar ou empregar diligencia, cuja omissão é a alma da prescripção do direito. Tem este, para o pagamento da legitima, principio no momento da morte natural ou civil d'aquelle, em cujos bens ella deve ser tomada: logo neste mesmo momento é que a prescripção começa a correr contra o legitimario.

Ha porém casos, em que esta prescripção não começa no momento da morte civil ou natural do defuncto, e nós já os ponderámos. Assim não corre ella contra o legitimario impubere, pois que durante a puberdade

dorme toda a prescripção. Não dorme contra o menor ; mas não se vence a prescripção dentro da menoridade , pois que , depois dos vinte e cinco annos perfectos , tem o legitimario mais quatro , que suspendem a jactura do seu direito. Não corre contra o legitimario , em quanto sujeito ao poder patrio , porque o usufructo da legitima , em que succede por morte de sua mãe , pertence ao pai ; e é maxima que a prescripção não corre contra o filho-familias , em quanto o pai tem direito nos seus bens. L. 1. C. de bonis maternis , L. 1. §. 2. C. de annali except. , e L. 4. C. de bonis quae liberis. Finalmente qualquer obstaculo legal que o legitimario tenha para obrar , ou para judicialmente promover o seu direito , o põe a salvo da prescripção , por uma consequencia necessaria da maxima geral , ou regra — *contra non valentem agere non currit praescriptio* , como mais largamente examinámos no lugar proprio.

Ponderado que a desherdação , a indignidade , a renúncia e a prescripção são causas da jactura da legitima , seguia-se ver se o mesmo effeito resulta da substituição pupillar ; mas como o A. tracta desta e outras substituições testamentarias no §. 55. deste Titulo , não perturbaremos sua ordem , e nos reservamos para então examinar se o perdimento da legitima é effeito de tal causa. Ha porém ainda outra para o perdimento da herança , comprehensivo da legitima , a qual ainda não examinámos , mas que se não deve omitir , e que tem aqui lugar , ainda que já lembrada na primeira parte deste escripto ; e consiste na falta do inventario. Por quanto , deixando a origem desta legislação , que muito nos deteria , dispõe a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 8. , que se o pai , morrendo a mãe ou esta , morrendo aquelle , ficando-lhe filhos ou netos menores , não faz o inventario dos bens , por morte do conjuge predefuncto , dentro em sessenta dias depois d'ella , fica privado d'em qualquer tempo succeder na herança , e por isso na legitima , as quaes se devolvem aos irmãos do filho ou neto , que morre.

Qualidades, que tirão o effeito no todo, ou em parte ao testamento.

§. 46. *Jam vero nullum*, etc. Depois de consideradas as solemnidades internas e externas, que devem dar-se para que valha o testamento, expõe o A. n'este e nos oito §§. seguintes as qualidades, que ao mesmo tirão, em todo ou em parte, o effeito, que o testador teve em vista: a saber, a de nullo, *nullum*; a de injusto, *injustum*; a de irritado, *irritum*; a de inofficioso, *inofficiosum*; e ultimamente a de destituido, *destitutum*; nomes, com que os Romanos distinguirão o testamento diversamente inefficaz, e que d'elles a nossa terminologia ou linguagem juridica adoptou. O Sr. Paschoal, não dizendo cousa alguma mais neste §., lhe deu simplesmente a natureza indicadora da materia, ou assumpto desta parte do Titulo, que passamos a examinar.

Testamento nullo e injusto.

§. 47. *Nullum est testamentum*, etc. É o testamento nullo, quando é como se não fôra feito, mas com tal vicio logo no seu principio, que ainda que nenhuma outra causa pelo decurso do tempo lhe sobrevenha, nunca pôde ter effeito, *quod a principio non subsistit, et omni prorsus effectu destituitur*, por isso que tem um vicio d'origem, ou radical, que lhe obsta a que possa convalescer em qualquer tempo: vicio, que lhe resulta ou da pessoa do testador, ou do modo, por que testou: *Quod fit vel ob inhabilitatem testatoris, vel ob omissas solemnitates praescriptas.*

É o testamento nullo em razão da pessoa do testador, quando este ao tempo, em que testou, não tinha para isso faculdade segundo as leis; porque a facção testamentaria é, como vimos, uma tolerancia social, um favor perfeitamente civil, que a lei concede a uns, e nega a outros, que fazendo testamento, ficão como se o não fizessem, ou como se não explicassem sua ultima vontade. Nesta classe, e para em nada valer, está

o testamento do impubere, do prodigo, do furioso, do mentecapto, e em outro tempo o do monge, como decide a Ord. liv. 4. tit. 81.

Nullum etiam est, quatenus ad institutionem, patris, matrisve testamentum, etc. Como para o testamento ter effeito não basta dar-se no testador faculdade para o fazer, mas é preciso observar as leis em quanto ao modo, assim como em quanto á fórma, resulta, por defeito em quanto áquelle, ser nullo o testamento do pai, mãe ou ascendente, que não institue expressa ou tacitamente o filho, filha ou descendente, quer se ache emancipado, quer sujeito ao poder patrio; assim como se o desherda, ou exclue da legitima, sem expressar a causa. Ord. liv. 4. tit. 82. §. 2.

Et filii, qui patrem similiter nec instituit, etc. Do mesmo modo, e por offensa da reciprocidade dos direitos, é nullo o testamento do filho, filha ou descendente, que não deixando posteridade, não institue o pai, mãe ou ascendente a quem deve, a legitima, bem como se o desherda, sem expressar a causa. Ord. do mesmo liv. tit. 89. O testamento porém nesta, e na especie antecedente, não é absolutamente nullo, como é, se o testador é inabil, por quanto val nos legados segundo as forças da terça.

Secus fratris sororisve, etc. A nullidade proveniente da necessidade da instituição, e da expressão da causa da desherdação, procede com relação aos ascendentes e descendentes, e não abrange aos collateraes ainda no gráo mais proximo, pois que se lhes não deve legitima; donde vem que o testamento do irmão ou irmã, que não institue outro ou outra, ou ainda mesmo que o desherda, sem expressar a causa, não é nullo em cousa alguma (§. 44. *hoc tit.*).

Testamentum injustum, etc. O Sr. Paschoal, por isso que o testamento nullo é tal logo no tempo, em que é feito, por ser contrario ou não conforme ás leis, não o distingue do injusto, pois que este tambem é feito contra a disposição das leis ou *contra jus*; o que em verdade e em rigor assim é. Todavia parece que podemos aproveitar a distincção, dizendo nullo o que

não pôde de modo algum ter effeito, ou sómente em quanto á legitima e instituição; e injusto o que pecca nas solemnidades externas, e que não podendo por isso ter effeito na qualidade de testamento, pôde com tudo tel-o em virtude da clausula codicillar; como é o que não teve cinco, mas sómente quatro testentunhas, etc.

Na nota a este §. nos adverte o A. essencialmente, prescindindo do exame das palavras, que Justiniano, tirada a differença do Direito antigo entre filhos emancipados e sujeitos ao poder patrio, dispoz na Novella 115. cap. 3. a necessidade da sua instituição no testamento do pai, o que passou exactamente para a nossa Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1.; e que procede contra o testamento dos pais, que offendem este preceito, a acção de nullidade, e não a querela da inofficiosidade, pois que esta rescinde o testamento com validade legal, *jure validum*, o que depois de Justiniano se não dá neste, de que fallamos, pois que é nullo *ipso jure*. Que a mesma inutilidade se dá na chamada *petitio bonorum possessionis contra tabulas*, pois cabia ao filho emancipado, que o pai tinha direito a excluir, o que posteriormente não pôde ser sem nullidade, salvo se com causa expressa o desherda.

É porém opinião nossa, que a sentença sobre a querela da nullidade do testamento, e que a termina, não carece da declaração expressa do Juiz sobre o direito do vencedor á successão *ab intestato*, como parece o A. segue: *Et sententia declaratoria, quae successioni ab intestato locum esse declaret*. Por quanto tal direito está connexo com a declaração da nullidade, e como effeito da mesma se acha expresso na lei; por outra, a declaração da nullidade do testamento importa a de que tem lugar a successão, de que fallamos, como cousas accumuladas; e tanto, que a sentença affirmativa da querela não aproveita ao quereloso tão sómente, mas aproveita igualmente aos demais herdeiros legitimos, que até então não figurarão, sob encargo de restituir cada um ao coherdeiro vencedor a respectiva parte das despezas por elle feitas com o litigio. L. 6. §. 1. D. *de inoff. testam.* Mas a pesar do seu direito de succeder *ab inte-*

stato, por effeito da declaração judicial da nullidade, não ficão os herdeiros legitimos, como vimos, livres da obrigação dos legados. Ord. liv. 4. tit. 82. §§. 1. e 2., Novella 115. cap. 4. e 5., Voët liv. 5. tit. 2. n.º 13.

Nullum etiam est testamentum, praeterito nepote, etc. Não soffre dúvida que o neto, cujo pai é predefuncto, tem o mesmo meio da querela de nullidade contra o testamento, em que o avô o preterio, pois que o seu direito á legitima é perfeitamente igual ao do pai, se vivo fôra, o que faz necessaria a sua instituição expressa ou tacita, ou a sua desherdação sempre expressa e motivada. Cit. Ord. §. 4.

Testamento roto.

§. 48. *A principio recte conditum testamentum*, etc. Depois do testamento nullo, *scilicet*, do testamento, que logo que é feito, tem um vicio que lhe tira a validade em todo o tempo; tracta o Sr. Paschoal do testamento *recte conditum*, isto é, do testamento, a que nada falta para valer, no tempo em que é feito, mas que uma causa superveniente, sem que o testador mude d'estado, ou perca o direito de testar, destroe ou rompe, ficando por isso em resultado na mesma razão do nullo, e, como este, sujeito á querela de nullidade.

Rumpitur vel per postumi praeteriti agnationem, etc. Diferentes causas rompem ou tornão inválido o testamento, a que nada falta para ser válido quando principia a existir. É uma d'ellas a agnação do postumo, isto é, o nascimento d'um filho, verificado depois de feito o testamento, no qual por tanto o testador o não institue: *Aut rumpitur alio testamento, ex quo heres iistere poterit, vel agnatione sui heredis*. L. 1. D. de inj., rupt. irr., fact. test., concordante o Cod. Civ. de França art. 962.

Cabe porém advertir que se o nascimento do filho, posterior ao testamento, de quem este não faz menção, se mostra pelas circumstancias imprevisito pelo testador, tal testamento fica inteiramente roto ou destruido; em nada val, ainda mesmo que o testador

tivesse instituído os outros filhos, já nascidos ao tempo, em que testou. L. 47. D. de fideicom. libertat., L. 24. §. II. D. cod., cit. art. do Cod. Civ. de França.

Porque presumem as leis, que se o testador tivesse previsto o nascimento do filho, oneraria menos a sua disposição, ou mesmo não deixaria legado algum. O que procede, ainda que nenhum legado deixasse, pois que muito possível era, que o testador, mais enternecido por este filho em razão da tenra idade, o contemplasse com toda ou parte da sua terça, além da legitima, se previsse seu nascimento.

É evidente que a mesma destruição e rompimento do testamento resulta do nascimento do neto postumo, successivel para o avô, com a mesma differença de previsto, e imprevisto, para valer, ou não, nos legados. Ord. liv. 4. tit. 42. §. 4. e 5.

Hi vero nepotes, vel filii praeteriti si decedant, vivo testatore, testamentum vires obtinet, etc. Este rompimento e destruição das disposições testamentarias, supõe o nascimento vital do postumo depois da morte do testador: mas se este não é vital, o testamento não se rompe; e se é vital, mas o filho ou neto morre em vida daquelle, o testamento convalesce e recupera toda a sua força e validade: *Postumus praeteritus, vivo testatore natus, decessit: licet juris scrupulositate, nimisque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, honorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest.* L. 12. D. de inj., rupt., irr. fact. test. Dispõe o mesmo a Ord. liv. 4. tit. 82. §. 5., pois para que o testamento perca a força pelo filho sobrevivendo, requer neste a qualidade de vivo ao tempo da morte do testador.

Resta advertir, que o nascimento do filho ou neto postumo, ignorado, ou não previsto pelo testador, destrõe tanto a instituição, como as liberalidades, ainda as mais privilegiadas, pois que o texto, que citamos, revoga o legado da liberdade dada aos escravos.

Mas não é o mesmo, se o legado não é pura liberalidade, como o que é deixado aos criados para lhes servir de pagamento das soldadas, o que também acontece

nas declarações do testador aos herdeiros , para restituirem o a que elle se confessa obrigado , pois que nestas especies dá-se menos um legado , do que a confissão d'uma divida ; e supposto o testamento fique todo roto ou destruido , faz ella uma prova subsistente e indestructivel da obrigação do defuncto , que onera os herdeiros , sem que a possão desfazer.

Tambem um testamento rompe o outro.

§. 49. *Rumpitur testamentum per posterius testamentum rite factum et perfectum, etc.* É evidente , atenta a natureza revogavel do testamento , que o anterior se rompe pelo posterior , que contém mudança da vontade do testador , ainda mesmo que o segundo , isto é , o ultimo , que aquelle fez , tendo feito um ou mais antecedentes , nenhuma menção faça do primeiro , pois que o segundo é a unica expressão da ultima vontade do testador , e por isso o seu unico testamento válido: *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4. D. de adim. vel transf. legat.* O que procede com tudo , quando as disposições do segundo são oppostas ás do primeiro , ou as d'um inconciliaveis com as do outro , que d'outra sorte sómente fica revogado o anterior , quando o posterior o rompe expressamente: *Les testaments posterieurs qui ne revoqueront pas d'une maniere expresse les précédents, n'annulleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui y seront contraires. Cod. Civ. de França art. 1036.*

Donde se conclue , que se o segundo testamento faz sómente algumas addições , córtes e declarações ao primeiro , ou seja na instituição , ou nos legados , este , longe de se romper , é confirmado por aquelle , a que se une como uma parte d'elle mesmo.

Mas para que o segundo testamento destrua ou rompa o primeiro , é preciso que este não seja nullo , pois que ao contrario nada val , e nada então ha que destruir ou que romper ; assim como que o segundo

contenha a mudança de vontade do testador, revestida das solemnidades externas proprias, e que lhe dão prova, *rite factum et perfectum*; d'outra sorte teria a disposição por prova um acto nullo, que a tornaria tambem nulla, não podendo produzir effeito algum, e por isso nem o de romper o primeiro testamento, que ficaria em vigor. *Divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est*, §. 7. Instit. quib. mod. testam. infirm.

Devemos porém advertir, que se o segundo testamento é formado legalmente, *rite factum*, é indifferente que não possa ter execução, ou porque os herdeiros e legatarios, se os ha, renuncião seu direito, ou porque morrem antes do testador, ou porque se tornão incapazes, de sorte que a disposição não possa ter algum effeito. Por quanto a segunda disposição feita em forma legal annulla sempre a primeira, que por isso não pôde ter efficacia, o que se dá igualmente na segunda, morrendo assim intestado o defuncto. *Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius aequè nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit*. §. 2. Instit. eodem. O que o Cod. Civ. de França acceitou por estes termos: *La revocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans execution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir*. art. 1037.

É tambem conveniente advertir, que não entrão na classe dos testamentos impotentes para romper os solemnnes e perfeitos anteriores, os segundos ou posteriores, que as leis dispensão d'uma parte das formalidades, como o militar, o maritimo, e o que é feito no tempo do contagio; por quanto estes testamentos, a que faltão algumas solemnidades, tem todavia aquellas, que os podem validar, e revogão por isso os precedentes, L. 2. D. de injust., rup., irr. fact. testam., Cod. Civ. de França artt. 981. e 985.; e tanto, que se o testador não chega, por impedido pelo herdeiro instituido no primeiro testamento, a revogal-o, a vontade declarada de o re-

rogar é bastante para elle não ter effeito. Ord. liv. 4. tit: 84. §. 2.

Quamvis prius contineat clausulam revocatoriam posterioris voluntatis, etc. Diz neste lugar do §. o A., que a doutrina d'o segundo testamento revogar o anterior procede, ainda que neste haja clausula revocatoria da vontade posterior.

Chamão-se clausulas revocatorias as que o testador, temendo ser ao diante obrigado a fazer disposições involuntarias, escreve ou faz escrever no testamento, revogando-as com anticipação, para que subsistão as primeiras. Com este intuito, ou para o primeiro testamento não ser revogado por segundo, o testador põe naquella a clausula, em que ordena que não se attenda, nem tenha effeito alguma mudança ou alteração, que elle faça às suas disposições por um testamento posterior, se este não contiver certas palavras, que escreve no primeiro, e que não sendo repetidas no segundo, fazem com que aquelle fique firme, havendo-se este por não escripto.

Os inventores destas clausulas, para lhes darem um fundamento legal, argumentão: 1.º com a L. 12. §. 3. D. *de legat. 1.*, a qual dispõe, que se o testador declara no principio do testamento, que elle não dá a um certo aquillo, que lhe dará no contexto da sua disposição: *Quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego*; o legado, que depois faz a tal pessoa, fica nullo por effeito desta primeira enunciação de vontade. Donde concluem, que o testador pôde annullar o segundo testamento por meio desta clausula no primeiro.

2.º Argumentão com a L. 14. D. *eod.*, a qual, se o testador tiver dito no testamento, que se dous legados forem deixados á mesma pessoa, sómente um lhe seja dado, manda que esta declaração proceda, para que ninguem receba dous, ainda que expressos no testamento, onde se dá uma revogação anterior da disposição posterior.

3.º Recorrem a uma addição de Triboniano á L. 22. D. *de legat. 3.*, que no caso d'o testador dizer no principio do testamento, que se fizer dous legados á

mesma pessoa , ella terá apenas um , — *siquis in principio testamenti adscripserit* : — *Cui bis legavero , semel deberi volo* , decide , que se deixar dous legados n'esse m'èsmo testamento ao mesmo , os recebe ambos , porque o testador não podia impor a si mesmo lei ou obrigação de não mudar a sua primeira disposição. *Suprema voluntas potior habetur : nemo enim eam sibi potest legem dicere , ut a priore ei recedere non liceat . Sed hoc ita locum habebit , si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi poenituisse , et voluisse , ut legatarius plura legata accipiat .*

Por esta Lei a disposição posterior de muitos legados a favor da mesma pessoa prevalece sobre a disposição antecedente da mesma não r'èceber mais do que um . Mas a addição , com que Triboniano fecha este §. da Lei nas palavras — *Sed hoc ita locum habebit* , etc. , dizem elles , faz com que tal disposição não proceda em geral , mas tão sómente no caso , em que o testador ordena por uma segunda disposição expressa , que não valha a primeira .

Dõnde estes DD. concluem , que quando o testador annulla pela primeira a segunda disposição , como por uma clausula revocatoria , a segunda fica nulla , menos se o mesmo se expressa , declarando que não obstante a clausula revocatoria , tenha execução o segundo testamento .

Com tudo esta restricção á disposição geral da Lei lhe é dada por uma addição de Triboniano , que facilmente se conhece pelo estylo , e que mesmo não liga com o texto , de sorte que quem o lê , não a espera , causando certa admiração depois d'aquella . Assim parece que podemos antes entender que a disposição da Lei é geral , sendo um principio constante em materia de testamentos , que o posterior deroga o anterior , como temos estabelecido . No que concorda Domat liv. 3. tit. 1. secc. 5.*

Tambem o cit. A. observa que a addição de Triboniano não se refere a dous testamentos para o effeito de annullar o segundo pela clausula derogatoria exarada no primeiro , mas se limita a fazer valer a

primeira disposição d'um testamento, que annulla outras disposições do mesmo. E que assim esta Lei e as outras, que apontámos, militão para o caso d'um só e o mesmo testamento, que contém disposições contrarias, uma das quaes deve necessariamente estorvar que a outra tenha execução, sem que n'ellas se dê relação justa e precisa com dous testamentos feitos em tempos diversos, e sem que alguma das mesmas possa fazer prova, de que por Direito Romano uma disposição do testamento anterior annulla ou deroga o segundo ou posterior.

Donde o mesmo Domat conclue: 1.º que é sempre a ultima vontade a que annulla todas as precedentes, quando ella lhes é contraria; 2.º que se não pôde privar o testador da liberdade de dispor, e de revogar as primeiras disposições: principios, segundo os quaes a L. 6. §. 2. D. *de jur. codicill.*, que o Sr. Paschoal tambem cita, decide, que se um testador, tendo declarado que não quer se tenha em consideração o codicillo, se elle o vier a fazer, não sendo feito e assignado por sua mão, vindo depois a fazel-o, ainda que o não escreva nem assigne, tal codicillo não deixa de ser confirmado, porque, como nos diz esta Lei, as segundas vontades dos testadores derogão as primeiras, — *quac postea geruntur, prioribus derogant*. É por tanto estranho ao espirito das LL. Romanas o uso das clausulas derogatorias. Concorda o *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1782.

Lobão *Notas* a este §. n.º 1. reputa ser conforme á equidade a clausula derogatoria empregada pelo testador, quando teme ser instado por alguém para testar em seu favor, ao que não pôde resistir, sem incorrer na sua indignação ou desprezo. Mas além de ser este o unico fim da clausula, não previo os inconvenientes desta prática, que a tornão appenas boa na apparencia.

Pois que tendo ella validade, o que quizesse obrigar o testador a uma disposição, que lhe fosse proveitosa, não tinha mais do que anticipar-se a empregar os seus meios, para antes d'outro testamento obter um com clausula derogatoria, conservando-o em sua mão ou poder. Poderia servir-se da antedata do testamento com a clausula, se o testador já tivesse feito outro; não dei-

xaria de dar á clausula uma redacção complicada, que a reminiscencia do testador não podesse reter ou conservar. Tambem no caso do testamento já feito com clausula derogatoria poderia o testador ser obrigado a fazer outro com ella, revogando a anterior, com declaração de que se não recorda dos nomes, com que formulou a que revoga. De mais, se o testador, que por paixão, indisposto com seus parentes, testa com clausula revocatoria em bem d'estranhos, mas passados annos, reconhecendo sua injustiça para com os irmãos ou outros parentes preteridos, testa em seu favor, sem que por ignorancia ou esquecimento revogue a clausula, que escreveu no primeiro testamento, reduz sua herança ás circumstancias de frustrar o seu proprio arrependimento da injustiça, que por fim quiz emendar, etc.

Pactum similiter de non revocando testamento libertatem non adimit testatoris illud mutandi. Examina aqui o A., se o que testa, pôde renunciar o direito de romper ou revogar o testamento, obrigando-se por um pacto a não mudar a primeira disposição; para o que destingue o pacto gratuito, em que o testador nada recebe do em que recebeo utilidade, e diz que no primeiro caso o pacto não tira o direito ao testador, o que não é assim no segundo.

Se o testador nada recebeo, neste caso não dá lucro; mas tambem não causa damno a alguem: logo mantém livre o seu direito de revogar o testamento primeiro, como é da sua natureza, pois contém disposição d'ultima vontade. Mas se utiliza no contracto, fica obrigado a não mudar a disposição revogando-a; pois d'outra sorte faria damno ao outro pactuante. Para esta sua doutrina receber luz pela applicação, lembra o A. na nota a especie do testamento de mão commum entre os conjuges: *Exemplo esse possunt testamenta conjugum in eadem charta*, etc.; e diz, que se os conjuges se não instituem mutuamente, mas sem dependencia em suas disposições, testão ambos na mesmo escripto, ainda que entre si pactuem a permanencia d'aquellas, cada um d'elles fica livre para revogar a que lhe é propria, quer o outro o ignore, quer o approve ou reprove,

pois que nenhum damno recebe , o que lhe tira todo o fundamento para que n'elle se dê direito. Ao contrario se mutuamente se instituem ; porque o interesse da meação do outro , que pela esperança da sobrevivencia cada um d'elles procura , é o fundamento da transferencia da propria , se a mesma esperança não tem effeito ; e seria uma fraude e falta de boa fé a revogação da parte d'um sem o mutuo accordo : *et alter conjugum decipere-tur , si alteri contra fidem datam integrum foret a sua dispositione recedere.*

O Sr. Paschoal está coherente nesta doutrina com a opinião , que estabeleceo no §. 36. deste Titulo ; mas tambem nós nos conservamos coherentes. Na mutua instituição dos conjuges dá-se um pacto successorio affirmativo ou *de succedendo* , que segundo a Ord. liv. 4. tit. 70. §. 3. é nullo , a ponto de não se poder exigir , pela falta de seu cumprimento , a pena convencionada entre os pactuantes , nem mesmo pôde ser confirmado por juramento. O que faz com que o nosso Valasco *Consult.* 7. não siga esta opinião seduzido pelo Direito Romano , como o A. diz no fim da nota , mas sim obrigada pela nossa cit. Ord.

Nuda revocatione testamenti coram tribus testibus facta , quamvis ab ea elapsum sit decennium , testamentum non rumpitur , etc. Conclue-se este §. advertindo que a simples revogação perante tres testemunhas , ainda que depois d'ella decorra o decennio , não rompe ou destróe o testamento. A L. 27. C. *de testam.* dá este modo para derogar o testamento , mas com razão a prática das nações o não adopta , pois que esta revogação solta e simples , parece antes o resultado d'uma indisposição não meditada , do que effeito de resolução séria , deliberada e reflectida. Com tudo pôde qualquer revogar ou romper o testamento por declaração tomada pelo Tabelião , sendo a escriptura assignada , além deste , pelo testador e mais duas testemunhas. Groennewegen ao §. 7. *Instit. Quibus mod. test. infirm.* n.º 3. Concorda o *Dig. Port.* tom. 3. art. 1883.

Mas ainda que a declaração verbal , como vimos , não baste para revogar o testamento , é bastante para

o revogar, sendo feita á hora da morte, ou em estado de molestia, perante seis testemunhas, pois que constitue então testamento nuncupativo. L. 21. §. 3. C. de testam.

Terceira causa, por que o testamento se rompe.

§. 5o. *Rumpitur etiam testamentum, in quo omnia, vel quaedam delecta, induta, vel corrupta, etc.* Se o testador rasga ou despedaça o testamento, se lhe risca linhas ou as raspa, e o reduz a estado, que dá fundamento solido a presumir-se que sua intenção fôra destruílo, assim se julga, ainda mesmo que não faça outro testamento: *Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum.* L. 22. §. 3. D. qui testam. facer. poss.; mas procede isto, se elle o faz de proposito, e não fortuitamente ou por acaso, L. un. D. si tab. testam. extab. O que com tudo não passou para o Cod. Civ. de França, pois que exige para certeza da vontade de não valer o primeiro testamento a revogação sempre expressa por segundo, ou por declaração em instrumento com fé pública: *Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.* Art. 1035. Disposição, que nos parece preferivel, pois que tira completamente a occasião ás fraudes muito possiveis neste caso, e não dá effeito a actos, que podem resultar mais de irritação transitoria, do que da resolução da insistencia no não effeito do testamento.

‘Todavia em taes materias é o Romano o nosso direito subsidiario, e não o de França, ainda que este nos pareça aqui mais conveniente: mas cumpre advertir que procede aquelle, quando se dá prova de que fôra o testador, e não outrem, quem rasgou e corrompeo o testamento, achando-se *compos sui*. *Lucius Titius, integra mente et valetudine, testamentum fecit, uti oportet: postea, cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit, se-*

cundum ea, quae proponerentur, non ideo minus adiri posse. L. ult. D. de inj., rupt. irr., fact. testam. Igualmente se deve provar que o testador tivera proposito e intenção de tirar o effeito ao testamento, sem o que se não julga viciado, se póde ser lido: *Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihilo minus valent: consulto non valent. Id vero, quod non jussu domini scriptum, inductum, deletumve est, pro nihilo est: Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspicui, quae sunt scripta.* L. 1. D. de his, quae in testam. delent.

Et hoc jure gentes omnes utuntur, etc. Conclue o A. este §. recommendando esta jurisprudencia como adoptada entre todas as nações, ainda que as nossas Ordd. sejam omissas a seu respeito. Mas já mostrámos que desta generalidade das nações se exceptúa a França, cujo Direito preferiríamos neste assumpto, se podessemos legislar; pois tomaríamos por principio a presumpção da persistencia da vontade do testador, e em quanto ás solemnidades internas, além da sua capacidade, só attenderíamos, para o testamento não ter effeito, o vicio visivel, consistente na preterição dos descendentes e ascendentes legitimos, ou a desherdação d'elles sem causa legal expressa.

Se o testamento cerrado se encontrou, não entre papeis inuteis, mas com os que tem importancia, guardado pelo testador, porém aberto ou deslacrado, sem outro algum signal para a revogação se presumir, presume-se antes que o testador o abriu para se certificar da sua disposição, e que o não revogou. *Perez in Cod.* liv. 6. tit. 23. n.º 20. Esta presumpção porém não procede, se no mesmo testamento apparece declarada a revogação por letra propria do testador, faltando a qual, ainda que se ache aberto em poder d'outro ou de terceiro, a este é que a abertura se imputa, o que não importa revogação. L. 3o. C. de testam.

Mas se o testamento é público ou escripto pelo Tabellião no livro de Notas, nem a riscadura do treslado, nem a revogação, que nelle apparece por letra do testador, lhe tira o effeito, porque a Nota subsiste sem

vicio, e a revogação particular não é bastante para destruir o testamento sustentado na fé pública. A uma irritação ou indisposição transitoria se deve attribuir a revogação, de que fallamos, e não a resolução de vontade. L. 27. C. *eod.* O contrario porém dispõe o Código da Prussia p. 1. tit. 12. art. 594., adoptado no *Dig. Portug.* tom. 3.º art. 1882.; ainda que nos parece o Direito subsidiario não só mais conveniente, mas fundado em razão melhor e mais forte.

Todavia não só o testamento público, de que fallamos, mas qualquer que elle seja pôde ser revogado, rôto ou destruido pelo testador por meio de declaração escripta nas Notas do Tabellião, assignando-a este, e o testador com duas testemunhas idoneas, Groennewegen ao §. 7. Instit. *quibus mod. testam. inf.*, como já vimos adoptado no *Cod. Civ.* de França art. 1035.

Resta advertir que por attenção á materia, que o ultimo estado do testamento offerece aos herdeiros legitimos para o impugnarem, é que anteriormente lembrámos ser conveniente ao instituido fazer judicialmente a abertura do cerrado, declarando-se no auto achar-se o mesmo lacrado e sem vicio ou alteração; assim como que se o nome d'um herdeiro ou legatario se acha riscado, concorrendo circumstancias poderosas para determinar o testador a fazer esta alteração, ella não basta para no resto o testamento se presumir revogado. LL. 2. e 3. D. *de his, quae in testam. delent.*

Testamento irrito.

§. 51. *Irritum fit testamentum, si status testatoris mutatur*, etc. Se acontece que o testador, ou o que fez testamento legal e válido, por ser condemnado a pena, que importa morte civil, se torna incapaz de ter herdeiros, e neste caso morre, o testamento, que tinha feito recta e validamente, tem o mesmo resultado, que teria, se desde o principio fóra nullo, pois que se irrita ou frustra. Por quanto todo e qualquer testamento principia a ter effeito no tempo, em que morre o testador; e como este no ultimo tempo da vida se acha sem

direito de deixar os bens a herdeiros, ninguém pôde aproveitar-se do testamento, para por elle lhe succeder. *Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit: puta, si civitatem amittat per subitam servitutem*, etc. L. 6. §. 5. D. de inj., rupt., irr. fact. testam., concordante com o §. 6.: *Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia poena, quae vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet: et non tunc, cum consumptus est, sed cum sententiam passus est; nam poenae servus efficitur*; assim como com o *Cod. Civ. de França art. 25.*, e a nossa Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6. na ultima disposição.

Com tudo não devemos comprehender nesta legislação mais do que o caso exposto, isto é, nenhum outro além do testamento do que morre incapaz de ter herdeiros testamentarios, pois quando o que morre naturalmente, é apenas incapaz de dispor por testamento, como acontece no que, depois de o ter feito, professa a vida religiosa, cãc em demencia ou em enfermidade, que lhe prohibe testar, o testamento anterior não deixa de ter effeito, pois não é incapaz para lhe succederem como herdeiros os mesmos, que instituio quando podia.

Hic tamen testamenti infirmandi modus vix usum habet, etc. Entre nós ha menos razões para o testamento anterior se frustrar ou fazer irrito; por quanto as adopções, pelas quaes as pessoas *sui juris* se submettião entre os Romanos ao patrio poder do adoptante, o que irritava o testamento já feito, não são usadas. Ninguém pôde tornar-se escravo, menos pelo delicto, a que corresponde pena capital. O degredo não tira os direitos civis; e a profissão religiosa não constitue delicto, a que a morte civil ou privação da cidade possa corresponder como pena, mas sim um estado repugnante com a natureza do dominio, o que faz que o testamento anterior se não irrite por ella, e tenha effeito na morte natural do testador, não obstante tornar-se este, pela emissão dos votos religiosos, incapaz de fazer outro e de alterar ou revogar o primeiro. Cuvarruv. cap. 2. n. 8. *de testam.*, Barb. e Valac. citt. pelo A.

Todas as outras mudanças, que acontecem entre a

feitura do testamento e a morte do testador, não irritão ou frustrão a sua disposição; ainda que este intervallo de tempo se componha de muitos annos; embora haja augmento ou diminuição em seus bens, creção ou diminuição as riquezas dos herdeiros, uma vez que não haja disposição contraria, que revogue a primeira; pois que subsiste a presumpção de que a vontade do testador foi constante, para ella ter execução ao tempo de sua morte, segundo o estado, em que as cousas então se achão. L. 27. C. de testam. O que concorda com a natureza do testamento, no qual se dá a disposição do testador para depois da sua morte, e que elle pôde revogar; sem o que, tem perfeita execução. *Cod. Civ. de França* art. 895.

Testamento inofficioso.

§. 52. *Testamentum inofficiosum recte quidem, sed non ex officio pietatis est factum, etc.* A liberdade, que o Direito antigo dava aos pais para desherdarem sem causa os filhos, foi seguida d'abusos tão frequentes, que foi preciso pôr-lhe termo, como já vimos, tornando-lhes salvo o direito da legitima, e determinando as causas da desherdação. Desde então chamou-se inofficioso o testamento do testador, feito, sim com observancia das solemnidades legaes, mas em que os filhos erão injustamente desherdados: testamento inofficioso, porque n'elle faltava o testador a seus deveres, ou officios para com os filhos sem causa justa e legal, mas que sendo em si válido, carecia de que o desherdado se queixasse da inofficiosidade, provando a não existencia da causa; prova, que fazia inferir, que aquelle não tinha tido livre seu bom senso, mas que uma alienação o tinha levado áquelle excesso, que por isso não devia ter effeito. A mesma equidade, que havia introduzido este recurso contra os testamentos dos pais, o fez adoptar em favor destes contra os testamentos dos descendentes, que os tinham desherdado sem justa causa.

O nome d'inofficioso, dado ao testamento; o de querela ou queixa, dado á acção para o rescindir; o pretexto da alienação d'espírito, attribuida ao testador,

tinhão em vista evitar toda a mancha injuriosa na memoria do defuncto. Entre nós porém taes precauções se não observão: argúe-se impunemente o testador de deshumano, de injusto e apaixonado; assim como se allegão as seducções d'uma madrasta, ou d'outras pessoas, para indispõem aquelle com seu filho, que lho não tem merecido, etc.

Quando tem lugar a querela da inofficiosidade.

§. 53. *Cum ergo inofficiosi querela locum dumtaxat habeat in testamento recte facto, sed non officio pietatis,* etc. Tendo mostrado qual seja o testamento inofficioso, diz o A. quando tem lugar a querela que de tal testamento resulta, e qual o effeito da mesma.

Se o testamento não revogado, que inverte a ordem legitima das successões, tem em si vicio, que o annulla, irrita ou rescinde, este vicio dá fundamento por si ao herdeiro postergado para o impugnar, sem que careça de questão, sobre o que o testador deveria antes fazer, pois lhe dá materia o que effectivamente elle fez. Assim, quando o filho é preterido pelo pai ou mãe, ou algum destes ou ambos pelo filho, ou expressamente desherdados, sem que a causa seja expressa, ou quando é insufficiente, sendo expressa: depois do cap. 3. da Novella 115., adoptado na Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1., o offendido no seu direito de succeder usa, como já dissemos, da querela da nullidade, pois que torna assim insubsistente o testamento, para o defuncto ser considerado intestado, e elle lhe succeder como herdeiro legitimo. De sorte que a inofficiosidade apenas tem cabimento no testamento que não tem vicio absoluto, mas que não é feito rectamente com relação ao merito das pessoas.

Por tanto no ultimo estado, que Justiniano deo ao Direito, a querela da inofficiosidade entre descendentes e ascendentes se limita ao caso da desherdação por causa expressa e sufficiente, mas falsa; e entre os irmãos, quando desherdados sem motivo, sendo-lhes preferida pessoa torpe. Mas como nem entre nós, nem entre as nações modernas da Europa se estranha ou censura a

arguição da deshumanidade e injustiça do defuncto, quando a causa é sufficiente, mas falsa, procede, como temos idea de ter dito na 1.^a parte deste escripto, a acção civil de falsidade, ou da alteração da verdade sobre a causa, que tomou o testador, embora por escrupulosidade Romana lhe chamem *querela testamenti inofficiosi*; e no caso da desherdação entre irmãos, a quem foi preferida pessoa torpe, parece-nos muito propria a acção civil da injuria contra o procedimento do defuncto, a qual resulta do merito do preterido e torpeza do instituido, sem que se reserve um nome especial para a acção neste caso, o de querela *inofficiosi*. Mas dê-lhe este quem quizer, não questionamos sobre nomes arbitrarios, uma vez que á acção se não dê como causa ou fundamento a alienação mental ou demencia do defuncto, causa de pura imaginação, que não tem realidade, e que offende a coherencia de Direito: porque o demente não testa; e se o faz o testamento é nullo, sujeito como tal á impugnação pelo vicio ou falta de faculdade do testador, sem que nisso se intrometta o merito ou demerito, tanto do preterido, como do instituido, etc.

Resciso per querelam testamento, institutio solum vitiatur, et firma permanent legata, etc. Reduzido a não effeito pelas acções expostas o testamento, isto se entende da instituição unicamente, ou para não valer entre nós em quanto ás duas partes da herança, e não em quanto á terça ou legados, que cabem n'ella; por que em quanto a esta e estes, val o testamento, pelos principios, que antecedentemente expozemos. É porém digno de notar-se, que esta jurisprudencia, que já o foi dos Romanos, discorda e não harmonisa com o fundamento dado por elles á querela da inofficiosidade, a demencia do testador, pois que o testamento do demente segundo as leis é nullo, tanto na instituição, como nos legados.

Testamento destituto.

§. 54. *Dicitur testamentum destitutum, ex quo heres non existit*, etc. Resta o testamento destituto, o qual

se torna tal, quando o herdeiro instituído renuncia á herança, ou tem morrido em vida do testador, ou se acha incapaz no tempo da morte deste, ou não tem direito, por fallhar a condição, de que o mesmo dependia. Diz-se tambem este testamento caduco, de *cadere* calir tendo perdido a força; *Si nemo subit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur*. L. 181. D. de reg. jur., concordante com a L. 1, in fin. D. de inj., rupt., vi. fact. testam., e o Cod. Civ. de França art. 1043. « *La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recevoir.* »

Hoc testamentum, quemadmodum irritum, corruit, et nullum est tam quoad institutionem, quam quoad legata, etc. Diz neste lugar o A. que por Direito Romano, tanto antigo como novo, o testamento caduco perdia todo o seu effeito, até mesmo em quanto aos legados e outras disposições além da instituição, o que em verdade assim não é absolutamente fallando. Por quanto se o instituído por fraude e recebendo dinheiro renunciava á herança para prejudicar os legatarios, ficava ainda obrigado á satisfação dos legados: *Si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimum perveniat: legatorum petitione tenebitur*. L. 1. §. ult. D. si quis omis. caus. testam. Se não recebia dinheiro, mas havia prova de renunciar á herança com animo de prejudicar os legatarios, o herdeiro legitimo ou o substituto chamado, ficava obrigado aos legados como possuidor da herança: *Si quis pecuniam non accepit, simpliciter autem omisit causam testamenti, dum vult praestitum ei, qui substitutus est, vel legitimo: numquid locus non sit fidei? Plane indignandum est, circumventam voluntatem defuncti: et ideo si liquido constiterit, in necem legatariorum hoc factum, quamvis non pecunia accepta, sed nimia gratia collata, dicendum erit, locum esse utili actioni adversus eum, qui possidet hereditatem*. L. 4. D. eod.

Mas não se dando fraude no instituído, nem contemplação com o herdeiro legitimo, ficava o testamento perfeitamente caduco: *Si vero jure facto testamento: cessante herede scripto alter ab intestato adiit hereditatem,*

neque libertates, neque legata ex testamento posse praestari manifestum est. L. 2. in fin. C. si omiss. sit caus. testam.

Mudou porém esta jurisprudencia, por quanto Justiniano na Nov. 1. cap. 1., devolvendo a herança no testamento caduco aos herdeiros legitimos, os obriga a todos os legados e disposições testamentarias, para o que prestão caução: *Si vero nullus horum, de quibus testamento memoria facta est, voluerit adire: hoc est, coheres, aut legatarius, aut fideicommissarius, aut servus libertate honoratus: tunc ad alios, quos lex ab intestato vocat, post eum quidem, qui scriptus est, et legitima per hanc legem parte exclusus, deferri res: et similiter praebentes cautionem, quia complent quae testamento continentur.* D'outra sorte, ou se estes a recusão, os mesmos legatarios podem adir a herança. Assim está recebida em lei escripta a doutrina, que o Sr. Paschoal accreditou existir sómente na sua opinião: *Ego vero ex testamento destituito, ex quo nemo heres existit, sive quod nolit, sive quod non possit adire hereditatem, legata deberi existimo, etc.*

Resta porém notar, que o testamento caduco sempre rompe o testamento primeiro, não só por virtude da transcripta disposição da Nov. 1. de Justiniano, pois que chama em geral, e sem attenção com o primeiro, os herdeiros legitimos, tornado caduco o segundo testamento; mas por que isto mesmo é expresso no §. 2. *Instit. quib. mod. testam. infirm: Nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore; et posterius aequè nullas habet vires; cum ex eo nemo heres estiterit.*

Assim como devemos também advertir, que entre nós o testamento não é caduco, se o instituido morre depois do testador e antes da adição; porque segundo o Alvará de 9 de Novembro de 1754, a posse civil com os effeitos da natural na herança passa por morte do testador ao herdeiro, por isso se este morre antes da adição, transmite a seus herdeiros o direito, que tinha aquella. O que já assim não é, se morre antes do testador.

Substituições testamentarias.

§. 55. *De substitutionibus multa quidem habentur Ord. lib. 4. tit. 87., de quibus non multum laborandum, cum omnia e jure Romano sint decerpta*, etc. Fazem-se as substituições nos testamentos: tem por isso as substituições relação intima com estes; o que faz com que o A. as aponte neste §., mas remetendo-se á Ord. liv. 4. tit. 87., seu assento, e ao Direito Romano.

Na nota a este §. reconhece o Sr. Paschoal, que os Compiladores Filippistas, em quanto ás substituições, materia omissa nas Ordd. anteriores, se cingirão ao sentido das LL. Romanas; mas assevera que apesar de tractarem este assumpto clara e methodicamente, sempre as substituições testamentarias ficarão sendo materia implexa, difficil e obscura. Parece porém que estas qualidades de tal materia devião ser motivos fortes para o A. se excitar a tractal-a, reduzindo-a á possível distincção e clareza, sem que a acceitação entre nós do Direito Romano neste ponto o devesse dispensar; pois se tal razão fosse bastante, muito poucas materias lhe deverião merecer exame cuidadoso e demorado.

Tambem na mesma nota se pronuncia pela utilidade e conveniencia de lei, que eliminasse e proscresvesse de nós as substituições testamentarias, pois complicação a jurisprudencia: mas esta lei não existe, e ao contrario existem as substituições; o que nos excita ao seu exame. Privados porém dos subsidios e illustração do sabio Jurisconsulto, cujas Instituições commentamos, cresce em nós a difficuldade do bom desempenho do assumpto, ainda que tomemos por primeiro e principal guia Domat.

Este A. principia por advertir, que a palavra substituição tem em geral duas noções, que se devem distinguir: uma comprehende as disposições dos testadores, que instituindo um herdeiro, e temendo que este não possa ou não queira acceitar sua herança, nomeão logo outro, que directamente em falta do primeiro lhe succeda; de sorte que vem a ser a substituição neste sen-

tido a segunda instituição subsidiaria para o caso da primeira não ter effeito.

Em outro sentido a substituição comprehende as disposições d'aquelles, que querem fazer passar a herança d'um para outro successor, de sorte que o primeiro chamado, depois de succeder, não transmite a herança a seu arbitrio, mas ao segundo determinado pelo testador, de quem indirectamente a recebe, intervindo o gozo do primeiro instituido: o que faz tambem chamar-se esta substituição fideicommissaria; e não directa, como a primeira.

A primeira especie daquella, ou da substituição directa, é a que o Direito Romano chamou *vulgar*, nome, que conserva entre nós, e lhe coube, porque seu uso entre os Romanos foi frequente; e isto para prevenir o caso, em que o herdeiro primeiro instituido não succedesse, tanto por morrer antes do testador, como por ter renunciado a herança, ou por se tornar incapaz ou indigno, caso este em que a substituição evitava a devolução daquella ao fisco. L. un. C. de *caduc. tollend.*

Todos os que podem testar, podem substituir vulgarmente; e tem esta substituição effeito, sempre que o primeiro não succede, isto é, tanto no caso de não poder, como no de não querer adir a herança; nem o perde, se o segundo é tão sómente chamado para o caso d'o primeiro não querer, quando este não succede por não poder, pois que sempre succede o segundo, quando o primeiro não succede. Ord. liv. 4. tit. 87. §§. 1. 2.

Logo que o primeiro instituido aceita a herança, expira esta substituição, de sorte que morrendo este intestado passa aquella a seus herdeiros, e não ao segundo instituido, ou áquelles, que lhe succedem; e se testa não se dá necessidade de instituir ou desherdar o segundo, cujo direito acabou inteiramente pela acceitação do primeiro. Cit. Ord. §. 3. Mas se o herdeiro ou primeiro instituido é menor, e pelo privilegio da restituição deixa a herança, que acceitou, neste caso revive o direito do substituido, cit. §. Pela mesma razão, se o menor não acceitou a herança, e depois a reclama, deve o substituido entregar-lha, e acaba o seu direito.

Tambem se o substituido morre antes do testador, a substituição acabou, de sorte que se o primeiro ou o instituido não succede, os herdeiros do segundo não são chamados. Ao contrario depois da morte do testador, e da não accitação do primeiro, se o segundo morre antes da adição, o seu direito passa a seus herdeiros. Alvará de 9 de Novembro de 1754.

É evidente que se pôde substituir não só um herdeiro para a falta do primeiro, mas um terceiro para a do segundo, um quarto para a do terceiro, e ainda outros em mais grãos. O primeiro chama-se herdeiro instituido, os outros substituidos um na falta do outro, cada um no lugar, que o testador lhe determina. L. 1. D. de vulg. et pup. subst. Tambem é claro que não só se pôde substituir ao herdeiro, mas ao legatario; de sorte que se este não pôde adquirir, ou não accita o legado, passa elle ao que o testador lhe tem substituido para tomar o seu lugar. L. 50. D. de legat. O que se acha recebido tanto para o legado, como para a herança e doação *mortis causa*, no *Cod. Civ.* da França art. 898., quando deixou prohibidas as substituições (entendemos as fideicommissarias) no art. 896. « *Les substitutions sont prohibées.* »

A substituição vulgar pôde, como a instituição, ser feita pura ou condicionalmente; mas a condição posta na instituição não se julga por isso mesmo repetida na substituição: *Sub conditione herede instituto, si substituamus: nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur.* L. 73. D. de hered. instituend. Por igualdade de razão a condição imposta na substituição não se reputa imposta na instituição.

Não só, como já vimos, se podem dar na substituição vulgar muitos grãos, isto é, substituir ao mesmo substituido, caso, em que o segundo, chamado em falta do primeiro, é o primeiro que vem para o lugar d'aquelle, a favor de quem é feita a instituição, LL. 27. e 41. D. de vulg. et pupillar. substitut., mas tambem, assim como se podem instituir muitos herdeiros simultaneamente, se podem dar muitos substituidos, até mesmo a um só instituido, e reciprocamente se pôde,

em lugar de muitos instituidos, substituir uma unica pessoa: *Et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurimum, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui heredes institui sunt.* L. 36. §. 1. D. eod.

Outra especie de substituição directa é a *pupillar*, que vem a ser a disposição, pela qual o pai faz o testamento do filho impubere, dando-lhe herdeiro, no caso de morrer antes dos quatorze annos findos, sendo varão, e dos doze, sendo femea. Ignora-se a epocha precisa da introdução deste modo de dispor, e tão sómente sabemos, que não teve origem em lei escripta, mas sim nos usos ou costumes dos Romanos: *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, foeminae ad duodecim, si sint in potestate.* L. 2. pr. D. eod. Donde já devemos inferir, que, sendo esta disposição effeito do poder patrio, não cabe á mãe, mas sim ao pai, do qual a alguns respeito se entende receber o herdeiro a herança; o que faz que esta especie de substituição se comprehenda na classe das directas.

Distinguem-se tres especies de substituição pupillar: e são a *expressa*, a *tacita*, e a *compendiosa*. Dá-se a primeira, quando expressa e declaradamente ella tem por objecto dar herdeiro ao filho, que vem a morrer depois do pai, antes de chegar á puberdade. Cuja formula ordinaria é — *Se meu filho morrer impubere, seja Titio seu herdeiro.*

A segunda especie de substituição dá-se na puramente vulgar, que o pai faz; e se chama *pupillar tacita*, porque o substituido vulgarmente se presume chamado pelo testador, não só para receber a sua propria herança no caso, em que o filho não queira ou não possa recebê-la, mas ainda mesmo para receber a do filho, se morrer pupillo, ou antes da puberdade; presumpção, que se acha terminantemente recebida na L. 2. §. penult. D. eod.: *Sed et si ita scripserit — Si filius mihi heres non erit, Scius heres esto: filius eres esto: secundo quidem gradu Scius scriptus est heres, et si filius heres non extiterit, proculdubio Scius ei heres erit; sed etsi extiterit filius*

heres, et in pubertate defunctus est, Seius admittendus recte videtur. É concordante a L. 4. pr. D. eod.: *Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur: sive filius heres non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit.* Disposição, que o Direito Novo conservou. L. 4. C. de impub. et aliis substit.

A segunda especie de substituição pupillar faz differença da primeira, em quanto aquella não faz menção da puberdade; sua formula é a da simples substituição vulgar, como — *Instituto meu filho herdeiro, o lhe substituo Ticio.*

A terceira especie de substituição pupillar é chamada *compendiosa*, por isso que comprehende em resumo a vulgar e a pupillar, por esta formula — *Instituto a meu filho herdeiro; e em qualquer tempo que elle morra, lhe substituo Ticio.*

Postas estas noções, poderão taes disposições do pai privar a mãe ou o avô da petição da legitima pelos bens de seu filho ou neto, fallecido dentro da idade pupillar?

Parece que não pôde duvidar-se da opinião affirmativa, quando é expressa a substituição pupillar; por quanto a L. 8. §. 5. D. de inoffic. testam. decide que a mãe não pôde empregar a querela da inofficiosidade contra o testamento, que regula a herança de seu filho quando impubere, pois que é acto exclusivo do pai: *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicet: quia pater hoc fecit, et ita Papinianus respondit.*

Ora ainda que se não possa empregar a querela *inofficiosi* em todos os casos, em que se pede a legitima, não é menos verdadeiro que tal acção, sómente cabe aos que tem direito a esta. E tanto isto assim é, que os §§. 6. e 8. da L. cit. decidem que cessa a querela para todas as pessoas, que tem direito a intental-a, logo que lhes é deixada a legitima: por tanto desde que a mãe não pôde querelar por inofficiosidade do testamento, que contém a substituição pupillar, a mesma não tem direito á legitima na herança do filho fallecido antes da puberdade; e por maior razão não tem este direito o avô, por isso que mais distante.

Dura parece na verdade esta consequencia, mas ella é exacta, pois resulta dos principios. O pai nada deve á mulher; esta tem direito á legitima unicamente sobre a herança de seu filho: mas neste caso não só o filho não dispõe, mas sua herança é confundida e identificada com a do pai. *Tunc hereditas et patris et filii una est*, decide a L. 12. D. de privileg. creditor.; assim como a L. 20. D. de jur. deliber. decide que o substituido não pôde repudiar a herança do filho, e aceitar a do pai, ou *vice versa*, pois que compõem ambas um só corpo.

Se a substituição dada ao filho é vulgar, caso, em que contém tacitamente a substituição pupillar, não é a mãe excluída, segundo a commun opinão, fundada na L. 8, in fin. C. de impuber. et aliis substit., e muito mais na L. ult. C. de institut. et substitut. Com tudo Doneau e outros affirmão que estes textos contém especies particulares, a que suas sentenças se limitão e reduzem, insistindo em que sendo a mãe excluída pela substituição pupillar expressa, está na mesma razão a tacita para produzir o mesmo effeito. O uso porém desprezou estas razões, e voga geralmente a maxima d'a mãe, e em sua falta o avô não ser excluído por esta substituição. Ricardo *Traité des substitutions* part. 1. n. 55., Bouio *Encyclopedia juris* part. 4. tit. 19. cap. 3., Barry *de successionibus* liv. 4. cap. 7.

Allega-se para motivo de se dever derogar, em favor da mãe, a regra, que estende a substituição vulgar ao ponto de a converter em pupillar, que se não pôde presumir no testador, que é marido da mãe, a intenção de a excluir da herança de seu filho, quando a não manifesta expressamente. Ajunta-se que nas cousas odiosas, como esta, se não deve ampliar a letra do escripto ou instrumento; e que ainda que em alguns casos valhão as disposições tacitas tanto como as expressas, são estas em regra mais efficazes, donde vem estabelecerem as leis como maxima geral — *expressa nocent, non expressa non nocent*.

Finalmente, em quanto á substituição pupillar compendiosa, é commun opinão ser a mãe por ella excluí-

da, dividem-se porém os AA., seguindo alguns que este effeito procede não só a respeito da herança, mas da legitima. Sustentão outros a negativa, limitando a exclusão á herança, com o fundamento de tal substituição não comprehender expressa, clara e indubitavelmente o caso da morte do instituido dentro da idade pupillar, o que faz nascer a dívida sobre qual foi a mente do testador, dívida, que cresce na razão do favor devido á mãe, a quem por isso deve a legitima ficar salva, morrendo o filho pupillo.

Com tudo, considerados os principios das LL. Romanas, a opinião contraria, ou a que exclue neste caso a mãe ainda mesmo da legitima, é mais coherente e juridica. Pôde o testador ser por ventura mais expresso, do que quando emprega estes termos: — *Em qualquer tempo que meu filho morra, nomeio Tício seu herdeiro* —? Não se acha aqui manifesta, terminante e indubitavelmente declarada a vontade do testador, para que o substituido occupe todo a herança, quer o instituido morra dentro, quer fóra da idade pupillar?

Encerra por tanto a compendiosa a substituição pupillar, que posta no testamento, como vimos, tira á mãe, e na falta d'ella, por maior razão, ao avô, a querela da inofficiosidade, e por isso tanto a qualidade de herdeira, como a de legitimaria.

Mas quem não vê, diz Domat liv. 5. tit. 2., quo a dureza desta jurisprudencia offende visivelmente a razão e equidade? Com o pretexto de favorecer a liberdade de testar, ella dá a esta substituição tanta largueza, que faz ceder a uma pura subtileza os primeiros e mais naturaes sentimentos, dos quaes dimana para a mãe, que sobrevive ao filho, o direito de ter parte nos seus bens, sem que nada possa haver mais deshumano, do que despojal-a deste direito, fazendo-os passar a um estranho, sem outra alguma razão mais, do que não ser o filho mesmo quem faz esta injustiça a sua mãe, mas que é o pai quem lh'a faz, usando do poder que a lei lhe dá, ao fazer o testamento do filho impubere: como se o poder de fazer o testamento do filho devesse conter o direito de o fazer tal, qual o faria um inimigo da mãe

deste mesmo filho; e como se o pai, testando por seu filho, possa fazer, em vez d'elle, uma disposição, que o filho não poderia fazer, se por si mesmo testasse. Abandonemos pois tal subtiliza, e todas quantas se lhe assemelhão, que as reprova a razão, e expressamente a Lei de 18 d'Agosto; e concluamos que a substituição pupillar, ou expressa ou disfarçada, nunca pôde excluir a mãe, ou os avós, da legitima, quando sobrevivem ao pupillo. Guerreiro Tract. 2. liv. 5. cap. 11. n.º 17., Cod. da Prussia 2. p. tit. 2. art. 53o., *Dig. Portug.* tom. 3. art. 1623.

Extingue-se a substituição pupillar por diferentes causas. A L. 2. D. *de vulg. et pupill. substit.* decide, assim como a L. 41. §. 2. D. *eod.*, que ella acaba ou se extingue pela emancipação do filho, ainda mesmo em vida do testador. A razão está em que o pai não pôde substituir pupillarmente, senão aos filhos, que estão debaixo do seu poder.

Extingue-se mais pela morte do substituído em vida do pupillo. A L. 10. D. *de vulg. subst.* o decide expressamente; e a L. 47. D. *eod.* dá a razão, e consiste em ella não ser transmissivel em vida do instituído, cuja morte sómente lhe dá realidade.

A nullidade do testamento extingue a substituição pupillar que é parte d'elle; produz o mesmo effeito a não aceitação da herança, Ord. liv. 4. tit. 87. §. 8., na ultima disposição. Mas se o testamento sómente em parte se rescinde por inofficioso, a substituição pupillar subsiste; excepção estabelecida nas L. 31. *pr. D. de vulg. substit.*

A substituição pupillar extingue-se da mesma sorte pela puberdade do filho, pois nesta epocha se torna capaz de por si mesmo testar, §. 8. *Instit. de pupil. substit.*, Ord. cit. §. 9. E tanto isto assim é, que ainda que o pai possa limitar a uma idade inferior aos quatorze annos no varão e aos doze na femêa o espaço de tempo, que deve durar a substituição pupillar, não pôde elle prolongal-a além da puberdade, para que o substituído succeda ao filho, que morre aos quinze annos, L. 14. D. *de vulg. substit.*; e entre nós o ultimo dia

do anno, que completa a puberdade, ainda que não acabado, acaba a substituição pupillar. Cit. Ord. e §. *in fin.*

Mas será causa de se extinguir a substituição pupillar a morte do pupillo, acontecida em vida do testador? Não, pois que neste caso a substituição pupillar converte-se em vulgar com todos os seus effeitos, por isso que do mesmo modo que a substituição vulgar expressa contém em si a pupillar tacita, assim uma substituição vulgar tacita se comprehende na pupillar, que é expressa, como Voët *ad Pandectas* liv. 28. tit. 6. n.º 11. mostra perfeitamente pela L. 4. D. *de vulg. substit.* São concordantes Doneau *Commentaria juris civilis* liv. 6. cap. 26., e Vinnio *Selectae quaestiones* liv. 2. cap. 24.

Resta advertir que assim como o pai tem direito a dar em testamento ao filho a substituição pupillar, fallendo antes da puberdade, pôde fazer codicillos pupillares, isto é, disposições, em que ordene, que morrendo o filho dentro d'aquella idade, o herdeiro, que lhe houver de succeder *ab intestato*, restitua a uma ou mais pessoas certos e determinados bens do defuncto. Cit. Ord. §. 10.

Depois da substituição testamentaria nas especies de vulgar e pupillar, entra na directa a que se diz *exemplar*, assim chamada por isso que foi introduzida ao exemplo da pupillar. É uma disposição, pela qual o pai, a mãe ou outro ascendente substitue ao descendente pubere, que tem a desventura de ser furioso, insensato ou imbecil, para o caso, em que morre sem recuperar sua razão ou juizo.

Não foi esta substituição ignorada pelo Direito antigo; mas sabe-se pelos monumentos, que não era ordinaria, dependendo para ser feita em cada um dos casos occorrentes, de permissão do Principe. Justiniano porém a fez geral ou de direito *commum* pela L. 9. C. *de impub. et aliis substit.* Mas nesta Lei apenas se faz menção dos filhos ou descendentes puberes: e não poderá estender-se sua disposição aos impuberes atacados de demencia ou furor?

Não, diz, depois d'outros, Voët *ad Pandectas* liv. 28. tit. 6. n.º 28. Por quanto de duas cousas só uma

póde adoptar-se: ou o pupillo, que é furioso, insensato ou imbecil, está em poder do pai; ou se acha emancipado. No primeiro caso cabe ao pai substituí-la pupillarmente, o que faz improcedente a substituição exemplar, pois não tem lugar os meios extraordinarios, quando se dão os ordinarios. No segundo ou no do descendente emancipado, que pretexto poderia auctorizar o pai ou mãe a substituir pupillarmente ao pupillo furioso? Se elle tivesse o gozo da razão, depois da L. 4. §. 2., e L. 45. D. *de vulg. substit.*, nem o pai, nem a mãe lhe podião dar herdeiro, nem elle mesmo instituí-la; e seria preciso para algum d'aquelles o dar a este, quando furioso ou insensato, o privilegio de não morrer intestado, no que se daria absurdo manifesto.

Tambem a Lei de Justiniano não mencionou o interdito em razão da prodigalidade; mas como este se acha, com respeito á faculdade de testar, na mesma posição, que occupa o furioso e insensato, os mais acreditados escriptores, como Voët lugar cit. n.º 27., e Doneau fallando á L. 9. C. *de impuber. et aliis substitut.* n. 5., pensão que lhe são applicaveis as mesmas disposições. O que deixa de ser duvidoso, pois que uma multidão de LL. no *Digesto* applicão aos prodigos, em quanto aos bens, as disposições feitas unicamente para os furiosos, e se achão adoptadas na nossa cit. Ord. §. 11. *verbis.* — *O mesmo será de qualquer outro impedimento.*

Pois que a mãe, do mesmo modo que o pai, póde substituir exemplarmente ao filho, é evidente que a disposição desta especie não exige que o filho, victima do furor ou da demencia, esteja ainda sob o poder parental; mas será circumstancia ou condição necessaria que o filho seja legitimo?

Sem dúvida esta qualidade do filho é essencial com relação a seu pai; mas não é assim em quanto á mãe, pois que esta é sempre certa; o que faz que os bastardos, em quanto a ella, segundo o Direito Romano, se considerem com os direitos dos legitimos: e que, como estes elles lhe succedeão *ab intestato*. L. *pen.*, D. *ad Senatusconsult. Orphit.* O mesmo é em quanto á faculdade d'at-

tacar o testamento pelo motivo da inofficiosidade, L. 29. §. 1. D. de *inoffic. testam.*; e podem igualmente receber d'ella, por via da substituição exemplar, um herdeiro, que a desordem do seu espirito lhes não deixa instituir. Voët lug. cit. n.º 29.

É evidente que esta substituição se extingue, logo que cessa o impedimento do instituido, pois que então recupera a capacidade de testar. Porém é importante advertir que tal substituição não pôde ser feita em prejuizo, ou preteridos os descendentes e irmãos do instituido herdeiro inhabil para testar; mas que se faltão descendentes, e tambem não ha irmãos, a escolha do substituido é inteiramente livre. L. 9. C. de *impub. et aliis substit.*

Esta Lei guarda silencio em quanto ao pai, mãe ou ascendentes: donde se deve concluir, que pôde a substituição exemplar preterir os ascendentes; o que nos não pôde surprehender, se repararmos em que esta substituição foi formada ao exemplo da pupillar, na qual, como observámos, era permittido ao pai não chamar a mãe do filho; o que faz dizer a Justiniano na L. ultimamente cit.: *Ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur.*

Mas nós já expozemos que a privação da legitima na mãe, e, na falta d'esta, nos avós, pela substituição pupillar, assentava em subtilezas dos Romanos, reprovadas pela razão e equidade. Por tanto coherentes com os mesmos principios, avançamos que a substituição exemplar não pôde preterir ou prejudicar entre nós os ascendentes, para o que nos dá apoio o *Dig. Port.* tom. 3. art. 1625.: « *Nunca esta substituição pôde ser feita em prejuizo dos descendentes, ascendentes, ou irmãos do herdeiro inhabil para testar.* »

Voltemos porém aos filhos e irmãos de inhabil. Diz a L., que a substituição exemplar deve chamar *un, certos, ou todos os filhos, ou un, certos, ou todos os irmãos* — ; *unum, certos, vel omnes*. Cabe examinar estes termos.

No primeiro lançar d'olhos, parecem elles annua,

ciar que o pai e a mãe podem escolher, entre muitos filhos ou irmãos para substituir, um com exclusão dos restantes; mas entendidos desta sorte, apresentam um absurdo, que certamente não podia escapar ao Imperador Justiniano: por quanto nada menos resultaria do que poder o pai, assim como a mãe, deixar legitima a alguns sómente dos filhos do doente, quando todos são seus netos. É pois indispensavel fugir desta, e procurar outra interpretação, o que faz Voët sobre o Digesto liv. 28. tit. 6. n.º 31. Eis aqui como elle se explica: « As palavras — *vel unum, vel certos, vel omnes*, empregadas nesta Lei tanto a respeito dos filhos, como dos irmãos, não devem ser entendidas nem com referença á mesma substituição, nem com relação ás pessoas, que ella deve comprehender, mas sim com respeito á fórmula, que se póde empregar para substituir. O Imperador quiz dizer, que o testador deve substituir um filho, ou um só irmão, quando elle effectivamente não tem mais do que um só; e que no caso de muitos existirem, deve substituil-os todos, ou designando cada um pelo seu nome, ou assignando a cada um sua porção ou parte na legitima do impedido, maior ou mais pequena segundo as forças da mesma, e o numero dos substituidos, *certos*; ou finalmente chamando-os por uma denominação collectiva, *omnes*. »

A alma do interprete fica perfeitamente satisfeita com esta interpretação; mas deve ver-se no mesmo Voët a exposição, das razões, em que apoia a sua critica. Concebe-se facilmente a razão, por que Justiniano não deixou, nesta materia, tanta liberdade ao pai ou mãe substituinte, como a que teria o doente, se elle tivesse bom senso. Qual é o motivo, que o dirigio, estabelecendo a substituição pupillar? Elle mesmo não se esqueceo de dizel-o: foi este a humanidade, *humanitatis intuitu*. Ora a humanidade põe o testador, que não tem filhos, n'uma especie de dever natural de deixar a seus irmãos a totalidade, ou uma parte dos seus bens. O substituinte deve por tanto, para collocar em vez ou em lugar do doente, ou para lhe substituir, escutar e seguir as impressões, que o doente verosimilmente se-

guiria, se não fosse a enfermidade, e dispor, como este o faria, preferindo por consequencia seus irmãos, menos quando lhe merecem desherdação.

Longe de nós o argumento que se póde deduzir da faculdade, que o individuo, se lhe não obstasse a enfermidade, teria, de chamar um só de seus irmãos para lhe succeder. Este argumento não prova nada, pois que prova em demasia, ou de mais; e isto quando a L. 9. C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, emprega para com os irmãos a mesma frase, com que se exprime para com os filhos: donde resulta a necessidade e obrigação de concluir, que o testador substituinte não tem direito para excluir um só daquelles, assim como o não tem para excluir um só destes.

É evidente que a substituição exemplar se extingue, como a pupillar, pela morte do substituido antes da do enfermo; assim como pela nullidade do testamento julgada tal; ou por defeito de formalidades externas; ou por ter sido feito por força, fraude ou suggestão, ou por causa de preterição dos herdeiros necessarios.

Do mesmo modo se extingue, como já dissemos, logo que o enfermo recupera o seu bom senso, ou o uso da razão. L. 9. C. *de impuber. et al. substit.*, §. 1. Instit. *de pupillari substitut.*, L. 43. D. *de vulgar.* Se porém a substituição exemplar está feita em proveito d'um irmão, e sobrevem um filho ao enfermo, rompe-se ella ou se destroe, como se destruiria a que foi feita em beneficio de estranho, sobrevivendo ao enfermo um irmão. L. 43. D. *de vulgar. substit.*, Voët lugar cit. n.º 25.

Tambem se dá a substituição *reciproca*, da qual tracta a Ord. cit. §. 5. É esta feita entre os instituidos, chamando uns em falta d'outros. Divide-se em directa, e fideicommissaria: nós porém sómente tractaremos da primeira, ficando para outro lugar a segunda.

Substitue-se reciprocamente, quando depois de nomeados dous, tres ou mais herdeiros, se declara que succederão uns aos outros, ou simplesmente que se substituem uns aos outros, formula esta expressa na

Ord. E até mesmo algumas vezes esta declaração se subentende, o que a mesma Ord. não reprová, mas permite no verso — *ou por outras semelhantes.*

Não devemos porém acreditar que a substituição reciproca forme especie á parte, ou differente das tres substituições directas, que temos examinado, antes ella em termos geraes as contém todas.

Quando o pai substitue dous filhos um ao outro, cada um d'elles se reputa chamado á porção d'aquelle dos mesmos que não quizer ou não poder succeder, e se este caso acontece, a substituição é vulgar, como decide a L. 4. §. 1. D. *de vulgar.*, e é expresso na primeira disposição da cit. Ord. §. 6.

Igualmente se os filhos são impuberes, e um d'elles, depois de ter recebido conjunctamente com o outro, a herança de seu pai, morre antes da puberdade, o sobrevivente lhe succede por direito da substituição pupillar. Cit. L. §. 2., adoptada na mesma Ord. na segunda disposição.

Finalmente, se os filhos substituidos um ao outro são puberes, mas furiosos ou dementes, esta substituição reciproca é ao mesmo tempo vulgar e exemplar: de sorte que se um morre antes do testador, é vulgar; e se este precede na morte a ambos os filhos, é a substituição exemplar. Roussaud de Lacombe, *Jurisprudence civile*, palavra *substitution*, part. 1. sect 4. n.º 2.

Entende-se por substituição *compendiosa* uma abreviatura, compendio e resumo, ou uma disposição concebida em termos implicitos, que contém ao mesmo tempo a substituição directa e a fideicommissaria, ou aquella, que se faz em termos geraes, proprios para comprehender todas as especies de substituições vulgares, pupillares e fideicommissarias.

Esta substituição exprime-se ordinariamente deste modo: *Depois da morte, ou no caso da morte do meu herdeiro, em qualquer tempo que aconteça, eu lhe substituo Ticio.* « Como esta substituição é geral, diz Ricardo, e se não restringe a alguma especie particular, presume a Lei que o testador quer comprehender todas as especies de substituição que podem ser applicadas á sua disposição. »

Por

Por tanto a substituição compendiosa, assim como é reciproca, não fórma especie separada e distincta, pois que entra sempre e necessariamente em uma das outras substituições. Pelo resultado, ou pela natureza do caso occorrente é que se determina a especie, a que vem a pertencer. Torna-se vulgar, se o herdeiro instituído não aceita a successão; pupillar, se depois de a aceitar, morre, antes que tenha quatorze annos ou doze, segundo a differença do sexo, e fideicommissaria, se neste ultimo caso, o de ter accettato a herança, morre pubere: explica-se claramente neste sentido a L. S. C. *de impub. et al. substit.*

Finalmente, para bem se comprehender o character desta substituição, deve notar-se que nella é necessaria a concorrência de duas condições: 1.ª que se expresse por termos directos, pois se são obliquos ou fideicommissarios, jámais pôde ser directa; 2.ª que haja na disposição clausula, que importe a continuação d'um tempo qualquer depois da adição ou accettazione da herança; e isto, diz o mesmo Ricardo, para se mostrar que a intenção do testador foi fazer alguma coisa mais do que a substituição directa, sendo seu designio estender-a á fideicommissaria.

Resta-nos a substituição *fideicommissaria*. Já dissemos o que se entende por esta substituição; é ella a disposição do homem, que beneficiando alguem, o encarrega de dar o que lhe dá, ou outra coisa a terceiro, beneficiando este em segundo gráo ou ordem.

Forão os Romanos os inventores deste modo de dispor. Durante o regimen republicano, as substituições directas erão as mais frequentes, principalmente a vulgar, que os testadores empregarão a fim de não fallecerem sem herdeiro instituído.

Todavia alguns d'elles, com as vistas de passarem os bens a pessoas incapazes de serem instituidas, nomeavão um herdeiro ou legatario capaz, a quem pedião em segredo a entrega da herança ou legado a taes pessoas.

Bem sabia o testador que o beneficiado incapaz não tinha acção para conseguir judicialmente a entrega

dos bens ou cousas, que lhe queria fazer passar; mas descansava na fé do nomeado successor universal ou particular, *ejus fidei committebat*.

Ao diante usáráo os testadores do mesmo meio para fazer passar a pessoas, que tinham capacidade, cousas, que directamente deixavão aos herdeiros e legatarios, mas de taes disposições não nascia acção alguma: a boa fé destes era o motivo unico, que os determinava, assim como era a unica segurança dos fideicommissarios, que muitas vezes falhava, sendo enganada e illudida a confiança dos testadores.

Estes inconvenientes forão observados por Augusto, e o determinárão a ordenar que os Consules interpozessem sua auctoridade na execução dos fideicommissos, quando feitos em proveito de pessoas dignas ou approvadas pelas LL., ordem esta de cousas, que muito lhes augmentou o favor, confiando-se depois jurisdicção sobre elles a um Magistrado especial, que do objecto tomou o nome de Pretor dos fideicommissos — *Praetor fideicommissarius*.

Tai foi a origem e estado ultimo dos fideicommissos, que os DD. chamarão posteriormente substituição fideicommissaria, não dependendo no principio de vinculo de direito ou obrigação, mas do pudor e boa fé do instituido, o que lhes deu o nome, que não mudárão no ultimo estado, em que deixou de ajustar-lhes pela natureza efficaz ou obligatoria, que tomárão: desta origem e estado ultimo dos fideicommissos Justiniano nos instrue no §. 1. *Institut. de fideicommiss. hereditibus: Nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis Jus diceret, quem Fideicommissarium appellabant.*

Derivou por tanto dos Romanos a disposição, que se distingue por tal nome, d'elles se estendeo a todas as nações civilizadas, o que nos obriga a conhecer a economia de Direito em quanto a ella. Mas como o Sr. Paschoal a examina juntamente com a dos legados no Titulo 7. desta 2.^a parte, para ali nos reservamos.

Dos Codicillos

§. 56. *Et jure quoque Romano fere omnia descripta sunt, quae de codicillis constituta extant, etc.* A palavra *codicillo* importa a idêa de pequeno código, ou escripto breve. Os Romanos chamarão assim a disposição d'ultima vontade, acompanhada de menos solemnidades que o testamento, e em que a instituição d'herdeiro senão podia fazer.

O uso dos *codicillos* foi posterior ao dos testamentos, pois que sómente começou sob o governo d'Augusto. De diferentes textos de Direito se collige, que os *codicillos* se empregarão nos fideicommissos, não bastando para validar os legados; ainda que depois passarão a dar-lhes força.

O assento desta materia é a nossa Ord. liv. 4. tit. 86., quasi toda hebita nas LL. Romanas, pelas quaes lhe devemos supprir as omissões, como o Sr. Paschoal adverte.

Distinguem-se em Direito Romano tres especies de *codicillos*: 1.º os mysticos ou cerrados; 2.º os oraes ou nuncupativos, ou aquelles, que o testador dicta em presença das testemunhas; 3.º os olographos ou escriptos pelo testador.

Quod in codicillis directo hereditas dari non possit, neque adimi, quae summa eos inter et testamentum differentia est, etc. Nota o Sr. Paschoal que a principal differença do *codicillo* ao testamento consiste em aquélle não conter a instituição directa do herdeiro, que é neste essencial, como já advertimos com a Ord. liv. 4. tit. 86. *pr. verbis: Codicillo é uma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro. E por isso se chama codicillo, ou cedula, por diminuição, que quer dizer pequeno testamento, etc.*

Dá-se porém ainda outra differença mui notavel entre estas disposições, e consiste em que, se o testamento contém a disposição da totalidade dos bens, diferentes testamentos não podem substituir ao mesmo tempo em todas as suas disposições, pois que as do segundo, quando as não confirmão, rompem as do primei-

70 Os codicillos ao contrario, não contendo mais que disposições ou legados d'alguns bens, podem todos subsistir, em qualquer numero que seja, com tanto que os ultimos não deroguem ou alterem os primeiros.

Quando existe testamento e ao mesmo tempo codicillo, é este considerado como fazendo parte d'aquelle; por isso que as disposições d'um e outro são igualmente a ultima vontade do testador; o que faz com que umas se interpretem pelas outras, e se conciliem entre si, no que não repugnão com um e outro destes actos. Mas se um fizesse alguma mudança ao outro, seria a ultima disposição a que teria effeito, ainda mesmo no codicillo, o que todavia se entende restrictamente ás cousas ou objectos, que o codicillo pôde regular.

Quando o defuncto morre sem testamento, é o herdeiro legitimo obrigado ao cumprimento das disposições contidas no codicillo, do mesmo modo que aconteceria, se fosse instituido herdeiro.

Se posteriormente ao codicillo, ou depois deste feito, a mesma pessoa fez testamento, em que aquelle se não acha mencionado, isto lhe não tira o seu effeito, por isso mesmo que se entende confirmado pelo testamento, que o não derogou expressamente. Mas se o testamento contém algumas disposições, que mudão as do codicillo, é a ultima vontade que tem execução, entendendo-se a primeira tacitamente revogada.

Como o herdeiro não pôde ser instituido n'um codicillo, é força concluir que não pôde a desherdação ser feita n'elle, nem consequentemente se pôde no codicillo impor condição ao herdeiro, de que possa depender a adição da herança, nem do mesmo modo annullar tal condição imposta no testamento: o fundamento desta decisão está em que são disposições igualmente importantes a de privar da herança e a de a conferir, por isso só podem ser praticadas em testamento. Cit. Ord. in pr.

Quod eis ordinandis quatuor testes masculi, vel feminae cum scribente sufficiant, etc. Para a validade do codicillo, segundo as LL Romanas, requer-se que o

auctor da disposição explique sua vontade perante cinco testemunhas juntas no mesmo lugar, no mesmo tempo, e que, sendo escripto, o assignem: *In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testès, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommo-* *dantibus.* L. ult. §. ult. C. de codicillis.

Mostra-se da *l.*, que acabamos de transcrever, que os Romanos nos codicillos exigião das testemunhas todas as mesmas qualidades, que devião ter quando testamentarias, dispensando as codicillares unicamente em poderem deixar de ser rogadas. Com tudo o nosso Direito, ou o codicillo seja aberto, ou público feito pelo Tabellião, ou cerrado com instrumento de approvação nas costas, ou escripto e assignado pelo testador ou por pessoa privada em razão do seu mandato, requer quatro testemunhas, que com o Tabellião ou escriptor fação cinco; podendo porém ser mulheres, ou homens, com tanto que todas assignem. Cit. Ord. §. 1.

Mas fóra das cidades e villas, ou nos lugares de pequena população, ainda que o codicillo seja oral ou nuncupativo, val com tres testemunhas sómente, sem que se attenda também á diversidade do sexo. Ord. §. 2.

Quod is solum codicillos recte faciat, qui testamentum facere potest, etc. Ainda que o codicillo não contém instituição d'herdeiro, no que principalmente difere do testamento propriamente assim dito, não pôde fazer codicillo, o que não tem direito ou faculdade testamentaria: pela razão de que para dispor de parte dos bens, é necessaria a mesma capacidade e qualidades, que se requerem para dispor de todos elles. L. 6. §. 3., e L. 8. §. 2. D. de jur. codicill., Cit. Ord. §. 3.

Mas o que tem a faculdade ou direito de testar, pôde fazer um testamento ou codicillo, e mesmo um e outro juntamente, ou um d'elles sem o outro. O codicillo pôde preceder ou ser posterior ao testamento; e basta para sua validade que o testamento posterior o não revogue. O que tudo resulta do poder, que tem

qualquer, de dispor da totalidade de seus bens por um testamento, nomeando para n'elles lhe succeder um herdeiro, ou reservando-os, sem testar, para os herdeiros legitimos; bem como o de deixar legados particulares por junto, ou separadamente em diversos codicillos, em tempos diversos ou no mesmo.

Segundo o *Cod. Civ.* de França não se dá o codicillo propriamente assim dito; todos os actos de disposição por ultima vontade são qualificados de testamento, art. 895. O nosso Direito porém, conformando-se com o Romano, distingue do testamento o codicillo, como vimos.

Clausula codicillar.

§. 57. *Inter testamentorum clausulas principatum gerit codicillaris*, etc. Depois que o A. nos instruiu acerca da natureza e solemnidades dos testamentos, e da outra disposição por ultima vontade, o codicillo, como não só menos solenne, mas essencialmente diverso d'aquelle, ainda que algumas vezes se considere accedêr-lhe como parte: devia achar, como achou, opportuno este §., com que põe rematê aoTitulo, para exame do meio, por que a disposição, que não pôde satisfazer á vontade do testador valendo por testamento, se converte em codicillo, para como tal ter effeito; o qual consiste na *clausula codicillar*.

Codicillar diz-se a clausula ou arago posto na disposição, pelo qual o testador declara, que se ella não poder valer como testamento, quer que valha como codicillo.

Cabe aqui recordar a difficuldade do acerto entre os Romanos em empregar os termos directos, que só se podião usar utilmente na instituição, como antecedentemente vimos com a variante da legislação ultima a tal respeito, extinguindo a escrupulosidade vã em quanto áquelles, sem rejeitar os obliquos ou indirectos. Mas como além desta difficuldade, o numero das testemunhas, as solemnidades e formalidades, de que acabamos de fallar, fazião difficil o testar válida-

mente, imagináráo o supprimento das mesmas, ajuntando á disposição a clausula codicillar; dando-se ainda o effeito de a supprirem a certas expressões do testador empregadas no testamento, o que se negou a outras.

Por quanto achamos em algumas LL., que o testamento defeituoso não póde valer como codicillo, senão quando o testador expressamente declara que tal é sua intenção: *Alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.* L. 41. §. 3. D. de vulgar. et pupil. substit. É concordante a L. 8. §. 1. C. de codicillis: *Nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere.*

Apparece tambem a mesma resolução, ainda mesmo na especie do legado da liberdade d'um escravo, para ser nullo, quando, por falta da expressão da clausula codicillar, o testamento não tem effeito: *Si jure non subsistit testamentum: in hoc nec libertates (cum non fuisset adjectum, ut pro codicillis scriptum valeret, proponas) recte datas constabit.* L. 11. C. de testament. manumiss.

Mas outras LL. ha, que dão o effeito de codicillo a testamentos, em que faltão formalidades, sem que a clausula codicillar n'elles fosse expressa literalmente: porque declarando um testador que tinha redigido seu testamento sem o concurso d'algum Jurisconsulto, querendo seguir antes o que sua razão lhe dictava, do que sujeitar-se á exactidão oppressiva das formalidades positivas, e que se practicasse alguma falta, accreditava que a vontade d'uma pessoa sensata devia ser tida por justa e legitima; sobre isto se tomou a decisão de que taes expressões devião ter o effeito da clausula codicillar expressa: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Deinde heredes instituit. Quaesitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi, secundum ea quae proponerentur, posse.* L. 88. §. ult. D. de legat. 2.º

Deu-se o mesmo effeito da clausula codicillar as expressões, em que o testador declara o seu desejo de que valhão por qualquer maneira que valer possão as suas disposições: *Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit; videri enim voluisse, omnimodo valere ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset*, L. 29. D. *qui testam. facere poss.*; assim como á declaração de que, se a disposição não poder valer como testamento, os herdeiros *ab intestato* cumprão as intenções do defuncto. L. 29. C. *de fideicomm.*

Acha-se ainda decidido, que tanto a simples consideração com a affeição especial do testador para com o legatario, como a qualidade favoravel do legado, fazem supprir a clausula codicillar no testamento nullo, para obrigar os filhos do defuncto á satisfacção dos legados. L. 38. D. *de fideicommiss. libertat.*

Quae vel specialis est, et speciatim adjicitur, vel generalis, etc. O A. nesta parte do §. conforma-se com os Interpretes, que em virtude das observações referidas concluem, que a clausula codicillar se divide em especial e geral: aquella quando literalmente se declara que valha o testamento como codicillo; esta a que se inclue no sentido amplo das palavras, que declarão a vontade de valer o testamento por qualquer modo possível.

Alguns dos mesmos Interpretes seguem que a clausula codicillar, até deve ser supprida em todos os testamentos, pois que n'elles se subentende, não só porque geral ou especialmente é expressa na maior parte das disposições testamentarias, mas porque todos os testadores tem vontade de que estas produzão todo o effeito possível. Taes razões porém provão de mais, e por isso nada provão. Por quanto nas disposições *mortis causa* não é a simples vontade do defuncto que as valida, mas sim a que é acompanhada das formalidades legaes; e se sómente se devesse attender a vontade presumida do testador, valeria o testamento como tal, independente da clausula codicillar, e o codicillo do mesmo modo valeria, sem dependencia da observancia d'uma só das solemnidades externas. O

que os mesmos Interpretes não concedem, mas deverião conceder por força do seu principio, que reputamos falso, e por isso falsas todas as suas consequencias; sendo certo, que esta clausula converte sim o testamento em codicillo, mas nunca quando n'elle falta alguma das solemnidades necessarias para a validade da disposição codicillar: *Quod utique intelligendum*, são expressões do A., *se eas habeat solemnitates, quae in codicillis requiruntur*. Por tanto não se póde adoptar a clausula codicillar presumida, mas tão sómente a especial ou geralmente expressada, como as unicas, que as LL. adoptão.

Hac itaque clausula sustinetur testamentum quinque testibus signatum, sive masculis, sive feminis, sine ulla heredis institutione, vel cum eadem in codicillis etiam directo facta. Diz o A. nestas suas expressões, que o testamento, em que não ha instituição d'herdeiro, com cinco testemunhas varões ou femeas, val por virtude da clausula codicillar, assim como val a instituição directa no codicillo, douctrina, em que alguns não concordão: *Alii aliter; unusquisque in suo sensu abundet.*

Nós porém a adoptamos; por quanto na primeira proposição, o testamento por falta d'instituição não valia e era nullo, mas pela clausula converte-se em codicillo que não requer nem recebe a instituição para valer directamente, e vem assim a ter effeito nos legados, que o differente sexo das testemunhas lhe não tira, por isso que a disposição codicillar admite as mulheres.

Em quanto á segunda, a do codicillo com instituição directa valer em virtude da clausula codicillar, convimos do mesmo modo, porque é um dos effeitos de tal clausula fazer considerar a instituição d'herdeiro, e todas as outras disposições concebidas em termos directos, como fideicommissos, de sorte que o herdeiro *ab intestato* deve dar a herança ao herdeiro instituido, mas retem ou tem direito a reter a quarta parte Trebellianica, segundo as Leis Romanas.

Contra vero non sustinetur testamentum nullum ob praeteritionem descendantium, adscendentium, etc. A

clausula codicillar não tem outro objecto mais, do que supprir formalidades no testamento omittidas, mas que não são essenciaes no codicillo: assim é inutil no testamento, que pretere descendente ou ascendente; bem como no do irmão, que prefere pessoa torpe a outro irmão; e o mesmo é sem questão no testamento roto, irritado, destituido ou caduco. Nem tambem, como o Sr. Paschoal adverte finalmente no §., pôde a clausula codicillar dar effeito ao testamento, em que forão testemunhas impuberes, ou outras reprovadas pelas leis: por quanto as testemunhas absolutamente incapazes, como os impuberes, não podem dar validade ao codicillo; logo não podem dal-a ao testamento, que pela mesma clausula subsiste como disposição codicillar.

Esta clausula porém não pôde ter o mais pequeno uso em França, depois que o *Cod. Civ.* no art. 1002. assimilhou em todos os respeitos a instituição d'herdeiro com o legado universal e particular. Entre nós, as LL. differença dos legados a instituição, bem como o testamento do codicillo; e os Praxistas, que o A. menciona, dão como usada em Portugal a clausula codicillar expressada no testamento.

TITULO VI.

Dos modos, por que se aceita ou repudia a herança.

Razão d'ordem, definição de herança e seu estado antes da acceitação.

§. 1. **C**OMO a herança, verificada a morte do testador, fica aberta ou patente para o herdeiro instituido a acceitar, ou rejeitar e não querer, o A. depois do Titulo antecedente, em que tractou dos testamentos, tracta immediatamente dos modos, por que o institui-

do, ou o chamado á herança explica a vontade de acceital-a, assim como a de a não querer; no que se dá ordem e collocação a mais natural das materias, pois que nada mais natural, do que tractar dos modos de acceitar, ou não, um objecto depois das regras, que legitimão o titulo do direito, que o confere, neste caso o testamento reduzido a realidade e effeito pela morte do testador.

Posto isto, como o objecto de taes modos de explicar a vontade é a herança, e a natureza do objecto d'um direito determina os modos proprios para que o mesmo tenha effeito, o Sr. Paschoal antes de tudo explica a natureza, bem como o estado da herança, antes de ser adida pelo herdeiro; adopta em quanto áquella a definição dada por Grocio: *Patrimonium defuncti cum oneribus*, bem como a de Cicero nas palavras — *Pecunia, quae morte alicujus ad aliquem jure pervenit*, tomando-se aqui *pecunia* na acceção da L. 223. D. *de verb. signif.*, ou comprehendendo todos os bens e direitos do defuncto.

Acha depois ser impropria a definição, que se encontra na L. 24. D. *de verb. signif.*, e L. 62. D. *de reg. jur.* pelos termos — *Successio in universum jus, quod defunctus habuit*; por isso que a successão é a transmissão dos direitos activos e passivos do defuncto para a pessoa do herdeiro, e não a universalidade dos mesmos direitos, que é o que constitue e fórma a herança.

Em verdade a palavra successão, subjectivamente considerada, é a transmissão dos direitos do defuncto para o herdeiro, como não só Vinnio citado pelo A: observa, mas Pothier *Traité du Droit Français* tom. 7. introd. ao tit. 17.: *Succession est la transmission de tous les droits actifs et passifs du défunt en la personne de son héritier*. Mas tomada esta palavra objectivamente, determina a mesma idéa que *patrimonium e pecunia*. O que reconhece no mesmo lugar Pothier: *Cette universalité des droits actifs et passifs d'un défunt, considérée indépendamment de la transmission qui s'en fait en la personne de l'héritier, s'appelle aussi succession*. Sentido

este, em que constantemente a emprega o *Cod. Civ.* de França.

Procede porém o ser impropria a definição, notada como tal pelo A., em quanto diz *successio in universum jus*, o que não seria dizendo *successio seu universum jus defuncti*, pois que assim não exprimiria a transmissão, mas o objecto transmittido, ou a herança.

Hereditas nondum adita, etc. Explicando o estado da herança logo depois da morte do defuncto, diz que antes da adição o Direito Romano a não considera vacante, mas sim *jacente*, isto é, ainda não occupada por aquelle, que tem a ella um direito exclusivo, e que esta qualidade nas mesmas circumstancias lhe attribue a Ord. liv. 3. tit. 80. §. 1. *verbis* -- *E se muitos herdeiros de um defuncto, jazendo a herança por partir entre elles*, etc.

Eodem jure tamquam persona quaedam consideratur, etc. Tambem o Direito Romano considera a herança antes da adição, ou quando jacente como uma pessoa juridica, que com todo o activo e passivo do defuncto o representa, do mesmo modo que representa o herdeiro em quanto se espera que elle a aceite. Como representando o defuncto a considera Ulpiano no L. 34. D. de *acquir. rer. domin.*: *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet*. Como representando o herdeiro a considera Pomponio na L. 24. D. de *novat.*, pois fallando da estipulação do defuncto, a faz transcendente ao herdeiro, que interinamente é representado pela herança: *Hic enim morte promissoris non extinguatur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet*.

Ou a herança seja uma pessoa juridica com direitos e obrigações representando-se a si mesma, ou represente o defuncto ou o herdeiro, a sua natureza e essência permanece a mesma em quanto não adida, ella consiste sempre em todo o direito, *universum jus*, deixado pelo defuncto. E entre nós os effeitos juridicos provenientes da diversidade de taes representações nunca podem variar, por isso que a herança, quando jacente, não se póde considerar como representando se

a si mesma, nem o defuncto; por quanto por morte deste ella passa em propriedade ao herdeiro, bem como na posse civil, com todos os effeitos da natural, ainda mesmo em sua ausencia, ou que elle ignore o seu direito. Alvará de 9 de Novembro de 1754., Assento de 16 de Fevereiro de 1786.

Cabe porém notar, que supposto a herança se devolva ao herdeiro sem facto seu ou intervenção de vontade, a declaração da vontade em contrario obsta-lhe, o que faz que a effectividade da transmissão fique como parada, ou na dependencia de que o presumido herdeiro se pronuncie pela acceitação ou renúncia. Se aquella se verifica, entende-se a herança devolvida logo desde o momento da morte do defuncto. Se a não acceita, devolve-se ao outro, a quem compete, e sempre retroactivamente, como se nunca se devolvêra ao que a renunciou. E por isso mesmo que a herança com o direito de a acceitar ou recusar, logo pela morte do defuncto se devolve ao herdeiro, é evidente que, se este morre depois d'aquelle, mas antes de a acceitar ou recusar, ella e estes direitos passam a seus herdeiros.

Accontece porém algumas vezes estar a acceitação da herança dependente da deliberação do herdeiro, ou da sua habilitação, o que faz que se lhe dê curador, Ord. liv. 1. tit. 90., circumstancias, em que communmente se diz jacente, o que não é o mesmo que vaga, pois é esta a para que não ha herdeiro, o que ao contrario é n'aquella, em que o herdeiro não falta, mas depende de resolver-se ou mostrar-se habil.

Com tudo na *Noviss. Ref. Jud.* art. 409. se diz jacente a herança, para que não ha herdeiro em razão da abstenção dos que havia; esta herança porém propriamente é vacante ou vaga, e não jacente: *lorsqu'il n'y a aucun héritier, elle s'appelle succession vacante.* Pothier lug. cit.

Natureza do herdeiro.

§. 2. *Hodie non dantur heredes necessarii, etc.*
 Examinada a natureza da herança, e o seu estado do jacente antes de ser aceita, para nos determinarmos em quanto ás pessoas, a quem cabem os modos de a aceitar ou recusar, é ainda necessario examinar a natureza do herdeiro, ou se o chamado á herança é em quanto a esta um ente livre, ou invito e necessario.

A palavra herdeiro empregava-se antigamente para designar o proprietario por qualquer titulo. O verso 7. do Psalmo 36. usa della neste sentido. Justiniano no tit. *de heredum qualitate et differentia*, na Instituta, nos ensina igualmente que os termos *acto de herdeiro* significão o mesmo que *acto de proprietario*, dando a razão: *veteres enim heredes pro dominis appellabant*. E Cujacio observa a este texto, que *heres* é formado de *herus*, o mesmo que *dominus* ou senhor. O uso porém emprega communmente este nome no que é chamado pelo testamento ou pela lei, a succeder no activo e passivo, ou em todo o direito do defuncto.

Já vimos que os Romanos tiveram herdeiros necesarios, herdeiros seus e necesarios, e estranhos, e que não temos os primeiros, porque não temos escravos, nem os segundos, porque os filhos, que estão sob o patrio poder dos pais ao tempo da sua morte, são livres, podendo por isso não aceitar-lhes a herança, assim como os emancipados. Todos os herdeiros por tanto são em Portugal voluntarios; e só necesarios aquelles, a quem se deve legitima, mas isto em razão de deverem ser instituidos ou desherdados expressamente, com causa sufficiente segundo a lei, e tambem expressamente declarada. Logo todos os herdeiros são livres entre nós; todos podem, adir ou renunciar a herança: o que já era assim entre os Romanos pelo cap. 3. da Novella 115.; acabando a necessidade ou *suidade*, por virtude da qual alguns erão herdeiros necesarios ou invitos.

Suitatis tamen vestigium etiamnum exstat in substitutione pupillari, etc. Adverte-nos o A. que não obstante o que fica ponderado, ainda se dão em nossas leis dous

vestígios da antiga e rigorosa *suidade* Romana, fundada no vínculo de sujeição do filho, por virtude do illimitado poder patrio; é um a substituição pupillar, que a mãe não póde fazer, mas tão sómente o pai para o caso de morrer o filho antes da puberdade, Ord. liv. 4. tit. 87. §. 7. Dá-se ontro na tutela testamentaria, que, dada pelo pai, não depende da confirmação do Magistrado, como a dada pela mãe. Ord. do mesmo liv. tit. 102. §. 1.

Além destes, outro effeito ainda resta da *suidade* em os filhos se considerarem acceitar a herança só por isso que a não tem renunciado, o que lhes torna, em toda a sua extensão, applicavel a maxima — *filius, ergo heres*; de maneira que a prova da sua abstenção sempre onera qualquer outro, que por algum principio ou causa tem pretensão na herança. Por exemplo, os credores do defuncto, que pedem a entrega dos bens deixados, por isso que os herdeiros se abstiverão, devem provar a abstenção. Do mesmo fundamento da abstenção se não dever presumir em taes herdeiros, nasce poderem elles demandar as dividas activas do defuncto, para o que basta a prova de serem chamados á herança, ainda que não provem havel-a adido. Moraes de *exec.* liv. 6. cap. 7. n.º 35. e 37.

Alguns tambem attribuem á *suidade* o serem recebidos taes herdeiros, ainda quando maiores, a acceitar a herança, que já tem renunciado, com tanto que os bens se não achem alienados, e reclamem dentro de tres annos decorridos desde o dia da renuncia; o que em verdade é expresso na L. 6. C. de *repud. vel abst. heredit.*: *Sin autem res alienatae non sunt: siquidem major annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt, intra trium annorum spatium tantummodo hujusmodi ei detur licentia.*

Esta Lei com tudo parece-nos repugnante com outras muitas, como a 2. C. de *jur. et fact. ignorant.*, em que o Imperador Gordiano resolve não poder ser recebido um maior a reclamar a herança de sua mãe, depois de a ter renunciado: *Cum ignorantia juris facile excusari non possis, si major annis viginti quinque here-*

dilatati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras.

Donde resulta que a reclamação da herança renunciada, assim como a abstenção da já aceita, é privilegio especial das pessoas, a quem cabe o beneficio da restituição, e por isso do menor de vinte e cinco annos: *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis; sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit; postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis.* §. 5. *Instit. de hered. qualit. et different.*; concordante com a Ord. liv. 4. tit. 87. §. 3. Póde porém o menor, que renunciou a herança, reclamar até aos vinte e cinco annos e mais quatro subsequentes., Ord. liv. 3. tit. 41. §. 6.; e na mesma razão renunciar neste termo a que aceitou, e apparece gravosa.

Todos os filhos são herdeiros ipso jure.

§. 3. *Neque etiam hodie filii differunt in modo adquirendae hereditatis*, etc. Pois que as nossas leis adoptarão as disposições do cap. 3. da Novella 115. de Justiniano, segundo as quaes os filhos emancipados e os não emancipados ficarão de igual condição no direito á legitima, sem dependencia da vontade do pai ou ascendente; segue-se que uns e outros em quanto a ella são chamados *ipso jure*, ou por immediato preceito da Lei. O que não é assim pelo que respeita ás liberaidades, que o pai lhes faz pela terça, pois que estas lhes resultão do arbitrio e vontade do mesmo. *Hoc tamen de legitima tantum videtur intelligendum, cum eam habeat non patris judicio et voluntate, sed legis dispositione*; diz o A. com *Surd. Cons. 343.* e *Menoch. Cons. 994. n. 34.*

Quod igitur de suis heredibus dicitur, etc. Visto que os filhos são chamados ás duas partes dos bens pela Lei, e sabido que n'ellas e no mais, que o pai lhes deixa no testamento, ou *ab intestato*, a propriedade, se lhes devolve com todos os effeitos da posse natural, que lhes dá a civil, logo que o defuncto fallece. Atvára de 9 de

Novembro de 1754; elles se achão por assim dizer dentro da herança, sem dependencia da adição, isto é, sem dependencia da acceitação expressa, ou tacita, fazendo actos de herdeiro; na razão dos herdeiros verdadeiramente seus dos Romanos, que por morte do defuncto se achavão dentro, e não ião para a herança, sendo lhes assim superflua a adição: *In suis hereditibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt*, L. 14. D. de suis et legit. heredib.: circumstancias que hoje são as mesmas nos filhos todos, sem differença dos emancipados. Groenewegen de leg. abrogat. á cit. L. 14. D. de suis et legit. heredib.

Mas como em quanto expressa ou tacitamente não mostrão ter acceitado a herança, elles gozão do beneficio da renúncia ou abstenção; é consequente, e a praxe tem adoptado (como adverte Lobão *Notas* a este §.), que o crédor, demandando o filho do devedor, não só deva dizel-o herdeiro, mas provar actos, pelos quaes elle mostrasse querer sel-o, nos quaes se dá a adição tacita, que, como veremos, val e póde tanto como a expressa.

Da adição em quanto aos mais herdeiros, e das especies da mesma.

§. 4. *Filii ergo dumtaxat hereditatem ipso jure, vel saltem legitimam acquirunt.* Do principio de ser a legitima em virtude da lei devida aos filhos, concluo o A. no §. antecedente, que elles ao menos nesta succedem *ipso jure*, ou por immediato preceito legal; mas os ascendentes tem igualmente legitima na herança dos descendentes, que morrem sem posteridade; logo em quanto a estes dá-se o mesmo fundamento para dizermos, que, como aquelles, succedem *ipso jure*, e por isso tambem sem dependencia da adição: o que o Sr. Paschoal assevera nas expressões: *Idem de parentibus dicendum.*

Extranei non nisi verbis, vel factis, ex quibus constet eos heredes esse velle; qui vero, si voluntatem suam verbis declarant, adire; sin factis, pro herede gerere

dicuntur. Nos herdeiros estranhos, contrapostos aos seus entre os Romanos, entrando n'aquella classe os filhos emancipados antes de Justiniano, que no cap. 3. da Novella 115. os equiparou aos não emancipados, como recebiam directamente da vontade do testador a herança, era preciso que a sua lhe correspondesse, aceitando-a; o que podião fazer por dous modos: a saber, declarando expressamente por palavras, *verbis*, a acceitação; caso, em que se dava a *adição*, nome formado, de *ire ad*, ir para a herança d'um modo expresso; ou por acceitação tacita, isto é, practicada por actos capazes de d'elles se inferir a vontade de ser herdeiro, pois que só este os practicaria taes na herança, do qual dizião *pro herede se gerere*; assim como *renúncia* era a declaração expressa de não querer a herança, e *abstenção*, a mesma mostrada tacitamente por actos exteriores.

Posto isto, o Sr. Paschoal estabelece nas expressões já transcriptas, que os estranhos necessitão da *adição* expressa, ou tacita, como era entre os Romanos; o que nos não parece ser exacto. Por quanto o já muitas vezes citado Alvará de 9 de Novembro de 1754 logo pela morte do defuncto faz passar a propriedade e possessão civil, com os effeitos da natural, para o herdeiro, ainda que ausente ou ignorante do seu direito, e isto sem que distinga os herdeiros necessarios dos estranhos; logo nem uns nem outros dependem da *adição*: e tanto, que por este fundamento o A. no §. 12. deste Titulo segue que todo o herdeiro, que morre depois do defuncto, e antes de adir a herança, transmite esta a seus herdeiros, o que não podia acontecer, se o herdeiro estranho dependesse da *adição* tacita ou expressa.

Mas como, da mesma sorte que os herdeiros necessarios, os estranhos gozão do beneficio da *renúncia* ou *abstenção*, em quanto não acceitam a herança expressa ou tacitamente, os crédores não só devem allegar que são herdeiros, mas que tem procedido como taes; e se faltão actos, que os convenção de ter adido, tem recurso ao Juiz, como veremos, para os constringer a que se declarem a tal respeito.

Esdem modis hereditas ab extraneis repudiatur. Satisfazendo aos modos de não aceitar a herança, diz o Sr. Paschoal que o herdeiro estranho pôde expressamente declarar que a não quer, e neste caso diz-se que a renúncia ou repudia; ou mostrar isto mesmo por actos, caso, em que a renúncia é tacita, e se dá a abstenção.

Nam sui hereditatem proprio non adcut, etc. Os herdeiros seus não adião entre os Romanos a herança, pois já estavam n'ella pela morte do defuncto; nem a renunciavão, declarando o repudio, *neque repudiant: practicavão* porém actos d'herdeiro, *sed se immiscent; ou se abstinão* destes actos, *vel se abstinent.* Mas já vimos que os estranhos entre nós igualmente não necessitão da adição; logo podem elles mostrar a acceitação, praticando actos de herdeiro, ou abster-se d'estes actos, mostrando assim que não querem a herança. E é certo que no fôro Portuguez todos os termos referidos se empregão promiscuamente para com uns e outros herdeiros, sem escrupulo pela significação propria, que os Romanos lhes ligavão; distinguindo-se porém a acceitação expressa da tacita, e o mesmo pelo que respeita á renúncia.

Como porém a acceitação expressa, feita por termo judicial, tem o mesmo effeito que a tacita, cumpre examinar por que actos o herdeiro se obriga, tomando esta qualidade. Para o que é necessario considerar a relação, que os mesmos podem ter com a intenção do defuncto, do qual o instituido houve os bens com sujeição aos encargos; e segundo elles mostrarem o animo de cumprir aquella intenção, darão por contrahida a obrigação como herdeiro.

O chamado á herança, recebendo o que não podia receber senão na qualidade d'herdeiro, fica por isso obrigado, como se acceitasse aquella expressamente: *Itaque tunc pro herede geri dicendum esse ait Papinianus) quotiens accepit, quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat, l. 20. §. 4. in fin. D. de acquir. vél omitt. heredit., concordante o Cod. Civ. de França. art. 778.* Assim o que recebe uma divida do defuncto, practica acto d'herdeiro, e toma esta qualidade.

Está na mesma razão o que paga a um crédor da herança, pois declara por este modo a intenção d'acceitar esta, sujeitando-se aos encargos, cuja satisfação principia: *Cum debitum paternum te exsolvisse alleges: pro portione hereditaria agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur*, L. 2. C. de jur. delib.; o que procede tambem, quando usufrue ou dá d'arrendamento um dos prédios herdados, ou se appropriia dos moveis, ou dispõe d'elles como senhor. *Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo, locanve, et quoquo modo voluntatem suam declaret vel re vel verbo de adeunda hereditate: dummodo sciat eum, cujus in bonis pro herede gerit, testatum, intestatumve obuisse, et se ei heredem esse.* §. 6. Instit. de hered. qualit., concordante o Cod. cit. art. 780.

Mas o que faz as despesas do enterro e funeral do defuncto, indica apenas ter caridade com este, e consideração com o decoro da familia, sem que proceda a presumpção de que acceta a herança: *Nec quis putet, hoc ipso pro herede eum gerere.* L. 4. D. de relig. et sumpt. fun. Igualmente o que se achava em sociedade com o defuncto, pelos actos tão sómente de administração provisoria não se constitue herdeiro, pois que mostra apenas a intenção de ter cuidado nos bens. L. 78. D. de acquir. vel omitt. heredit., cit. Cod. art. 779.

O que está porém em circumstancias de dever fazer alguns actos, e receia que por elles se obrigue como herdeiro contra a sua intenção, tem direito a explicar anticipadamente esta, protestando que por elles não approva aquella qualidade. L. 20. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.

Como a adição ou acceitação da herança pôde ser feita ou expressa ou tacitamente, tambem a renúncia ou abstenção da mesma pôde ser feita d'um modo expresso por termo, ou tacitamente, não practicando acto algum d'acceitação por tanto tempo, que estabeleça a prescripção. Valasc. de partit. cap. 15. n. 46. e seg. Mas como a abstenção se não presume, a verbal não tem effeito em Juizo, e só o tem a escripta, feita por termo judicial

com testemunhas; ou por instrumento público. Valasc. *ibidem* n. 50.

Se a herança se pôde acceitar sómente em parte, debaixo de condição, e por procurador.

§. 5. *Aditione autem, hoc est, verbis expressis potest quis hereditatem adquirere totam, vel pro parte, etc.* Estabelece o A. primeiramente, que o chamado á herança pôde adill-a sómente em parte, e repudia-a no resto, quando o faz expressamente, e antes de praticar algum acto, que o constitua na qualidade de herdeiro, salvo se isto lhe é prohibido por declaração do defuncto, pois que não ha lei, que lhe obste. Reforça-se ainda na nota com o fundamento de ser commummente a herança um beneficio, que por isso o herdeiro segundo sua vontade pôde acceitar no todo, ou em parte tão sómente. Concorda Gouvêa Pinto *Tractado de testam.* cap. 30., sendo ambos d'opinião que as LL. Romanas, prohibindo esta faculdade ao herdeiro, tomárão por fundamento a regra d'o testador não poder morrer intestado e testado ao mesmo tempo.

Lobão *Not.* a este §., o *Dig. Portug.* tom. 2. art. 981., e Domat liv. 1. tit. 3. sect. 4. art. 5. são concordes na opposta opinião. As LL. 1., 2. e 55. D. *de acquir. vel omitt. heredit.* negão absolutamente este poder ao herdeiro, e não invocão a regra *testati et intestati*: segundo nosso pensar, são outros e incontestaveis seus fundamentos. O herdeiro tem uma condição intrinseca e inherente á sua instituição, que o obriga, e vem a ser a da satisfacção indivisivel de todos os encargos, que oneravão os bens em vida do testador, além d'aquelles, que o mesmo lhe impõe expressamente no testamento. Daqui vem que a herança é indivisivel tambem, de sorte que o herdeiro deve acceital-a toda, ou repudia-a inteiramente, ao que se limita a sua liberdade. Se a herança é commummente um beneficio e liberalidade, não pôde o mesmo gozar d'ella, senão com as condições referidas, sem que lhe reste o direito de as alterar. E se a acha onerosa, pôde repudia-a, mas nunca

acceital-a em parte, e não no todo, ou com condições a seu arbitrio, pondo em risco os crédores e legatarios sem o seu consentimento, contra a intenção do defuncto ou da lei, quando defere a herança.

Vel procuratorem, speciali tamen mandato instructum. Concordamos com o A. em poder o chamado á herança acceital-a não só por si, mas por um procurador, meio, por que em nossa opinião póde tambem repudial-a, por quanto a regra 72. *de reg. jur. in 6.* — *Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum,* é adoptada entre nós, e não póde haver razão para que se não observe na adição e abstenção da herança.

Como porém a adição obriga o herdeiro a dividas, e a renúncia se não presume, pois que priva de direitos, concordamos igualmente em que a procuração geral para administração de negocios não basta, mas que deve o procurador ser munido de poderes especiaes *ad hoc*, ou para um ou outro destes actos.

Gestione autem pro herede universa hereditas acquiritur, et quidem pure, etc. Se o herdeiro se não declara expressamente, mas por actos acceita a herança, como, por exemplo, exigindo que os devedores desta lhe paguem, ou cultivando os campos da mesma, segue o Sr. Paschoal que a herança fica adida integral e puramente. Concordamos pelas já expostas razões de não ser dado em caso algum ao herdeiro acceitar a herança sómente em parte e *sub conditione*, pois quer seja adida expressa, quer tacitamente por actos, sempre é indivisivel em quanto á acceitação e repúdio, e tão sómente se divide quando partida, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 45., e liv. 3. tit. 80. §. 1.

Non potest tamen hereditas semel adita repudiari, etc. Ainda que o chamado á herança até ao momento d'acceital-a a possa repudiar, uma vez que expressa ou tacitamente a acceita, a qualidade d'herdeiro fica n'elle irrevogavel, constituindo-o em obrigação para com os crédores e legatarios; bem como se uma vez a repudia, contrahe obrigação de a deixar gozar pacificamente áquelle, para quem a mesma passa. L. 7. C. *de dolo.* Mas os

menores e mais pessoas, que gozão da restituição, podem reclamar tanto a herança repudiada, como renunciar a que aceitarão, §. 5. Instit. *de hered. qual. et diff.*, Ord. liv. 4. tit. 87. §. 3. O mesmo pôde fazer o maior de vinte e cinco annos, que procedeo constrangido: *Si metus causa adeat aliquis hereditatem: fiet, ut quia invitus heres existat, detur abstincendi facultas.* L. 85. D. *de acquir. vel omitt. heredit.*

O herdeiro porém, que distrahindo bens da herança, a repudia depois, em punição da má fé fica obrigado aos encargos, sem que lhe aproveite a renúncia: *Si quis suus se dicit retinere hereditatem noile, aliquid autem ex hereditate amoverit: abstincendi beneficium non habebit.* L. 71. §. 4. D. *cit. tit.* Mas se a distracção dos bens da herança é posterior, tem sómente os crédores contra elle acção de furto, pois que a renúncia procede por anterior. L. *cit.* §. ult.

Que pessoas não podem adir e renunciar a herança.

§. 6. *Furiosi, mente capti, infantes, minores, etc.* Como pela renúncia se perdem direitos, e pela adição se contraem obrigações, resulta que os menores, e outros equiparados a elles, não podem por si praticar um ou outro destes actos, sem que lhes assista o tutor ou curador auctorizado pelo Conselho de familia: *Pupillorum repudiatio delatae hereditatis, sine tutore auctore facta, nihil eis nocet.* L. 5. C. *de repud. vel abst. hered.*, *Noviss. Refórm. Jud.* art. 403. O mesmo procede na mulher casada sem auctorização do marido, ou do Juiz, se o marido lh'a nega; o qual sem o consentimento da mulher não pôde igualmente renunciar a herança, que consta de bens de raiz, pois que a renúncia de taes bens é alienação verdadeira, em razão do marido ter adquirido n'elles o dominio pela morte do defuncto. Alvará de 9 de Novembro de 1754.

Filius familias justae aetatis suo tantum arbitrio hereditatem sibi delatam adire potest, etc. Fecha o Sr. Paschoal este §., attribuindo ao filho maior o direito d'adir a herança por seu arbitrio, ainda que o pai lh'o

não consinta, caso, em que este fica privado do usufructo da mesma. E no *Dig. Portug.* tom. 2. art. 987. se dá ao filho de maior idade o direito d'adir a herança sem o consentimento do pai, mas não o de repudial-a sem este consentimento, em razão do prejuizo do usufructo paterno. Mas como o filho, que completa os vinte e cinco annos, fica *ipso jure* emancipado, *Noviss. Refórm. Jud.* art. 453., é consequente que nesta idade pôde sem o consentimento do pai não só adir, mas repudiar a herança, pois que, como *sui juris*, acabou o usufructo paterno em seus bens, cuja disposição lhe fica livre, cit. *Refórm.* art. 458.

Dos effeitos da adição ou acceitação da herança.

§. 7. *Heres defuncti personam sustinet, et in illius jus succedit*, etc. Resulta da adição da herança ser o defuncto representado pelo herdeiro, em quanto este fica com seus bens, direitos e obrigações, elementos da herança, e até mesmo com posse nesta, sem dependencia de apprehensão corporal, e com effeito retroactivo ao momento da morte do defuncto. Alvará de 9 de Novembro de 1754.

Tenetur ergo heres contractus a defuncto celebratos ratos habere. Fica pois, em virtude da acceitação da herança, o herdeiro obrigado aos contractos feitos pelo defuncto, e ás mais obrigações transmissiveis, a quo o mesmo estava sujeito; pois que a herança abrange em regra, como vimos, todo o activo e passivo do defuncto.

Ha porém obrigações intransmissiveis, como é a que provém do contracto de sociedade ou parceria, em attenção ás qualidades pessoaes restrictas aos pactuantes, a que os mesmos attenderão. *Ord.* liv. 4. tit. 45. §. *in ic.* Tambem as obrigações puramente criminaes são estranhas á transmissão.

Eisdem juribus, quae quidem transmitti possunt, etc. Por isso que não só o passivo, ou as obrigações do defuncto constituem a herança, mas tambem o seu activo, seus direitos transmissiveis são do herdeiro. *Ord.* liv. 3. tit. 11. §. 2., tit. 38. §. 6., e tit. 59. §. 12.

Mas existem direitos intransmissíveis como o A. adverte finalmente, e tal é além d'outros, o de rescindir a doação por causa d'ingratidão, Ord. liv. 4. tit. 63. §. 9., assim como o d'o crédor demandar o devedor por assignação de dez dias, quando a divida se prova por escriptura pública, pois não passa ao herdeiro, a quem sómente cabe o processo ordinario. Ord. liv. 3. tit. 25. §. 10.

Se o herdeiro pela adição se obriga além das forças da herança.

§. 8. *Qui semel adiit hereditatem, jure Romano in solidum a creditoribus conveniri potest, etc.* Pois que o herdeiro succede não só nos direitos, mas nas obrigações transmissíveis do defuncto, será elle obrigado á satisfação d'estas por seus bens além das forças da herança? Reconhece o Sr. Paschoal primeiramente, que por Direito Romano os crédores podião demandar *in solidum*, ou na totalidade o herdeiro, ainda que as dividas excedessem os bens deixados pelo defuncto, em razão da obrigação manifesta correlativa n'aquelle, ou mais que manifesta, como se explica a L. 8. *pr. D. de adquir. vel omitt. heredit.*, concordante a L. 10. *C. de jur. delib.*, até mesmo no caso da pobreza do defuncto, ou do espolio feito ao herdeiro por violencia de terceiro nos bens deixados: *Si te bonis paternis major quinque et viginti annis immiscuisti: neque inopia patris te excusat, neque vis fratris portionem tuam, vel testamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui jure civili pro hereditaria portione te conveniunt, potest.*

Hoc autem jus, cum legibus nostris nullo modo adprobatum inveniat, etc. Ainda que seja terminante e expressa a disposição das LL. Romanas examinadas, segue aqui o A. em contrario, que entre nós o herdeiro pela adição não se obriga, nem pôde ser demandado além das forças da herança: 1.º porque as nossas LL. não adoptarão aquellas; 2.º porque a sentença das mesmas tem fundamento na representação do defuncto

pelo herdeiro, que faz ser este a mesma pessoa com aquelle no que se dá subtiliza o superstição dos Romanos.

Wisigothi non patiebantur heredes onerari ultra vires hereditatis, etc. Corrobora o A. na nota a sua opinião com a legislação do Código Wisigothico, pela qual o herdeiro não era obrigado além das forças da herança, ou pelos proprios bens; com praticar-se o mesmo na Saxonia e outros povos da Germania; com a propria legislação dos Romanos, que não obrigava os soldados nos seus bens, ainda que não reservassem o beneficio d'inventario, o que se ampliava ao fisco occupando heranças vagas; e finalmente com o Direito Natural, que não approva a obrigação de pagar o herdeiro as dividas do defuncto, quando excedentes aos bens deixados.

Esta doutrina porém não foi seguida no fôro, nem os argumentos produzidos nos parecem sustental-a: 1.º porque, se nossas leis não obrigavão expressamente o herdeiro além das forças ou bens da herança, tambem o não desobrigavão; e como as Romanas nos casos omisso nos são subsidiarias, estava n'esta razão a L. 10. C. *de jur. delib.*, o que a fez accetar geralmente na nossa praxe: 2.º porque a representação do defuncto pelo herdeiro não consiste em ambos se considerarem o mesmo ente ou pessoa, mas sim em este ser o successor universal nos direitos e obrigações transmissiveis d'aquelle, e por consequencia nas dividas: 3.º porque as leis dos Wisigodos e Germanos não nos são subsidiarias, como as Romanas, que não obrigando os soldados além dos bens da herança, lhes concedião um privilegio pela razão especiosa, inadmissivel entre nós, referida na L. 22. *pr. C. de jur. delib.* — *Arma etenim magis, quam jura, milites scire sacratissimus legislator existimavit*: 4. finalmente porque o Direito Natural não condemna, que um voluntariamente se responsabilize por obrigações civeis, que outro tem contrahido; e é o que faz o herdeiros accetando a herança sem reserva do beneficio d'inventario, pois que por este modo tacitamente contrahe com os crédores e legatarios a obri-

gação do pagamento, ainda pelos bens próprios, que podia conservar desobrigados, e cuja sujeição por isso deve imputar a si mesmo.

Beneficio d'inventario.

§. 9. *Beneficium inventarii, quale Justinianus primus adinvenit, etc.* Dissertação os commentadores *beneficio d'inventario* o direito do chamado á herança a adir, sem se obrigar aos encargos além do valor dos bens do defuncto, com tanto que destes faça inventario dentro do tempo determinado na lei, e que reserve este mesmo beneficio antes de praticar acto algum, que o constitua herdeiro. Segundo o Direito Romano já exposto, o successor depois da adição da herança não podia arrepender-se, e ficava obrigado aos encargos todos desta. Se ella apparecia onerosa, ou pelo menos não lucrativa, os menores de vinte e cinco annos são restituídos pelos Pretores, o que se não concedia aos maiores. Com tudo depois d'um exemplo dado por Hadriano, os Imperadores por rescripto individual, e em razão de motivos particulares algumas restituções concedêrão. Gordiano posteriormente generalizou este favor aos soldados, o que Justiniano transformou em direito commum para beneficio de todos os que expressamente declarassem aceitar a successão por inventario dos bens da mesma, §. 5. *Instit. de hered. qualit.*

São effeitos principaes d'este inventario: 1.º não ser o herdeiro obrigado a divida ou encargo algum da herança além do valor dos bens d'ella; 2.º não se confundirem os direitos do defuncto com os do herdeiro o que faz conservar este suas acções contra a herança e reciprocamente; 3. ficar salvo ao herdeiro o direito de ser indemnizado das despezas do funeral e inventario, bem como de todas as outras necessarias, devendo pagar aos crédores pelas forças da herança e pela ordem, por que os mesmos se lhe appresentão, salvo aos ultimos, quando não encontrão bens, o recurso contra os primeiros já pagos; se lhes deverem preferir. *L. ult. C. de jur. delib.*

Mas se ha crédores e legatarios, e os bens deixados não chegão, preferem aquelles a estes, pois que os legados não se devem senão depois de pagas as dividas, em razão de preferir o interesse de não perder ao de lucrar. L. 41. §. 1. D. *de reg. jur.*

O herdeiro beneficiario, em virtude da adição, fica administrador da herança, com obrigação de satisfazer os encargos até á concorrencia dos bens da mesma: logo não pôde desobrigar-se, abandonando-os aos interessados, sem que estes lh'o consintão. Com tudo segundo o *Cod. Civ.* de França art. 802. §. 2. o herdeiro beneficiario desobriga-se a si mesmo dos encargos, abandonando todos os bens da successão aos crédores e legatarios.

Vista a origem e effeitos do beneficio d'inventario, diz o Sr. Paschoal, que as nossas leis e costumes em nenhum tempo o recebêrão, — *nunquam fuit apud nos legibus, vel moribus receptum.* É certo que as nossas leis não recebêrão expressamente o beneficio d'inventario, que já vimos adoptado no *Cod. Civ.* de França: mas foi elle recebido na nossa praxe; e tanto, que na nota a este §. o mesmo A. recommenda ao herdeiro o reserve na adição: — *Haec cautela necessaria est, nam doctrina juris Romani in foro dominatur.* E continúa na mesma com o que dizem os Praxistas sobre as solemnidades do inventario; para este beneficio se dar; das quaes se não occuparião, se o uso o não tivesse recebido como justa garantia dos interessados contra as subtracções dos bens da herança. Esta nossa praxe porém acha-se hoje convertida em lei escripta na *Noviss. Reform. Jud.* art. 407., dispondo que se não pôde aproveitar o herdeiro do beneficio d'inventario, se o não reserva expressamente por termo antes de se proceder á determinação de partilha. Está assim fóra de questão, que o herdeiro entre nós, acceitando a herança puramente, é obrigado aos encargos até mesmo pelos bens proprios.

Conclue o A. a nota a este §., advertindo que a *L. ult. C. de jur. delib.*, e *Novell. 1. cap. 2. §§. 1. e 2.* mandão citar todos os interessados para verem descrever os bens n'este inventario; mas que entre nós não é uso

citar-se para elle pessoa alguma, nem mesmo os crédores e legatários, a quem fica salvo o direito para o arguirem de doloso. Valasc. *Cons.* 52. n. 22., Guerreir. *Tr.* 1. liv. 1. cap. 6. n. 25. Com tudo o *Cod. do Process. Civ.* de França art. 942. adoptou a citação de todos os interessados residentes em distancia de 5 *myriametros* (10 leguas), e os mais distantes são representados por um notario, que o presidente do tribunal de primeira instancia nomeia.

Tambem este inventario deve conter a relação exacta de todos os bens da herança, segundo a cit. L. ult. C. *de jur. delib.*; d'outra sorte não satisfaria ao fim, para que a mesma o exige. Donde naturalmente se conclue, que provando-se haver o herdeiro souegado ou feito subtracções importantes, não lhe aproveita o beneficio, devendo pagar indistinctamente todas as dividas do defuncto, como se acceitasse puramente a successão; raciocinio, que expressamente adopta o *Cod. Civ.* de França art. 801. Todavia Lobão *Diss.* 4. no *Suppl. às Acc. sum.*, expondo diversas opiniões, entrega a decisão neste caso ao prudente arbitrio do Juiz.

Finalmente o herdeiro beneficiario deve dar principio ao inventario dentro em trinta dias, decorridos desde a sua posse effectiva na herança, e concluiu-o em sessenta mais, sendo possivel; caso, em que procede contra elle a presumpção de doloso, demorando-o além do prazo referido. Cit. L. *fin.* §. 2. e 3. C. *de jur. delib.*, Valasc. *Cons.* 52. n. 5.

Direito de deliberar.

§. 10. *Quo tempore adeunda hereditas, jure nostro definitum non est.* Já vimos que a propriedade e posse dos bens do defuncto se transmitem por sua morte ao herdeiro testamentario ou legitimo, sem que seja necessario acto seu ou manifestação de vontade; mas que esta, expressa ou tacita, é necessaria para elle se obrigar com os crédores e legatários, antes do que, sua obrigação se acha inteiramente indecisa. Mas como a satisfação dos mesmos é encargo da herança, resul-

ta-lhes direito para obrigar o herdeiro a declarar sua intenção; o que, por importante nos effeitos, fez entre os Romanos conferir-lhe o poder de deliberar, tendo um anno para isso, quando concedido pelo Principe, e nove mezes, sendo obtido do Magistrado. L. 22. §. 13. *in fin. C. de jur. delib.*

Uma ordenança do mez d'Abril de 1667 deu ao herdeiro tres mezes para fazer inventario, e quarenta dias mais para deliberar; o que o *Cod. Civ.* de França conservou art. 795, podendo o ultimo prazo ser prorogado segundo as circumstancias, art. 798.

As nossas Leis porém, como o A. observa, não determinarão o tempo para o mesmo se decidir na acceitação ou abstenção da herança: mas tendo a praxe, segundo vimos, admittido o beneficio d'inventario, que lhe salva perfeitamente os bens proprios, e faz algum tanto superfluo o direito de deliberar, admittio tambem assignar o Juiz ao herdeiro, a requerimento dos interessados, apenas oito, e quando muito dez dias para decidir-se, sob comminação de se haver a herança por acceita ou repudiada, segundo convier aos requerentes. Valasc. *Consult.* 96. desde n.º 7., e *de partit.* cap. 7. n.º 33. Donde resulta que não instancio os crédores, legatarios e substituidos, póde o herdeiro á sua vontade adir a herança, e havel-a do possuidor no decurso de 30 annos depois da morte do defuncto, findos os quaes prescreve o seu direito. L. 7. C. *de petit. hered.*, Struv. *Exercit.* 33. *thes.* 52. *in fin.*, concordante o *Cod. Civ.* de França art. 789.

Tambem se nos dias, que lhe são dados para se declarar, o herdeiro faz termo d'abstenção, e por inventario entrega os bens em pagamento aos crédores e legatarios, desobriga-se dos encargos. *Digest. Portug.* tom. 2. art. 995. Entendemos porém que esta dação em pagamento impropriamente se diz abstenção, na idéa de que não encerra renúncia dos bens em mais da concorrência das dividas, equiparada neste effeito á adição beneficiaria. Mas se faz termo d'abstenção propriamente dita ou absoluta, e não ha outro algum herdeiro, que acceite a herança, deve o respectivo Juiz fazer vender

os bens em leilão, e remetter ao depósito público o producto, com declaração dos encargos. *Noviss. Reform. Jud.* art. 409.

Outras pessoas, que devem fazer inventario.

§. 11. *Inventarium conficere tenentur*, etc. Como não só o herdeiro beneficiario deve fazer inventario, mas estão nesta razão outras pessoas, em que se não dá a qualidade d'herdeiro, o A. em seguimento da mesma idêa refere quaes ellas são, estabelecendo primeiramente como regra, que devem fazer inventario todos os que administrão cousas d'outro ou alheias, — *quicumque res alienas administrant*; pois que são estes obrigados a dar contas, ás quaes o mesmo serve de fundamento, livrando-lhes da confusão e responsabilidade os bens proprios.

Maritus quoque, vel uxor, etc. Entende aqui comprehendido na regra posta o conjuge cabeça de casal, ainda quando o predefuncto o não institue herdeiro: *quamvis a defuncto conjuge non sit institutus*. Com tudo a Ord. liv. 4. tit. 95., com que o A. quer provar esta doutrina, não a sustenta, antes a Ord. do mesmo liv. tit. 96., constituindo o cabeça de casal na obrigação de dar partilhas, confere acção a cada um dos coherdeiros para pedil-as, principiando por aquelle, e todos estes deverem dar debaixo do juramento ao inventario os bens, que em si tiverem, da herança. Além disto podem os mesmos, como lhes concede o §. 18. *cod.*, fazer partilhas amigaveis, ou sem assistencia de Justiça, prescindindo assim da descripção judicial, ou inventario dos bens. Logo não se dá no cabeça de casal a obrigação, que o A. lhe attribue; dondê nasce não lhe impor a lei, por esta causa, pena alguma.

Minoribus extantibus, si intra duos menses non fecerit, etc. Quando porém ha descendentes menores, o cabeça de casal conjuge sobrevivivo, não tendo procedido a elle o Juiz dos Orfãos, hoje o Ordinario ou o de Direito do lugar do domicilio do defuncto, deve fazer inventario dentro de dous mezes contados da morte

deste; alias, sendo o pai ou o avô, não succede aos filhos e netos, que morrem, perdendo o pai também o usufructo nos bens d'aquelles, que estão sob seu poder; e se é a mãe ou avó quem sobrevive, além de lhes não succeder, perde a tutela em quanto a elles, como determina a Ord. liv. 1. tit. 88. §. 8., e já em outra parte notámos. Cabe porém accrescentar, que nenhuma das referidas penas procede, senão depois do réo convencido de culpa ou dolo na falta do inventario, e em virtude de sentença, o que sabia e justamente declarou o Ass. de 20 de Julho de 1780.

Judici orphanorum ex officio injunctum, etc. Também vimos em outra parte, que o Juiz dos Orfãos ficando menores ao defuncto, era obrigado a proceder *ex officio* a inventario dentro d'um mez ou trinta dias, na fórma da cit. Ord. §. 4.; o que hoje cabe ao Juiz Ordinario ou de Direito, principiando-o em Conselho de familia; e igualmente tem logar, se os herdeiros e proprietarios estão ausentes, são furiosos ou mentecaptos. Ord. liv. 1. tit. 79. §. 13., e tit. 78. §. 7. *Noviss. Refórm. Jud.* art. 404.

Describenda mobilia et immobilia et nomina debitorum, etc. No inventario de menores, bem como no de maiores, devem ser descriptos e determinados por signaes e confrontações todos os bens, assim como as dividas activas e passivas da herança; mas nenhum prejuizo pôde causar aos crédores, como nos parece haver em outro logar notado, a falta de descripção das passivas. *Digest. Portug.* tom. 2. art. 1019. Na mesma razão consideramos a descripção das cousas, como proprias da herança, quando se vem depois a provar serem alheias.

O cabeça de casal, que sonega ou encobre qualquer coisa da herança, ou a não dá á descripção contra o prestado juramento, além da pena de perjuro, perde todo o direito aos objectos sonegados, e o duplo do seu valor em proveito dos menores, Ord. liv. 1. tit. 88. §. 9. As mesmas penas tem logar contra o cabeça de casal, que assim procede no inventario de maiores, segundo o pensar do A. com Valasc. *de partit.* cap. 8. nn. 39. até

até 42., e Gam. *decis.* 122. Lobão com tudo *Notas* a este §. n.º 3. lh'as não entende extensivas, fortificando-se com os Praxistas em contrario, e nomeadamente com Guerr. *de invent.* Tract. 1. liv. 1. n.º 139.

Cumpra porém advertir em favor da exactidão, que Guerr. não dá a doutrina absoluta como Lobão, mas variando-a segundo os casos: 1.º se a sonegação no inventario de maiores é feita pelo cabeça de casal, reunindo a qualidade d'herdeiro, procede a pena do duplo; 2.º se o cabeça de casal não tem a qualidade d'herdeiro, mas tão somente a de possuidor, a pena do duplo não procede; 3.º finalmente no inventario de menores o cabeça de casal, quer herdeiro, quer simples possuidor, incorre pela sonegação no perdimento do duplo; pena esta, assim como a de perjuro, que não procede *ipso jure*, mas *ex vi* de sentença condemnatória, cit. Guerr. n.º 141., sem que prescrevão jámais em favor do cabeça de casal, por que lhe obsta a má fé. O mesmo Guerr. *ibi* n.º 142.

Episcopo defuncto, inventarium conficit Praeses Provinciae, etc. Como antigamente o espolio deixado pelo Bispo não pertencia aos herdeiros, mas á Igreja, foi constante praxe entre nós, para se evitarem furtos e extravios; proceder-se n'elle a inventario, assistindo o Corregedor da Comarca; mas como hoje os Bispos tem congrua, e em nossa opinião lhes succedem por testamento e *ab intestato* os herdeiros, entendemos que o inventario dos Bispos entra nas regras geraes.

Illud autem certum est, heredes neque agere, neque conveniri posse intra tempus inventarii conficiendi. Conclue o A. com Valasc., que pendente o tempo do inventario, os herdeiros não podem accionar, nem ser accionados: ao que Lobão tambem se oppõe, asseverando que o cabeça de casal póde intentar quaesquer acções, que o herdeiro póde ser accionado pelas despesas e legados com relação ao bem d'alma do defuncto, e do mesmo modo quando não é demandado como tal ou como herdeiro, mas por acção real e hypothecaria na razão de qualquer possuidor.

Prescindindo das diversas e oppostas doutrinas á
Part. II.

cerca da antiga praxe, é nossa opinião que o cabeça de casal, como tal ou tão sómente por si, não pôde actualmente intentar acção alguma. Por quanto; ainda que seja pai ou avô e revestido da tutela, para intentar qualquer acção, depende de ser auctorizado pelo Conselho de familia, *Noviss. Refórm. Jud.* art. 403.; o que não pôde ser, senão em virtude d'o Conselho supprir a auctorização dos menores: logo se ha maiores, devem elles auctorizar o cabeça de casal. Mas se este auctorizado pôde em qualquer tempo demandar, reciprocamente em qualquer tempo podem ser demandados tanto elle, como os herdeiros. As questões porém relativas ao direito de succeder, e as que exigem alta indagação, não se tractão com o inventario, mas sim em juízo contencioso. *Noviss. Refórm. Jud.* art. 421.

Ao fechar este §., occorre-nos que se acha na razão do não herdeiro obrigado a inventario o negociante, que se declara quebrado; pois que o *balanço geral do seu activo e passivo*, a que o obriga o art. 1125. do Cod. Comm., é essencialmente um inventario, que acompanha a declaração, que faz, da quebra.

A herança deferida, mas não adida, transmittê-se.

§. 12. *Heredes omnes, etiam extranei, etc.* Era regra geral de Direito Civil Romano, não se transmittir a herança não adida, mas sim aquella, em que já se dava a posse real e effectiva do herdeiro: *Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur: exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur.* L. un. §. 5. *in fin.* C. de *caduc. toll.*, Domat. liv. 3. *des testaments* tit. 1. sect. 10. no prefacio.

Os legatarios porém, como Domat no mesmo logar observa, tinham vantagem maior, pois que a morte do testador dava perfeição ao seu direito, se o legado era puro; ainda que, se este era condicional, aquelle ficava

incerto e dependente da realização da condição. Desta sorte, se o legatario puro e simples morria depois do testador, aquelle, ainda que ignorante do seu direito, transmittia-o aos herdeiros; e morrendo antes da condição, como nada tinha adquirido, nada lhes transmittia a tal respeito: o que era do mesmo modo, se morria antes do testador, caducando n'estes dous casos o legado; quando o herdeiro morrendo depois d'aquelle, mas antes da adição, tornava tambem caduca a instituição ou o testamento, e seu auctor intestado.

Mas entre nós e em outras mais nações acontece nos herdeiros o mesmo, que nos legatarios entre os Romanos; pois que pela disposição do Alvará de 9 de Novembro de 1754, ou o herdeiro seja necessario, ou voluntario e estranho, ou testamentario, ou legitimo, a sua condição é a mesma: todos elles no momento da morte do defuncto, a quem succedem, sem facto seu nem declaração de vontade acquirem a propriedade da herança, ainda que ignorem o seu direito a ella.

Por tanto qualquer herdeiro, morrendo depois d'aherta a successão, ou depois de deferida, e ainda antes d'acceital-a, a transmitta a seus herdeiros, com tanto que a não tenha repudiado; de sorte que, se elle não é o unico instituido, a porção, que lhe compete, não accresce aos mais, que o defuncto instituiu, mas aos que elle mesmo institue, ou que lhe succedem *ab intestato*, se morre sem testamento: o que adoptou do mesmo modo o *Cod. Civ. de França* art. 781.: « *Lorsque celui à qui une succession est échue, est décédé sans l'avoir répudié, ou sans l'avoir acceptée expressement ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef*; simplificada e livre assim a jurisprudencia das diversas disposições das LL. Romanas á cerca da herança não adida, em razão da diversidade do fundamento, por que era deferida.

Se morrendo o herdeiro antes da condição, transmittê a esperança.

§. 13. *Mortuo etiam herede post mortem testatoris, pendente conditione,* etc. Depois de vermos que o herdeiro puramente instituído, morrendo depois do testador sem que tenha adido a herança, a transmittê, estabelece o Sr. Paschoal neste §., que se o herdeiro instituído condicionalmente morre depois do testador, mas pendente a condição ou sem ella se realizar, transmittê aos herdeiros necessarios, *ad liberos quoscumque*, não a herança, pois que antes da condição se não achã aberta ou deferida, mas o direito hereditario, ou a esperança, que o herdeiro tinha, de succeder, ou de lhe ser a mesma devida, verificada a condição; esperança que nos contractos as LL. Romanas dizião — *spes debitum iri*, transmittindo-a do defuncto a seus herdeiros, a quem aproveitava, logo que fosse realizada a condição. L. 57. D. *de verb. obligat.*, §. 4. *Instit. eod.*

Reconhece o A. que a transmissão para os herdeiros, da esperança do instituído condicionalmente se não dava entre os Romanos, cujas Leis dão por caduco o testamento, quando o herdeiro morre posteriormente ao testador, mas antes de realizada a condição; e taes são as LL. 4. e 5. §. 2. D. *Quand. dies legat. vel fideic. cedat*, convertendo a primeira em puro o legado, quando a condição se realizou em vida do testador; o que assim não é pela segunda, se o legatario morre depois d'elle, mas antes da condição, ainda que esta seja potestativa: *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta: nequidem, si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.* Na mesma razão do legado se achã a instituição condicional do herdeiro; e ambas estas disposições são expressamente comprehendidas na generalidade da L. unic. §. 7. C. *de caduc. toll.*: *Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta: quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: expectari oportet conditionis eventum, sub*

qua fuerit derelictum , vel diem : ut tunc cedat , cum vel conditio impleatur , vel dies incertus extiterit , etc.

Na nota discorre o A. essencialmente deste modo, A razão de maior pêsso, que se allega em apoio da differença referida, determinada nas LL. Romanas, ou para o direito eventual se transmittir nos contractos condicionaes aos herdeiros, e não nas disposições *mortis causa*, está em os pactuantes não convencionarem unicamente para seu bem, mas para o de seus filhos e descendentes, cujos interesses procurão e tem em vista, de modo que estes como que são representados por aquelles nos contractos, que celebrão. Mas esta consideração nas disposições *mortis causa* não existe no testador com transcendencia aos descendentes, que muitas vezes nem conhece: elle attende unicamente ao merito pessoal do herdeiro e legatario, que preferio; logo se este morre antes da condição, extingue-se a pessoa unicamente attendida, cessando todo o fundamento para se presumir, que a vontade do testador fosse aproveitar a condição aos herdeiros do herdeiro.

Mas repõe o Sr. Paschoal: de que o merito do herdeiro ou legatario promovesse ou determinasse a vontade do testador, não se colhe que este quizesse excluir seus descendentes; ao contrario, pois que a instituição e legado são disposições perpetuas, se infere querer o testador, mediante o merito d'aquelle, não só favorecer o, mas tambem a seus herdeiros e successores; alias lhe deixaria tão sómente o usufructo temporario. O que faz que os descendentes succedão na esperança do instituido, aproveitando-lhes a condição realizada quando este já é morto.

No *Digest. Portug.* tom. 3. art. 188. vemos seguida a generalidade das LL. Romanas, dando por caduco não só o testamento, se o herdeiro morre antes do testador, mas se morre depois deste, antes de se verificar a condição.

Nós porém em tal opposição de doutrinas, tomando por principio que a razão e a justiça neste assumpto mandão respeitar ou dar effeito á vontade do testador, achamos bom o meio termo adoptado no *Cod. Civ. de*

França art. 1040, e 1041.: « Toda a disposição testamentaria feita debaixo de condição dependente d'um acontecimento incerto, e tal, que na intenção do testador esta disposição não deva ser executada, senão realizado, ou não, o acontecimento, será caduca, se o herdeiro instituído ou o legatario morre antes de realizada a condição.

Mas se esta na intenção do testador é tão sómente suspensiva da execução, não impede o herdeiro instituído ou o legatario de ter um direito adquirido, e transmissivel a seus herdeiros. »

Da execução dos testamentos.

§, 14. *Testamenta exsequi tenentur executores eisdem designati*, etc. A execução do testamento em si e naturalmente é um dos deveres dos herdeiros instituídos, que os onerão, e são compensados pelos bens, que lhes cabem na herança; ficando aos legatarios e crédores salvo o direito de fiscalizar a execução n'aquillo, que lhes respeita. Mas como muitas vezes ha disposições, cujo effeito é unicamente entregue á boa fé dos herdeiros, e muitos herdeiros tambem as não cumprem, é livre aos testadores encarregar outros da execução de suas disposições, os quaes por isso se dizem executores testamentarios, e nós communmente chamamos *testamenteiros*. Não achamos estabellecida em regra nas LL. Romanas a faculdade d'os testadores entregarem a execução dos testamentos a pessoas diversas dos herdeiros, sendo com tudo indubitavel que a tiverão em casos especiaes; como na execução do legado, L. 17. D. *de legat. 2.*, onde o testamenteiro se diz que figura — *dumtaxat ut ministrum*, e na disposição relativa á redempção dos captivos. L. 28. §. 1. C. *de episcop. et cler.*

Em França os costumes tinham em algumas provincias concedido em regra esta faculdade aos testadores; porém o *Cod. Civ.* art. 1025. a converteo em providencia geral, podendo ser um ou muitos os executores nomeados pelo defuncto. Entre nós sempre os testadores tiverão este direito; mas se o nomeado no testamen-

to se recusa ou não aceita, cabe a execução ao herdeiro testamentario principal, *Guerr. de invent. Tract.* 1. liv. 4. cap. 6. n.º 76., que, por isso que nisto cumpre uma obrigação inherente á sua qualidade, se diz testamentario legitimo. Mas se entre os herdeiros, e outros contemplados com bens da herança, não apparece quem seja proprio ou apto para a execução do testamento, o Juiz d'ella nomeia pessoa idonea, que se diz testamentario dativo. *Guerr. ibi* n.º 124. Os Bispos e Provedores das Comarcas antigamente tiveram auctoridade nos testamentarios, como o A. adverte na parte final do §., e nós adiante mostraremos.

Providencias á cerca dos testamentarios.

§. 15. *Executores intra tempus definitum tenentur exsequi testamentum*, etc. Estabelece o Sr. Paschoal n'este §. differentes theses relativas aos testamentarios em todas as especies. É a 1.ª, que o testamentario deve concluir a execução do testamento no tempo determinado pelo testador, o que é expresso na *Ord.* liv. 1. tit. 62. §. 1. Se porém se não acha determinado, deve cumpri-lo dentro do anno legal, isto é, dentro d'um anno e mais um mez desde a morte do defuncto; disposições, que procedem, não havendo pleito sobre os bens da herança, ou que tenha objecto na validade do testamento; pois que n'este caso não corre o tempo contra o testamentario, senão desde o dia, em que passou em julgado a sentença, que termina o litigio. *Cit. Ord.* §. 2.

Ha porém obrigações que precedem as outras todas: taes são cuidar o testamentario no enterro e funeral do defuncto, *L.* 12. §. 4. *D. de relig. et sumpt. fun.*; e fazer copiar no livro proprio para este fim o testamento dentro em sessenta dias proximas á morte do testador, *Lei de 15 de Janeiro de 1692.* §. 2. Para se fazer esta cópia, e tambem para exame das nullidades possiveis no testamento, quem o tiver em seu poder, pôde ser obrigado a exhibi-lo por qualquer interessada. *L.* 1. §. 3. *D. de tab. exhib.*

Et ad rationes reddendas, etc. 2.^a these. Deve o testamenteiro dar contas da receita e despesa, ainda que d'ellas fosse dispensado pelo testador, e que este prohiba no testamento o tomar-lhas, cit. Ord. §. inic.; providencia, que se dirige a evitar, que a nimia confiança do defuncto sirva ao testamenteiro d'ocasião para fraudes. Mas não pôde ser constrangido a dal-as em Juizo, que não seja o do seu proprio domicilio, cit. Ord. §. 4.; pois que, se fosse d'outra sorte, dos bons officios, que presta, lhe resultarião despesas e incommodos, no que se daria injustiça. As despesas de pouca monta não requerem ser provadas por meio de recibos; basta o juramento do testamenteiro, cit. Ord. §. 21.: estão n'esta razão aquellas, que o testador lhe encarregou em segredo; e não deve declarar as pessoas, a quem forão applicadas. Cit. Gerr. n.º 311.

Et ad inventarium similiter, etc. 3.^a these. Não pôde o testamenteiro tomar entrega de quaesquer bens da herança, ainda que sejam moveis, senão por inventario feito por tabellião e mandado judicial, do que o testador igualmente o não pôde dispensar, cit. Ord. §. 19. Lobão porém, *Notas* a este §. n. 4., impugna a necessidade d'este inventario; quando a Ord. é expressa, e nella se dá a mesma razão, que o legislador teve em vista para no §. *inic.* não permitir ao testador o dispensar das contas ao testamenteiro. O referido Jurisconsulto sustenta-se com Guerr. log. cit. n.º 27.; mas que diz ali Guerreiro? *Limitatur primo in exsecutoribus ad certam rem, qui inventarium facere non tenentur*: isto é, que o testamenteiro nomeado para a execução de cousa certa e determinada não é obrigado ao inventario, doutrina muito verdadeira, pois que a descripção ou inventario está na mesma nomeação, que declara a cousa certa, o que não acontece, tomando entrega de bens, que não são especialmente declarados pelo testador. A Ord., e Guerr. invocado por Lobão, o refutão em nosso modo de ver.

Non sunt tamen praeccise cogendi ad executionem testamenti, etc. 4.^a these. O testamenteiro não pôde ser obrigado a aceitar; por quanto é a testamentaria um

officio imperfecto, que traz com siigo incommodos e responsabilidades ao nomeado: assim depende d'elle unicamente accital-o, mas se expressamente o aceita, ou tacitamente principiando a exercer actos proprios, ou accitando o legado, que para este fim lhe foi deixado, póde ser constrangido a proceder na execução. Guerr. cit. n.º 34. e segg. Na razão do testamenteiro nomeado pelo defuncto não se achão os herdeiros instituidos, nem os legatarios, quando a herança foi dividida em legados, pois que por sua especial qualidade, como já dissemos, são executores necessarios das disposições do testador, quando não nomeou outra pessoa, ou esta não accitou; doutrina, que é tambem a do A. na parte final deste §.: *Non datis testamentariis exsecutoribus, vel eisdem se excusantibus, vel ob negligentiam, culpamve ab executione testamenti remotis, heredes scripti legitimi veluti exsecutores sunt, quia testamentum exsequi omnino tenentur, etc.*

In eo exsequendo culpa, dolove moram facientes tamquam suspecti remouentur, etc. 5.ª these. Se o testamenteiro por fraude ou negligencia não cumprir dentro do tempo determinado ou legal o testamento, póde o Juiz da execução removê-lo, e impôr-lhe o perdimento do prémio, que lhe deixou o defuncto, applicando-o á redempção dos captivos, cit. Ord. §. 12.; o que se entende por sentença sobre processo, em que o réo seja ouvido e convencido.

A lege nullum praemium eisdem adsignatum est, etc. 6.ª these finalmente. O officio de testamenteiro é gracioso; provém da amizade entre o testador e o nomeado, e por isso é que a lei não estabelece prémio, que este lucre por seu trabalho. Mas como tambem é um officio imperfecto, e aquelle, que o aceita, tem incommodos e distracções dos seus proprios interesses, nada mais justo do que, requerendo-a, determinar-lhe o Juiz indemnização em proporção com as forças da herança, diligencia do individuo, e costumes do lugar, o que não lhe tira o direito para haver o pagamento das despesas da execução, que cumprir, pois tem outro fundamento. Entendemos porém que o prémio, de que

fallamos, cabe ao testamenteiro testamentario e dativo, e não ao legitimo.

Resta nos advertir, que se o testamenteiro não tem pelo testamento faculdade de vender bens, nem dinheiro em sua mão para cumprir as disposições do defuncto, tem recurso ao Juiz para obrigar o herdeiro a entregar-lhe a quantia necessaria, assim como tem poder para nomear á penhora bens da herança, se os legatarios e crédores o demandão. Lobão *Notas* a este §. n.º 2., *Moraes de exec.* liv. 6. cap. 7. n.º 72. E se tem aquella faculdade (a de vender bens da herança), para usar d'ella precisa ainda do consentimento do herdeiro, quando o testador o não dispensou d'elle expressamente, cit. *Guerr.* n.º 141.; sem que em nenhum caso seja permittido ao testamenteiro comprar taes bens por si ou por pessoa interposta, quer o faça para elle mesmo, quer para outrem, ainda que se vendão em leilão ou hasta pública, cit. *Ord.* §. 7.

Dos Bispos e Provedores em quanto á execução dos testamentos.

§. 16. Termina o Sr. Paschoal este Titulo, dizendo-nos, que pela *Ord.* cit. ha entre o Bispo da Diocese e o Provedor da Comarca o direito de *prevenção* sobre a execução dos testamentos; isto é, que o primeiro dos dous, que manda intimar o testamenteiro para dar contas, e mostrar haver satisfeito a vontade do defuncto, é o que disso conhece. Cabe porém acrescentar, que resultando desta jurisprudencia conflictos entre os escrivães Ecclesiasticos e os dos Provedores, uns e outros assentárão entre si por concordata, confirmada pelo Alvará de 8 de Novembro de 1622, que houvesse alternativa nos testamentos, pertencendo ao Juizo secular os dos mortos em Fevereiro, Abril, Junho, Agosto, Outubro e Dezembro, e ao Ecclesiastico os dos fallecidos em Janeiro, Março, Maio, Julho, Setembro e Novembro. Mas hoje que os Provedores das Comarcas forão extinctos, e que o Juizo Ecclesiastico está restricto ao poder espiritual, que lhe

é próprio, a fiscalização sobre o cumprimento dos testamentos cabe aos interessados nas disposições do defuncto: e ao Administrador do Concelho cumpre instar pela satisfação dos legados pios, tomando em quanto a elles contas aos testamenteiros, *Cod. Adm.* art. 248. n.º 2.; devendo as questões, suscitadas a tal respeito, ser remettidas ao poder judicial. *Portar.* de 22 de Maio de 1840.

TITULO VII.

Dos Legados e Fideicommissos.

Razão d'ordem, auctoridade das LL. Romanas em quanto a estas disposições, e natureza das mesmas.

§. 1. OS legados e fideicommissos são disposições *mortis causa*, que, como taes, se fazem em testamento ou codicillo. Tem por isso aqui justa collocação como seguimento e continuação de materias, que preodem ou ligão com estes actos, de que proxima e antecedentemente fallámos. Mas poucas são as nossas Leis sobre legados e fideicommissos, como o mesmo A. adverte, — *paucas nos de legatis et fideicommissis scriptas leges habemus*, quando as Romanas se occupão d'uns e outros largamente; o que faz que nos sejam subsidiarias n'estes assumptos, se não se oppõe á razão, ou repugnão com aquellas, e com os costumes recebidos entre nós. Reconhece com tudo o Sr. Paschoal, que, em ambos estes pontos estas Leis ou as Romanas, ordinariamente são conformes á razão, e á genuina ou verdadeira vontade dos que fazem taes disposições: — *si modo (quod plerumque fieri solet) rationem naturalem, et genuinam voluntatis interpretationem pro fundamento habeant.*

Não nos define porém, ou não nos mostra a natureza do legado, bem como sua differença do fideicom-

misso: mas sendo-nos conveniente ter idéas formadas a tal respeito, primeiramente as exporemos.

A L. 116. D. *de legat.* 1.º diz legado a *delibação* da herança, ou a disposição, pela qual o testador desliga uma coisa ou objecto da universalidade do herdeiro, para o conferir ou dar a outrem: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*

A L. 36. D. *de legat.* 2.º nos dá outra definição. O legado, diz ella, é uma doação deixada no testamento: *Legatum est donatio testamento relicta.* E o Imperador Justiniano ainda estabelece uma differente no §. 1. Instit. *de legat.*: o legado, diz este legislador, é uma certa doação deixada pelo defuncto, cuja entrega é feita pelo herdeiro: *Donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda.*

Coincidem as duas primeiras definições; mas a terceira é differente, e mais exacta em nossa opinião. As palavras — *pelo defuncto* — substituidas a *testador e testamento*, que se achão nas primeiras, são essenciaes para exprimir a idéa de que o legado pôde deixar-se em codicillo; e os termos — *ab herede praestanda* —, são necessarios para que o legado se distinga da doação *mortis causa*.

Oppõe-se a esta definição a L. 22. D. *de legat.* 2.º, em cuja especie o testador fez por si proprio a entrega do legado, que deixou no testamento; e tambem a L. 5. §. 1. D. *de legat.* 3.º, dispondo que pôde ser gravada com legado a pessoa, em quem sómente se dá a qualidade de legatario; donde se conclue que as palavras *ab herede praestanda* vicião a definição do legado. Esta consequencia porém não é exacta:

1.º Porque o testador, ao entregar por si proprio o legado, que deixou no testamento, fez mudar de natureza a disposição, convertendo-a em doação *inter vivos* ou *mortis causa*, segundo as circumstancias, que acompanhárão a entrega ou tradição.

2.º Porque o legatario onerado em parte do seu legado, ou obrigado a entregal-a, o recebe na totalidade do herdeiro, sendo por isso este quem faz sempre

a entrega primordial e immediata do que o defuncto légo.

Mas porque diz a definição Justiniana, que o legado é *quaedam donatio*, e não *donatio* simplesmente? Por coherencia com o que o mesmo legislador observou no §. 1. Instit. de *donationibus*; e foi que os legados e doações *mortis causa* são entre si mui semelhantes, — *ut per omnia fere legatis connumerentur*: assemelhão-se em terem necessidade do mesmo numero de testemunhas; em a insinuação se não requerer em ambas estas liberalidades; em o donatário e legatario poderem ser onerados com substituições; e finalmente em ambas serem revogaveis durante a vida do conferente ou defuncto.

Com tudo assim mesmo são diferentes; e por isso é que a definição diz *quaedam*, ou uma certa doação: differem por que em todo o tempo a doação *mortis causa* recebe confirmação pela morte do defuncto ou doador, L. 25. D. de *mort. caus. donationib.*; quando, segundo os principios antigos dos Romanos, a do legado dependia da adição pelo herdeiro. L. 181. D. de *regul. jur.*

De mais, o que argúe o testamento pela inscripção de falso, ou querela de inofficiosidade, é punido pelas leis com a privação do legado, sem que se pronuncie; em caso igual, a mesma pena contra o donatario *mortis causa*, L. 5. §. 6., e L. 7. D. de *his, quae ut indign. auf.*

Tambem a doação *mortis causa* pôde ser feita por estipulação, caso, em que é necessaria a acceitação do donatario; quando o legado se faz sempre em testamento ou codicillo, sem que intervenha o que recebe o beneficio, ou o legatario, LL. 34. e 38. D. de *mort. caus. donationib.*

Finalmente, como vimos, o legado é sempre entregue pelo herdeiro, ou por sua tolerancia; quando a doação *mortis causa* pôde sê-lo pelo defuncto, etc.

Do que temos expendido, é mui facil inferir ser o legatario successor particular do defuncto, quando o herdeiro é successor universal; assim como que aquelle, sendo nomeado pelo testador, recebe do herdeiro instituido o legado, quando nomeado no codicillo do que

não fez testamento, o recebe do chamado pela lei á successão, ou do herdeiro legitimo.

Tambem se infere que o legado parte directamente do defuncto para o legatario, sem que beneficie o herdeiro; mas quando este é mandado restituir certa coisa, ou aquelle uma parte do legado, ou mesmo todo depois d'um tempo qualquer, dá-se então o fideicommisso segundo a propria natureza desta disposição, que já definimos, tractando das substituições testamentarias. Nesta especie diz-se o defuncto *fideicommittente*; o herdeiro ou beneficiado em primeiro gráo ou ordem chama-se *fiduciario*; e o que lhe é substituido, tem o nome de *fideicommissario*: distinguindo-se do legado esta disposição em ser indirecta, idêa, que opportunamente e em pouca distancia profundaremos.

Pessoas, que podem deixar legado, assim como receber-o.

§. 2. *Legare et fideicommittere ii tantum possunt, quibus testare licet.* O legado e fideicommisso são disposições *causa mortis*, que por isso sómente podem fazer-se em testamento ou codicillo: mas, como anteriormente mostrámos, para dispor de parte dos bens, deve dar-se a mesma aptidão ou capacidade, que se requer para dispor de todos elles; o que se converte na idêa de que sómente póde fazer codicillo aquelle, que póde testar; logo sómente póde deixar legado ou fideicommisso o que tem faculdade testamentaria, ou poder de dispor em testamento. Tem porém esta regra entre nós a excepção, que lhe dá a Ord. liv. 4. tit. 81. §. 6. no condemnado á morte natural, que, não podendo instituir herdeiro ou testar, póde legar para fins pios a terça parte dos bens.

Et iis, qui ex testamento capere possunt, etc. Já ponderámos que a capacidade, requerida para dispor dos bens todos, é a mesma, que deve dar-se para dispor de parte d'elles; ao que corresponde a doutrina de que a capacidade necessaria para haver por ultima vontade todos os bens, ou a herança, é a mesma, que deve dar-se para se receber parte d'ella, ou o legado. Desta sorte

póde este sómente ser deixado ao que póde ser instituído; ou, o que é o mesmo, póde ser legatario tão sómente o que póde ser herdeiro, e *vice versa*. Domat. liv. 4. tit. 2. sect. 2. art. 3. Daqui resulta que o indigno da herança por alguma das causas n'outro lugar examinadas é igualmente por essa mesma causa indigno do legado: assim, por exemplo, o legatario, que por intelligencia com o herdeiro *ab intestato*, ou por outro qualquer motivo, obstando á vontade do testador, occultou o testamento, fica indigno do legado, que o mesmo lhe confere: *ut non accipiat fructum suae calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua defraudare*. L. 25. C. de legat.

É porém importante advertir, que a incapacidade de succeder, ou de receber beneficio por disposição *mortis causa*, não se estende a comprehender os legados d'alimentos, por isso que, sendo de necessidade absoluta para a conservação da existencia, a força da equidade determina que possão ser deixados a qualquer; donde vem que o condemnado á morte goza, em quanto vive, de tal legado, Gothofredo á L. 3. D. de his, quae pro non script.; disposição esta adoptada no Cod. Civ. de França art. 25. §. 3.: « *Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'alimens;* » e recebida expressamente entre nós na Lei de 25 de Junho de 1766, e Decreto de 17 de Julho de 1778, para o Religioso e Religiosa professa, ainda que incapazes d'herança, poderem ser contemplados com tença ou legado d'alimentos. O mesmo se observa tambem no filho de coito damnado. Cardoso *Prax. Jud.* verbo = *Filius* = n.º 37.

Podem tambem receber, ou são capazes de todo e qualquer legado, como pessoas moraes, as Igrejas e corporações de mão morta, isto porém nos termos da Ord. liv. 2. tit. 18. §. 1., o que o Alvará de 7 de Junho de 1787 §. 4. concede em beneficio das Escolas de Primeiras Letras e Humanidades, extensivo, como pensamos, a outros estabelecimentos competentemente approvados.

Extensão da faculdade de legar.

§. 3. *Illud etiam procul dubio est*, etc. Depois do exame das pessoas, que podem deixar legados e recebê-los, tracta o Sr. Paschoal da extensão do direito de legar; isto é, examina, se o homem entre nós pôde indistinctamente distribuir em legados as cousas todas, que lhe pertencem.

Por Direito Romano era o pai de familias um rei, que soberanamente dispunha de quanto lhe pertencia. A Lei Falcidia porém, formando o último estado da jurisprudencia, ordenou que nenhum particular distribuisse válidamente em legados mais do que as tres quartas partes dos bens.

Mas nem as Leis, nem os costumes adoptarão a Falcidia entre nós; donde resulta a inteira exactidão da doutrina d'este §.: *Libera unicuique manet de bonis omnibus testandi, legandive facultas*; isto é, que na falta de pessoa, a quem se deva legitima, pôde qualquer testar dos bens todos, ou dividil-os em legados, com tanto que em suas disposições observe a fórma e solemnidades determinadas nas leis; quando, existindo herdeiros necessários, a faculdade de testar, bem como a de legar, é restricta á terça dos bens da herança, unica propriedade livre do defuncto neste caso.

Cumpra porém entender, que, ainda não existindo herdeiros necessários, ha cousas, que não podem ser objecto de legado. A cujo respeito a regra mais geral, que pôde dar-se, é que todas as cousas, que estão fóra do commercio, não podem ser legadas por aquelles, a quem pertencem d'algum modo.

Por isso, ainda que, confórme ao Direito Romano, os particulares até certo ponto conservassem a propriedade dos terrenos destinados á sepultura dos mortos da sua gente ou familia; que constituidos sagrados por seu destino ficavão perpetuamente fóra do commercio, não podião dispor d'elles em testamento; o que com tudo lhes não vedava o poder de legar a bem d'estranhos, o direito de n'elles terem sepultura, por isso que este direito era objecto de contracto até mesmo oneroso:

Monumenta

Monumenta quidem legari non posse manifestum est: jus autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. L. 14. C. de legat.

Na razão das cousas sagradas está o legado do logar ou cousa pública, para igualmente nem ainda dar ao legatario o direito d'haver do herdeiro a estimação ou valor, L. 39. §. fin. D. *de legat. 1.*; pois que o legado de cousas sagradas ou públicas, por isso que estão fóra do commercio, e não podem prestar uso ao legatario, é olhado pelas leis por disposição d'um demente.

Tinha a Lei das doze Taboas, como temos idéa d'em outro logar haver notado, prohibido o separar do edificio os materiaes alheios, ou d'outro dono, que o proprietario d'aquelle n'elle tivesse empregado, tomando por fundamento — *ne ruinis aspectus urbis deformetur*. Daqui inferirão os Jurisconsultos, que os materiaes e adjunctos se devem em si considerar como fóra de commercio durante o tempo, em que estão unidos ao edificio; e de consequencia em consequencia suscitarão um *Senatusconsulto*, prohibindo aos proprietarios a faculdade de os deixar em legado: *Sed ea, quae aedibus juncta sunt, legari non possunt: quia haec legari non posse Senatus sensit. L. 41. §. 1. D. de legat. 1.*°

Achamos ser esta providencia mui sensata, e que por isso entre nós os materiaes d'um edificio em bom estado, assim como suas portas e janellas, não podem constituir objecto de legado.

Mas que tempo deve attender-se para que se não possa legar o que está fóra de commercio? Este assumpto é decidido pela regra de Catão, segundo a qual, como vimos; toda a disposição *causa mortis*, que no seu principio é nulla, nunca póde tornar-se válida. Assim o legado dos materiaes incorporados no edificio ao tempo da disposição, será nullo em todo o tempo, ainda que aquelle se ache em ruinas, ou demolido antes da morte do defuncto: *Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum conualescat? Et si quidem ab initio non*

constitit legatum, ex post facto non conualescat: cit. L. §. 2.

Se porém o legado não é puro, mas concebido debaixo da condição, se o edificio se reduzir a ruinas, a sua demolição o valida, pois, como já vimos, e a cit. L. declara, a regra Catoniana não milita nas disposições condicionaes, por isso que seu principio e origem de validade verdadeiramente só existe, quando realizada a condição.

É porém mister advertir que cousas ha, que não obstante serem objecto de commercio, não o podem ser válidamente de legado, como adiante mostraremos.

Se o legado se deve, quando é nullo o testamento.

§. 4. *Illud etiam hodie certissimum est, etc.* Em continuação da ultima advertencia do §. antecedente, segundo a qual, para que a faculdade de legar tenha effeito, se devem na disposição observar a fórmula e solemnidades determinadas nas leis, — *ad nostrarum tamen legum praescriptum;* estabelece agora neste, que não val o legado, ainda que seja pio, quando deixado em testamento nullo por defeito das solemnidades externas e internas, ou por outra causa, que não seja a preterição, ou desherdação do herdeiro ou herdeiros necessários.

Em quanto á preterição, se o testador dispõe da terça unicamente, a preterição não existe, pois que o silencio, que observa sobre os herdeiros necessários, é pela mesma Ord., que o A. cita, a do liv. 4. tit. 82. *pr.*, instituição tacita com os effeitos da expressa, para que taes herdeiros succedão nas duas partes dos bens, sendo tambem válidos os legados, ou sejam profanos ou pios, dentro das forças da terça. Por tanto este testamento em nada é nullo.

Se ha verdadeira preterição, por isso que o testador, sabendo que tinha herdeiros necessários, guarda silencio a seu respeito, e dispõe da totalidade dos bens, este testamento é nullo unicamente em quanto á instituição, mas val pela terça nos legados, ou sejam pios

ou profanos, cit. Ord. §. 1. O mesmo é no caso da desherdação não motivada, pois que sómente o testamento é nullo na instituição, valendo em qualquer legado pela terça, cit. §.

Se ha desherdação motivada, e o herdeiro prova a causa, tambem a nullidade é restricta á instituição, valendo assim nos legados do modo que fica dito, cit. Ord. §. 2.

Se o testador dispõe dos bens, e não menciona taes herdeiros em razão d'ignorar sua existencia; é nullo em tudo o testamento, e por isso nullos quaesquer legados, cit. Ord. §. 3.

Se o testamento caduca, já vimos que os herdeiros legitimos, mas não forçados ou necessarios, devem satisfazer quaesquer legados, ainda que excedentes da terça. Finalmenté se o testador empregou na disposição, para supprir solemnidades, a clausula codicillar, e as solemnidades omittidas se tornão por virtude d'ella suppridas, são válidos os legados. De sorte que a doutrina exacta neste ponto é, que o testamento, que não pôde fazer valer os legados, não soffre excepção nos pios. Examinemos esta materia.

Diz-se pio o legado, que se destina a obras e exercicios de piedade, L. 28. C. *de episc. et cler.*, ou tenha applicação no temporal, ou no espiritual: assim um legado d'ornamentos para uma Igreja, e outro para sustento dos pobres, são legados pios igualmente.

O legado pio differe do não pio em aquelle ter por objecto obras de piedade e caridade sem motivo ou fundamento no mérito do legatario, quando o não pio e profano tem motivo na consideração com o mérito particular das pessoas; ainda que nem todos os legados, que não tem causa no mérito particular, sejam pios, mas tão sómente os que tendem á piedade e caridade; donde vem o ser profano, e não pio, o legado para a construcção d'um theatro, ou illuminação da cidade; assim como o que é deixado a algumas pobres, mas em razão de parentesco com o defuncto, ou de serviços que elles lhe prestarão.

Em attenção a não se achar adoptada entre nós

a Falcidia, não entraremos aqui na questão acormente debatida entre os interpretes sobre aquella comprehender, ou não, o legado, quando pio, pela disposição de Justiniano na Novella 131. cap. 12. É porém certo que pelo Cap. 11. X. *de testament.* se decide que o legado pio val, se a vontade do defuncto se prova por duas ou tres testemunhas, pela razão de que *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum*; razão esta, que nos convence, com Boehmero, de que as duas ou tres testemunhas são aqui exigidas por Alexandre III. unicamente para prova, ou *gratia veritatis*, como temos idéa d'em outro logar haver advertido: donde se infere, que não se podendo duvidar da verdadeira vontade do testador, quando por outro modo se prova, nem ainda taes testemunhas são necessarias na disposição, como se achia decidido pelos canones antigos. Este favor de Direito Canonico dado aos legados pios, e o grande uso, que o mesmo teve antigamente no nosso fóro, fez naseer a opinião de que o testamento, para os legados pios valem, não carecia das solemnidades communs; opinião, que tinha a sua contraria em o testamento ter relação immediata com os bens, que por essencia são cousas temporaes. Hoje porém *certissimum est*, diz o A., ou não se póde duvidar, que, cessando o prestigio por tal Direito, o testamento ou disposição requer, para validade do legado pio, a mesma fórma e solemnidades, que requer para a validade do profano; pois que nem as nossas LL., nem as Romanas, as unicas que se observão presentemente no fóro, distinguem entre um e outro legado, para attribuirem á disposição do pio maior favor.

Accresce que as solemnidades e providencias legaes na materia, que ao presente examinamos, são taxativas nas Leis para o effeito de se repntar liquida e indubitavel a vontade do defuncto: logo seria absurdo dispensarmos a nosso arbitrio nas mesnras em favor d'uma especie particular de legados, pois que dariamos assim effeito ao que nos não consta pela vontade do testador legalmente declarada, o que importa o mesmo que a não existencia da vontade.

Acções, que por Direito Romano e Patrio competem ao legatario.

§. 5. *Potest legatarius rem legatam petere vel actione reivindicacionis*, etc. São tres as acções, que por Direito Romano competem ao legatario para haver a entrega do seu legado: 1.^a a de reivindicação, pois que tem ella fundamento no dominio que já existe no autor, para haver de qualquer possuidor a coisa, que lhe serve d'objecto, como dispõe a L. 23. *in pr. D. de reivindicat.* Mas este dominio ou propriedade é exactamente o direito do legatario, o qual *recta via*, isto é, independentemente da posse lhe resulta da morte do defuncto, L. 80. *D. de legat.* 2.^a; logo cabe ao legatario a reivindicação contra qualquer possuidor da especie, a fim d'esta lhe ser entregue, L. 1., e L. *fin. C. de usur. et fruct. leg.*; para o que deve provar o dominio, que tinha o defuncto, e que elle lhe transmittio.

Esta acção por tanto não tem logar, se o legado é de genero, e não d'especie; pois que se é de genero, por exemplo, o legado d'uma certa somma de dinheiro, não procede a reivindicação, por isso que o defuncto não tinha o *jus in re*, mas o *ad rem* com fundamento na obrigação pessoal do devedor, Vinnio ao §. 2. *Inst. de legatis.*

Vel actione in personam, etc. A 2.^a acção, que compete ao legatario, é a pessoal contra o herdeiro, que já acceitou a herança; por isso que a adição effectiva o constitue na obrigação *ex vi* do quasi contracto, que a mesma operou entre o herdeiro, legatarios e mais crédores da herança, §. 2. *Instit. de legatis*, §. 5. *Instit. de obligat.*, *quæ quasi ex contract.*

Vel actione denique hypothecaria, etc. A 3.^a e ultima acção, que por Direito Romano compete ao legatario é a hypothecaria, que pôde não só ser intentada contra o herdeiro, mas tambem contra qualquer possuidor dos bens onerados com o legado; por isso mesmo que os bens da herança constituem tacita hypotheca do direito do legatario; *Et insuper utilem Servianam*,

id est, hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare, L. 1. C. comm. de legat., a qual Lei igualmente confere ao fideicommissario tanto esta, como as mais acções já expostas.

Jure nostro hae actiones legatario quidem haud denegantur, etc. Conclue o Sr. Paschoal este §., advertindo não negarem as nossas LL. ao legatario as referidas acções, mas que a mais usada entre nós neste objecto, por isso que mais facil e prompta, é a summaria, que dizemos *assignação de dez dias*, de que tracta a Ord. liv. 3. tit. 25., e em outro lugar examinámos, competindo para demandar a execução d'um direito proveydo por escriptura pública, ou outra com a mesma força segundo as leis, como é o testamento ou disposição *mortis causa*, em que intervem a fé do Tabellião, ou a auctoridade do Juiz, se aquella falta, reduzindo-o por sentença a coisa julgada nos termos da mesma Ord. §. 8. Concorda, além dos citados pelo A., Mor. *de execc.* liv. 1. cap. 4. §. 3. n.º 55.

Com tudo, se o legado consiste em divida activa, deve o legatario usar contra o devedor da mesma acção ordinaria, que competia ao testador, se pretendesse obrigal-o, pois que não pôde ser melhor o direito d'aquelle, que o deste. Silva á Ord. liv. 3. tit. 25. §. 10. n.º 24.

Se o devedor lega a divida ao crédor.

§. 6. *Inutile est legatum puri debiti, etc.* Diz que não tem effeito, por inutil, o legado da divida pura deixada pelo testador ao crédor. Para isto cumpre notar, que podem ser em regra objecto de legado todas as cousas alienaveis ou susceptiveis de commercio, com tanto que o legatario possa dellas tirar algum proveito. Nesta razão se comprehendem as ainda não existentes, como os fructos, §. 7. *Instit. de legat.*, as cousas proprias do herdeiro, L. 63. *D. de legat. 2.º*, os direitos ainda com objecto em bens alheios, como as servidões, L. 41. *D. de legat. 1.º*, os factos honestos ou obras do herdeiro, como a construcção d'uma casa, L. 12. *D. de legat. 3.º*,

e até mesmo as cousas alheias, *scilicet*, as que não são do defuncto nem do herdeiro, uma vez que aquelle por engano as não tenha como suas. Pois que deve este compral-as, e se o dono as não vende, satisfaz com a estimação ou valor, §. 14. Instit. *cod.*: o que não approva, antes declara por nullo, o *Cod. Civ.* de França art. 1021.: « *Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu, ou non, qu'elle ne lui appartenait;* » disposição ou sentença que comprehende as cousas do herdeiro, pois que manifestamente são alheias em quanto ao testador, ainda que o legado nesta especie não é tão oneroso, como na primeira; e mesmo n'esta nada tem de contrario á razão, pois que não liga de modo algum o proprietario da cousa alheia, mas o herdeiro, que recebe do defuncto o beneficio da herança.

Não obstante a vastidão exposta dos objectos do legado, não póde sê-lo a cousa propria do legatario, pois que esta já é sua, o que do modo o mais preciso decide o §. 10. Instit. *de legatis*: *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec aestimatio ejus.* Vem para razão desta ultima sentença, pela qual o legado da cousa propria não convalesce, ainda que depois seja alienada pelo legatario, a regra Catoniana, que, como antecedentemente notámos, não dá effeito em tempo algum ao legado nullo no seu principio ou no tempo da disposição; o que assim não será se o testador o deixa debaixo da condição, se o legatario alienar a cousa propria, pois que verificada a condição, tem elle acção contra o herdeiro para lhe entregar o mesmo objecto ou a sua estimação. L. 98. D. *de conditionibus et demonstrationibus*.

De ser nullo e não valer, por inutil, o legado da cousa, que já é propria do legatario, resulta a inutilidade do que tem por objecto a divida do testador ao crédor; porque o direito ao pagamento estava neste independentemente do legado, o que o torna por isso inutil, se a divida era pura, como se explica o A. —

inutile est legatum puri debiti. Mas não, se ella era condicional; pois que, legada, fica absoluta ou pura, no que melhora a condição do crédor, deixando por isso o legado de ser inutil, como no primeiro caso.

Et solum valet, quando plus est in legato, quam in debito, etc. Verifica-se valer mais o legado, do que a divida, não só quando esta é condicional, mas ainda quando, iguaes em valor, a divida não tem hypotheca; pois que, legada, ficão os bens do devedor hypothecados á solução, o que é vantagem do legatario sobre os outros crédores. Procede tambem utilidade, quando a divida é illiquida; pois que o legado a liquida, ou determina na quantia.

Si nihil debetur, legatum non valet, etc. Quando se lega como devido aquillo, que se não deve, este legado não val, na opinião do A.; pois que o legatario o não póde exigir, nem como divida ou encargo, que já onerava os bens antes da morte do defuncto, por isso que aquella não existe; nem como fideicommisso, que recommende ao herdeiro a entrega de tal cousa; porque a disposição não é espontanea e livre, mas provém da vontade erronea do defuncto, o que lhe tira todo o effeito.

Reconhece porém o Sr. Paschoal, que o Direito Romano lhe é contrario, por que na L. 88. §. 10. D. *de legat. 2.* decide Scevola, que se a divida não existe, não terá o legatario acção com este fundamento, *nullam quasi ex debito actionem esse*, mas sim a que nasce do fideicommisso, importando as palavras, que confirmão a existencia da divida, a disposição indirecta da entrega da cousa pelo herdeiro. Por tanto esta Lei coincide com a opinião do A. em não dar ao legatario acção fundamentada na divida, pois que esta não existe; mas oppõe-se-lhe, em quanto lh'a dá fundada na disposição, que o mesmo diz viciosa; porque a vontade do defuncto tem causa falsa ou nasce d'erro.

Strickio segue o Direito Romano, por isso que em tal materia o que deve observar-se, é a vontade e disposição dos testadores, e muitos destes para obstarrem ás analyses frequentes vezes maledicentes dos vi-

vos e salvarem sua memoria, dão ás disposições as mais louvaveis uma causa, que não tiverão. Assim expressão a divida como causa, quando não devem, mas dão, e dão com toda a liberdade e justiça: donde resulta, que ainda que evidentemente se prove que o defuncto não devia, deve o herdeiro o legado; salvo se evidentemente este prova que o testador estava em erro, e que por isso não quiz dar, pois que a presumpção de querer dar cede á verdade e evidencia do erro do testador, que o obrigou a legar. Achemos esta opinião solidamente fundada; mas por isso que o legado nesta especie tem como tal o seu valor, não póde prejudicar os crédores, nem os herdeiros necessarios na legitima; o que assim não seria, se valesse como divida.

Se o devedor lega ao crédor coisa differente da divida.

§. 7. *Quod si debitor creditori suo non ipsum debitum, sed aliud quid legaverit, legatum compensandi animo relictum censeri debet*, etc. Estabelece que se o devedor lega ao crédor, não a divida, mas uma coisa differente, deve o valor d'esta ser abatido ou compensado naquella, entendendo-se que o defuncto não quiz dar ou gratificar, mas sim pagar ou compensar; de sorte que, sendo a divida de 30, e 10 o valor ou a estimação do legado, resta sómente 20 o herdeiro ao legatario crédor.

Neque distinguimus (quod vulgo fit) inter debitum voluntarium, etc. Reconhece ao mesmo tempo o A., que para se dar, ou não, o abatimento do legado no crédito do legatario, communmente se distingue a divida voluntaria da necessaria; aquella, a que resulta de facto ou contracto do devedor, que obtendo a confiança do crédor, lh'a deve gratificar, presumindo-se por isso que este foi o seu animo para a compensação não proceder: quando na divida necessaria, ou na que existe pelo preceito da lei, como, por exemplo, a da legitima, não ha que gratificar ao legatario crédor, o que faz

presumir no testador unicamente o animo de pagar, e por isso torna procedente a compensação do legado.

Mas esta distincção da natureza das dividas, diz o Sr. Paschoal, labora n'uma falsidade; pois que a divida, ainda que voluntaria na origem, depois de contrahida é necessaria, formando em todo o caso para o devedor um peso, de que pelo legado procura aliviar a herança: logo deve este sempre considerar-se como parte do pagamento.

Em nossa opinião porém este assumpto apparece decidido, e d'um modo mui confôrme á razão e natureza das cousas, na L. 85. D. *de legat. 2.*, em que Papi-niano resolve, que o legado deixado pelo devedor, ainda mesmo que tenha objecto no penhor da sua divida, não tira ao legatario crêdor o direito á satisfacção inteira do seu crêdito, salvo mostrando-se evidentemente que a vontade do testador foi compensar: *Creditarem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas compensare volentis evidenter non ostenditur.*

E na verdade, quem diz que lega, diz que dá; e quem dá, exclue de si todo o fundamento para se lhe presumir animo de compensar ou pagar. Tal animo repugna com a idêa de legado absolutamente deixado; e para que se conceba no testador, faz-se necessario que o explique, declarando que o legatario se dará por satisfeito, que nada mais exigirá da herança, ou usando de outras semelhantes expressões, sem que proceda a distincção da divida em voluntaria e necessaria, distincção, que a cit. L. não adopta, attendendo unicamente, para se dar a compensação, á expressão terminante de ser este o animo do devedor.

Acha-se coherente com esta jurisprudencia o art. 1023. do *Cod. Civ.* de França: *Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.*

Com tudo entre nós o legado deixado ao criado, se o testador se não expressa, presume-se ter sido feito em compensação e pagamento das soldadas, presumpção, que procede neste caso, como se explica a Ord.

liv. 4. tit. 31. §. 11., e que por isso confirma a outra geral em contrario, sempre que no legatario se não dá a qualidade de criado, em harmonia com a examinada L. 85. D. de legat. 2., e o cit. art. do Cod. Civ. de França, na 1.ª disposição,

Do legado deixado por tempo certo, ou d'exigencia restricta a lugar determinado.

§. 8. *Legatum ad certum tempus relictum, eo veniente, ipso jure finitur.* Se o defuncto deixa o legado por tempo certo, logo que este finda, termina *ipso jure* todo o direito do legatario. Adoptamos facilmente esta doutrina do A.; por quanto da vontade ou disposição do defuncto é que, segundo as leis, depende a duração do direito do legatario; logo se a mesma lhe pôe termo, vindo este, expira aquelle perfeitamente, passando então o legado ao substituído, se o ha, alias reverte para a herança em beneficio do herdeiro, ou de quem lhe tem succedido. Pelo mesmo fundamento d'a vontade do defuncto determinar o direito, o legado restricto a lugar certo não pôde ser pedido em outro: *Idem dicendum de legato, quod ad certum locum restrictum, nam ultra locum peti non potest.*

Quod enim veteres dixerunt, etc. Nesta ultima parte do §. e nota correspondente, pondera o A., que contra a doutrina, que fica exposta, está a opinião dos antigos, segundo a qual a obrigação do herdeiro na satisfacção do legado não podia terminar por virtude do tempo ou prazo, bem como da condição e differença de lugar, como se explica Pomponio na L. 55. D. de legatis 1.: *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant: quia nec tempore, aut loco, aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.* Mas reconhecendo a conveniencia e rectidão do principio, ou sentença geral desta Lei, prohibindo as disposições testamentarias reprovadas por Direito, diz que o considerar-se como tal, ou reprovada a obrigação do herdeiro a respeito do legado por virtude da determinação do tempo, ou do lugar e condição,

nasceo de subtilezas dos antigos, que a jurisprudencia actual e o uso presente do fóro reprovão e não adoptão, auctorizando-se com Stryck. *Us. mod. ad tit. de legat.* §. 20.

Adoptamos facilmente, como dissemos, a doutrina do A. para acabar o direito do legatario no tempo determinado pelo defuncto, bem como para lhe fallar o direito a exigir o legado fóra do logar, a que a exigencia é restricta. Reconhecemos que a doutrina opposta, alias recebida na Lei ultimamenté transcripta, foi introduzida pela força das subtilezas dos antigos Jurisconsultos: mas manda a exactidão confessar, que a do A. não teve origem nos usos forenses, nem nos principios da jurisprudencia moderna, como avança com Strickio.

Justiniano conheceo que houve um tempo, em que a perpetuidade estava de tal sorte ligada á essencia do legado, que todo o que era deixado por tempo certo, restricto a logar determinado e com fim na condição não valia como nullo; conheceo do mesmo modo, que esta jurisprudencia era filha de subtilezas, e contraria á razão; mas não ficou sómente nisto, pois que completamente a abrogou. Eis aqui o que dispõe a L. 26. C. *de legat.*: *Illud, quod de legatis, vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum, vel fideicommissorum speciem valere, et firmitatem habere. Cum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus: consequens est etiam legata, vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis, vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario, vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut ei post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur.*

Usando da faculdade, que lhe concede esta Lei, é evidente que o testador ou o defuncto pôde limitar o legado a certo tempo, a certo acontecimento, e a logar determinado; do que resulta que o lapso do tempo,

é a realização da condição resolutive, e a mudança do legatario em quanto ao lugar da exigencia, operão *ipso jure* a extinção do legado.

Até mesmo nem sempre a limitação do legado é necessaria expressa, pois que em alguns casos ella resulta da propria natureza da disposição do defuncto. Assim o legado de prestação annual se entende limitado á vida do legatario, sem que o transmitta aos herdeiros: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale: videri enim hanc inesse conditionem, si vivat, et ideo, mortuo eo, ad heredem legatum non transire.* L. 4. D. de annuis legat. São concordantes as LL. 10., 11. 12. D. quando dies legator. Donde se infere, que morrendo o legatario no principio de qualquer anno, a prestação respectiva se transmite; o que já não acontece com as seguintes depois do anno de lucto.

Procede com tudo esta jurisprudencia, quando o legado de prestação annual se refere a uma pessoa sómente; pois que se é deixado a Ticio e a seus herdeiros, o legado não tem limites na vida do legatario, nem ainda mesmo na dos herdeiros immediatos. A L. 22. C. de legat. o declara perpetuo neste caso, e por isso transmissivel aos herdeiros dos herdeiros *in infinitum*: *In annalibus legatis, vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed et ejus heredibus praestari voluit, eorum exactiorem omnibus heredibus, et eorum heredum heredibus servari pro voluntate testatoris praecipimus.*

A perpetuidade fórma igualmente o character do legado de prestação annual, quando deixado em proveito de estabelecimentos ou corporações de mão morta, por isso que estes legatarios são perpetuos, ou não acabão, L. 6., L. 20. §. 1., e L. 23. D. de annuis legat. A L. 46. §. 9. e a ult. C. de Episcop. et Cleric. offerecem o exemplo e a prova: *Manent autem in perpetuum, et usque ad hujus seculi consummationem, quousque christianorum nomen apud homines erit et coletur.*

Não occultamos que a esta decisão se oppõe, que

um legado d'usufructo em favor de Tício e seus herdeiros immediatos ou proximos termina com elles, por decisão da L. 14. C. de usufruct.; e que a L. 53. D. eod. limita a cem annos a duração do que é deixado a uma comunidade ou município, o que faz que o usufructo deixado a corporação ou estabelecimento de mão morta deva acabar n'este prazo.

Mas, responde Voët, ha uma differença mui grande entre o legado d'usufructo e o de prestação annual. O primeiro absorve todos os gozos e emolumentos da propriedade: e como seria absurdo ficar o herdeiro ou proprietario reduzido a nunca tirar proveito algum da sua coisa, foi necessario determinar limites ao legado d'usufructo. O segundo, ou o legado de simples prestação annual, deixa communmente ao proprietario grande parte dos rendimentos; não importa mais que uma porção; cessa por isso a razão para o limitar a tempo certo. Com tudo, prosegue Voët, se da prestação annual resultar o inconveniente que resulta de um legado d'usufructo, isto é, se a propriedade ficar inutil inteiramente para o herdeiro; cabe-lhe a applicação das Leis, que ultimamente examinámos. — *Eadem ratio, idem jus.*

Resta notar que o Cod. da Prussia art. 423., quando o legado é d'usufructo em proveito de pessoa moral ou corporação de mão morta, dá-lhe de duração apenas cincoenta annos. Concorda o Digest. Portug. tom 3. art. 1729. O Direito Romano porém dá-lhe a de cem annos, como proximoamente expozemos; e é este o Direito para nós subsidiario.

Regra sobre a significação das palavras, que se empregão nos legados.

§. 9. *In quaestione de significatione verborum, quibus legatum fuit relictum, interpretatio voluntatis petenda est non ex proprietate Latini sermonis, etc.* Estabelece o A. neste §. uma regra ou preceito geral, que nos deve servir como de bussola na interpretação dos legados. Mas cabe determinar os casos, em que ella tem logar.

Quando a vontade do testador, ou do defuncto no testamento ou codicillo é clara, deve ser seguida sem attenção com as palavras, que o mesmo empregou para exprimilla; pois que sendo estas unicamente meio para manifestar aquella, uma vez que por outra parte e com evidencia se mostra, não deve ser sacrificada ás expressões. *In conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba, considerare oportet.* L. 101. D. de conditionib. et demonstrat.

Mas se ao contrario a vontade do defuncto offerece dúvidas, o primeiro passo, que deve dar-se, consiste em nos collocarmos na mesma situação, em que se achou o testador quando dispoz. Por este meio suas affeições se descobrem, penetrão-se seus designios, determinão-se seus motivos, e dá-se o devido peso a seus habitos. Feito isto, torna-se facil quasi sempre o responder a esta pergunta: « De que maneira me teria eu mesmo expressado, e que extensão teria eu attribuido interiormente a taes palavras, se me achasse no mesmo estado, circumstancias e relações, habituado ao mesmo modo de vida, e affectado na mesma força para com a mesma pessoa, etc. ? »

Neste exame não nos devemos afastar do verdadeiro sentido dos termos empregados pelo defuncto, senão quando se dá certeza de que o mesmo pensou d'um modo differente d'aquelle, por que fallou: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.* L. 69. D. de legat. 3.º Cabe aqui a advertencia de Ricardo: « Na duvida, diz elle, é mais seguro ligarmo-nos ao que se acha escripto, do que recorrer a fundamentos e principios incertos. »

Tambem aqui tem applicação a regra, que nos dá o Sr. Paschoal neste §.: na interpretação dos legados, para darmos ás palavras o seu sentido verdadeiro, devemos evitar a escrupulosidade d'um grammatico. É antes o uso, do que a significação exacta e originaria dos termos, o que devemos seguir e consultar: *Sed ex naturali, obvia et populari, quam lingua, qua testator usus fuit, admittit secundum vulgarem adceptionem, et communem loquendi usum.*

O uso porém, que aqui recommendamos, não é aquelle, em que o defuncto as costumaria empregar, mas o em que provavelmente as tomou, por ser o recebido no lugar, em que vivia, ou no do seu domicilio. Conforma-se com esta opinião e doutrina a cit. L. 69. §. 1. D. de legat. 3.º: *Titius codicillis suis ita cavit: Publio Maevio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo. Quidero, a qua aetate juvenes, et in quam intelligi debeant? Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus, qui de ea re cogniturus esset, pertinere. Non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Caeterum existimari posset juvenis is, qui adolescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari. É concordante a L. 18. §. 3. in fin. D. de instructo, e o Cod. Civ. de França art. 1157.*

Tambem a combinação das differentes clausulas d'um testamento entre si serve de grande auxilio para mutuamente se interpretarem. Até mesmo, em alguns casos, d'uma disposição expressa resulta outra não expressa, que não deixa de ter por isso todo o poder e efficacia. Por exemplo: um pai, tendo um filho e uma filha, os fez em seu testamento legatarios universaes, aquelle nos dous terços dos bens disponiveis, e esta n'um d'elles. No tempo porém da morte acha-se com outro filho varão, a que o defuncto não attendeo por novas disposições. Mas como em razão das circumstancias, em que o mesmo estava quando testou, se prova claramente ser a sua intenção dar a cada um dos filhos varões o duplo do que deixa a bem da filha: a propriedade, de que o pai póde dispor, será dividida em cinco partes, duas para cada um d'aquelles, e a outra para esta.

É questão, se na dúvida, em que labora a disposição do defuncto, se deve adoptar o mais conveniente ao legatario, ou o mais favoravel ao herdeiro. Muitos seguem, que a preferencia deve estar pelo herdeiro; por isso que, se é testamentario, o defuncto o attendeo com qualidade, que prova maior estima; e se o legatario

concorre

concorre com herdeiro *ab intestato* ou legitimo, a proximidade do sangue dá a este presumpção de preferencia, por isso que se não acha decididamente explicada em beneficio d'aquelle.

Parece-nos com tudo muito geral esta regra. Quando se tracta de saber, se na interpretação do legado se deve ao herdeiro maior favor, não se póde ter em vista mais do que um de dous differentes fins: ou o de o reduzir aos limites, que o testador lhe poria, ou o de privar absolutamente o legatario da liberalidade, que o mesmo lhe conferio. Na 1.^a hypothese deve-se favor ao herdeiro, cabendo n'ella as maximas ordinarias ou communs — *parcendum heredi — in dubio pro herede respondendum — in obscuris, quod minimum est, sequimur*; — pois que n'este caso tem execução a principal das duas vontades, que se suppõe no testador, sem que a outra deixe de tê-la em termos habeis. Na 2.^a hypothese porém, ou quando se pretende a privação do legatario, deve triunfar a presumpção de que o testador não podia ter vontade de legar inutilmente, mas sim a de que sua disposição tenha cumprimento e observancia tão ampla, quanto as circumstancias o permittem. Confórmes com esta maxima, os Jurisconsultos nos dizem, que a interpretação deve fazer-se sempre, antes com espirito de dar effeito ao acto, do que com o de tirar-lho: *Quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. L. 12. D. de reb. dub.*

Por tanto, se as disposições são ambiguas ou obscuras, devem ser interpretadas da maneira, que a razão nos mostra ser mais confôrme á vontade do defuncto, entendida pela noção commum dos termos, e mais propria para a levar a effeito. O que certamente não procede, quando se dá impossibilidade absoluta de lhes attribuirmos um sentido razoavel, pois que então se tem por não escriptas, para ficarem sem effeito. O contrario seria não interpretar, mas formar uma disposição em nome do testador, o que se não póde admitir; antes será mais sensato e justo destruir a disposição

inintelligível do defuncto , do que dar-lhe effeito ridiculo , ou contrario á sua intenção. L. 2. D. *de his, quae pro non script.*, L. 188. D. *de regul. jur.*

Legado dos moveis.

§. 10. *Quare licet mobilium nomine juris significatione veniant pecunia, nomina, etc.* Tomada por base a regra , que manda dar ás palavras da disposição *mortis causa* (pois que não é restricta ao legado), o sentido ordinario, commum ou mais usado, por isso que todos os testadores, ou os que dispõem d'esta maneira, desejão ser entendidos, para que sua vontade se cumpra e não fique sem effeito, conclue o A. n'este §., que se o defuncto lega os *moveis*, sua intenção se deve entender limitada ás cousas, que lhe servião para fazer mais commoda e ornada a sua casa, — *quae ad domus ornatum pertinent.*

É certo que em linguagem juridica o termo — *moveis* tem mui vasta extensão, comprehendendo as cousas todas, que, sem se deteriorarem, se podem mudar, e ser mudadas d'uma para outra situação ou logar. Abrange nesta accepção o dinheiro, os fructos percebidos e ex-tantes, os titulos das dividas, os vestidos e roupas, as pratas, louças e vasos, que são guardados na copa, os utensilios da cosinza, as provisões, que se guardão na dispensa, os toneis, pipas e dornas, as sejes, os carros, os bois, etc., etc.

Mas na accepção commum e vulgar, a palavra *moveis* tem a significação restricta, que já vimos; e como esta é a que prefere, pela regra antecedentemente demonstrada, segue-se que o legado dos *moveis* se reduz ás cadeiras, commodas, pápeleiras, mezas, barras, leitos, espelhos, paineis, cortinas, tapessarias, e outros objectos destinados ao mesmo fim, e por isso comprehendidos em igualdade de razão. Donde se infere, que estes mesmos objectos, quando se tem para venda ou commercio, não entrão n'este legado; nem os livros, pois que servem para nossa instrucção, e não para ornato e commodidade da casa, como acontece

tambem com os instrumentos mathematicos, e galerias de pinturas se pertencem a peritos.

Com tudo se o testador, tendo disposto dos bens de raiz ou immoveis, dispõe dos moveis, determinando-os na totalidade, ou de outro modo, que nos deva convencer de que empregou o termo ou expressão, não no sentido vulgar, mas no juridico, é evidente que por este o devemos entender, pois que sómente procuramos sua intenção ou vontade para a levar a effeito.

Na *Nota* emprega o A. outros exemplos de legados d'objectos, que tinham um nome determinado entre os Romanos; e seguindo a significação, que o uso dá ás palavras, a esta se devião restringir. Assim o *hydromel*, ou liquido composto d'agua e mel, a cerveja e vinagre, não podião incluir-se se o vinho era legado; o *fundus instructus*, ou o campo com os gados e utensilios da lavoura, não podia reduzir-se no legado ao terreno unicamente, etc. O que tudo provém do principio da presumpção de que o testador ligára aos termos as noções commumente recebidas, em quanto nos não consta por um modo positivo, ou por fundamento mais provavel haver-lhe ligado outras, pois que a idéa da sua vontade presumida cede, logo que se mostre a verdadeira e real.

Se o erro do nome vicia ou annulla o legado.

§. II. *Quod dicitur, errorem in nomine vel cognomine legatarii, vel in nomine proprio rei legatae, legato non nocere, si de persona, vel re legata constet, certum est, etc.* Estabelecido e posto em regra, que uma vez conhecida a vontade ou intenção do defuncto, esta se deve observar exactamente, é força concluir, que, se a pessoa do legatario se conhece, haja embora na disposição erro do seu nome, cognome ou appellido, esta circumstancia não destrua ou não tira a validade ao legado, como se acha expresso no §. 29. *Instit. de legatis: Si quidem in nomine, cognomine, praenomine, agnomine legatarii testator erraverit: cum de persona constat, nihil*

dominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur; et recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.

Os Romanos tiveram os nomes proprios por accidentaes e arbitrarios, em razão de cada um poder mudal-os sem transtorno e obstaculo na facil communicacão das idéas: assim, se o nome proprio e verdadeiro do legatario era *Seio*, e o testador por erro lhe dava na disposiçãõ o de *Ticio*, tinha-se por indifferente tal erro, quando a pessoa approvada pela vontade do defuncto era indubitavelmente conhecida em razão de ter sido designada por outro meio qualquer, como pelo grão de parentesco, ou especialidade do emprego.

Ao contrario consideravãõ os nomes appellativos como immutaveis: *Rerum enim vocabula immutabilia; hominum mutabilia*, L. 4. D. de legat. 1.º, pela razão do consenso commum os ter creado, e não poderem ser alterados, senão por accordo e uso geral, L. 7. in fin. D. de supell. legat. Veio d'aqui a idéa de que aquelle, que os alterava por vontade, não queria ser entendido, e que fazendo-o por erro, tirava aos outros o meio de poderem entendel-o, sendo por isso nullo o legado, em que tal erro se dava, como decide Ulpiano na já cit. L. 4. pr. D. de legat. 1.º: *Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit: debetur Sempronianus: sed si in corpore erravit, non debetur. Quod si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri: Pomponius scripsit, vestem non deberi.* E Gothofredo a esta Lei, penetrado das idéas sobre a immutabilidade dos nomes appellativos, adverte que o que escreve *casa* em vez de *campo*, *lá* por *linho*, ou *alsaia* por *vestido*, não escreveo o que quiz, mas sim o que não quiz, viciando-se por isso o legado: *Tunc enim testator non scripsit, quod voluit; scripsit autem, quod noluit.*

Mas quem não vê que a verdadeira, genuina e essencial razão de decidir, que annulla o legado n'esta especie, consiste unicamente na crença da vontade do testador, em quanto ao objecto, não poder ser conhe-

cida por effeito do erro no nome appellativo? Assim como que esta razão se não póde applicar á nossa hypothese, em que, não obstante o erro do nome do objecto legado, este claramente se conhece pela vontade do testador, que exactamente o determina? Concordamos por tanto com o Sr. Paschoal em valer o legado neste caso, hem como quando o erro é do nome proprio; e isto por força do principio — *mens potentior verbis*, que se confórma com a natureza das cousas, e com a L. 3. C. de liber. praeterit.: *Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* Todavia é nullo o legado, quando o erro do nome, quer do legatario, quer do objecto, na ausencia d'outros meios para se conhecer a vontade do defuncto, faz com que ambos ou um delles se não conheça.

Se a falsidade da demonstração sobre o objecto annulla o legado.

§. 12. *Verum etiam est, quod dici solet, falsam demonstrationem legato non nocere, etc.* Adopta o Sr. Paschoal a doutrina geral e communmente recebida, de que a falsa demonstração sobre a coisa ou objecto legado não annulla a disposição. Mas nem sempre é ella verdadeira; para o que cumpre ponderar, que a demonstração pode assentar sobre a mesma coisa legada, ou ser posta com referencia a outro objecto, donde se deva extrahir, ou obter o que a vontade do defuncto determina. Na primeira hypothese, ou quando a demonstração recae no objecto legado, ella ou é necessaria, ou superabundante e superflua: necessaria, quando sem ella nada se dá ou se conhece do objecto; superabundante, quando, ainda que se tire ou separe da disposição, assim mesmo se não ignora o que o testador quiz dizer.

Se a demonstração é necessaria e falsa, anniquila-se a disposição ou o legado inteiramente. Por exemplo, se eu lego o que Ticio me deve ou *resta*, sem declarar a quantia, e Ticio nada me deve é a disposição nulla

e sem effeito, pois que a falsidade da demonstração faz se não conheça o objecto, que o legado comprehende. O mesmo é, se lego a Ticio o que lhe devo, e não expresso a somma. Esta doutrina, que a natureza das cousas estabelece, é expressa na L. 75. §. 1. D. *de legat. 1.*: *Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat: sciendum est nullum esse legatum; et quidem, si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debetur: quia non apparet quantum fuerit legatum: nam et si quid ego Titio debeo, ei legavero, quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum: cum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit.*

Tambem, e pela mesma razão, se o marido lega simplesmente á mulher o dote, que diz d'ella recebido, quando a mesma nada lhe entregou por tal titulo, esta disposição não tem effeito, por um rescripto dos Imperadores Severo e Antonino, que Justiniano refere no §. 15. *Instit. de legatis: Sed si, quam non accepit, dotem legaverit: Divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.* Pela razão, diz Furgole, de que a demonstração nestas disposições determina o proprio corpo do objecto legado, que a falsidade da mesma não nos deixa conhecer; ou antes faz com que elle não exista — *non est in rerum natura.*

A demonstração, que assenta no objecto legado, pôde tambem, como vimos, ser superflua ou superabundante, caso, em que, ainda que seja falsa, a disposição nada perde do seu effeito, do mesmo modo que o teria, não sendo ella empregada, em razão do principio — *utile non vitatur per inutile*, e do outro, que mais de perto se ajusta com a especie — *quidquid rei additur satis demonstratae, frustra est*, L. 1. §. 8. D. *de dot. praelegat.*

É evidente a differença entre uma e outra especie de demonstração: a necessaria fórma ou estabelece o corpo

mesmo do legado; e sendo falsa, faz com que elle não exista, e que a vontade do defuncto não tenha assim objecto: na superabundante o objecto da vontade existe ou é conhecido, como seria, ainda que o testador a não usasse; prescinde-se por tanto della em razão de ser desnecessaria e superflua.

Assim, se o testador se explica deste modo — *Lego o escravo Stichus, que Ticio me vendeo, ou o campo, que me foi dado por Seio*, sendo falsas estas demonstrações, porque o escravo lhe foi dado, e o campo adquirido por troca ou venda, val e tem inteiro effeito o legado, porque, postas de parte aquellas, o escravo e o campo são conhecidos como objectos da vontade e intenção do defuncto, L. 17. D. *de conditionib. et demonstratio-nib.* Está na mesma razão o legado d'um escravo com demonstração em certa qualidade, por exemplo a de co-sinheiro, quando é falsa ou não existe, se o escravo é conhecido, cit. L. §. 1.

A falsa demonstração, que não é posta sobre o mesmo corpo legado, mas em outro, de que o defuncto quiz que se extrahisse ou deduzisse o pagamento d'aquelle, não tira ou não faz perder o effeito á disposição, como decide a L. 96. D. *de legat. 1.º*, explicando-se por esta fórmula: « Se um disse no testamento ou codicillo — quero que quatrocentos escudos sejam dados a Pamphilia tanto, pelo que me deve Julio Actor, tanto pelo que tenho no exercito, tanto finalmente pelo dinheiro, que conservo em minha mão, — e morre depois de muitos annos, mas tendo dado differente applicação e destino ás sommas, que assignou para pagamento do legado, terá este validade? Responde-se que o defuncto quiz apenas indicar a seus herdeiros um meio facil e commodo de fazerem o pagamento dos quatrocentos escudos, e não impor uma condição á liberalidade, que explicou puramente, e que por isso Pamphilia tem direito a exigir a satisfação do legado.» A L. 27. §. 2. D. *de legat. 3.º* é igualmente notavel e coincidente na sentença.

Neque falsam causam, etc. Depois de vermos que a falsa demonstração da cousa ou objecto legado, em re-

gra, não annulla ou tira o effeito á disposição, continúa o Sr. Paschoal estabelecendo que a falsa causa *preterita e impulsiva*, expressada pelo defuncto, igualmente uão invalida o legado.

Diz-se causa *preterita e impulsiva* o motivo, que o defuncto diz excital-o á disposição; e consiste n'um factó verdadeiro ou supposto, mas que elle expressa como antecedentemente acontecido. Assim, se o testador formúla a disposição por estes termos — *Lego o escravo Stichó a Ticio, pois cuidou dos meus negocios, ou porque com o seu patrocínio me acho livre d'um crime*; ainda que Ticio nunca cuidasse dos negocios do defuncto, nem este fosse livre por sua diligencia, o legado tem inteira validade, como é expresso no §. 31. Instit. *de legatis*, e L. 17. §. 2. D. *de conditionib. et demonstrationib.*, por isso que a causa da disposição não é connexa com o legado, de sorte que este fique dependente da verdade ou falsidade d'aquella: *Quia ratio legandi legato non cohaeret*, L. 72. §. 6. D. *eod.*

É na verdade os homens simulão, ou practição disfarces e fingimentos, ainda mesmo nos casos serios e de maior gravidade. — *Frons, oculi, vultus persaepe mentiuntur; oratio vero saepissime*, Cicero liv. 1. *ad Q. Fratrem* Epist. 1. Por isso suppõem as leis que os testadores de proposito, e com sciencia de sua falsidade, empregão causas nas disposições, a que por esta razão as mesmas leis dão effeito, respeitando-lhes a intenção e vontade. Mas uma vez que haja prova bastante de ser a causa filha d'erro, ou de que o defuncto não legaria, se lhe conhecesse a falsidade, a disposição fica destituida de resultado, como decide a L. 27. D. *de conditionib. et demonstrationib.*, pois repelle neste caso o legatario da exigencia ou petição do legado pela excepção do dolo: *Plerunque doli exceptio locum habebit*. A razão de tal differença é manifesta: se a falsidade da causa foi conhecida pelo defuncto, subsiste a vontade de legar, e coherentemente o effeito da disposição; se a causa foi por elle reputada verdadeira, e é falsa, a vontade não existe, por isso que filha d'erro,

A L. ult. D. *de heredib. instituend.* offerece-nos

um exemplo mui notavel da nullidade da disposição em que a causa impulsiva está no erro do testador: « Androsthenees no primeiro testamento havia instituido sua sobrinha Pactumeia, á cerca da qual mais adiante correo fama de ter morrido juntamente com o pai. Androsthenees, movido com esta nova, fez segundo testamento, em que se exprimio por estes termos: — *Pois que não pude ter a herdeira, para quem havia destinado meus bens, instituo Novio Rufo*; disposição, que foi acompanhada de legados, morrendo o testador sem em nada a revogar. Appareceo depois Pactumeia; e pedindo ao Imperador a mantivesse na herança de seu thio, assim lhe foi decidido com o fundamento da intenção do defuncto virtual, no segundo testamento, em quanto diz não ter mudado sua primeira vontade, senão por força da opinião, em que estava, de ser morta a sobrinha, que tinha instituido, opinião, que evidentemente se mostrava filha d'erro. Foi-lhe porém ratificada a obrigação de satisfazer os legados do segundo testamento, pois que se não pôde provar nascerem da mesma origem. » Donde conclue Furgole, e, em nosso modo de ver, com a maior exactidão, que o erro d'uma parte do testamento não destróe mais do que essa parte, e de nenhum modo as outras, que não forão affectadas do mesmo vicio; pois que as differentes disposições contidas n'um testamento não se podem considerar indivisiveis, nem a nullidade d'uma d'ellas por isso impede a validade das restantes.

Tambem se a causa é enunciada em termos condicionaes, sua falsidade faz com que a disposição não tenha effeito. Assim legando eu um objecto a Ticio, se elle tiver cuidado dos meus negocios, a disposição não lhe aproveita, se em realidade me não prestou os serviços, que lhe puz em condição. O §. 31. *in fin.* Instit. *de legatis*, e a L. 17. §. 3. D. *de conditionib. et demonstrationib.* estabelecem claramente esta excepção á regra posta, de que a falsidade da causa impulsiva não annulla o legado.

Legado deixado com causa final ou sub modo.

§. 13. *Causa finalis, seu modus legato adjectus non impedit quominus illud statim peti possit, etc.* Diz-se que o legado é deixado com causa final ou *sub modo*, quando na disposição se expressa um fim, que se ha de cumprir, ou levar a effeito no futuro, por exemplo — *Deixo a Ticio esta casa, para me construir um mausoleo.*

O legatario, logo depois da morte do defuncto, póde exigir este legado, pois que lhe ministra os meios de realizar o fim, que o testador teve em vista, e que lhe determina o modo ou maneira d'applical-os em harmonia com sua vontade e intenção.

Mas como o legatario, recebendo o objecto legado, se obriga ao cumprimento do modo, e o herdeiro é o fiscal competente para que elle corresponda á vontade do defuncto, póde negar-lhe a entrega, em quanto não presta caução ou fiança para garantia do mesmo cumprimento: *Eas vero (causas), quae habent moram cum sumptu, admittemus cautione oblata: neque enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, — si monumentum fecerit; et eum, cui datum est, — ut monumentum faciat. L. 8o. D. de conditionib. et demonstrationib.*

Por tanto o legado, assim deixado e recebido, fica propriedade do legatario, ainda que onerada com o encargo ou obrigação do cumprimento do modo: logo é evidente que, morrendo aquelle antes d'este realizado, a obrigação de o cumprir se transmite aos herdeiros com o objecto legado. Durand *de conditionib.* p. 5. cap. 1. n. 7.

Si sub conditione potestativa negativa aliquid sit relictum, statim petitur, etc. Conclue-se da Lei, que ultimamente transcrevemos, que se o legado não é causal ou modal, mas condicional, não póde o legatario pedil-o, senão depois de realizada a condição. Tem porém esta regra uma notavel excepção, que por isso mesmo o A. aqui nos menciona. Procede ella, quando o legado é deixado, sob *condição potestativa negativa*, isto é, sob condição que prohibe ao proprio legatario fazer uma cousa, o abster-se da qual depende d'elle unicamente:

por exemplo, nesta fórmula — *Deixo tal objecto a meu filho, se elle se absteriver inteiramente do jogo*; neste caso logo depois da morte do defuncto pôde o legado ser exigido, offerecendo o legatario caução fideijussoria ou *Muciana* em segurança da restituição do objecto recebido, assim que falte á condição. L. 7. D. eod.

Segundo Cujacio, a razão, que faz se execute a disposição condicional com caução, é que nos casos, em que esta se admite, a condição é antes um modo, isto é, um encargo, ou obrigação imposta pelo testador, do que propriamente condição: *Modum potius, quam conditionem fuisse videtur*; o que faz que seja antes a vontade do testador, do que as palavras, de que usou, o que devemos attender para determinar a verdadeira natureza da condição negativa, entrando então nas clausulas negativas, aquellas, que se exprimem em termos affirmativos, mas que podem resolver-se em expressões negativas. Assim, por exemplo, se o defuncto disse no testamento: *Eu lego a Mevia tal objecto, se ella perseverar no matrimonio*; importa o mesmo, que se dissesse: *Eu lego a Mevia tal objecto, se ella se não divorciar de seu marido*.

Pelo rigor dos principios tal legado não podia ser util ao legatario, mas sómente a seus herdeiros, pois que aquelle até ao ultimo momento da existencia podia incapacitar-se de o lucrar, por inobservancia da condição, ou antes offensa do dever; de sorte que vinha a ser a morte do legatario o que o tornava effectivo, e por isso tão sómente proveitoso aos herdeiros. Dava porém este rigor pouca efficacia ao cumprimento da vontade do defuncto, e implicava ou era repugnante, por outro lado, com a idéa do favor, que sempre se suppõe no mesmo, com respeito á propria pessoa, a quem confere o legado. Foi por isso que Q. Mucio Scevola imaginou a entrega do legado logo na morte do defuncto, dando o legatario fiança para o restituir, não cumprindo a condição; donde veio chamar-se *Muciana* neste caso a caução fideijussoria, do nome do inventor. Esta jurisprudência, pelo que acabamos de ponderar, funda-se em razão solida; o que a fez adoptar entre

nós, como finalmente o A. nos averte: *Et hoc jure utimur; bona enim ratione nititur.*

Legado sob condição impossível, e designação da pessoa por signal injurioso.

§. 14. Como no Título V. desta 2.^a parte examinámos o effeito da condição fysica ou moralmente impossível, bem como o da indicação da pessoa por notas d'infamia, ou signaes injuriosos com respeito á instituição d'herdeiro; e esta doutrina é igualmente applicavel á disposição por legado e fideicommisso: aqui não nos repetimos, a exemplo do A.; o que do mesmo modo e pela mesma razão évitamos em quanto ao legado deixado em fôrma captatoria, e á cerca da nomeação do legatario, que o testador entrega á pura vontade d'outro.

Se o legado se transmite antes da condição.

§. 15. *Si sub conditione possibili quidquam sit relictum, ex ejus adventu pendet obligatio, etc.* É certo que a obrigação de satisfazer o legado, deixado sob condição possível, principia a existir no herdeiro, logo que esta se realiza, bem como o direito correlativo no legatario. Vem d'aqui por necessaria consequencia, que morrendo este depois do testador, e antes da condição realizada, o legado se não transmite; pois que ainda não é do legatario, ou ainda lhe não pertence, — *non pertinet*, como se explica a L. 45. §. 1. D. de legat. 2.^o, concordante a L. 5. §. 2. D. quando dies legat.: *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta: ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii*; o que encontra excepções, quando a condição é do numero d'aquellas, em que o Direito dispensa, ou tem por não escriptas, pois que então o legado se considera puro e simples, como decidem expressamente os §§. 3. 4. e 5. da Lei cit.

Fôra porém destes casos subsiste sempre a regra d'a condição suspender, ou não deixar que se fórme o direito do herdeiro, bem como o do substituído, legatário e fideicommissario, e que por isso, antes da mesma realizada, elles nada transmittão a seus herdeiros, pois que não pôde transmittir-se o que se não possui como proprio, caso em que está, como expozemos, o direito á successão *mortis causa*, em quanto pende a condição.

Pela mesma razão o legado, que é sujeito a duas condições alternativas, uma ou outra das quaes lhe dá effeito, não se torna transmissivel antes de realizada uma d'ellas. E até mesmo o que é deixado sem condição se não transmittit antes da morte do testador, pois que é esta um acontecimento essencial, de que depende a propriedade do legatario, e por isso o direito transmissivel.

Resulta desta doutrina, que a cousa ou objecto legado, antes de realizada a condição, é comprehendido nos bens da herança, podendo o herdeiro reivindicar-o, se d'elle se acha em posse um terceiro, e até mesmo havel-o do legatario, se já o tem em seu poder, em quanto não acontece a condição. Resulta da mesma sorte, que o herdeiro por todo o tempo referido faz seus todos os fructos do legado; com poder d'alienar-o, ainda que, sobrevindo o acontecimento ou condição, fique a alienação revogada, sem que se possa oppor ao legatario alguma das prescripções. E tão amplo é o effeito da suspensão do direito antes d'aquella realizada, que, se o testador lega ao seu devedor o que lhe deve, pôde o herdeiro obrigar este ao pagamento, ficando-lhe porém salva a faculdade de opportunamente o reclamar, e por isso a d'exigir do herdeiro, que se obrigue com caução a restituir-lh'o, logo que a condição se realize.

Jus autem illud eventuale, quod legatario post testatorem mortuo competit, etc. applica aqui o A. a doutrina, que antecedentemente estabeleceo a respeito do herdeiro condicional, ao legatario, para transmittir igualmente o direito eventual, morrendo depois do testador, e antes da condição.

Não negamos que o legado condicional dá uma esperança ao legatário, nem que esta mesma esperança seja para elle um direito. Ella porém, como já vimos, é por Direito Romano transmissivel nos actos *inter vivos*, mas não nas disposições *mortis causa*, em quanto se não fixão, ou não assentão, por assim dizer, sobre a pessoa, que suppõem viva; de sorte que, se a condição, que as suspende, se realiza depois de morta, ellas se tornão nullas, e assim sem effeito transmissivel.

Com tudo se a condição é tal, que sómente differe a execução, entendemos que o direito por morte do testador fica totalmente adquirido no legatário, e por isso transmissivel antes da existencia d'aquella, que neste caso sómente importa o tempo da exigencia da entrega ou pagamento; mas não quando ella constitue a formação do direito no objecto legado: tomando nós como fundamento o ser a vontade do testador virtual na disposição a que concede, ou não, que o legado se transmita, segundo a diversa natureza da condição. Concordante o *Cod. Civ.* de França artt. 1040. e 1041., que anteriormente examinámos.

Se a condição porém estabelece sómente o tempo da execução (declarando nossas idéas antecedentes), não podemos considerar como condicional o legado, mas como puro ou simples, deduzindo-se o direito ao objecto da morte e disposição do defuncto, e não do acontecimento ou condição. Por exemplo, se um lega as suas mercadorias, que chegarem da India em tal navio, o legado fica certo no objecto e no direito a elle, sem que dependa da chegada do navio; e por isso transmissivel aos herdeiros do legatário, que morre antes da mesma, ainda que antes d'ella não o possam exigir.

Por quanto dos termos, em que o testador redigio sua vontade, não se infere a intenção de legar condicionalmente, tornando dependente da chegada do navio, ou da condição, o direito ao objecto legado; nem tal dependencia, por não expressa, nós devemos presumir. Ao contrario se esta dependencia fosse expressa; pois que a chegada do navio formaria o direito do legatário, segundo a disposição, que sua morte antecedente

annullou, ou fez igualmente perecer, pela falta da pessoa, a quem unicamente a intenção do testador se dirigia.

Se o legado se pôde acceitar sómente em parte, e ser renunciado antes do dia ou condição.

§. 16. *Pro parte etiam legatum repudiari potest, quemadmodum hereditas*, etc. Estabelece o Sr. Paschoal primeiramente, que pôde o legatario acceitar uma parte do mesmo legado deferido, e repudiar outra parte, sem que por isso seja irregular a acceitação; o que parece conforme ao principio — *beneficium invito non datur*, que na sua extensão não comprehende sómente o direito de não querer o legado, mas tambem o de limitar a acceitação a parte d'elle.

Com tudo se o legado foi onerado pelo defuncto, achamos dar-se n'elle, para que seja indivisivel, a mesma razão, que já notámos dar-se na herança para se não poder adir sómente em parte; e que ainda quando absolutamente benefico, é a vontade do defuncto a unica medida do direito do legatario, a qual este não pôde alterar, devendo por isso acceitar ou repudiar o legado na sua totalidade: *Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare non potest. L. 38. D. de legat. 1.º*

Mas se o legatario se limitou expressamente á acceitação d'uma parte, terá por isso adquirido o legado na totalidade, ou deverá ser considerado como se nada acceitasse? A L. 75. D. *de acquir. vel omitt. heredit.* decide, que se o herdeiro instituido em ametade declara acceitar sómente a quarta parte da herança, fica como se nada fizesse, — *respondit, magis nihil actum esse*, ou sem direito a cousa alguma; donde se conclue que o mesmo deve ser com relação ao legado. Parece porém que o contrario se resolve na L. 58. D. *de legat. 2.º*. *Si cui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse: totum adquiret.*

Esta razão de differença entre a acceitação d'um legado e a d'uma herança seria mai difficil de se conceber, se na verdade existisse, o que certamente assim não é.

A Lei, que acabamos de transcrever, dispõe que o que aceita expressamente uma parte do seu legado, sem que expressamente rejeite o resto, acquire a totalidade; mas ella não falla do caso, em que o legatario manifesta a sua vontade precisa de não aceitar senão uma parte, renunciando as outras: logo a acceitação expressa d'uma parte importa a tacita das restantes, em quanto se não explica, o que é differente do caso, em que o legatario se explica expressamente sobre a não acceitação das restantes; pois que então por virtude da indivisibilidade do legado, elle nada acquire e nada faz; — *nikil agit*, segundo a expressão das Leis, ou como se explica Furgole. « Este procedimento do legatario, não valendo para as porções repudiadas, é inutil para aquella, que elle aceitou; por isso que o legado é indivisivel, em razão de ser indivisivel a vontade do defuncto, a que deve corresponder a acceitação inteira ou indivisivel do legatario. »

A prohibição de se limitar a acceitação a parte do legado dá-se não sómente se é restricto a uma cousa individua, mas tambem quando comprehende muitos objectos reunidos como universalidade: tal é o legado d'um rebanho, o d'um peculio, o d'uma guarda roupa, o d'uma baixella e outras cousas semelhantes: *Grege autem legato, non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari; quia non plura, sed unum legatum est: idemque dicimus peculio legato, aut veste, aut argento, et similibus. L. 6. D. de legat. 2.º*

Mas como os direitos activos do defuncto, por sua morte, se dividem *ipso jure* pelos herdeiros; logo que morre o legatario, ainda mesmo antes de ter feito acceitação, se deixa muitos herdeiros, pôde um d'estes repudiar a parte, que lhe cabe no legado, e aceitar cada um dos outros a sua: *Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes ejus possunt; ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet. L. 38. D. de legat. 1.º*

Igualmente se o testador ou defuncto deixa muitos legados distinctos a uma mesma pessoa, pôde o legatario aceitar um, e repudiar todos os outros: *Sed duobus*

bus legatis relictis; unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, respondetur. L. 5. D. de legat. 2.º

O que procede, ainda que a mesma pessoa seja contemplada com legados differentes na mesma disposição, como se o testador se explica por esta frase — *Lego uma casa, um campo e um cavallo a Sempronio*; pois que ha n'ella tantos legados, quantos são os objectos, o que faz ter o legatario direito d'acceitar um, e repudiar todos os outros: *Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt: si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum est. L. 2. D. eod.*

Mas se o defuncto onerou algum legado, não pôde o legatario repudial-o, e acceitar os que não forão onerados: *Sed si unum ex legatis onus habet, et hoc repellatur, non idem dicendum est. L. 5. in pr. D. eodem.* Por exemplo, o legatario d'um prédio e d'uma somma de dinheiro, deixada sob condição de dar liberdade a um escravo, não pôde acceitar o prédio, sem que acceite o dinheiro. *L. 22. D. de fideicommiss. libertat.*

Et in totum renuntiari, quamvis sub conditione, vel ex die certa sit relictum, et quidem antequam dies veniat, vel conditio impleatur. Estabelece o A. nesta segunda e ultima parte do §., que sendo o direito ao legado dependente de condição, *sub conditione*, ou da chegada de dia certo, *ex die certa*, pôde o legatario renuncial-o antes do dia ou condição.

Esta doutrina porém é opposta e inteiramente contraria ao systema de Direito, que se contém do modo o mais manifesto não só na disposição da *L. 45. §. 1. D. de legat. 2.º*, transcripta na nota do A.: *Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat, vel conditio existat*; mas tambem na maxima: *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest, L. 174. §. 1. D. de regul. jur.*; a qual dispondo, que se não pôde renunciar o que se não pôde acceitar ou querer, ainda que para isso se dê vontade, estabelece um principio o mais conforme á razão, em nosso modo de ver, e por isso

de todos os tempos e paizes. Por quanto renunciar ou repudiar é abdicar a propriedade, a qual se não dá no legatario, por exemplo, antes do dia certo ou condição: logo sua renúncia ou repudio nestas circumstancias são actos perfeitamente irrisorios, que não podem ter effeito e abrigal-o efficaçmente.

Adcedit, quod in fideicommissis sub conditione relictis locus est transactioni, etc. Argumenta o A. no fim da nota com a disposição da L. 1. C. *de pactis*, segundo a qual a incerteza da condição póde ser terminada, ou reduzida a certeza por transacção entre as partes interessadas, donde conclue por identidade de razão, que póde a mesma incerteza ser terminada pela renúncia nos legados: *Nam quae res transactionem admittunt, renuntiationem quoque admittere videntur.*

Não é porém sómente a cit. L. do Codigo, que admite a transacção para se poder terminar a incerteza da condição nos fideicommissos, que o A. tinha para argumento de que a mesma transacção procede em iguaes circumstancias nos legados, pois que assim expressamente o decide a L. 21 §. 4. D. *de pact.*: *Filius-familias de eo, quod sub conditione legatum est, recte paciscitur.* Mas de se permittir ao legatario *ex die* ou *sub conditione* fazer um pacto com o herdeiro, ou para tornar o legado puro e simples, ou para não lhe ser entregue, não se segue ou conclue, que elle o possa acceitar ou repudiar efficaçmente, antes que o dia ou condição seja chegada; pois que ha grande differença entre a acceitação ou repudio, e um contracto qualquer.

A acceitação e repudio são actos que o legatario faz por si só: e como seu objecto é ou receber e querer, ou abdicar a disposição feita em seu favor, é necessario que esta lhe esteja já deferida pela chegada do dia, e existencia do acontecimento ou condição; pois que d'outra sorte ninguem dirá, que elle fez aquisição, ou que se despojou de cousa alguma. A convenção ao contrario faz-se entre o legatario e o herdeiro; é um contracto verdadeiro e propriamente assim dito. E como se póde contractar tanto á cerca de bens, ou objectos, a que se tem expectativa incerta, como a respeito d'aquel-

les, em que se dá uma propriedade ou direito existente, não se pôde duvidar de que um legado, cuja condição está suspensa, possa ser materia de pacto valido e efficaz, como em poucas palavras distingue Favre: *Aliud est repudiare legatum conditionale, aliud est de eo pacisci: repudiantur delata; paciscimur etiam de non delatis.*

Finalmente a acceitação e renúncia são dous actos contrarios entre si, sujeitos ás mesmas regras pelo principio — *contrariorum eadem est disciplina*; donde vem que sómente pôde repudiar o legado o que o pôde adquirir: *Is potest repudiare, qui et adquirere potest*, L. 18. D. de *acquir. heredit.* Mas o legatario, que antes do dia certo ou condição declara expressamente que acceita o legado, nem por isso o adquire: logo se tambem nas mesmas circumstancias declara que o renúncia, não o perde quando chega o dia ou condição, tornando-se assim tal renúncia irrisoria, inefficaz e sem effeito.

Se o que resta das cousas legadas, que perecerão, é devido ao legatario.

§. 17. *Quod rei legatae interitu illius legatum extinguatur, tam certum est, quam quod certissimum.* Estabelece primeiramente o A. como doutrina incontestavel, que perecendo a coisa ou objecto legado, acaba inteiramente a obrigação do herdeiro, e por isso o direito correlativo do legatario; o que entendemos procedente tanto no caso, em que a coisa perece em vida do testador, pois que não devia o legado, como no em que se extingue depois da sua morte, uma vez que não interviesses dolo ou culpa do herdeiro, pelo principio — *casum nemo prestat*, e conforme a decisão da L. 26. §. 1. D. de *legat.* 1. : *Si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legatarii conditio*; ainda mesmo que o herdeiro se ache em mora, quando a coisa deveria perecer sendo entregue ao legatario, pois que ainda neste caso procede aquelle principio, como reconhece o *Cod. Civ.* de França art. 1042. na segunda disposição: *« Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.*

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eut également dû périr entre les mains du légataire. »

Pela primeira disposição d'este art. os restos da cousa que perece pertencem ao legatario, pois que a caducidade da disposição unicamente se dá, quando a cousa acaba totalmente, ou sem que d'ella nada reste, o que concorda com a opinião do A. na segunda parte deste §. e nota correspondente, com a qual nos conformamos, ainda que lhe é contraria a dos Jurisconsultos, como a mesma nota expõe.

Distinguem elles desta sorte no caso de muitas cousas legadas: ou ellas são igualmente principaes, *aeque principales sunt*, isto é, independentes umas das outras; ou uma d'ellas principal, e as outras accessorias. No primeiro caso concordão em que, perecendo uma, todas as outras se devem ao legatario, pois que são tantos os legados, quantas as cousas legadas. No segundo porém, ou perecendo a cousa principal, seguem que o legado se extingue, por isso que os accessorios tomão a sorte e natureza do principal.

Quo pertinent sequentia exempla. Illustra o Sr. Paschoal esta doutrina com exemplos e argumentos tirados do §. 17. *Instit. de legatis*. Se a escrava foi legada com seus filhos, e morre em vida do testador, os filhos na morte deste pertencem ao legatario, — *partus legato cedunt*. Igualmente se o escravo *ordinario* foi legado com os seus *vicarios*, isto é, segundo Theofilo na *Parafrase*, se o escravo foi legado com os escravos, que tinha, ou que lhe estavam sujeitos, e morre, os escravos *vicarios* deste são proprios do legatario, — *vicarii legato cedunt*, pela razão de Boehmero na *nota a este §. da Instituta* de que os filhos da escrava existem por si mesmos depois do seu nascimento, e formão por isso um principal, e não o accessorio da mãe; o que do mesmo modo acontece com os escravos *vicarios* para com o seu *ordinario*, pois que existem por si, e sem que deste dependão.

Et contrario legato servo cum peculio, vel fundo

cum instrumento, etc. Para prova de que extinto o principal, os accessorios ou sequelas do mesmo se não devem, argumentão, como também refere o A., com o mesmo §. da *Instituta*, quando dispõe que se o escravo, que foi legado com o seu peculio, perece, ou é manumittido e alienado pelo testador, o herdeiro não deve então o peculio, como accessorio, e não igualmente principal com o escravo: *Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur*. Precede o mesmo para os instrumentos ou utensilios rusticos se não deverem, quando o testador aliena o prédio, que com elles foi legado, pois que também o seguem como principal: *Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, et instrumenti legatum extinguitur*; disposição esta da *Instituta* concordante com a L. 5. D. *de instr.*, e adoptada no Código de Frederico p. 2. liv. 8. tit. 2. §. 48. *ibí*. « Quando a parte do legado, que resta, não é mais que um accessorio da coisa principal, que tem sido legada, e tal, que não póde subsistir só, o legado é nullo quanto a este accessorio, quando pérece a coisa principal.

« Assim, quando o testador tem legado um cavallo com a sella e xarel, se o cavallo morre, a sella e o xarel não são devidos ao legatario. Do mesmo modo, quando um fundo foi legado com o que é necessario para a cultura e colheita, ou uma casa mobilada, se o testador vem a alienar o fundo, ou a casa sem os moveis, o legatario não tem direito a estes.

« Ao contrario, se o legado consta d'universalidade, e uma parte perece, o herdeiro é obrigado a entregar ao legatario a que resta. Assim, quando o legado consiste em 100 ovelhas, se morrem 99, o herdeiro deve entregar a centesima, porque o rebanho subsiste ainda nesta ovelha, sendo taes universalidades sujeitas a augmento e diminuição.» Concordante o §. 18. *Instit. de legatis*: *Si grex legatus fuerit, et postea ad unam ovem pervenerit; quod superfuerit, vindicari potest*.

• Quando o testador tem legado uma vacca e seu

novillo, o herdeiro é obrigado a entregar este, ainda que aquella seja morta, porque são duas cousas differentes e principaes, e por consequencia são dous legados.

« Quando se tem legado, uma coisa de uma certa especie, ou certo genero, por exemplo, um cavallo em geral, sem o designar ou determinar individualmente, e são mortos todos os cavallos do defuncto, á excepção d'um só, subsiste neste o legado; mas se todos os cavallos forem mortos, o legado por isso mesmo se extingue ou fica nullo. » Vemos pois adoptado integralmente no *Cod. de Frederico* todo o Direito Romano neste assumpto.

Ego vero, posthabita distinctione inter res legatas aeque principales, vel non, in ea opinione sum, etc. Despreza o Sr. Paschoal as distincções referidas, porque a força do legado não provém d'ellas, mas sim e tão sómente da vontade do testador, cuja intenção foi dar proveito ao legatario; por tanto, se o que resta do legado pôde ser util ao mesmo, tem elle direito a exigil-o, e o herdeiro obrigação d'entregalo; sendo contraria á razão a sentença do jurisconsulto Paulo na *L. 49. D. de legat. 2.*: *Mortuo bove legato, neque corium, neque caro debetur*; por quanto estes restos do boi morto podem dar utilidade ao legatario, a quem por isso pertence o direito d'exigil-os ou rejeital-os. O que se harmoniza com o systema de Direito, que manda dar ás disposições o valor, que é possível, quando o não podem ter todo, e o cumprimento possível á vontade do defuncto, quando não pôde ser integralmente cumprida: *Ut quae non valent modo, quo fiunt, valeant modo, quo valere possunt; et voluntas, quae in totum non potest sortiri suum effectum, sortiatur ea parte, qua possit.* Concordante o *Cod. Civ. de França* cit. art. 1042. na 1.^a disposição, que antecedentemente adoptamos e expozemos.

Não é porém tão sómente o perecimento total do objecto legado que extingue a obrigação do herdeiro, além das já examinadas causas, a indignidade do legatario, a sua morte anterior á daquelle, a falta do cum-

primento da condição ou do modo expresso na disposição, e o lapso do tempo fixado pelo defuncto; pois que o direito do legatario ainda acaba pela revogação expressa ou tacita, que este fez, L. 8. D. *de adim. vel transf. legat.*, assim como pela prescripção de 30 annos, Boehmero *de act.* 8. 2. cap. 3. §. 69.; pois a acção, que cabe ao legatario, é pessoal em razão da obrigação do herdeiro, que o mesmo contrahio pela adição da herança.

O que é fideicommisso universal e singular

§. 18. *Fideicommissa vel universalia sunt, quibus hereditas ab instituto relinquitur verbis precativis, et titulo universalis, . . . vel singularia, quibus res privata eisdem verbis relinquitur, etc.* Satisfazendo ao segundo objecto deste Titulo, tracta agora o Sr. Paschoal dos fideicommissos, os quaes, do mesmo modo que os legados, se dividem em universaes e singulares: aquelles, quando tem por objecto uma porção da herança, uma quota parte de bens, ou muitas cousas distinctas; estes, os que deixão uma só cousa ou corpo, ou ella seja tal natural e fysicamente, como uma casa, um campo, um escravo, ou reputada assim no sentir e pensamento das leis, ainda que conste de muitas cousas separadas e distinctas, como um rebanho, uma parelha de cavallos, uma baixella, pois que formão moralmente um corpo só, ainda que muitos fysicamente a componhão. Quando o legado ou fideicommisso universal abrange muitas e differentes cousas, ou determinadas na qualidade, como os moveis, por exemplo, ou na quantidade, como a terça ou quarta parte dos bens. Assim o legado em ambas as suas especies não differe, em quanto ao objecto, do fideicommisso em ambas as especies tambem; mas differem entre si no modo, por que um e outro são deixados. O legado, como antecedentemente dissemos, não aproveita ao herdeiro; quando o fideicommisso parte directamente do defuncto para o fiduciario, a quem, em primeiro gráo, aproveita, e deste para o fideicommissario, que o recebe em algum tempo indirectamente d'aquelle, ou do defuncto e committente.

Verborum igitur formulis etiamnum differunt legata et fideicommissa: re enim ipsa, et effectum omnia aequata sunt jure Romano et Patrio. Nesta parte final do §., em harmonia com as expressões da primeira — *verbis precativis*, resolve o A., que o fideicommissum differre do legado em razão das palavras, por que é deixado, pois que as deste são imperativas, e as d'aquelle precativas; o que é o mesmo que dizer, que o defuncto no legado manda ao herdeiro que dê, quando no fideicommissum sómente lhe pede; no que não podemos concordar.

Por quanto, ainda que no principio não se podia substituir, ou deixar fideicommissum, senão por termos precativos, o que fez que esta especie de disposição fosse chamada, ou tivesse o nome de substituição precaria — *precariam substitutionem*, L. 16. C. de pact.; tal jurisprudencia foi mudada pela L. 2. C. commun. de legat. et fideicommiss., segundo a qual podem indifferentemente na disposição empregar-se termos imperativos, *jubeo*, ou precativos, *rogo*, ou quaesquer outros, com tanto que delles resulte a manifestação clara e precisa da vontade de substituir no defuncto: *Omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis; quale est jubeo forte, sive precariis utatur testator, quale est rogo, volo, mando, fideicommitto*; concluindo finalmente Justiniano por estas expressões: — *Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.* Do que resulta que a differença do legado ao fideicommissum está sómente em que o fiduciario restitue depois de certo tempo, ou no da sua morte; o que não acontece no legatario, *pr. Instit. de sing. reb. per fideicom. relict.* Concorda o *Digest. Portug. tom. 3. art. 1689.*

Até mesmo é indifferente que os termos ou palavras sejam improprias, pois que uma vez que a vontade de substituir fideicommissariamente se conheça, ella se deve entender de modo, que faça valer a disposição. Por isso é que a L. 114. §. 6. D. de legat. 1. resolve que ainda que se não possa encarregar validamente alguém de nomear um terceiro seu herdeiro, as palavras — *Eu vos peço que nomeeis Ticio vosso herdeiro* — formão um fidei-

commissio, que obriga o gravado a restituir por sua morte a herança do testador, mas não a sua propria. L. 17. D. *ad Senatusconsult. Trebellian.* Assim tambem, se o testador se explica por estes termos: — *Instituo Ticio, e depois que elle tiver accetado minha heranca, eu instituo seus filhos*, ainda que as palavras — *eu instituo* — sejam directas, ellas formão uma substituição obliqua em utilidade dos filhos, pois que não é possível dar lhes outra significação para levar a effeito a disposição, não obstante o serem ellas improprias.

Cabe porém advertir, que ainda que toda a herança possa ser objecto de fideicommissio, e que toda ella se possa dividir em legados a cargo dos herdeiros *ab intestato*; toda a herança, fallando propriamente, não pôde ser objecto d'um legado: pois que deixar directamente toda a herança, é excluir os herdeiros legitimos ou *ab intestato*, e instituir um testamentario e não legar-lhe; porque neste caso não haveria herdeiro, nem legitimo, nem testamentario, que lhe fizesse a entrega, que se requer no legado.

Assim como que o fideicommissio pôde ser tacito; e tal é quando o testador impõe ao herdeiro a condição de não alienar *inter vivos*, nem dispor da herança *mortis causa*; pois que assim tacitamente faz passar a herança do herdeiro, para os seus herdeiros legitimos, que vem a ser substituidos, sem que sejam expressamente mencionados.

Fideicommissis etiam nos utimur moribus magis, quam legibus, etc. Pondera o A. na nota, que nossas LL. se não occupão largamente desta especie de disposição, mas que nossos costumes a adoptarão, e isto pelo menos desde o principio do seculo 14.º; pois que, além d'outros testamentos, o da Rainha Santa Isabel contém um fideicommissio da sua corôa de esmeraldas em favor da Rainha D. Beatriz, substituindo-lhe a Infanta D. Maria sua filha, e neta da testadora. Santa Isabel empregou palavras precativas; mas é certo que ellas não formão a natureza e essencia deste fideicommissio, a qual está na manifestação da vontade de que D. Beatriz fiduciaria restituísse na aortesá Infanta indicada para fideicommissaria.

Fideicommissio convencional.

§. 19. *Relinquit potest fideicommissum non solum testamento et codicillis, ut regulariter fieri solet, sed etiam per contractus inter vivos, etc.* Estabelece o A. que, entre nós, a substituição fideicommissaria não só pôde ser feita em disposição d'ultima vontade, mas por acto *inter vivos*, isto é, por contracto ou convenção; o que entende ser conforme com o Direito Romano na L. 37. §. 3. D. *de legat. 3.*, doutrina, em que não podemos concordar.

Segundo o Direito antigo, a substituição fideicommissaria sómente podia ser feita em acto d'ultima vontade, isto é, por testamento, codicillo e doação *mortis causa*. Todas as LL. do Digesto, que tem por objecto os fideicommissos, não fallão d'elles, senão com relação aos tres actos referidos, donde vem o permittir-se dispôr por fideicommissio unicamente aos que tem a faculdade de testar: *Sciendum est eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.* L. 2. D. *de legat. 1.* E ainda que as LL. 21. e 37. §. 3. D. *de legat. 3.* concedão fazer substituições por um simples aceno com a cabeça, *nutu*, ou escrevendo a expressão em carta missiva, *epistola fideicommissaria*; n'estes mesmos actos ou fórmias as substituições se consideravão sempre feitas por codicillo, como pondera Cujacio sobre a primeira das leis citadas: *Hæc omnia vicem codicillorum obtinebant.*

Facilmente se concebe o motivo, por que as substituições fideicommissarias se restringião a actos d'ultima vontade; e consiste em formarem ellas por sua natureza disposições *mortis causa*. Do que temos duas provas as mais concludentes e seguras: e vem a ser a 1.^a, que taes disposições dão favor a pessoas, que não tem parte ou não figurão nos actos, em que são feitas, o que certamente não acontece nos actos *inter vivos* ou nos contractos; consistindo a 2.^a em serem ellas revogaveis segundo o Direito Romano.

Produz o Sr. Paschoal em contrario, ou para argumento do Direito antigo, permittir o fideicommissio

convencional a especie da L. 37. §. 3. D. *de legat. 3.*, a qual é que tendo um pai emancipado seu filho, lhe fez doação dos bens todos com excepção de dous escravos, estipulando que restituiria aquelles a quem elle designasse ao tempo da sua morte. Neste tempo escreveu o pai carta fideicommissaria, rogando ao filho restituísse a pessoas designadas uma porção de dinheiro; mas como elle não foi herdeiro do pai, houve razão de duvidar-se da obrigação de restituir. Proposta esta especie ao Jurisconsulto Scevola, sua opinião foi affirmativa da validade do fideicommisso. Mas que se conclue do exposto? Nada mais, em nosso modo de ver, senão que se póde fazer doação *inter vivos* de todos os bens, reservando a faculdade de dispor d'elles *causa mortis*; mas que esta disposição ha de ser feita em acto d'ultima vontade ou codicillo, pois outra cousa não foi a epistola da especie examinada: *Lucio Ticio filio suo salutem. Certus de tua pietate, fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et Lucrionem servum meum liberum esse volo.* Logo a L. cit. não se oppõe ao systema de Direito, que restringe a substituição fideicommissaria aos actos d'ultima vontade.

Com tudo esta jurisprudencia foi alterada, permitindo o Direito novo as substituições convencionaes ou *inter vivos*, como resolve a L. 3. C. *de donationib.*, *quae sub modo*, o que em França foi adoptado pelos costumes, passando depois a ser Direito escripto na Orde-nança de 1774, pois que supposto não contenha art. expresso, o preambulo se enuncia ou explica por um modo, que o suppre: « *Les substitutions fideicommissaires peuvent se faire également par l'un ou par l'autre genre de disposition;* » jurisprudencia, que o Cod. de Napoleão revogou, como em outro lugar notámos.

Entendemos porém, que entre nós não podem valer, por nullas, as substituições ou fideicommissos convencionaes, pois contem pacto de succeder, ou sobre herança d'homem vivo, que já vimos ser nullo e reprovado expressamente em nossas LL., ficando assim restrictos os fideicommissos ás disposições *mortis causa*; por consequencia sujeitos a todas as formalidades que de-

vem dar-se nos actos, que os contêm, para terem validade. Não negamos porém que se possam dar os bens em vida, com reserva de dispôr d'elles por morte.

Cumpra acrescentar á doutrina, em verdade escassa, do A. sobre o objecto, que nos occupa, mas em outras relações, que o fideicommisso particular, tendo por objecto uma coisa especial, e não uma quantidade da successão ou herança do substituinte ou fideicommitente, toma a natureza do legado particular, e é sujeito por isso ás mesmas regras. Assim o substituído ou fideicommissario não é successor universal, não occupa lugar d'herdeiro, *non est loco heredis*; donde se infere, que elle não é pessoalmente sujeito ás dividas do substituinte; e tanto, que a L. 57. D. *de legat. 1.* lhe dá em garantia uma acção contra o herdeiro, se os crédores o privão da coisa ou objecto da substituição, que lhes foi hypothecada especialmente.

O fideicommisso porém, que nós chamamos universal, e que os Romanos dizião — *fideicommissaria hereditas*, comprehende a totalidade ou uma quantidade da herança do substituinte, e faz por isso que o fideicommissario se assemelhe em certas relações com o herdeiro; *heredis loco habetur*, diz a L. 44. §. 1. D. *ad Senatuscons. Trebellian.*, sendo, como este, successor universal, tanto em todos os direitos activos, como nos passivos da herança, do mesmo modo que o legatario universal, ou d'uma quantidade da successão.

Tambem o substituído conditionalmente, antes de realizada a condição, não tem mais que a esperança de succeder; donde vem, que em todo o tempo antes d'aquella existir ou acontecer, não pôde o mesmo intentar alguma acção com fundamento em direito adquirido. Pôde porém pedir, que o herdeiro caucione a conservação do legado, salvo se o testador o desobrigou expressamente d'esta caução. LL. 14. e 18. D. *ut leg. serv. caus. caveat*.

O creado com o fideicommisso, ou o fiduciario é proprietario; mas como elle só tem esta qualidade por um tempo determinado, deve proceder como hom pai de famílias, isto é, deve, em quanto á conservação do

objecto da substituição, applicar o mesmo cuidado e diligencia, que ordinariamente põe nos negocios, que lhe são proprios perpetuamente. Se o não faz, é responsável pelo damno, que resulta ao substituido ou fideicommissario, logo que se dá o seu direito á exigencia da entrega do objecto deixado, mas responsável nos limites da culpa lata, ou pela omissão da diligencia ordinaria: *Culpas plane reddere rationem; sed ejus, quae dolo proxima est.* L. 22. §. 3. D. *ad Senatusconsult. Trebellian.*

Quando porém o fiduciario é obrigado a restituir não só a coisa ou o objecto, mas os fructos ou rendimentos, não é elle responsável senão pelo dolo formal, ou rigorosamente assim dito, — *dolum malum*; por isso que tal disposição em nada lhe aproveita, e tão sómente o onera e incommoda. L. 108. §. 12. D. *de legat. 1.º*

A abertura ou o deferimento da substituição fideicommissaria regularmente provém da morte do testador ou defuncto, e da realização do acontecimento ou condição, caso, em que o direito ao objecto se transmite, ou passa *ipso jure* para os herdeiros do substituido. L. 5. e L. 3. C. *quando dies legator. vel fideicommiss.* Mas se este morre antes da substituição deferida, nada transmite a seus herdeiros, pois que a disposição caducou, cit. L. 5. D. *quando dies*, e L. 17. D. *de legat. 2.º*

É maxima constantemente seguida, que o simples deferimento ou abertura do fideicommissão por si só não faz o substituido nem proprietario, nem possuidor, nem habil para haver os fructos do objecto deixado, provindo-lhe a propriedade da acceitação, e o direito aos fructos do tempo da exigencia, consistindo por isso o transmissivel anterior em os herdeiros acceitarem, exigirem e tomarem entrega da coisa fideicommissada; o mesmo que procede com o legado, porque, como vimos, o fideicommissão sómente differe deste no modo, por que é deixado.

Tambem por isso mesmo o fideicommissario, para haver a tradição ou entrega, tem uma acção pessoal, e bem assim a real e hypothecaria.

Extingue-se o fideicommissão igualmente ou do

mesmo modo que o legado, pela falta da condição, o que decide, além d'outras, a L. 21. D. *quando dies legat.*; assim como quando o chamado, ou o fideicommissario, ao tempo da morte do defuncto, não existe ou se acha incapaz de succeder. L. 17. D. *de legat. 2.*, L. 10. §. 1. D. *de his, quae ut indign.*, L. 98. D. *de condit. et demonstr.*

É evidente que a substituição fideicommissaria se extingue ainda pela revogação expressa ou tacita, feita pelo fideicommittente, pois que é ella disposição *mortis causa*; assim como que a renúncia do substituido produz o mesmo effeito.

Em quanto a esta porém, tem lugar algumas distincções. Se a substituição já está deferida ou aberta, isto é, se está tão sómente dependente da acceitação, a renúncia do fideicommissario, uma vez feita, é irrevogavel, L. 26. C. *de fideicommiss.* Mas se não se acha deferida, cabe então distinguir: ou ella é feita em fórmula de pacto e convenção; ou por modo simples e puro.

No primeiro caso a renúncia é válida inteiramente, e as convenções, em que ella tem sido feita, devem ter perfeita execução, sem que importe que a condição do fideicommissio venha a falhar no futuro, ou a cumprir-se. L. 21. §. 4. D. *de pact.*, L. 1. e 16. C. *eod.*, L. 11. C. *de transactionib.*

No segundo caso porém é a renúncia nulla e irrisoria, por isso não produz effeito algum; donde vem o não poder ella obstar ao substituido para acceitar o fideicommissio logo que lhe é deferido, como já vimos expresso na L. 45. §. 1. D. *de legat. 2.º*, e o Direito Francez artigo adoptou na Ordenança de 1747: « *Celui qui aura été appelé à une substitution fideicommissaire, pourra renoncer, soit après qu'elle aura été ouverte à son profit, soit avant que le droit lui en soit échu; mais dans ce dernier cas, la renonciation ne sera valable, que lorsqu'elle sera faite par acte passé devant notaire avec celui qui se trouvera chargé de la substitution, ou avec le substitué qui sera appelé après celui qui renoncera.* » Mas a renúncia não exclue senão o mesmo fideicommissario, que a faz, e acaba ou faz perecer sómente a disposição, quando elle é o unico substituido. Por

isso, se o filho é chamado depois do pai, e este renunciava, nem por isso aquelle se entende renunciar, nem em consequencia extincto o fideicommisso. L. 26. C. de fideicommiss.

Finalmente se a coisa fideicommittida perece, mas, em nossa opinião, se perece totalmente, ou se nada resta, que o substituido possa e queira aproveitar, extingue-se a substituição, se para isto, como dissemos em quanto ao legado, não concorreo dolo ou culpa do gravado ou herdeiro. L. 26. §. 1. D. de legat. 1.º, L. 22. §. 3. D. ad senatusconsult. Trebellian.

Que o herdeiro fiduciario, restituída a herança, acaba de ser herdeiro.

§. 20. *Heres fiduciarius, qui rogatus fuit hereditatem restituere, ea restituta, heres jam non est*, etc. Estabelece o A., que o herdeiro fiduciario, logo que restitue a herança ao substituido, deixa de ser herdeiro, não podendo desde então intentar acção alguma fundada em direito activo proveniente d'aquella, nem ser demandado pelo passivo da mesma, por isso que, entregando-a em cumprimento da disposição do defuncto, acaba de ser em actualidade seu successor universal, qualidade, que desde então existe no substituido, o unico por isso mesmo, a quem cabe sustentar os direitos, e responder pelas obrigações, que o fiduciario directamente lhe passou, e elle por este recebeo indirectamente do testador.

Aliter jure Romano, etc. Tanto nesta ultima parte do §., como na nota correspondente argúe o Sr. Paschoal de contrario á razão o Direito Romano, em quanto considera herdeiro o fiduciario, ainda depois da entrega da herança, e sujeito como tal ás acções dos crédores da mesma.

Parece-nos porém ser mais exacto dizer, que houve um tempo, em que o herdeiro fiduciario esteve em tal situação, como diz a cit. L. 88. D. de heredib. instit.: *Non potest adjectus efficere, ut qui semel heres existit,*

desinat heres esse; e que a este tempo se refere o §. 3. Instit. de fideicommissariis hereditatibus: Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet, com os effeitos de ser o herdeiro quem demandava os direitos, e respondia pelos encargos da herança restituída: mas que este tempo acabou antes de Justiniano; pois, como vemos no §. 4. Instit. eod., o Senatusconsulto Trebelliano, promulgado sob o imperio de Nero, sendo consules Trebellio Maximo e Anneo Seneca, ordenou que em todo o fideicommissão universal as acções, até alli intentadas pelo herdeiro e contra elle, passarião ao fideicommissario por effeito da restituição ou entrega da herança: *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annæo Seneca Consulibus, Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili heredi, et in heredem competere, ei, et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas.*

Neste periodo mudou inteiramente a jurisprudencia Romana, demandando e sendo demandado o herdeiro fiduciario unicamente antes da restituição da herança, uma e outra cousa por meio das *acções directas*, ou de *Direito civil stricto*; mas depois da herança restituída, as mesmas acções, tanto activas, como passivas, distinctas sómente d'aquellas em razão da qualidade d'*uteis*, ou fundadas na equidade, têm logar no substituído, considerado na razão d'herdeiro ou como tal: *Praetor utiles actiones ei, et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi, et in heredem dare coepit. Cit. §. in fin. Instit.*

Por tanto, prescindindo das subtilezas na differença entre as *acções directas* e *uteis*, e da ficção do fideicommissario como, ou *quasi*, e não herdeiro, a ultima jurisprudencia dos Romanos é a que o Sr. Paschoal e a boa razão approvão, dando ao fideicommissario restituído a qualidade de herdeiro, e os effeitos da mesma, para ser sómente elle demandado, e demandar como successor actual e verdadeiro do defuncto.

Tomando em attenção o ultimo marcado periodo, aberto

aberto pelo *Senatusconsulto Trebelliano*, cessa toda a incoherencia attribuida ao Direito Romano na nota do *A.*, em razão da *L. 1. §. 4. D. ad Senatuscons. Trebellian.*; pois que não podendo o herdeiro demandar e ser demandado depois da restituição, justo e coerente é repellil-o pela excepção *restitutae hereditatis*, intendendo elle acção; bem como repellir elle pela mesma toda a acção, que o considera herdeiro. Assim cabem unicamente contra o periodo primeiro, ou legislação mais antiga, as expressões de *Schiltero*, com que o *A.* fecha a nota: « *Iniquum est, eum, qui restituit et dominium, et possessionem, adhuc sub praetextu retenti directi dominii, hoc est, in mero nomine et fictione, non in rei veritate consistentis, vexari posse actionibus hereditariis.* »

Da quarta parte Falcidia.

§. 21. *Ad legata etiam pertinet Lex Falcidia, Augusti temporibus lata, etc.* A palavra — *falcidia* tem diferentes significações. A *L. 8. §. 9. e 11. D. de inoffic. testam.*, bem como a *L. 31. C. eod.*, e a *L. 5. §. 3. C. ad legem Juliam majest.*, a empregão para designar a legitima devida aos filhos sobre os bens dos pais e mãis. Outras Leis a tomão pela *quarta trebellianica*: taes são particularmente a *L. 1. §. 19.*, *L. 16. §. 9.*, e *L. 22. §. 2. D. ad Senatusconsult. Trebellian.* Mas propriamente não se entende por *quarta falcidia*, senão a porção, que os herdeiros testamentarios, onerados com legados excessivos, podem retêr; sentido, em que aqui unicamente a consideramos.

A Lei das doze Taboas havia concedido aos testadores um poder amplo para disporem de toda a sua herança em legados, poder, que ao diante por diferentes modos se contrahio. Primeiramente a Lei *Furia* prohibio legar em favor da mesma pessoa mais de mil escudos d'ouro, condemnando á restituição do quadruplo o legatario, que recebesse um excedente qualquer a esta somma. Veio depois a Lei *Vocouia*, dispondo que

cada legatario não poderia ter mais do que o herdeiro. Mas como a cada passo se illudião estas disposições, o povo Romano lhes substituiu a Lei *Falcidia*, chamada assim do nome do Tribuno, que lha propoz.

Esta Lei (que foi promulgada sob o governo d'Augusto, como se vê em Isidoro *Originum* liv. 5. cap. 15.) continha muitas disposições, o que insinuão as LL. 81. §. *ult.* D. e 16. *ad Legem Falcidiam*: mas não se encontra senão uma no corpo do Direito Justiniano, a qual suppondo toda a herança dividida em doze porções ou *uncas*, prohibe dispor em legados de mais de nove; de sorte que, ou sejão muitos os herdeiros, ou haja um so; é preciso sempre que a quarta parte lhe fique livre de toda e qualquer disposição *causa mortis* por titulo particular.

O objecto desta Lei foi evitar a rejeição ou repudio das heranças testamentarias. O herdeiro instituido, vendo toda a herança absorvida em legados, não se decidia a aceitar o testamento, que nenhum proveito lhe causava, não lhe ficando em realidade mais do que as funcções de simples testamenteiro, ou executor da vontade do defuncto. Daqui provinhão as renúncias mui frequentes, que, segundo os principios do Direito ou Jurisprudencia antiga, como n'outro logar observá-mos, fazião caducar os testamentos em todas as suas disposições, privando por consequencia de tudo os legatarios, quando o defuncto tinha querido fazer-lhes beneficio.

Assim a L. *Falcidia* favorecia ao mesmo tempo os testadores, os herdeiros e os legatarios: os primeiros, por isso que elles consideravão como uma honra o deixarem por sua morte herdeiros por si mesmos escolhidos; os segundos, porque a deducção e retenção da quarta parte da herança era sempre para elles um interesse seguro; os terceiros finalmente, porque a deducção da *falcidia* levava os herdeiros a aceitar os testamentos, e por consequencia a fazer valer os legados, com que forão contemplados os legatarios.

Póde-se acrescentar, como o A. pondera no principio da nota, que a *falcidia* tinha ajuda, e principal-

mente, por objecto o interesse do público; pois que os Romanos consideravão a execução dos testamentos como um objecto importante para o Estado: *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere*, diz a L. 5. D. *testament. quomadm. aperient.*

Em França as provincias, que se conservarão sob o regimen das Leis Romanas, e que por esta razão se chamarão — *pays de droit écrit*, retiverão em uso a *falcidia*, sendo com tudo desconhecida nas provincias, que se regêrão por seus costumes — *coutumières*, como observa Dumoulin ao costume de Paris tit. *des Fiefs* §. 15. glos. 4. n.º 10. Foi ella depois abrogada em toda a França pelo art. 61. da Lei de 17 *nivose* an. 2.º, e o *Cod. Civ.* a conservou n'este estado, ou não a fez renascer.

Entre nós, como o Sr. Paschoal pondera na parte final do §., nem as Leis mencionão a *falcidia*, nem os costumes a recebêrão, o que em outros povos aconteceu igualmente, Strick. *Us. mod. hoc* tit. §. 12., sendo um d'elles o reino d'Aragão, segundo adverte o A. no fim da nota.

Lobão porém na Dissertação 9.ª do *Supplemento às Acções summarias* afadiga-se para a dar em uso entre nós; mas não mostra sentença ou caso julgado em favor de sua opinião, como cumpria, o que nos faz adoptar a doutrina do A.: accrescendo que não tem os Portuguezes por deshonra o morrer sem herdeiros testamentarios, e que o mesmo Justiniano já principiou a relaxar o direito da *falcidia*, permittindo aos testadores o prohibirem a sua detracção. Nov. 1. cap. 2. §. 2.

Da quarta Trebellianica.

§. 23. *Idem de Senatusconsulto Trebelliano dicimus*, etc. Depois da quarta parte Falcidia falla o Sr. Paschoal n'este §. da quarta *Trebellianica*, como igualmente esquecida nas nossas leis e costumes.

« Chama-se quarta *trebellianica*, diz Domat, a quarta parte da herança, que as leis affectão, ou deixão

á retenção dos herdeiros onerados com o fideicommissão universal da successão, ou d'uma quota da mesma; o que a distingue da falcidia, que diz respeito aos legados e fideicommissos particulares, ou por titulo singular. »

Já vimos que o governo de Nero foi a epocha, em que o Senatusconsulto Trebelliano fez passar do herdeiro fiduciario para o substituído, quando restituída a herança, as acções todas, que até então sómente podião ser por elle, ou contra elle intentadas. Não tardou porém que se conhecesse a insufficiencia desta Lei: pois que os herdeiros erão as mais das vezes onerados com a totalidade da herança ou sua maior porção, e como então lhes resultava ou nenhum, ou um pequeno proveito, abraçavão o partido de a renunciarem, ficando assim caducas as instituições ou testamentos, caducidade, que importava juntamente a dos legados e fideicommissos universaes.

Este inconveniente, sob o imperio de Vespasiano, e consulado de Pegaso e Pussio, deu lugar a outro Senatusconsulto, pelo qual foi permittido ao onerado com a entrega da herança, a que fôra chamado por titulo d'instituição, o reter a quarta parte d'aquella sob encargo de satisfazer, ou pagar todas as dividas do testador. Este Senatusconsulto teve o nome de *Pegasiano*.

Justiniano finalmente refundio em uma só ambas estas duas Leis, e aproveitando d'uma e outra o que lhe pareceo mais ajustado, formou d'ellas um regulamento geral, para obviar os inconvenientes, que se não tinham podido evitar. Em consequencia ordenou a restituição de todas as successões fideicommissarias, ainda mesmo que o testador deixasse a quarta parte dos bens a seu herdeiro, ou que lhe deixasse menos, ou nada; ficando-lhe porém neste ultimo caso, e no em que o testador lhe tivesse deixado menos, o direito salvo para reter inteira a quarta parte da herança ou successão. E em quanto aos encargos, o mesmo legislador decidiu que fossem elles repartidos entre o herdeiro e o fideicommissario, em razão do que um e outro

respectivamente recebessem do patrimônio do defuncto. *Instituta tit. de fideicommiss. hered. et ad Senatuscons. Trebellian.*

Esta quarta parte das successões fideicommissarias, reservada aos herdeiros fiduciarios, é chamada a *quarta trebellianica*, que teve observancia em França na generalidade das provincias de Direito escripto, mas que não foi adoptada nos paizes costumeiros. Dumoulin sobre o costume de Paris, tit. 1. §. 15. glós. 4.^a, palavras — *deux enfans venans*. Hoje porém, que em regra as substituições fideicommissarias se achão prohibidas em toda a França pelo *Cod. de Napoleão*, não póde, em qualquer parte da mesma, a quarta trebellianica ser materia de questão.

Entre nós, como o A. adverte, tanto no §., como na nota, a quarta trebellianica correio a mesma sorte da falcidia, isto é, nem as Leis, nem os costumes a recebêrão. Mas como aquellas tambem a não reprovão expressamente, e alguns não attendem a não reputarmos deshonra nos testadores a falta da acceitação, ou a renúncia das heranças, como era entre os Romanos; e daqui nascem, por occasião dos fideicommissos universaes, pretenções sobre a mesma quarta parte: seria conveniente, segundo o pensar do A., com que nos conformamos, uma lei, que expressamente negasse aos herdeiros fiduciarios o direito a exigil-a, para se evitarem litigios, e isto muito mais, dizemos nós, quando a opinião do Jurisconsulto antecedentemente mencionado os sopra e accende, dando como em uso tanto a trebellianica, como a falcidia, ainda que o não prova.

Do direito d'accrescer na herança e legados.

§. 23. *Ad legata quoque pertinet quaestio de jure accrescendi vexatissima*, etc. Fez o A. este Titulo, mencionando a questão, que tem por muito agitada e debatida, em quanto ao direito d'accrescer nas heranças e legados, mas em que declara não empregará grande cuidado e diligencia, porque em sua opinião ella, en-

tre nós nenhuma applicação ou uso póde ter: *De qua ego minus sollicitus sum, cum existimem decantatum hoc jus neque in hereditatibus, neque in legatis locum hodie habere, etc.*

Accrescimento, ou direito d'acrescer, que os Francezes dizem *accroissement*, é o direito, que acquirem um ou muitos herdeiros da mesma herança ou successão, e um ou muitos legatarios da mesma disposição por legado, sobre as porções d'um ou muitos coherdeiros, ou collegatarios, que as não tem podido acceitar, ou que voluntariamente as não quizerão, ou as renunciárão. Por exemplo, quando um de dous filhos renuncia a herança de seu pai, ou se faz indigno d'ella, o outro acquiere por accrescimento, ou por direito d'acrescer, a porção, que teria pertencido ao primeiro, a não ser sua renúncia ou incapacidade; o que procede do mesmo modo e pelas mesmas causas no legado deixado a dous ou mais: e se diz effeito do accrescimento, ou do direito d'acrescer, por isso que á porção, que cabia ao herdeiro na herança, ou ao legatario no legado, accresce ou vem unir-se a outra, que o coherdeiro, ou o collegatario não acceitou, ou por não querer, ou por não poder em razão de sua indignidade.

Este direito nas disposições por ultima vontade é sujeito a regras particulares. Os Romanos tinham a respeito d'este objecto duas especies de direito d'acrescer, uma com fundamento na impossibilidade, estabelecida por suas Leis; de se deixar ao mesmo tempo um herdeiro testamentario, e outro não testamentario ou legitimo — *nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus*; a outra deriva da vontade presumida do testador.

Tinha a primeira logar na instituição d'herdeiro, e se operava não sómente contra vontade do herdeiro instituido, em proveito do qual este direito se dava, e elle não podia renunciar; mas tambem contra vontade do testador, pois que não podia obstar a tal direito por alguma disposição testamentaria, de sorte que o herdeiro instituido em parte da herança, acceitando-a, ficava necessariamente senhor e successor em todas as

restantes da mesma, e se a não accceitava, esta se unia áquellas, para que toda a herança se transmittisse aos herdeiros legitimos, o que acontecia por uma necessidade imposta pela lei em razão do seu poder: *Potestate juris in hoc revolvitur, ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit; nam hereditas ejus residua accedit, ut ex simissibus vidiantur scripti.* L. 13. §. 2. D. de hered. instituend.

Esta especie do direito d'accrescer não faz parte da nossa jurisprudencia, a qual, como em outro logar vimos, não admite a regra e disposição prohibitiva de morrer o mesmo defuncto em parte testado e em parte intestado, que só tinha excepção entre os Romanos no testamento militar, excepção, que se converte em regra entre nós, para a parte, em que o herdeiro escripto não foi contemplado pelo testador, não accrescer áquelle, mas passar aos herdeiros legitimos d'este.

A segunda especie tinha logar nas disposições, que as LL. Romanas qualificavão de legados; mas sómente nos legados feitos em favor de muitas pessoas conjunctamente, distinguindo-se neste ponto tres especies de conjuncção, e não duas, como o A. nos assevera na nota: — *Sed ex presumpta voluntate testatoris, quam ex unione sermonis et rei inferebant.*

Por quanto era uma a que se fazia *re et verbis*, isto é, pelo facto e expressamente; outra a que se fazia sómente *re*, ou pelo facto; e a terceira a que consistia sómente *verbis*, ou nas palavras do testador ou defuncto.

Dava-se a conjuncção *re et verbis*, quando por uma só e mesma disposição o testador legava a muitas pessoas a mesma cousa. Assim dispondo por estes termos — *Lego tal cousa a Pedro e a Paulo*, Pedro e Paulo ficavão conjunctos ou unidos *re et verbis*; o que importava chamal os solidariamente ao legado, de maneira que se elles ambos o accceitavão depois da morte do defuncto, elle se dividia em porções iguaes, — *concurso fiebant partes.* Mas se um d'elles ou morria antes do testador, ou incorria em incapacidade antes de lhe ser deherido o seu direito, ou o repudiava, a sua parte

accrescia á do outro, a quem exclusivamente o mesmo legado ficava pertencendo na totalidade.

Havia conjunção *re* sómente, quando o testador legava a muitas pessoas a mesma cousa, mas em disposições separadas, contidas porém no mesmo testamento. Assim dizendo o testador — *Eu lego o campo Corneliano a Pedro; eu lego o campo Corneliano a Paulo*, unia Pedro e Paulo *re*, ou de facto, ainda que os separava e não unia *verbis*, ou nas expressões. E como não era razoavel pretender, que o defuncto revogára o primeiro legado pelo segundo, consideravão-se os dous legados formando um só, que se dividia pelo concurso dos collegatarios, mas pertencendo *in integrum*, ou totalmente a um d'elles pelo direito d'acrescer, se no outro se dava falta de vontade ou de poder para acceitar a sua parte.

Em fim a terceira especie de conjunção, ou sómente *verbis*, era quando o testador chamava dous legatarios á mesma cousa ou objecto, mas declarando expressamente não legar a cada um, senão uma parte determinada. Assim quando dizia — *Eu lego o campo Corneliano a Pedro e Paulo, áquelle em tres partes, e a este n'uma*, Pedro e Paulo são conjunctos e unidos *verbis*, mas desunidos *re*; pois que, chamados a porções distinctas e determinadas no campo legado, fallando propriamente, elles são legatarios de duas cousas differentes. Por isso, ainda que muitos interpretes admittão neste caso o direito d'acrescer, a opinião mais commun, mais sensata e confôrme aos textos bem entendidos das LL. Romanas, é que nesta especie de conjunção exterior e apparente não procede o direito d'acrescer. Voët ao Digesto tit. *de legatis* n.º 61. E na verdade não póde aqui proceder a presumpção de ser a vontade do defuncto que a parte d'um acresça ou se una em caso algum á do outro; pois que expressamente as dividio, separou e distinguio.

Sobre estes fundamentos foi redigido o *Cod. Civ.* de França artt. 1044. e 1045.: um admittie o direito d'acrescer entre os legatarios unidos sómente *re*, mas isto quando a cousa legada a muitos, ainda que por

disposições separadas contidas no mesmo testamento, não é susceptível de ser dividida sem deterioração. O outro igualmente admite este direito entre os legatarios unidos *re et verbis*; no que exactamente se conforma com o verdadeiro espirito das LL. Romanas, excluindo o direito d'accrescer da conjunção, que se se dá tão sómente nas palavras.

Com tudo a opinião, que fica exposta, excluindo o direito d'accrescer n'esta especie de conjunção, procede, quando as porções, que o defuncto expressou, se referem á sua disposição; mas quando sómente são postas para execução do legado, tal opinião não procede, pois que nestas circumstancias a divisão constitue unicamente a maneira de cumprir a vontade do defuncto, que se não pôde ter effeito, porque um dos legatarios não pôde ou não quiz receber a sua parte, esta accresce á do outro, pela razão de que differentes cousas são a vontade do testador, e a maneira de lhe dar execução, a qual é accidental, quando aquella constitue a essencia, ou o invariavel da expressão.

Conforma-se com esta, a opinião de Ricardo (*Traité des donations* parte 3. n.º 472.), pois que tendo estabelecido, que o direito d'accrescer não tem lugar entre conjunctos pelas palavras sómente, accressenta: « Cujacio dá a esta regra uma mui razoavel excepção, querendo que deduzindo se dos termos ou palavras, de que o testador se servio, que sua intenção, assignando ou determinando as porções aos legatarios, que elle tem colligado, não foi o separar os legados, mas regular tão sómente a parte, que aquelles devem ter no caso, em que todos concorrão na acceitação, esta especie de legado não deixa de ser susceptível do direito d'accrescer. « E na realidade é isto mesmo o que ensina Cujacio, fallando sobre a L. 142. D. *de verbor. significat.* tom. 8. pag. 593. edição de Napoles de 1758, e sobre o tit. 20. liv. 2. Instit. *ibid.* pag. 996.

Furgole porém no seu *Traité des testaments* cap. 9. n.º 15. explica se ainda mais precisamente: « A conjunção é considerada verbal pura -- *verbis tantum*, diz elle, todas as vezes que as porções são assignadas distini-

ctamente aos legatarios, como por exemplo dizendo o testador — *Eu lego a Ticio e a Mevio o campo Corneliano, a Ticio tres quartas partes e a Mevio a restante*; ou explicando-se por outra qualquer maneira, que distinga ou separe as porções. Requer-se porém que esta distincção ou separação se ache na disposição ou vontade do defuncto, pois que será d'outra sorte, se ella se dá sómente na execução. Um exemplo fará conhecer perfeitamente esta differença, segundo meu pensamento. Se o testador diz — *Eu lego a Ticio e a Mevio o campo Corneliano, para o dividirem entre si em iguaes porções*; n'este caso a conjuncção não será inteira e puramente verbal, mas sim composta *re et verbis*, pois que a partilha se refere á execução da vontade do defuncto ou testador, no caso em que os dous legatarios se achem ambos existentes e capazes ao tempo da sua morte. » O que, dizemos nós, não acontece no exemplo antecedente, em que as porções determinadas e distinctas mostram a intenção de dous legados differentes, ainda que se refirão ao mesmo campo, cousa ou objecto.

Esta doutrina, que outros mais AA., além dos tres nomeados, seguem e escrevêrão com relação ás LL. Romanas, é a mesma, que escreveu Mr. Toullier ao *Cod. Civ. de França* no seu — *Droit Civil français* liv. 3. tit. 2. cap. 5. n. 68j. E certamente a razão nos persuade de que a maneira da execução é demonstração e prova da vontade, e não a vontade e intenção do testador em si mesma; logo a divisão, que regula aquella, não importa a d'esta para que não proceda entre os collegatarios o direito, de que tractamos.

Posta esta theoria em quanto ás differentes especies de conjuncção nos legados, para a procedencia ou improcedencia do direito d'acrescer, cumpre reflexionar sobre a opinião do Sr. Paschoal n'esta materia, adoptando na parte final da nota a de Schiltero *Exercit. 39. ad Pand. §. 16.*, e *Exercit. 17. §. 53. e 55.*

Ad legata quod attinet bene Schilt., etc. Tendo estabelecido o A. que o direito d'acrescer, nem nas heranças, nem nos legados pôde ter uso entre nós, approva

em quanto a estes a razão do mencionado escriptor, e vem a ser que não póde presumir-se a intenção do defuncto, para se dar accrescimento entre os legatarios com exclusão do herdeiro, em favor de quem antes se presume a preferéncia d'aquelle, sendo por isso coherente com esta presumpção pertencer ao herdeiro a porção vaga, e não accrescer ella ás dos collegatarios.

Parece-nos porém ser temeraria a presumpção mais favoravel ao herdeiro na presença da conjuncção expressada, que antes indica o animo mais favoravel aos collegatarios, ainda que restrictamente sobre o objecto ou objectos legados; ao que se une a razão de devermos antes ligar ao acto o effeito, do que tirar-lh'o, e tirado inteiramente fica elle á conjuncção, excluido o direito d'accrescer.

Além disto já ponderámos que, por muito geral, nos parece inexacta a regra, que attribue sempre ao herdeiro maior favor na vontade presumida do defuncto, dando-se casos, em que maior se deve ao legatario; o que faz improcedente a mesma regra para excluir o direito d'accrescer nos legados, quando aquelle colligou os legatarios, sem lhes nomear successores ou substituidos.

Para concluir este Titulo, resta-nos advertir: 1.º que o direito d'accrescer não tem logar nos contractos e doações *inter vivos*. Assim o immóvel, vendido a duas pessoas, não poderia ser pretendido na totalidade por aquella, que observasse o contracto, no caso, em que a outra o resolvesse ou desfizesse. Tambem na doação *inter vivos* feita a dous, o donatario, que recusa, não faz accrescer a sua parte ao donatario, que accete; o que seria pelo contrario na doação *mortis causa*: sendo a razão d'esta differença, que a doação *mortis causa* nasce d'ultima vontade, que por isso é susceptivel d'interpretação mais ampla, extensa e favoravel, do que um acto qualquer *inter vivos*.

2. Que o legado d'usufructo tem regras especiaes. O usufructo d'um prédio legado a muitos, sem divisão, não se consolida no proprietario: senão na morte do ultimo legatario, porque as partes ou porções de seus

predecessores n'elle se reuñem pelo direito d'accrescer. O que já assim não é, se o prédio, e não o usufructo foi o objecto legado, e cada um acceitou a sua parte; pois que não accresce esta aos collegatarios no caso de morte, e se transmite aos herdeiros do defuncto. Mas se o testador legou o prédio a um, e a outro o usufructo, renunciando este o legado, consolida-se o usufructo naquelle, pois que a renúcia do usufructo tem neste caso o mesmo effeito da morte.

TITULO VIII.

Das successões ab intestato.

Razão d'ordem, e o que seja defuncto intestado.

§. 1. **S***I quis intestatus decessit, nec scripsit omnino testamentum, aut scripsit quod valere non potest, etc.* Póde a herança ser deferida pela vontade expressa do defuncto na disposição verbal ou escripta, isto é, no testamento, aos herdeiros, que por isso mesmo se dizem testamentarios, caso, em que o defuncto morre testado; mas tambem póde ella ser deferida immediatamente pela Lei, tomando por fundamento a vontade presumida no defuncto, quando a não deixou expressada, caso em que o mesmo se diz ter morrido intestado; e por isso que nestas circumstancias é a Lei a que immediatamente regula as successões, os successores ou os herdeiros se dizem então legitimos. Tractou o Sr. Paschoal das successões testamentarias, e por esta occasião examinou as disposições por titulo singular e universal, que tem entrada nos testamentos e codicillos: restava-lhe por tanto o exame das regras com respeito ás successões legitimas, o que desempenha neste Titulo, observando assim ordem recta, em quanto

umas se seguem ás outras successões na herança , e muito convenientemente observada , em quanto não introduzio entre ellas assumpto , que com as mesmas não tivesse relação.

Mas as successões legitimas tem objecto na herança deixada pelo defuncto intestado , o que contém a razão dos termos da rubrica ou inscripção deste Titulo — *De successionibus ab intestato* , — e determinou o A. a primeiramente definir ou descrever neste §. 1.º o que seja , ou se entenda por defuncto intestado.

É intestado , diz elle , o que morre , sem escrever testamento , *nec scripsit* , ou que o escreveo , sem que elle possa valer , *aut scripsit quod valere non potest* , em razão da sua nullidade ou vicio existente logo no principio e tempo , em que foi feito , ou que *ex post facto* se tornou tal , vindo a perder a validade por ser rôto , irrito , ou destituito. Esta descripção do defuncto intestado certamente não é exacta , em quanto contrahe a qualidade ao que não escreveo testamento , ou que o escreveo com nullidade ; por quanto , além do testamento escripto , temos , como o mesmo A. ponderou , o testamento oral ou nuncupativo : donde resulta que o defuncto , que dispoz por esta fórma , não se possa dizer , nem considerar intestado , se observou n'ella as regras legaes , embora não escrevesse testamento. Esta inexactidão porém não se observa no §. 1. Instit. *hoc tit.* , pois se exprime por estes termos : *Intestatus decedit , qui aut omnino testamentum non fecit , aut non jure fecit*. O que evidentemente comprehende a falta ou nullidade d'um e outro testamento , o escripto e o oral , para que o defuncto fique intestado.

Com tudo dá-se ainda imperfeição no modo , por que a Instituta aqui se explica , contentando-se com os termos *omnino testamentum non fecit* , omittiudo a qualidade essencial no defuncto para se dizer intestado , quando não fez testamento , e vem a ser o gozar da faculdade testamentaria , de que elle não usou. Devemos por isso reduzir a Instituta á sua necessaria integridade , deste modo : *Intestatus decedit , qui aut omnino testamentum non fecit , cum facere potuit , aut non jure fecit*.

Donde vem que o pupillo, o furioso e mentecapto, que não gozão da faculdade testamentaria, ou que não podem fazer testamento; quando morrem, propriamente não se dizem *intestados*, mas sim que são considerados como taes: *Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. . . . Plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus: puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est. Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. L. 1. pr. D. de suis et legit. heredib.*

Aut si id, quod fecerat, ruptum, irritumve factum, aut destitutum est, etc. Não sómente morre intestado o que, podendo fazer testamento, o não fez, ou o que o fez de modo, que desde o seu principio elle não pôde valer segundo as leis; mas tambem quando o testamento, que fez, ainda que válido no tempo, em que foi feito, se tornou rôto, irrito, ou distituito: *Sed et is, qui testamentum fecit, si ejus hereditas adita non est, vel ruptum, vel irritum est testamentum, intestatus non impropria dicetur decessisse.* cit. L. e §. Por quanto importa o mesmo, quanto ao resultado, o não fazer testamento, ou fazel-o nullamente, que o perder elle a validade por uma causa, que posteriormente sobrevem; do que nasce que em todas estas circumstancias não haja herdeiro instituido ou testamentario, e se defira a herança aos que são chamados pela Lei a succeder ao defuncto: ainda que na maior parte das circumstancias ultimamente referidas os legados do testamento, que não val, devão cumprir-se, e só falhe a instituição, como em logar proprio advertimos.

De que Direito é a successão ab intestato.

§. 2. *Et quamvis ex simplicitate naturali mors dominium solvat, itaque morientium bona tamquam derelicta summo jure occupanti cedant, etc.* Tractando da successão testamentaria, cuja origem com o A. attribuímos ás Leis Civis, expozemos tambem nossas idéas em quanto á origem da successão *ab intestato*, attribuindo a ao Direito Natural sómente entre os compossuidores,

socios, ou que juntamente occupavão : por isso a reputamos d'este Direito entre marido e mulher, entre filhos e pais e outros socios, uns dos quaes, depois da morte dos outros, continuão a occupação, que já tinham, o que a razão não reprova, antes tem e reconhece como justo. Do mesmo modo reconhece, que fóra destas circumstancias os bens do que morre, ficão vacantes, pertencendo ao primeiro occupante, ou antes á nação para bem da ordem, e como occupante primitivo, que chamando os parentes do defuncto a succeder-lhe, usa do dominio, que nas heranças lhe compete, e por sua generosidade dá preferencía aos que presume mais acceitos na vontade daquelle, que pela morte perdeu todo o direito, que nos bens tinha. Sendo bastantes os reproduzidos fundamentos para assentarmos, que a successão *ab intestato*, fóra dos compossuidores, é de Direito das Gentes, em quanto a generalidade das nações a adoptou; e de Direito Civil, em quanto cada uma d'ellas prescreve regras especiaes e differentes, para seu deferimento e transmissão, no que concorda o A. com os escriptores, que menciona: *Omnes gentes ad turbas vitandas leges agnoverunt de successione legitima, quae hac ratione modo juri gentium, modo civili recte tribuitur, etc.*

Ordem da successão legitima.

§. 3. *Successio ergo ab intestato iis defertur, quos mortuus ob sanguinis vinculum maxime amavit, vel amare debuit, quales sunt primum descendentes, etc.* Como o succeder na herança é um direito em regra vantajoso; chamáão as LL. á ella, se o defuncto morre intestado, as pessoas, não que de facto elle mais amou, o que seria motivo de infinitas e indissoluveis contestações, mas as que elle naturalmente mais amaria. E como o maior e mais forte amor é o dos pais para com os filhos, chamáão estes em primeiro logar a succeder-lhes, formando a linha dos descendentes: e por que o amor immediato em força ao paterno é o filial, chamáão os pais á successão dos filhos, formando a linha dos ascendentes.

Vem na falta d'estes os collateraes, ou parentes, que não devem, nem derão a existencia ao defuncto, mas que a receberão com elle d'uma origem commum. Na falta d'estes, dentro de gráo successivel, chamão o conjuge sobrevivivo; e finalmente o Fisco, hoje o Thesouro Publico ou a nação. O que fica exposto, é o ultimo estado da jurisprudencia, recebido de Justiniano na Novell. 118., que as nossas LL. adoptarão, como iremos observando neste Titulo; assim como a adoptarão quasi todas as mais nações.

Successão dos filhos.

§. 4. *Prima igitur causa est liberorum*, etc. São os filhos os primeiramente chamados a succeder, ou os primeiros herdeiros legitimos. Entre os Romanos pelo Direito antigo, como por vezes temos notado, a qualidade de filho nada era com respeito á successão, se não se lhe unia a de *seu*, isto é, se o filho ou filha se não achava sob o poder do ascendente no momento da sua morte. Alguns edictos dos Pretores e Senatusconsultos modificarão esta jurisprudencia; mas estava reservado para Justiniano o abolil-a inteiramente, substituindo-lhe uma ordem de successão calculada sobre o amor natural, como este Imperador decretou na já cit. Novella, pela qual todos os filhos, varões ou femeas, quer emancipados, quer sujeitos ao poder patrio, succedem sem differença em primeiro logar e com igualdade de porções, tanto ao pai, como á mãe, ou aos seus immediatos geradores. Entre nós foi isto recebido; pois que o testamento, em que o pai ou mãe pretere o filho ou filha, emancipado, ou não, nos termos da Ord. liv. 4. tit. 82. §. 1. é nullo, o que torna o testador, como ha pouco vimos, intestado, para aquelles lhe succederem, com reciprocidade nos pais para succederem ao filho ou filha intestada, que morre sem descendentes. Ord. liv. 4. tit. 91.

Esta jurisprudencia procede nos filhos legitimos, *legitimi et naturales*, isto é, gerados pelos pais unidos em matrimonio válido, quer sejam nobres, quer plebeos, para

para lhes succederem em porções iguaes com seus irmãos em todos os bens partiveis ou allodiaes, pois que a successão nos vinculados em Morgado ou Capella, assim como nos emphyteuticos, é sujeita a regras particulares e differentes, como veremos.

Pondera na nota o A., que o direito d'a filha succeder aos pais igualmente com o irmão, permanecco sempre inalteravel entre os Wesigodos, como mostra o seu Codigo liv. 4. tit. 2. L. 9.; e que o mesmo direito fôra observado entre nós desde o principio da Monarchia, ainda que interrompido pelo Alvará de 17 de Agosto de 1761, o qual privou as filhas dos nobres de succederem na legitima, dando-lhes o direito d'haverem alimentos do filho varão primogenito; mas que aquella faculdade lhes fôra restituída pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, que revogou a prohibição anterior.

Esta ordem de succeder tinha sido recebida também em França; mas em muitas partes os costumes variarão: n'umas não se reconhecia mais do que um herdeiro, que sempre era o filho varão mais velho; n'outras não se dava tudo ao primogenito, mas tinha elle vantagens mais consideraveis. Em algumas as filhas crão excluidas; n'outras se distinguirão os filhos de differentes leitos, dependendo do matrimonio, de que elles tinham nascido, o seu direito de succeder. E até mesmo houve costumes, em que se excluiu totalmente a representação, de sorte que o neto, filho de pai predefuncto, era privado por suas thias e thios de succeder ao avô.

O *Cod. Civ.* porém no art. 745 acabou todas as differenças, dispondo « que os filhos e seus descendentes succedão a pai e mãe, aos avôs e avós, ou outros ascendentes, sem distincção de sexo, nem de primogenitura, ainda que elles sejam fructo de differentes matrimonios; succedendo igualmente ou *per capita*, quando todos estão no primeiro gráo, ou são chamados em virtude de seu proprio direito — *apellés de leur chef*, — e *per stirpes* — *par souches*, — quando todos, ou parte d'elles succedem por representação — *lorsqu' ils viennent tous ou en partie par représentation.* » Os artt. 64.,
Part, II,

65., 66.; 67. e 68. da L. de 17 de *nivose* an. 2.º conti-
nham a mesma disposição por outros termos.

Concorda pois com o nosso Direito, e com o ultimo estado do Romano, o *Cod. Civ.* de França, chamando os filhos legitimos, sem differença de sexo, d'estado e condição, a succederem ao pai e mãe intestados, e isto em partes iguaes e por um direito seu, ou figurando por si proprios na divisão ou partilha da herança. Mas como o cit. art. do mesmo *Cod.*, em quanto aos descendentes não immediatos ou mais distantes em grão, os chama pelo direito de representação, o que tambem entre nós se observa em harmonia com a jurisprudencia Romana; somos naturalmente levados a fallar desde já deste Direito, formando idéas indispensaveis para a continuação da materia deste Titulo.

Foi a representação desconhecida no antigo Direito Civil. A Lei das doze Taboas chamava á successão do defuncto, primeiramente os herdeiros, que tinham a qualidade de *seus*; seguiu-se os *agnados*, e depois destes os *gentis*: em cada uma porém destas tres classes de successores universaes ninguem era admittido, senão por força d'um direito proprio, e nunca por virtude d'elle alheio, ou por representação d'outra pessoa, morta antes do defuncto.

Fazia sim a Lei das doze Taboas vir á successão do avô o neto filho do pai predefuncto, concorrendo com thios e thias; isto porém não era em razão de que o neto representasse, tomasse o lugar, ou figurasse em vez do pai morto antes do avô, mas em virtude da *suidade*, que deferia a successão d'uma pessoa a todos os que ao tempo da sua morte estavam debaixo do seu poder.

O primeiro traço, que se encontra, da representação é o edicto do Pretor, com o titulo — *unde liberi*, — pelo qual o filho emancipado devia concorrer com seus irmãos e irmãs, herdeiros *seus* do defuncto, e se aquelle tinha morrido antes, deixando filhos, ainda que não estivessem sob seu poder, devião estes gozar de seus direitos. *Vide* o tit. do Digesto — *Si tabulae testamenti nullae extabunt*,

Valentiniano, Theodosio e Arcadio estenderão este favor aos netos nascidos das filhas; mas conservando a seu respeito alguns restos do Direito antigo, decidirão que estes, concorrendo com seus thios, filhos, em primeiro gráo, do defuncto, recebessem um terço menos da sua porção viril, e que se elles se achassem os unicos herdeiros na linha directa dos descendentes, fossem obrigados a abandonar a quarta parte da herança aos agnados collateraes. L. 9. C. *de suis et legitim. liber.*, L. 4. *Cod. Theod. de legitimis heredibus.*

Justiniano deixou subsistir a primeira d'estas restricções, mas abrogou a segunda pela L. 12. C. *de suis et legitim. liber.*, ficando assim imperfeita a representação para a linha directa, pois que parava ou não passava dos primeiros netos, sem que se desse tambem na collateral. O mesmo Imperador porém introduzio em quanto a uma e outra d'estas linhas nova ordem de successão na Novell. 118., em que o direito de representação produziu effeitos mui importantes.

O cap. 1. desta Novell. dispõe que a herança ou successão d'um ascendente seja partida entre seus filhos e descendentes, em todo e qualquer gráo que se achem, sem differença entre varões e mulheres, nem de *suis* e emancipados; e que a partilha se faça entre elles *per capita*, se estão no primeiro gráo, e *per stirpes*, quando succedem por titulo de representação d'um descendente, varão ou femea, para o defuncto, de cuja herança se tracta, mas ascendente para elles.

O cap. 2. chama os ascendentes na falta de todos os descendentes. Não ha representação a seu respeito em quanto á proximidade; o pai exclue o avô, este o bisavô, etc.; mas quando muitos estão no mesmo gráo, ha entre elles uma especie de representação, por virtude da qual os ascendentes paternos tomão ametade da herança, e os maternos outra ametade, ainda que o numero dos ascendentes d'um lado não seja igual aos do outro.

O cap. 3.º admittê a representação em linha colla-

teral, mas não lhe dá uma extensão indefinida, como na directa descendente; antes ao contrario a limita ou restringe a dous casos tão sómente.

É o primeiro, quando o defuncto, de cuja herança se tracta, deixa irmãos ou irmãs, e filhos d'outros irmãos e irmãs. Estes filhos em realidade estão n'um gráo mais distante, do que seus thios e thias; mas entrão em virtude da representação, em vez ou em logar da mãe ou pai predefunctos, e exercem, com aquelles na herança do thio morto os mesmos direitos, que seu pai ou mãe n'ella terião, se vivos fossem; isto é, tomão todos, ou recebem uma porção igual á de cada um dos thios e thias.

O segundo caso é, quando o defuncto deixa thios e sobrinhos; pois ainda que todos se achem no mesmo gráo, isto é, no terceiro, os sobrinhos não deixão d'excluir os thios pela representação de seu pai, que estava para o defuncto em segundo gráo.

É esta opinião a commum ou mais seguida, e que parece justificada pelo mesmo texto da Novell. 118. cap. 3. *in fin. princ.* « Nós temos, diz ella, concedido aos sobrinhos o privilegio de representarem seu pai e mãe, e de succederem por este meio, ainda que estejam no terceiro gráo em concorrência com os que estão no segundo; é por tanto claro que devem preferir aos thios e thias, quer paternos, quer maternos, do defuncto, ainda que em realidade se achem, como estes, no terceiro gráo de distancia: *Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in priorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu, cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia hiis defuncti masculis et foeminis, sive a patre, sive a matre, praeponuntur, etiam si illi tertium cognationis similiter obtineant gradum.* »

Esta disposição torna-se ainda mais clara pela Authentica *Post fratres C. de legitim. heredib.*, a qual se exprime por estes termos: « Depois dos irmãos germanos e seus filhos admittem-se os meios irmãos e irmãs, e os filhos d'estes predefunctos; e como os filhos d'irmãos tem os

mesmos direitos, que os irmãos, mesmos, são elles sem difficuldade preferidos aos thios, e outros similliantes parentes do defuncto: *Post fratres autem ex utroque parente, et eorum filios admittuntur ex uno latere fratres, sororesve: cum quibus et filii eorum, si qui ex eis jam decesserint. Hi autem fratrum filii, cum pares sint defuncti fratribus, praeferuntur proculdubio ejusdem defuncti patris, et aliis similibus.* » Parece pois evidente por esta Authent., extrahida da Novell. 118. cap. 3., que os filhos dos irmãos, representando seu pai, excluem os thios do defuncto.

Lebrun porém, seguindo outros, sustenta que a disposição da Novell., que concede aos sobrinhos preferencia sobre os thios do defuncto, só tem logar, se este deixa irmãos e sobrinhos; pois que n'esse caso, diz elle, os sobrinhos, vindo á successão com os irmãos, excluem os thios do intestado, porque a representação, que os faz concorrer com os irmãos, os colloca em segundo gráo. E acrescenta que Irnerio, redactor da Authent. exposta, se enganou, extractando-a da Novell.

Com tudo este pensar, ainda que ajuste com a conexão dos termos da Novella, pecca em parte mui essencial, e consiste em que, concebida desta maneira, seria perfeitamente superflua a disposição de Justiniano. Por quanto se ella não deve produzir effeito em proveito dos sobrinhos, senão quando por representação do pai elles succedem com seus thios, excluindo só n'este caso os do defuncto, era escusada a disposição da Novella; pois que a exclusão destes thios estava certa nestas circumstancias, porque lhe preferião os irmãos do defuncto, que, estando para elle em segundo gráo, lhe succedião por seu direito proprio na herança. E não se póde presumir de Justiniano uma tal superfluidade.

A nossa opinião por tanto é a commum dos DD., entre estes a de Cujacio em seus *Commentarios ao Codigo*, tit. *de legitimis heredibus*. — *Notandum etiam est* (diz elle) *filios fratrum repraesentare patres suos, nimirum, ut excludant patruos magnos, id est, patruos patris sui, et avunculos, licet sint in tertio gradu; maxima tambem* adoptada pelo Tribunal da *Rota Romana*. Mochalor, de *fratribus*, part. 3. cap. 15.

A Novell. 127. determinou posteriormente o terceiro caso, em que a representação tem lugar. No cap. 3. da Novell. 118. estava estabelecido, que quando concorressem ascendentes com irmãos ou irmãs germanas do defuncto, todos elles partirião a herança em tantas porções iguaes, quantas fossem os individuos, sem levar mais longe a sua providencia. Justiniano porem pela Novell. 127. declarou, que quando com os ascendentes e irmãos germanos do intestado concorressem filhos d'um irmão germano predefuncto, estes succederião com aquelles, e tomarião da herança a parte, que n'ella teria seu pai, se vivo fôra.

Com tudo estas regras legislativas não deixarão a materia ou assumpto, que nos occupa, perfeitamente esclarecido; pois, como o Sr. Paschoal ponderou na nota ao §. 3. deste tit., Justiniano commetteo omissões graves n'esta parte, donde provém discordias e controversias entre os Jurisconsultos, e por consequencia litigios, com detrimento dos particulares e do público; omissões, que opportunamente notaremos, deixando por agora posto como certo, que as nossas Ordd., antecedentemente examinadas, em harmonia com o cap. 1. da Novell. 118., chamão os filhos legitimos e filhas, tanto emancipados, como não, e sem attenção tambem com a idade ou primogenitura, a succederem em porções iguaes na herança de pai e mãe, seus geradores immediatos, quando morrem intestados, quer estes sejam nobres, quer plebeos.

Successão dos netos.

§. 5. *Liberi quocumque gradu succedunt; gradus tamen discrimen statuit ratione portionis.* Os descendentes legitimos depois dos filhos, em qualquer gráo de distancia em que se achem dos ascendentes, succedem-lhes, como já vimos dispoz o cap. 1. da Novell. 118., disposiç. adoptada pela nossa Ord. cit. liv. e tit. §. 4., pois que dá por nullo o testamento, em que o avô pretere o neto ou outro algum descendente, ficando assim intestado, para que estes lhe succedão. O gráo porém de distancia, em que se achão os descendentes

para os ascendentes, influe differença na porção, que lhes cabe na herança. Por quanto os descendentes do defuncto em 1.º gráo, isto é, os que elle por si mesmo ou immediatamente gerou, ou os filhos estrictamente ditos, succedem-lhe *per capita*, fazendo-se a divisão da herança em tantas porções iguaes, quantas são as cabeças ou individuos: *Nam filii succedunt in capita, id est, secundum eorum numerum hereditas viritim dividitur*; de sorte que um não recebe nem mais nem menos, do que o outro dos filhos do defuncto.

Mas se os descendentes resultão de segunda ou posterior geração, pois que o ascendente, de cuja herança se tracta, os não gerou immediata, mas mediadamente, gerando aquelle, de quem estes recebêrão immediatamente a existencia, como são os netos para o avô, e na razão destes os segundos, os terceiros e outros netos mais distantes, não lhes succedem *per capita*, ou como os filhos, mas *per stirpes*; isto é, todos os netos filhos do mesmo pai, qualquer que seja o seu numero, recebem, concorrendo na partilha da herança de seu avô, nem mais nem menos, do que a porção, que receberia seu pai, se vivo fôra, por isso que não succedem por um direito proprio, como os filhos ou descendentes em 1.º gráo, mas representando o pai defuncto, que foi cabeça da sua *estirpe*. Donde resulta que, se o filho predefuncto deu ao avô tres netos, e concorrem com um só thio, recebe este ametade da herança, e a outra é partida em tres porções iguaes pelos tres netos, pois que esta mesma ametade seria recebida por seu pai, se, como morto, não fosse por elles representado: *Nepotes et neptes in stirpes jure repraesentationis, id est, locum demortui parentis subeunt, illiusque portionem omnes simul recipiunt*.

Esta successão *per stirpes* é a que cabe, depois dos filhos do defuncto, os quaes succedem *per capita*; aos descendentes do mesmo *in infinitum*, por mais distante que seja o seu gráo; porque o direito da representação abrange toda esta linha, em differença da collateral, onde, como vimos, não passa além dos filhos d'irmãos, sobrinhos do intestado, o que tambem o A,

põndera na sua nota: *Hoc autem jus, quod in linea descendentium ad omnes generaliter, et in infinitum extenditur, inter collaterales non nisi usque ad tertium gradum locum habet, atque inter filios tantum fratrum ex dict. Novell. 118. cap. 3. vers. Hejusmodi vero.*

Succedunt ergo sive soli sint, sive cum filiis concurrant, et semper in stirpes, quamvis soli ex descendenti- bus supersint. Resolve o Sr. Paschoal n'esta ultima parte do §., que os netos e mais descendentes posteriores succedem sempre *in stirpes*, ou concorrão com filhos ou não, o que por coherencia se deve extender á linha collateral, quando todos os chamados são sobrinhos do defuncto, filhos de diversos irmãos, mas os de uns, desiguaes em numero aos de outros.

Esta questão é uma das que a Novell. 118. não decide, o que deo causa a dividirem-se em opiniões os DD.; pretendendo Accursio que a herança n'este caso se deva dividir *per stirpes*, e Azão que por cabeças, tendo cada um delles sectarios.

Pelo lado do primeiro está o Sr. Paschoal, bem como o Sr. Corrêa Telles no *Digest. Portug. tom. 2. art. 873.*; nem Lobão *Notas* a este §. Ihe é contrario, como o figura, pois que abertamente professa a mesma opinião de dever observar-se a successão *per stirpes*, opinião, que ahi mesmo chama *a mais solida e fundamentada.*

Outros AA. mais seguem o voto d'Accursio. O de Azão porém é seguido por Domat, e adoptado pela maior parte dos Jurisconsultos; foi confirmado por um Edicto de Carlos V. na Dieta de Spira de 1529., em harmonia com o costume de Paris, art. 321.; e se accreditarmos Maynard liv. 6. cap. 95., a prática ou uso de julgar dos Tribunaes de França lhe foi confôrme.

Mas, respeitando profundamente os sabios primeiramente referidos, seja-nos permittido ao menos confessar que nos fazem grande peso os fundamentos da opinião, que rejeitão. E vem ser, que os sobrinhos não necessitão do soccorro da representação para succederem a seu thio, quando não deixou irmãos, nem irmãs; que por consequencia, neste caso, succedem por

um direito proprio, ou que lhes é pessoal, não se devendo então considerar na partilha, que tem logar entre elles, os direitos, que terão seus pais ou mãis, sobrevivendo ao defuncto; o que do mesmo modo acontece nos netos, que não tem thios, com quem concorrão.

Isto porém, que dizemos, suppõe que a partilha se faz *per stirpes* entre os sobrinhos e outros, sempre que não podem succeder sem auxilio da representação; como mui claramente estabelece a Novell. 118.

Com tudo não dissimulamos que o *Cod. Civ.* de França artt. 740. e 742. chama depois dos filhos, e sempre pela representação, os descendentes, e depois d'estes os sobrinhos, quer concorrão em gráo igual, quer desigual; e que assim sempre a partilha deve ser feita *per stirpes*, como decide expressamente o art. 743.

Mas será mais cófôrme á razão, que os netos do mesmo avô, e os sobrinhos do mesmo thio intestado, succedendo-lhes em igual proximidade de sangue, tenham sorte desigual, convertendo-se a representação, introduzida por ficção da lei para seu bem, em prejuizo e mal para alguns, em vez de ficarem todos elles, principiando-se de ficções, com condição e sorte igual? Nós não hesitamos em approvar com preferencia o ultimo d'estes resultados.

Se as qualidades de Clerigo, Monge, ou Cavalleiro das Ordens Militares e de Malta inhabilitão os filhos e netos do defuncto intestado para succeder-lhe.

§. 6. *Succedunt igitur aequae parenti liberi omnes etiam Clerici, etc.* As Ordens menores ou sacras não destroem a faculdade de succeder, nem testamentaria, nem legitimamente, pois que não tirão áquelles, a quem são conferidas, ou aos Clerigos, a qualidade de cidadãos, nem a de filhos e descendentes, e por isso a faculdade de adquirirem por este titulo: logo, ou concorrão sós, ou com outros não Clerigos, ou leigos, estão nas regras geraes da successão *ab intestato*, como estarião, se tal qualidade n'elles se não desse, ainda mesmo que vives-

sem em mosteiro ou clausura, mas não tendo professado ou emittido os votos religiosos; o que é conforme á disposição da L. 56. §. 1. G. de *Episcop. et Cleric.*, e á nossa Ord. liv. 2. tit. 18., com as restricções na mesma expressas. Com tudo esta facultade d'os Clerigos succederem procede em quanto aos bens, a que n'este logar nos referimos, os partiveis e allodiaes tão sómente; pois que em quanto a outras especies, a legislação é diferente, como veremos.

Idem dicimus de Militibus, Equitibus, et Clericis Sacrarum Regni Militiarum, etc. Outro tanto acontece com os Cavalleiros e Freires das Ordens Militares; pois que podendo elles, segundo em outro logar ponderámos, dispor por testamento ou testar, como capazes de propriedade, é coherente que succedão por testamento, e tambem *ab intestato*, por que nem o amor natural de seus pais os exclue, nem as leis.

Equites Melitenses, seu Hospitalarii ab intestato in usufructu tantum legitimæ succedunt. Os Cavalleiros de Malta porém, como pela profissão se constituíão verdadeiros Religiosos, não podião succeder; mas o Alvará de 12 de Maio de 1778 os dispensou para succederem por testamento e *ab intestato* na legitima, revertendo esta por sua morte para as casas, donde lhes proveio; tendo assim os Maltezes unicamente o usufructo vitalicio nos bens, que lhes erão deferidos por successão

Monachi, etc. Os Monges, não em virtude da ordem sacra que já vimos não constitue obstaculo, mas em razão do voto solemne de pobreza quando professos, em harmonia com a Lei de 9 de Setembro de 1769 §. 10., erão incapazes de toda a successão, ainda que podessem, assim como as Freiras hoje, ser contemplados com legados ou tenças alimenticias, dos quaes, como em outro logar notámos, ainda mesmo os condemnados á morte natural são capazes, em quanto vivem.

Depois porém da extincção dos conventos do sexo masculino, os Egressos pelo Decreto de 30 d'Abril de 1835 tem habilitade civil para testarem e succederem por testamento e *ab intestato*, excepto aos pais, quando estes lhes succedem por um e outro destes titulos, dan-

do-se aqui a excepção unica, que conhecemos entre nós, na reciprocidade do direito de succeder.

Quem succede ao Clerigo intestado.

§. 7. *Clerico ab intestato decedenti succedunt proximi consanguinei tam in bonis patrimonialibus, quam in clericalibus, etc.* Não seremos largos nesta materia, pois que em outro lugar examinámos, que os Canones vedão aos Clerigos dispor dos bens beneficiaes, não o fazendo para fins pios, devendo n'elles succeder-lhes *ab intestato* as Igrejas; disposição restricta, que não póde comprehender os bens patrimoniaes adquiridos por outro titulo, que não é o do officio sagrado, ou serviço da Igreja.

Como porém a confusão dos bens patrimoniaes com os beneficiaes devia necessariamente produzir contestações de decisão impossivel na certeza, para se separarem, distinguirem e liquidarem uns dos outros: por costume, cuja origem se perde na mais remota antiguidade, tanto entre nós, como na Hespanha, os Canones neste ponto não tiverão observancia, concedendo depois as leis civís, para obstem a litigios vexatorios dos individuos e contrarios ao bem público, aos Clerigos a disposição testamentaria sem distincção de bens beneficiaes, chamando coherentemente os parentes mais proximos, para, sem a mesma distincção, lhes succederem, quando morrem intestados, como dispõe a Ord. liv. 2. tit. 18. §. 7. *ibi: E se os ditos Clerigos, ou Beneficiados em vida, ou por morte não dispozerem dos ditos bens, a quem devão vir, virão ao seu parente mais chegado. E isto mesmo se entenderá nos bens adquiridos por razão da Igreja.*

Já ponderámos que os Clerigos, dispondo dos bens beneficiaes, de que tractamos, que são em si objectos temporaes, uma vez que se aproveitem da faculdade das leis com motivos honestos e decentes, como convém aos Ministros da religião, que não só devem a si a practica das boas obras, mas ao exemplo dos leigos, em nossa intima convicção podião ficar tranquillos na con-

ciencia, assim como os parentes succedendo-lhes *ab intestato* ou por testamento. E se por este modo discorremos com respeito aos tempos antigos, bem que não mui distantes, hoje dá-se maior razão; por quantq, ainda que o officio sagrado onera os Beneficiados, como sempre, reduzio-se o beneficio nos dos Cabidos ou não curados quasi ao subsidio, e nos Parochos á congrua.

Quem succede ao Bispo intestado.

§. 8. Igualmente não seremos largos neste assumpto pela mesma razão de não devermos repetir-nos. É certo que antigamente os Bispos podião dispôr *causa mortis* de seus bens patrimoniaes, devendo-lhes succeder as Igrejas nos beneficiaes, Capp. 7. e 12. *de testament.* Hoje porém tem congruas, isto é, tem cada um d'elles uma porção restricta ás suas necessidades; e por esta razão seus parentes succedem-lhes *ab intestato*, como já mostrámos as LL. decidem em quanto aos Bispos do ultramar em idênticas circumstancias, podendo dispor, como estes, por testamento igualmente de quaesquer bens sem distincção.

Quem succede ao Monge.

§. 9. *Monasterium non dicitur proprie Monacho succedere*, etc. Reconhece o Sr. Paschoal, que não se podia dizer propriamente que ao Monge succedia o mosteiro, como tambem hoje se não póde dizer que o mesmo succede á Freira; pois que a disposição da Extravagante de 9 de Setembro de 1769. §. 10. os reputa mortos para a familia, sem que possam succeder, ou haver por testamento a legitima, mas sómente tença, que por sua natureza accaba com a morte do legatario, ou tencionado sem que passe ao mosteiro. Donde conclue o A., que o mosteiro não tinha em que succeder ao Monge, e hoje á Freira, por não poderem ter propriedade.

Ab extraneis si fuerit heres institutus, etc. O Monge não podia ser instituido, pois que não tendo a faculdade

Testamentaria activa, não podia ter a passiva, Ord. liv. 4. tit. 81. §. 4., mas podia sê-lo o mosteiro, Ord. liv. 2. tit. 18. §. 1. ibi: *Porém deixando alguma pessoa alguns bens em sua vida, ou por sua morte a alguma Igreja, Mosteiro, de qualquer Ordem e Religião que seja, ou havendo-os por successão, podel-os-ha possuir por anno e dia, etc.* Logo, conclue o Sr. Paschoal, se um estranho institua o Monge, a instituição não lhe aproveitava, mas sim ao mosteiro, entendendo-se que o testador por via d'aquelle lhe quiz passar a herança: d'outra sorte as palavras da lei — *ou por successão* — nunca podião ter effeito, porque o mosteiro a ninguem pôde succeder, senão ao Monge antigamente, e hoje á Freira.

Se esta não foi a critica do A. neste logar, tendo em vista a Ord. liv. 2. tit. 18. §. 1., que elle não cita, confessamos que não podemos adivinhar suas razões para o mosteiro haver a herança, em que o Monge foi instituido pelo estranho, com differença de quando instituido por parente, em razão da nulidade, que lhe provém da expressa disposição da Extravagante cit.

Mas procede a doutrina do A., á face da cit. Ord., para o mosteiro adquirir os bens moveis, e não para conservar os immoveis sem licença por mais de anno e dia, como nella é expresso.

Novitio succedunt omnino consanguinei, etc. Certamente ao noviço, ou mesmo ao recluso, ainda de Ordens maiores, não podia o mosteiro succeder; pois que não tendo emittido os votos religiosos, erão essencialmente seculares. Na mesma razão estavão os donatos; mas não os leigos professos, pois que estes erão Monges.

Com tudo no *Digest. Portug.* tom. 2. art. 854. as pessoas professas em Ordem religiosa são reputadas mortas civilmente, e incapazes de successão, bem como seus mosteiros e conventos, dando-se mais larga extensão á Lei de 9. de Setembro de 1769. §. 10.

Dos espolios deixados pelos Clerigos e Bispos.

§. 10. *Haec cum ita sint*, etc. Posta a doutrina d'os parentes succederem em todo o tempo entre nós, e sem differença de bens patrimoniaes aos adquiridos *intuitu Ecclesiae*, deixados pelos Clerigos intestados, e nos patrimoniaes dos Bispos, do mesmo modo que hoje lhes succedem nos beneficiaes, e não as Igrejas, como d'antes: é força concluir, que os *espolios* ou bens moveis dos Clerigos defunctos, adquiridos por titulo clerical, nunca aproveitarão aos Bispos, nem os d'estes á Santa Sé; direito, cuja historia nada nos interessa, e que nunca teve uso entre nós, como declara a Carta Regia de 9 de Setembro de 1609, que juntamente o prohi-be; o mesmo que fizerão os Solheranos estrangeiros mencionados na nota a este §.

Da luctuosa e heranças vacantes dos Parochos.

§. 11. *Illud etiam consequitur*, etc. Mostrado que entre nós os Bispos não succedem aos Clerigos no espolio, ou nos moveis adquiridos por titulo clerical, por isso que segundo a nossa legislação elles fazem parte da herança, que se defere integralmente ou na totalidade aos parentes; nega o Sr. Paschoal aos Bispos mais dous direitos: 1.º o da *luctuosa*, isto é, o de escolherem e haverem para si um movel ou semovente entre os de maior valor deixados pelo Parocho defuncto; 2.º o de occuparem a herança vacante do mesmo, ou porque não teve herdeiros dentro de gráo successivel, ou porque tendo-os, elles a repudiarão, ou não adirão.

Em quanto ao direito á *luctuosa*, reconhece o A., que a Constit. do Bispado do Porto o deixa salvo aos Bispos; mas devemos advertir que em outras mais Dioceses não só os Bispos o tiverão, mas os Cabidos e Dignidades das Igrejas Cathedraes, uma das quaes foi a Diocese de Viseu.

Fr. Joaquim de Santa Rosa no *Elucidario*, nesta palavra, mostra ser antiquissimo este costume, e o attri-

bue á subrogação da *Quarta Canonica Funeraria*, ou *mortuario* mencionado no Cap. 14. e ult. *de testament*, que os Bispos deixarão de exigir. Esta origem porém não justifica o direito da luctuosa nos Cabidos e Dignidades das Igrejas Cathedraes.

O Sr. Paschoal attribue a luctuosa aos usos feudaes, segundo os quaes o vassallo testava por permissão do senhor, a quem cabia exigir da herança do defuncto alguma cousa, o que constituia a luctuosa civil, ao exemplo da qual se creou esta, de que tractamos, ou a ecclesiastica; origem, que nos parece mais provavel, e, pelo menos mais confôrme, com as nossas pessoaes observações.

Na Diocese de Viseu dividio-se o territorio para a recepção dos dizimos entre o Bispo e Cabido da Cathedral: no territorio do Cabido reservárão-se porções, que se assignárão ás Dignidades; os Parochos das Igrejas ruracs, erigidas no territorio do Bispo, em reconhecimento de terem recebido durante a vida dizimos, que originariamente erão da Mitra pagavão-lhe na morte luctuosa: os das Igrejas do territorio do Cabido pagavão-lhe pela mesma razão luctuosa, sem que a pagassem ao Bispo; e aquelles, cujas Igrejas erão no districto de cada uma das Dignidades, pagavão-na á Dignidade respectiva, e não ao Bispo, nem ao Cabido. Onde vemos um reconhecimento para com a fonte, donde vierão os dizimos ao Parocho, em harmonia com o do vassallo para com o senhor, de quem o feudo tinha provindo.

Em quanto porém aos fundamentos, com que o A. argumenta para este direito não existir nos Bispos, não nos podem convencer: porque da extincção da luctuosa civil não se conclue bem para a extincção da ecclesiastica; e muito menos, quando dos monumentos referidos pelo cit. Fr. Joaquim de Santa Rosa se infere, que supposto alguns dos nossos Soberanos regulassem aos Bispos a luctuosa, nunca lh'a prohibirão.

Com tudo, extinctos os dizimos, como se achão, coherentes com a origem e fundamento, que attribuímos ao direito da luctuosa, é nossa opinião, que hoje

nem Bispos, nem Cabidos, nem Dignidades das Igrejas Cathedraes tem tal direito. Confessamos porém que neste ponto seguimos nossas idéas, formadas sobre os factos, sem que tenhamos em nosso apoio uma só autoridade de escriptor.

Em quanto ao segundo objecto do §., facilmente concordamos com a doutrina toda do A.; por quanto as leis, que regulão a successão, são geraes, attribuindo-a ao Fisco, quando a herança está vacante, sem differença em razão da qualidade do defuncto; por consequencia nenhum direito n'ella tem os Bispos, e só o terião, se por lei expressa se creasse um Fisco Episcopal, que sem isso nunca se pôde conceber, como se explicão os AA. referidos no fim da nota ao §.

Quando os filhos naturaes são chamados á successão.

§. 12. *Patri plebeio ab intestato succedunt liberi naturales una cum legitimis*, etc. Na 1.^a parte d'este escripto observámos, que o concubinato consistira entre os Romanos no tracto licito d'homem com mulher, sem que entre elles se dêsse matrimonio, — *licita consuetudo causa non matrimonii*; e que permittido pelos costumes, as leis nenhuma pena lhe impunhão, confessando ellas mesmas sua impunidade pelos termos — *extra legis poenam est*.

Ahi notámos tambem que o concubinato, por isso que apenas tolerado, não tinha effeitos civis, o que o fazia considerar um matrimonio puramente natural; donde veio não se chamarem os filhos gerados nelle *justi liberi*, pois que não provinhão de justas nupcias, nem *spurií*, ou *vulgo concepti*, porque seu pai era certo, mas dizem-se em quanto a este *naturales liberi*, pois que em quanto á mãe, sempre certa, os *vulgo quaesiti*, ou espurios, estavam na razão de naturaes. Vimos igualmente então que Justiniano, movido pelas lagrimas e supplicas mui frequentes destes filhos, mas com fundamento na certeza da paternidade, lhes concedêra em certos termos o direito de succederem aos pais, ainda mesmo

intestados,

intestados, e de receberem d'estes pela geração os direitos de cidade.

Entre nós é o concubinato punido; mas em consideração para com a innocencia dos filhos, e a menor criminalidade dos geradores são equiparados aos naturaes dos Romanos todos os gerados por aquelles, em quem ao tempo da geração se não dá impedimento para contrahirem matrimonio, distinguindo-se assim dos incestuosos, sacrilegos e adulterinos, e sendo por isso unica characteristica, que separa os filhos naturaes, a possibilidade do matrimonio válido entre os pais, Ord. liv. 4. tit. 92. *pr. ibi.*: *não havendo entre elles (seu pai e mãe) impedimento, por que não possam ambos casar. . . . os taes filhos são havidos por naturaes.*

Filius naturalis in legibus antiquis is tantum dicitur, qui ex concubina tamquam uxore naturali nascitur, etc. Os Romanos não toleravão o concubinato, senão ao homem, que não tinha, nem concubina, nem mulher: assim ao casado não se permittia ter aquella, nem ao solteiro ter duas; era o contrario uma devassidão, que nem as leis, nem os costumes consentião, como notámos na primeira part. deste escripto, com a Novell. 18. cap. 5.

As nossas leis antigas, como o A. adverte n'este logar da nota, conformarão-se com as Romanas, pois derão tambem a qualidade de natural ao filho gerado por pai, que teve tracto com uma só concubina, de sorte que os nascidos de duas não erão filhos d'esta especie, como mostrão as expressões da Ord. Affonsina liv. 4. tit. 98., assentando o conceito de filho natural no nascido d'homem solteiro, *que se tomou com uma concubina solteira.*

Esta mesma idéa parece continuar na actual Ord. cit. tit. e §. *in fin.*, dispondo que a qualidade de natural cabe ao filho, que se acha forro ou livre no tempo, em que morre o pai, que o gerou em *alguma escrava sua ou alheia*; frase que repelle a idéa da naturalidade dos filhos, que o pai houve de mais que uma escrava.

Hodie vero naturales vocantur quicumque ex iis
Part. II, 32

nascuntur, quos inter matrimonium consistere poterat: itaque ex una vel pluribus concubinis progeniti, etc. Ainda que os termos da cit. Ord. restringem a naturalidade aos filhos gerados pelo pai n'uma unica concubina, o uso geral da Europa, como pondera Berard tom. 3. pag. 172. e segg., bem como a nossa praxe, Feb. *decis.* 68. n. 6., tem por naturaes todos os que o mesmo pai gerou, ainda que em diversas concubinas, no que concorda a opinião do A. nesta parte final da nota.

E na verdade sendo unica characteristica, que a Ord. cit. emprega para distinguir os filhos naturaes, a possibilidade do matrimonio válido entre os pais no tempo da geração, ella procede ou dá-se sempre nos filhos, quer d'uma, quer de muitas mãis solteiras, quando tem um pai commum com a mesma qualidade: o que nos deveria levar a considerarmos as expressões notadas da Ord. como demonstração ou exemplo, e não como determinação taxativa, abstrahindo ainda mesmo do uso geral e praxe em sentido concordante.

Resulta da mesma characteristica, que o filho do clerigo de menores, havido de mulher solteira e não parenta, é seu filho natural; e até mesmo o nascido de pais parentes dentro de gráo prohibido, mas que ao tempo da geração se achavão dispensados para a contracção do matrimonio, se esta não teve effeito.

Apurado quaes sejam entre nós os filhos naturaes, segue-se ver, quaes são d'elles os que succedem aos pais. Por Direito Romano o filho natural não concorria em igualdade com os legitimos; entre nós porém não é assim, e sómente a lei distingue os do pai peão ou plebeo, para lhe succederem igualmente ou *per capita* com os legitimos, succedendo-lhe tambem, se não ha legitimos, nas duas partes da herança, quando elle dispoz da terça, como póde em todo o caso, cit. Ord. §. *inic.*

Mas se o pai é Cavalleiro, Escudeiro, ou de condição que costume andar a cavallo, não sendo o que costuma andar a cavallo official mechanico, os filhos naturaes não lhe succedem. O mesmo é para elles não succederem a este pai intestado, na falta de filhos legi-

timos, em prejuizo dos parentes. Mas se o pai nobre não deixa nem descendentes legitimos, nem ascendentes, pôde dispor de todos os bens em favor dos filhos naturaes, ou excluil-os, se quizer. Cit. Ord. §. 1.

Como pois o filho natural de pai peão lhe é perfeitamente successivel sem differença do legitimo, é evidente que pôde annullar o testamento, em que o pai o preterio ou desherdou sem expressa e justa causa; bem como que lh'o rompe, se nasce depois d'o mesmo feito, tudo como se fôra legitimo. DD. em Feb. *decis.* 161. Donde resulta tambem que o neto, filho de pai peão e natural predefuncto, succede ao avô paterno. Cab. *decis.* 100. O que tudo é pelo contrario no filho de pai natural, mas Cavalleiro, salvo se este era peão ao tempo da nascimento do mesmo. Cit. Ord. §. 2.

Resta com tudo advertir que a distincção legal entre filhos naturaes de pai nobre, e os do plebeo ou não nobre, repugna com as sentenças da *Cart. Constit.*, que tirarão á nobreza a qualidade de pessoa, ou o estado distincto e differença de direitos. Accresce que a nobreza, a que se refere a Ord. liv. 4. tit. 92., está determinada tão solta e vagamente, que daqui devem resultar muitos litigios. Mas não nos decidimos a tê-la por alterada, anivelando os filhos naturaes do nobre com os do plebeo, porque achamos graves inconvenientes, em quanto aos costumes, no principio, que faz da mesma condição os legitimos e os naturaes; quando tambem achamos dureza em anivelar os do plebeo com os do pai nobre para se excluirem da successão inteiramente. Na presença da cit. lei expressa, este assumpto não é proprio para opiniões particulares, antes se deve reservar para a decisão competente, a do Poder Legislativo; embora o A. do *Digest. Portug.* tom. 2. art. 847. se afoutasse a substituir á nossa Ord. o *Cod. Civ.* de França art. 757. e segg.

Dos outros filhos illegitimos.

§. 13. *Non succedunt quidem patri nobili filii naturales; succedunt tamen matri, si legitimam sobolem*

non habeat. Antes de tractar das outras especies de filhos illegitimos, repete o Sr. Paschoal que os naturaes não succedem ao pai nobre, para nos advertir que ao contrario elles succedem á mãe illustre, se não tem filhos legitimos.

Que o filho natural succede á mãe, é sem questão; e isto quer elle seja só, quer concorra com legitimos; nem se póde conceber razão alguma attendivel em dúvida desta doutrina. Tem pois o natural nos bens da mãe todos os direitos, que competem aos filhos legitimos, ou aquelle concorra com estes, ou não, Stryck. *de success. diss.* 1. cap. 2. §. 52., Valasc. *cons.* 94. n. 2.; o que procede não só em quanto á mãe, mas em quanto aos ascendentes maternos, Stryck. *cit.* §.; e isto ainda quando a mãe é nobre, pois que a Ord. liv. 4. tit. 92. tracta da successão tão sómente em quanto ao pai, em quem se dá tal qualidade: e como a mesma Ord. é desfavoravel aos filhos naturaes, deve entender-se restrictamente, sem que se amplie á mãe illustre. Peg. *for.* cap. 8. n. 13. e 14., bem como o Sr. Paschoal: *Non succedunt quidem patri nobili filii naturales; succedunt tamen matri.*

O A. porém, nas palavras — *si legitimam sobolem non habeat*, exclue o filho natural de succeder á mãe nobre, quando tem filhos legitimos; e na verdade esta é a opinião mais commum, tomando por fundamento a L. 5. C. *ad Senatuscons. Orphitian.* Esta Lei porém não falla em filhos naturaes com relação á mãe illustre, de quem ha filhos legitimos, mas sim á que os deixa espurios: *Si qua illustris mulier filium ex justis nuptis procreaverit, et alterum spurium habuerit, cui pater incertus est.* Expoz Justiniano, que n'este caso havia duvida sobre a maneira, por que os bens maternos se devião deferir, isto é, se tão sómente lhe devião succeder os filhos justos ou legitimos, ou se tambem os espurios: *Quemadmodum res maternae ad eos perveniant, sive tantummodo ad liberos justos, sive etiam ad spurios, dubitabatur;* e resolveo, que nem por testamento, nem *ab intestato* pertence cousa alguma aos espurios de mãe illustre, nesta especie, pois que era

infamante attribuir-lhe taes filhos com mancha e quebra, que reflectia sobre os legitimos.

Por tanto não se podendo por modo algum duvidar de que esta Lei falla tão sómente do filho espurio, ou daquelle, — *cui pater incertus est*, não podemos applical-a á prohibição de succederem á mãe illustre, os filhos naturaes concorrentes com legitimos; pois que aquelles tem pai certo, e não lanção infamia na mãe, nem quebra nos filhos legitimos. Stryck. cit. §. 25. Desviamonos pois da opinião mais commum, que o A. segue, e entendemos que os filhos naturaes concorrem com os legitimos para succederem á mãe illustre.

Spurii, seu vulgo quaesiti, qui patrem demonstrare non possunt, etc. Os filhos espurios, na accepção de Direito Romano, ou os *vulgo quaesiti*, ainda que naturaes para o pai, pois que entre elle e a mãe se não dá impedimento para contrahirem matrimonio, como o mesmo pai não é certo, não lhes podem succeder. Succedem porém á mãe, por isso que sempre é certa, e isto ainda que seja illustre, salvo se tem filhos legitimos, como em deferencia com estes acabamos de ver disposto na L. 5. C. *ad Senatuscons. Orphitian*. Concordão Vinn. e Lauterbach. citt. pelo A.

Filii ex damnato et punibili coitu habiti, etc. Conclue este §. com respeito aos filhos de *coito damnato*, *scilicet*, de coito mais punivel, do que aquelle, de que provém os naturaes; e taes são os *adulterinos*, os *incestuosos* e *sacrilegos*, que nós em generalidade chamamos *espurios*, não na accepção dos Romanos, porque elles tem pai certo, mas em quanto este se lhes não póde declarar, sem que se diga criminoso e merecedor por isso da pena correspondente ao delicto.

Estes filhos distinguem-se dos *vulgo quaesiti*, por isso que tem pai certo, e dos naturaes, por isso que no tempo da geração os pais laborão em impedimento para se unirem em matrimonio válido; pois que um ou ambos os dos adulterinos já são casados, dando-se n'elles o impedimento — *ligaminis*; os dos incestuosos são parentes dentro de gráo, que lhes impede o matrimonio; e os dos sacrilegos em fim o não podem contrahir,

por isso que ou o pai tem ordem sacra, ou um dos geradores ou ambos elles são obrigados por voto ao celibato ou á lei da continencia.

O filho espurio ou de coito damnado não succede ao pai, nem á mãe: *Omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, nec alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad presentem legem participium.* Novella 89. cap. ult., concordante a Auth. *Ex complexu C. de incest. et inutilib. nupt.*, negando-lhes também esta lei expressamente o direito aos alimentos.

A jurisprudencia, que prohibe aos filhos de coito punivel succederem, tanto ao pai, como á mãe, foi recebida pela nossa Ord. liv. 4. tit. 93.; pois dispondo que os pais lhes não succedão, mas sim os irmãos, filhos da mesma mãe, ainda que provindos de igual coito, dispõe virtualmente que os mesmos filhos não podem succeder aos pais, por isso que o direito de succeder, e a falta ou o não gozo deste direito são reciprocos como temos ponderado. Mas o filho de solteira e casado, ainda que não succede ao pai, succede á mãe, pois que o coito n'esta especie em quanto a ella não é punivel ou de gravidade qualificada; e se succede á mãe, dá-se maior razão para que succeda a seus parentes maternos, se ella é predefuncta. *Peg. for. 6. cap. 128. n. 12., Valasc. cons. 29. n. 2.* Quando porém o coito é damnado e punivel na mesma mãe, ainda que o filho lhe não succeda, se ella é predefuncta ou morre antes do avô e outros parentes maternos, succede a estes o filho, *cit. Ord. liv. 4. tit. 93. no vers. — E assim poderão,* — *Portug. de donationib. p. 3. cap. 18. n. 86. e 87.;* dando-se os mesmos fundamentos para que os netos legitimos, filhos de filha provinda de coito damnado predefuncta, succedão aos avós e mais parentes maternos. *Cuer. Quest. for. 93. n. 25.*

Quae autem hic dicimus de filiis illegitimis, intelligenda tantum sunt de successione ab intestato, etc. Declara o A. nesta parte final da sua nota, que a doutrina exposta milita para os filhos de coito punivel não

poderem succeder *ab intestato*; mas que podem os pais instituil-os em testamento, pois que aquella é a successão, que as LL. lhes vedão, e não se pôde ampliar á testamentaria sem lei expressa.

O contrario porém decide tanto a já cit. Auth. *Ex complexu*, como a L. i. C. de *naturalib. liber.*, LL. que certamente tem em vista obstar assim ao commercio e tracto impuro entre pessoas taes, como é conveniente á boa ordem das familias e moral pública, não estando por isso, segundo nosso modo de ver, no numero das LL. Romanas banidas pela Lei de 18 d'Agosto de 1769. Além disto a idéa de não poderem os pais instituir os filhos, de que tractamos, é seguida pelos DD., e observada na praxe. Valasc. *cons.* 29. n. 2., e *cons.* 158. n. 3., Barb. á Ord. liv. 4. tit. 93. *pr.* n. 11., Feb. *decis.* 170. n. 15., e Silv. á Ord. liv. 4. tit. 12. n. 12.

O A. do *Digest. Portug.* tom. 3. art. 1524., depois d'haver assentado em regra, que o pai ou mãe de filho de coito punivel não pôde instituil-o, estabelece a excepção de que não tendo descendentes nem ascendentes legitimos, lhes podem deixar a herança sob condição de obter perfilhação regia; doutrina, que outros profissão igualmente.

Com tudo ainda que assim fosse sem questão antigamente, porque tal perfilhação com clausula expressa de poderem adir a herança importava relaxação ou dispensa nas LL. prohibitivas, hoje nos não parece ser assim, por isso que o poder para dispensar nas LL. é exclusivo das Côrtes.

Achamos porém não só deshumana, mas barbara, como temos idéa d'haver dito em outra parte, a denegação a estes filhos do direito aos alimentos, a qual por isso, quando muito, se deve entender restricta aos civis, ficando-lhes sempre salvo o correspondente á perfeita obrigação dos pais em quanto aos alimentos naturaes; e que por este titulo, quando não deixão nem descendentes, nem ascendentes legitimos, poderão dispor em bem dos filhos espurios com mais largueza, parecendo-nos bastante a prohibição de instituil-os para os fins, que antecedentemente attribuimos ás leis.

Successão dos filhos legitimados e adoptivos.

§. 14. *Legitimati per subsequens matrimonium pro legitimis omnino habentur*, etc. Depois dos filhos legítimos, dos naturaes e espúrios nas especies de sacrilegos, incestuosos e adulterinos, em quanto á successão dos pais intestados, tracta o Sr. Paschoal neste §., com respeito ao mesmo objecto, dos *legitimados e adoptivos*, dizendo estes — *legitimi tantum*, por isso que são filhos por virtude unicamente da lei, dando effeito ao acto do adoptante, sem que concorra da sua parte a geração natural.

Os primeiros ou os legitimados tem origem illegítima, pois que sua geração não foi licita: pelo effeito porém, que a lei liga ao acto seguinte ou posterior, ficção, ou para todos, ou sómente em quanto a certos respeitos, como legítimos; mas por isso que não forão taes primordialmente, dizem-se legitimados, nome, que importa a idéa do vicio originario, a que devem a existencia, mas que o acto seguinte ou legitimador apagou.

Se o acto posterior, que chama os filhos a esta classe, é o matrimonio válido contrahido pelos pais, dizem-se, em especie, legitimados *per subsequens matrimonium*, e são tidos em tudo e para tudo por legítimos, como em outra parte notámos. Assim succedem elles aos pais, ou sós ou concorrendo com legítimos, sem differença alguma destes, Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12. *ibi.*: *Porém se tal filho fosse legitimado por matrimonio seguinte, celebrado entre seu pai e sua mãe depois de seu nascimento, por que este legitimado é em tudo perfeitamente legitimo*, etc.

Per rescriptum autem Principis, vel quovis alio modo, etc. Em quanto aos legitimados por rescripto ou graça do Soberano, confirmando o reconhecimento da paternidade feito pelo pai, ou quando o mesmo reconhecimento é expresso em testamento ou escriptura pública, diz o Sr. Paschoal, que taes legitimados não succedem aos pais *ab intestato*; dando-se por isso direito a excluil-os da herança, e ainda mesmo da legítima, não só nos descendentes, mas nos collateraes legítimos de

defuncto: *Eos non solum filii legitimi, sed et collaterales excludunt.*

Segundo o Direito Romano o filho legitimado por rescripto do Soberano succedia ao pai intestado, se aquelle não concorria com descendentes legitimos; mas se estes já existião ao tempo da legitimação, excluíão o legitimado por virtude de seu direito adquirido ou anterior: e como este direito se não dava, quando os legitimos nascião depois da legitimação, neste caso não excluíão o legitimado, mas concorrião com elle, succedendo todos por igualdade ao defuncto. Novell. 89. cap. 8.

Com tudo entre nós, e da mesma sorte em Hespanha, a perfilhação ou carta de legitimação não equivale á de Direito Commum; pois que não confere os direitos de familia, sendo rigorosamente uma dispensa de prova ordinaria da paternidade, e na essencia uma simples habilitação para os fins, que as leis fazem dependentes da demonstração legal da qualidade de gerador, como é o direito d'haver o reconhecido ou legitimado alimentos do que o reconhece por filho, e tambem de seus herdeiros, assim como o de succeder ao mesmo na nobreza e distincções gentilicias, ainda que com quebra, como em outra parte notámos.

Donde resulta não poder a carta de legitimação prejudicar, em proveito do filho, os herdeiros legitimos do pai, incluídos os collateraes, nem mesmo enfraquecer um estranho no direito, que tivesse adquirido; pois que para taes fins a carta não se concedia, nem podia presumir-se que outra fôra a intenção do Soberano. Resol. sobre cons. do Desembargo do Paço em Prov. de 18 de Janeiro de 1799., Gam. *decis.* 11., 134. e 138. n. 5., Cab. part. 2. *decis.* 69., Feb. *decis.* 97.

Como porém o Rei *ex plenitudine potestatis* podia dispensar nas leis geraes; fazendo-o expressamente na carta ou no rescripto da legitimação, que se não provasse falso, nem obtido por *ob* ou *sub-repção*, chamaria o legitimado á successão, ainda mesmo em concorrência com os descendentes legitimos do defuncto, e excluídos os collateraes, uma vez que pelas palavras

do rescripto claramente se manifestasse ser esta a intenção do Soberano, no que o Sr. Paschoal concorda na sua nota: *Ex rescripti igitur verbis, et Principis voluntate tota haec res pendet.*

Com tudo esta doutrina, ainda que muito verdadeira antigamente, acha-se agora alterada, pois que, como por vezes temos observado, o direito ou poder para dispensar nas leis é exclusivo das Côrtes, e não poderia por isso o Rei practicar hoje o que praticou D. Diniz legitimando para succeder por testamento e *ab intestado* o seu bastardo Affonso Sanches, como D. Fernando I. em 1413 a Gonçalo Vasques de Azevedo, filho sacrilego de Francisco Pires, Prior do Mosteiro de Santa Cruz de Coimbra, e de Thereza, Religiosa de Lorvão; factos, que o A. nos lembra na nota a este §.

Mas cumpre-nos declarar, que se o filho perfilhado era natural de pai peão ou plebeo, succedia com os legitimos sem dependencia de clausula expressa na carta expedida antigamente pelo Desembargo do Paço, hoje pela Secretaria dos Negocios do Reino, tendo sido competente para ella o Conselho de Districto, como em outra parte notámos. E nesta especie não se carecia daquella clausula expressa, porque a successão era deferida ao filho natural de peão pela lei. Se porém a mesma clausula fôsse hoje expressa na Carta, que legitima o filho natural de pai illustre, ella não tinha effeito por exorbitante, se bem que, ainda que tal Carta se não desse, poderia o pai, a não ter descendentes nem ascendentes legitimos, instituir o filho natural com exclusão dos collateraes.

Resta-nos finalmente advertir que podem os espurios ser perfilhados; mas o Alvará ou Carta de legitimação, segundo os nossos postos principios e doutrina antecedente, exorbitaria, se contivesse hoje clausula de succederem.

Idem dicendum est de legitimis tantum, seu adoptivis. Conclue o A. este §, estabelecendo, que assim como o confirmado na perfilhação por Carta ou Alvará competente não succede ao pai intestado, excluindo os descendentes e mais herdeiros legitimos, tambem estes

nas mesmas circumstancias não são entre nós excluidos pelo filho adoptivo do defuncto. Em outra parte notamos ser a *adopção* o acto, pelo qual um toma como filho o que em verdade o não é, pois que outrem o gerou, bem como que esta practica fôra seguida pelos Romanos, Lacedemonios, Athenienses e outros Povos, para consolação dos que não tinham descendentes proprios, ou por elles mesmos gerados.

Mas se, como acabamos de ver, a perfilhação confirmada, ou a Carta de legitimação entre nós não posterga, em favor do legitimado, o direito dos herdeiros *ab intestato* ou legitimos, procede razão maior para não preferir a taes herdeiros o filho adoptivo do defuncto, pessoas, entre as quaes se não dá o estreito vinculo de sangue, que constitue o fundamento do amor natural attendido por nossas leis, deferindo ao filho a herança do pai, que morre sem testamento.

Todavia o *Cod. Civ.* de França art. 390., ainda que não dá ao adoptado direito para succeder aos parentes do adoptante, dá-lhe sobre a herança d'este iguaes direitos aos que teria um filho proveniente do matrimonio, e isto ainda que depois da adopção lhe sobrevenhão filhos com esta ultima qualidade ou legitimos naturaes; disposição, que ninguem ousaria attribuir ao mesmoCodigo, se n'elle não fosse expressa. Mas não é expressa entre nós, nem se pôde considerar como existente; pois negados expressamente á legitimação os efeitos dos Romanos, attribuil-os á adopção, para o filho adoptivo do intestado excluir os seus herdeiros legitimos, seria destruir neste ponto o nosso systema de Direito, ou admittir um Direito sem systema.

Pôde com tudo o adoptante dispor da terça em beneficio do filho, ainda que deixe herdeiros necessarios ou a quem deva legitima, e preferil-o em toda a herança aos collateraes, pois que estes mesmos direitos lhe assistião, se o não houvesse adoptado, e a adopção não constitue incapacidade no filho para succeder por instituição ou testamento ao adoptante. No que, em nossa opinião, se dá uma vantagem do filho adoptivo, de que não goza o espurio ou o de coito damnado; pois

que este nem por testamento succede aos pais, a não ser em legado alimenticio, como antecedentemente ponderámos, desconvindo da doutrina do A. na parte final da nota ao §. antecedente.

Successão dos filhos de pai ou mãe binuba.

§. 15. *Mortuo communi parente, qui ex primo et secundo matrimonio superstites filios habet*, etc. Ainda que a contracção do posterior ou segundo matrimonio, depois de dissolvido o vinculo do antecedente ou primeiro, não constitua delicto, nem ecclesiastico nem civil, os antigos Padres da Igreja, como temos idéa d'em outra parte haver notado, attribuirão aos contrahentes algum tanto de incontinencia, declarando-os por isso irregulares para as ordens. Por outro fundamento, o da attenção com o bem dos filhos, que sempre perdem no segundo matrimonio dos pais, as leis civis procurarão desviar-lh'o, empregando para isso restricções, e até mesmo perdimento de vantagens, como se vê no Codigo de Justiniano tit. *de secund. nupt.*

Por esta causa decidirão, que o viuvo ou viuva, que tem filhos, perde, contrahindo outras nupcias, a dignidade, consideração e nobreza proveniente do primeiro matrimonio, bem como perde a tutela dos filhos do consorte predefuncto, a propriedade dos bens, que houver por morte deste, com a dos que lhe forão deixados sob condição de permanecer na viuvez, etc.

Ponderado que o espirito das LL. civis é favoravel aos filhos legitimos do viuvo ou viuva, ainda que não tenham em odio o segundo matrimonio, pois que o não reputão crime; sendo os filhos na ordem da successão os primeiros, convêm saber, como succedem, concorrendo com outros de pai ou mãe commum, mas provindos d'outras nupcias.

Neste assumpto devemos estabelecer antes de tudo duas regras ou maximas geraes. A 1.^a é, que nos bens, em que o pai ou mãe commum tem propriedade, succedem igualmente e sem differença os filhos do primeiro com os do segundo matrimonio, dividindo-se

aquelles em tantas porções iguaes, quantos são os mesmos filhos. Por quanto os do primeiro, durante a vida do pai, nenhum direito tem em seus bens proprios; e como então a sua condição é em tudo igual, neste respeito, á dos filhos do segundo matrimonio, a morte do pai commum abre igualmente para uns e outros a successão, em quanto aos bens, de que fallamos.

A 2.^a maxima ou regra geral é, que nos bens, em que o pai tem sómente usufructo, fica a propriedade nos filhos do primeiro matrimonio, e se divide entre elles igualmente, sem que, em quanto a estes bens, tenham concorrência os filhos do segundo. Por quanto n'estes bens não tinha o pai senão o usufructo; este acabou por sua morte; logo os filhos do segundo matrimonio, em quanto a elles, não encontrão direito algum, em que succedão ao pai ou mãe commum.

Cabe agora examinar em que bens tem o pai o usufructo sómente, e quaes aquelles, em que o mesmo tem a propriedade. Dá-se no pai o simples usufructo nos bens, que sua mulher lhe deixa por titulo benefico ou lucrativo, se lhe deixa tambem filhos, pois que o mesmo é obrigado a deixal-os em propriedade aos filhos, que houve de tal mulher, o que reciprocamente acontece com a mãe, a quem o marido deixa filhos, nos bens, que d'elle houve por titulo igual ou gratuito. L. 3. C. *de secund. nupt.*

Esta disposição é ampliada por alguns aos bens deixados por terceiro a um dos conjuges em contemplação com o outro predefuncto; doutrina, que aceitamos, pois que sendo o espirito das leis favoravel aos filhos do primeiro matrimonio, procede a presumpção de que o terceiro procurou principalmente o bem dos mesmos filhos por attenção ao seu gerador predefuncto, e não o d'outros; isto no caso da sua disposição ter sido feita antes de contrahido o segundo matrimonio. Outros Jurisconsultos porém rejeitão esta doutrina, achando dura a ampliação da L. cit. a bens, que n'ella não são expressos.

Tem tambem o pai sómente usufructo nos bens provindos da linha materna, em que succede *ab inte-*

stato ao filho do primeiro matrimonio; pois que por sua morte, excluidos os filhos provenientes d'outras nupcias, se devolvem em propriedade livre aos irmãos do predefuncto: e procede o mesmo na mãe, em quanto aos bens havidos do lado paterno pelo filho, a quem pelo mesmo titulo ella succede. Ord. liv. 4. tit. 91. §. 2. e 4. O que se não pôde ampliar, como temos idêa d'em outra parte haver notado, a estes mesmos bens, quando deixados pelo filho por instituição ou testamento; nem tambem aquelles, em que o pai succede ao mesmo, ainda que intestado, mas que lhe não vierão pela mãe ou ascendentes maternos; pois que em ambos estes casos o pai tem a propriedade, assim como a tem em todos os mais bens afóra os das excepções referidas, os quaes por isso, segundo a primeira regra exposta, se partem por sua morte entre os filhos d'ambos os matrimonios, cuja condição é igual em quanto a elles.

É evidente, e o seria, ainda mesmo que a Ord. cit. o não declarasse, que o pai binubo não pôde alienar, nem communicar, nem hypothecar os bens, em que succede ao filho, quando n'elles sómente lhe cabe o usufructo, pois que aquellas faculdades excedem os limites deste direito; assim como que este usufructo do pai procede, quando lhe ficão filhos do primeiro matrimonio, pois que em favor d'estes é que a lei dispõe, cessando por isso sua disposição, se elles faltão, ainda mesmo que restem netos, filhos d'um irmão do predefuncto, salvo se tem um thio, pelo menos, com quem concorrão. Cit. Ord. §. 2. *in fin.*

Plenissime autem (sed non jure quidem) liberis prioris matrimonii consultum fuit, etc. Nesta parte da sua nota ao §. lembra o Sr. Paschoal a Lei de 9 de Setembro de 1769, a qual mandou nos §§. 27. e 28., que o pai, contrahindo segundo matrimonio, e tendo filhos do primeiro, procedesse a inventario de seus bens, sem poder alienal-os, devendo segurar com caução as legitimas, que n'elles cabião aos filhos. A viuva com filhos ou netos do primeiro matrimonio, passando a segundo em idade de poder ter successão, pelo §. 29. desta Lei era despossada da legitima paterna e materna d'esses filhos, e

de todos os bens dos mesmos: disposições, que devião ter execução logo que os segundos ou posteriores casamentos estivessem ajustados, e antes de contrahidos ou celebrados, pelo preceito da Lei de 23 de Novembro de 1770. Estas providencias, analogas ás de Direito Romano, forão porém revogadas pelo Decreto de 17 de Julho 1778, que restituiu a legislação neste ponto ao estado, em que se achia nas nossas já mencionadas Ordd.

Quando e como succedem os ascendentes.

§. 16. *Secundus ordo successionis ab intestato adscendentium est.* Depois da primeira ordem de successão na herança do defuncto intestado, que, como vimos, é formada por seus descendentes habéis, segue-se a segunda, ou a dos ascendentes. O ultimo estado da successão dos ascendentes a seus filhos e descendentes é consignado no cap. 2. da Novell. 118., como já advertimos, consistindo em o pai, mãe ou outros ascendentes, que sobrevivem ao defuncto, lhes succederem com preferencia a todos os collateraes. á excepção dos irmãos germanos, quando aquelle não deixou herdeiros alguns descendentes.

Se o defuncto deixa muitos ascendentes, dispõe o cit. cap. da Novell. referida, que sejam preferidos os mais proximos, sem que se distinguão das femeas os varões, nem os do lado paterno e os do materno. Se porém elles estão no mesmo grão de distancia, manda, que os ascendentes do lado paterno, em qualquer numero que sejam, tomem para si ametade da herança, sendo a outra ametade para os ascendentes maternos, sem attenção igualmente com o numero.

Se com os ascendentes ha irmãs ou irmãos germanos do defuncto, admite estes a succeder-lhe concorrentemente com aquelles, de maneira que, se existe pai ou mãe com taes irmãos, divide se a herança *per capita*, tomando cada um dos concorrentes uma porção igual ou viril. Mas neste caso, se é o pai o sobrevivivo, não lhe cabe o usufructo na porção, que fica ao filho, por quanto

em vez d'este usufructo ; diz a Novell. , nós lhe damos um direito de successão , e por isso uma propriedade.

Este texto , como tambem já notámos , não providencia para o caso , em que o irmão germano predefuncto deixou filhos ; silencio , que igualmente vimos foi supprido na Novella 127. , determinando que o filho ou filha de tal irmão virá á successão representando seu pai , concorrendo com o avô ou outro ascendente , e bem assim com thios , se existirem.

Examinado o ultimo estado do Direito Romano , em quanto á ordem de successão formada pelos ascendentes , segue-se o exame do nosso Direito com o mesmo objecto. Segundo a Ord. liv. 4. tit. 91. cit. pelo A. , o pai ou mãe , ou ambos sobrevividos ao filho intestado , que não deixa descendentes , succedem-lhe em toda a herança , *porque o pai e mãe* , diz a mesma Ord. §. inic. in fin. , *excluem em todo os irmãos do defuncto de sua herança*. Logo temos que na falta de todos os descendentes o pai e mãe succedem *ab intestato* ao filho , como era entre os Romanos ; mas não concorda com a destes a nossa jurisprudencia , em quanto por esta os irmãos germanos do defuncto são excluidos totalmente da herança pelos pais , como o forão entre os Wisigodos , liv. 4. tit. 2. l. 2. ; discrepancia esta do nosso Direito com o Romano ; que exactamente advertio o A. nas palavras — *Ad adscendentes devolvitur liberorum intestatorum hereditas, fratribus etiam germanis et eorum filiis exclusis*.

A expressão porém — *ad adscendentes* — é mais geral , do que a da Ord. cit. do liv. 4. tit. 91. §. inic. , pois que menciona os pais sómente. Todavia nenhuma razão se dá para ella se não ampliar aos ascendentes restantes , o que claramente se depreheende da Ord. do mesmo liv. tit. 96. pr. verb. — *Assim como , se se finasse uma pessoa sem descendentes , e tivesse sua mãe viva , e seu avô ou avó , pai ou mãe de seu pai ; em tal caso succederá a mãe , e não o avô ou avó por parte de seu pai , e assim em similhantes casos ;* redacção , que claramente chama todos os ascendentes , tendo preferencia os mais proximos , em harmonia com o Direito Romano já exposto.

Proximus

Proximus autem remotiorem semper excludit, etc.

Que o ascendente mais proximo exclue o mais distante, não se pôde duvidar; por quanto a nossa Ord., que acabámos de transcrever, claramente determina, que se o defuncto deixa mãe, e tem igualmente vivo o avô ou avó, succede aquella, excluidos ambos estes, o que não pôde provir d'outra razão, senão a de ser a mãe ascendente mais proxima do defuncto, do que o avô ou avó, em concordancia com a Novell. 118. cap. 2.

De sorte que um mais remoto ascendente não representa outro menos distante ou mais proximo, ao contrario do que vimos acontece na linha dos descendentes. Ainda que, como já advertimos, tem logar nos ascendentes uma especie de representação, não para o mais remoto entrar na successão, em caso algum, pelo direito ou fazendo as vezes do mais proximo, mas para accumular com a sua a porção, que caberia a outro, que com elle estava em igual distancia do defuncto, se antes d'este não fallecêra.

Assim quando não ficão ao defuncto intestado nem descendentes, nem pais, mas ambos os avós paternos, e apenas um dos maternos, junta este á sua parte a outra, que seu consorte haveria, se fôra vivo, succedendo então em toda uma ametade da herança, dete-rida aos dous avós paternos a ametade restante. Por este principio tambem se o mesmo defuncto, a quem não ficão descendentes, deixa os quatro avós e um dos pais tão sómente, succede este em toda a herança, accumu-lando com a sua a outra ametade, em que seu consorte por morto já não pôde succeder.

Parentes illegitimi eodem modo filiis, ac ii paren-tibus succedunt, etc. Conclue o Sr. Paschoal este §. advertindo-nos, que nos casos, em que os filhos illegiti-mos succedem aos pais intestados, estes, se lhes sobrevi-vem, succedem áquelles nas mesmas circumstancias, ou quando morrem sem testamento, isto em razão de ser mutuo ou reciproco o direito de succeder, segundo a cit. Novella. no cap. 3. declara.

Por tanto nos casos todos, em que o filho natural, pela sentença da nossa Ord. liv. 4. tit. 92., succede ao

pai plebeo, succede este ao filho natural intestado, Peg. tom. 2. á Ord. pag. 71. n. 170.; assim como no caso, em que os netos espurios nascidos de filha legitima succedem á avó materna, esta, se lhes sobrevive, succede-lhes por virtude de reciprocidade de direito. Donde resulta tambem não succederem aos pais os filhos de coito damnado, pois que aquelles, não são successiveis para estes como antecedentemente ponderámos; dando-se com tudo entre os pais e os filhos d'esta especie reciprocidade em quanto aos alimentos.

An vero pater et mater sine differentia bonorum aequaliter ad successionem admittantur, non levis controversia est, etc. Deixando a materia da primeira parte da nota a este §., pois que já a considerámos, expondo o texto; na segunda parte da mesma, aberta pelas palavras transcriptas, lembra o A. a questão que se ventila sobre os ascendentes maternos e paternos succederem indistinctamente nos bens deixados, ou succederem aquelles sómente nos que vierão ao defuncto pela linha materna, e estes nos que o mesmo houve por parte ou pelo lado do pai: questão, em que as opiniões de Baldo e Bartolo divergem, e que nem as leis romanas nas Novellas, nem as nossas resolvêrão, como tambem o A. observa, adoptando elle a doutrina de que os ascendentes, tanto paternos como maternos, succedem n'uns e n'outros bens indistinctamente ou sem differença.

Povos houve na antiguidade, como temos idêa d'em outro lugar d'este escripto haver notado, que para os bens, na falta de descendentes, reverterem ás mesmas familias, de que havião saído, observárão a regra — *materna maternis, paterna paternis*, regra de que ainda apparecem alguns vestigios nas leis de Hespanha.

As nossas leis porém e as Romanas nas Novellas chamão uns e outros ascendentes á successão, preferindo ou dando a precedencia tão sómente á maior proximidade do parentesco com o defuncto, sem que distinguão os bens em attenção com o lado, por onde vierão ao mesmo. Logo toda e qualquer distincção neste caso nos parece estranha ás leis, que tem força

entre nós; e como o arbitrio particular nunca póde fundar Direito, adoptamos, como legal, a opinião do A., a qual até mesmo tem por concordante o *Cod. Civ. de França*: *Toute succession échue á des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales; l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle*, art. 733.; isto depois de no art. antecedente ter declarado, que a lei não considera a natureza, nem a origem dos bens para regular a successão: *La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession.*

Successão dos collateraes.

§. 17. *Tertius ordo est collateralium, ad quos hereditas in defectum descendentium et ascendentium ab intestato defertur.* Assim como a ordem dos ascendentes é chamada á successão na falta dos descendentes, também a dos collateraes sómente faltando aquelles tem logar. Segue-se por tanto tractar dos collateraes considerados como herdeiros legitimos, terceiros depois dos primeiros os descendentes, e dos segundos os ascendentes; o que fórma a materia deste §. Antes porém do seu exame é mister estabelecer algumas ponderações indispensaves, omittidas pelo A., e que mais cedo teriamos estabelecido, se outro logar nos parecesse tão opportuno, como este, em que tractamos da terceira ordem de successão determinada na lei pela proximidade do parentesco.

Attento o fundamento, tomado por Justiniano para se deferir a herança do que morre sem testamento, é evidentemente indispensavel que não só não haja no herdeiro alguma das qualidades, que o fazem incapaz, mas que entre elle e o defuncto existisse parentesco; o qual consiste na relação, que se dá entre pessoas unidas pelos vinculos do sangue.

São tres as especies de parentes, e se distinguem pelos nomes de *ascendentes*, *descendentes* e *collateraes*. São aquelles o pai, mãe, avô, avó, e outros mais remotos ou distantes, subindo do gerado para os de quem elle

proveio: a serie das gerações d'este para aquelles forma a linha ascendente.

Descendentes são os que resultão pela geração dos mesmos ascendentes ou geradores: a serie das gerações destes para aquelles, forma a linha descendente. A linha ascendente e descendente compõem ambas a linha directa dos parentes, e comprehende todos os que entre si são ascendentes e descendentes.

Por collateraes entendemos, os parentes que uns para os outros não estão na linha directa, pois que não se derão, nem recêbêrão a existencia pela geração entre si; mas provêm do mesmo progenitor, o qual por isso em quanto a elles se diz tronco commum. Taes são os irmãos uns a respeito dos outros, os sobrinhos para com os thios, os primos entre si, etc.

Como estes parentes não formão entre si linha directa, mas ficão ao lado d'ella, diz-se collateral, transversal e obliqua a sua linha. Esta, se as pessoas, que se comparão entre si, estão em igualdade de distancia do tronco commum, diz-se *igual*; e se a distancia não é a mesma, chama-se *desigual*.

Assim como se diz linha a serie de gerações entre determinadas pessoas, a distancia entre uma e outra das gerações se chama gráo. O computo dos grãos de parentesco na linha directa depende d'uma só regra, segundo ambos os Direitos o Canonico e o Civil, e consiste em contarmos tantos grãos, quantas são as pessoas, que nesta linha se dão, tirando sempre uma d'ellas. Assim pai e filho estão no primeiro gráo entre si, porque são duas pessoas, ficando uma só, tirada a outra. O avô e o neto achão-se entre si no segundo gráo, pois que aqui ha tres pessoas, isto é, o avô, o neto e o pai entre um e outro; e de tres pessoas tirada uma, ficão duas: o bisavô e o bisneto estão no terceiro gráo entre si, pois que aqui ha quatro pessoas, o bisavô, o bisneto, o filho e o neto; e tirada uma, ficão tres. O mesmo se practica nas pessoas mais distantes entre si em quanto a esta linha, o que se chama propriamente contar os grãos por gerações; pois que effectivamente cada uma geração fórma um gráo.

No computo porém dos grãos de parentesco das collateraes, ou na linha transversal o Direito Civil ou Romano não concorda com o Canonico. Segundo aquelle Direito tanto d'uma como d'outra parte deve sempre remontar-se á origem ou tronco commum, donde descendem os parentes, a quem procuramos o grão, e contarem-se então tantos grãos, quantas são as pessoas, exceptuando porém aquella, que é o tronco commum para as outras, que esta não se compúta. Donde resulta que por Direito Civil não se dá primeiro grão na linha collateral.

Por quanto, para se conhecer o grão, em que estão entre si dous irmãos, remontando ao tronco commum, achamos tres pessoas, a saber, os dous irmãos e o pai, que, por isso que é o tronco commum, se não conta; logo estão aquelles no segundo grão. Igualmente se procuramos conhecer os grãos de distancia entre o thio e o sobrinho, remontamos ao avô do sobrinho, que para o thio é pai, e tronco commum para ambos; achamos em resultado tres pessoas, isto é, o thio, o sobrinho e seu pai, irmão daquelle, sem contarmos o avô, pois que é o tronco commum; logo está o thio para o sobrinho, assim como este para aquelle, no terceiro grão de distancia.

Sendo tambem o avô tronco commum para os primos, ou filhos d'irmãos entre si, e não se contando por isso; como os primos germanos com seus pais perfazem então quatro pessoas, aquelles, uns para com os outros, estão no quarto grão de distancia. Os exemplos postos bastão para em todos os outros casos commensurarmos a distancia entre collateraes, segundo o Direito Civil. Vide o *Cod. Civ.* de França artt. 735., 736., 737. e 738.

Na computação dos grãos de parentesco collateral temos duas regras adoptadas pelo Direito Canonico. A primeira é que se aquelles, a quem procuramos determinar o grão de parentesco, estão em igualdade de distancia do que é seu progenitor, devemos contar entre elles tantos grãos, quantos são os que um dos mesmos dista d'aquelle como seu tronco commum;

Por este modo dous irmãos estão no primeiro gráo de parentesco, porque nenhum delles dista do pai mais do que um gráo; e os primos germanos no segundo, pois que cada um delles não dista senão dous grãos do avô, tronco commum.

•A segunda regra é que se a quelles, aquem investigamos o gráo, não distão do tronco commum com igualdade, devemos contar os grãos no que d'elle se acha mais distante. Assim o thio e o sobrinho germano estão no segundo gráo, porque o sobrinho dista dous grãos do avô tronco commum, do qual o thio não dista senão um; e o sobrinho está no terceiro gráo com o thio irmão do avô, porque a distancia, em que o bisneto se acha do bisavô tronco commum neste caso, é de tres grãos, quando o thio irmão do avô dista da mesma origem sómente um.

Todavia quando os grãos são desiguaes para com o tronco commum, contão-se, algumas vezes, os lados ambos, para melhor se explicar o parentesco. Assim, se diz que o sobrinho, por exemplo, e o thio germano estão no primeiro e segundo gráo, e que o sobrinho com o thio irmão do avô são parentes no primeiro e terceiro.

O parentesco, consistindo, como vimos, na relação entre pessoas unidas pelos vinculos do sangue, constitue *consanguinidade*, quando estes vinculos são formados por sangue proprio, sendo ella uma condicção essencial no herdeiro a respeito do defuncto para lhe succeder *ab intestato*; mas quando não é o sangue proprio que fórma o vinculo, diz-se o parentesco especialmente *affinidade*.

Segundo o Direito Romano consiste esta no vinculo ou proximidade, que existe em duas pessoas, uma das quaes se ligou pelo matrimonio com o consanguineo da outra. Mas por Direito Canonico é *affinidade* a alliança formada entre duas pessoas, das quaes uma teve tracto ou commercio, quer legitimo, quer illicito, com um parente ou consanguineo da outra. Donde resulta que segundo este Direito são duas as especies d'*affinidade*: uma legitima, e provêm da união pelo

matrimonio; outra illicita, pois que nasce da união impura entre duas pessoas de differente sexo.

Deixando de ponderar aqui a differença dos effeitos d'uma e outra especie d'affinidade, com influencia na contracção do matrimonio entre os affins, bem como na recusação contra as testemunhas e Juizes, pois que nada disto prende com o assumpto, que nos occupa; cabe aproveitar o ensejo para sómente advertirmos, que não obstante não se poderem propriamente contar grãos na affinidade, pois que n'ella não ha gerações, se adoptou por analogia a regra de que — *una pessoa é affim dos parantes do seu consorte ou da outra, com quem teve tracto illicito, no mesmo grão, em que esta se acha para com aquelles por sua consanguinidade.*

Expostas as idéas sufficientes para avaliarmos a maior ou menor proximidade entre os collateraes e o defuncto, segue-se ver, como em razão d'ella os mesmos são chamados pela lei a succeder-lhe na falta de descendentes e ascendentes: no que consiste propriamente a materia deste §., como já advertimos.

Et primo quidem fratribus germanis, germanorum-que liberis, qui in stirpes succedunt, sive cum germano fratre concurrant, sive soli sint. A regra geral no chamamento dos collateraes á successão *ab intestato* é que os parentes mais proximos do defuncto concorrem, excluindo os mais distantes, donde vem a exactidão da doutrina do A., primeiramente emittida nestas suas expressões, e vem a ser que os irmãos germanos do que fallece intestado, isto é, aquelles, que com este tiverão os mesmos pais, lhes succedem; o que se entende *per capita*, pois que succedem por si mesmos ou por um direito proprio, e excluem todos os outros collateraes, por mais distantes, menos os sobrinhos, filhos d'outros irmãos germanos predefunctos. Por quanto ainda que estes se achem para o defuncto no terceiro grão de distancia, entrão no segundo, concorrendo com os thios, porque era este o grão, em que se achava seu pai, agora por elles representado; donde vem que todos os sobrinhos, qualquer que seja o seu numero, tomão, para entre si dividirem, uma porção igual á que cabe a

cada um de seus thios, pois que era aquella mesma a que receberia o pai, cabeça da sua *estirpe*.

Nas expressões — *sive soli sint*, repete o A. a opinião, que já deixou no §. 5. deste Titulo, segundo a qual os sobrinhos, ainda que não concorram com thios, não dividem ou partem *per capita* a herança, no que concordão outros igualmente distinctos Jurisconsultos, que ahi mencionámos, dos quaes tambem logo então dissentimos.

A preferencia posta dos irmãos germanos ou bilateraes, bem como a concorrência com elles dos sobrinhos filhos de taes irmãos predefunctos, são sentenças terminantes da Novell. 118. cap. 3., que na falta dos bilateraes e seus filhos, faz tambem entrar na successão os irmãos unilateraes, sem differença de consanguineos e uterinos: *In secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem*; doutrina, que o Sr. Paschoal explica pelos termos: *Germanis, et germanorum liberis deficientibus, fratres, sororesve unilaterales, eorumque liberi eodem modo succedunt sine discrimine honorum, paterna sint, an materna*.

Que em falta dos bilateraes succedem os irmãos unilateraes, concorrendo com elles pela representação os sobrinhos filhos d'um tal irmão ou irmã predefuncta, não se pôde duvidar, não só porque a mesma razão de favor, que se dá nos filhos d'irmãos germanos para representarem os pais, acontece nos sobrinhos filhos de irmãos unilateraes, mas porque a generalidade das expressões da Novella, dando a representação aos sobrinhos, não exclue os filhos destes ultimos irmãos: *Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et foeminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant*.

Si vero nec fratres germani, vel unilaterales, vel eorum liberi exsistent, etc. Deixando de insistir, para não nos repetirmos, em que os collateraes chamados pela lei succedem indistinctamente em todos os bens da herança, pois que nem as nossas leis, nem as Romanas das Novellas admittirão a regra — *paterna pater-*

nis; materna maternis; o A. pelas expressões transcritas adverte que em falta d'uns e outros irmãos e filhos d'elles, a herança se defere aos seguintes consanguineos transversaes, na razão directa da sua proximidade com o defuncto, ou na inversa da maior distancia, em que do mesmo se achão, succedendo sempre *per capita* e nunca *per stirpes*. Por quanto todos os collateraes inferiores aos sobrinhos, ou mais distantes, são chamados no lugar, que o seu proprio grão lhes determina, sem que representem outra pessoa, ou figurem em grão alheio: logo tambem succedem no que lhes cabe por seu direito, sem que partão entre si o que a outrem caberia, como acontece com aquelles, que representam os pais, cabeças da sua *estirpe*.

Illegitimi etiam ex damnato coitu cognatis per matrem conjunctis, etc. Conclue o §. ponderando que os irmãos uterinos (na mesma razão achamos os outros parentes pela mãe) succedem uns aos outros entre si, ainda que resultem de coito damnado ou punivel, pois que a illegitimidade da geração não lhes tira a legitimidade de sua mutua successão. Ord. liv. 4. tit. 93.

Quando o sobrevivivo succede ao conjuge predefuncto.

§. 18. *Cognatis non exstantibus intra decimum gradum ad juris civilis rationem computandum, succedunt conjuges inter se*, etc. Se ao defuncto, que não deixa, nem descendentes, nem ascendentes, não ficão transversaes dentro de grão successivel, isto é, até o decimo de consanguinidade contado segundo o Direito Civil ou Romano, defere-se a herança ao conjuge sobrevivivo como herdeiro universal, o que com reciprocidade em ambos os consortes é expresso na Ord. liv. 4. tit. 94., que acceitou esta disposição das nossas antigas Ordd.

Et hic est quartus successionis ordo. Que a lei deferrindo, na falta de transversaes, a herança do defuncto ao conjuge sobrevivivo, constitue a quarta ordem de successão legitima, é innegavel; pois que o conjuge recebe

aquella neste caso, ou na falta de descendentes, ascendentes e collateraes, por sua disposição immediata, e não pela do defuncto, que morreo sem testamento. Mas tambem parece ser innegavel, que o fundamento, que a lei toma para os conjuges succederem um ao outro, é differente, do que teve nas tres ordens precedentes, consistindo no amor natural do defuncto para com os herdeiros, por serem todos do mesmo sangue, pois que este amor não póde existir entre os conjuges, em razão do seu sangue não ser o mesmo.

Por tanto o amor attendido, deferindo-se a herança entre os conjuges, não tem a qualidade de natural, mas a de adquirido pela força da convivencia e dos mutuos auxilios que se prestão, devendo ser pelo mesmo modo conservado até á morte, e que se induz por presumpção da vontade do defuncto, que não testou em contrario, e que a existencia do divorcio faz cessar, extinguindo por consequencia a susceptibilidade do conjuge sobrevivivo, como é expresso na cit. Ord.

Quod si conjux separationi causam non dedit, defuncto succedit, etc. Nesta ultima parte do §. aceita o Sr. Paschoal a doutrina de Portug. *de donat.* e de Barb. *citt.*, fazendo improcedente a sentença de não succeder o conjuge, quando o defuncto, e não o sobrevivivo, foi quem deu causa ao divorcio. Nós porém somos discordes: se a exclusão de succeder, dado o divorcio dos conjuges, fosse tida como pena, certo não tinha ella logar contra o sobrevivivo innocente no divorcio; mas esta exclusão procede da vontade, que a lei presume no defuncto em razão de na morte se achar tão indisposto, quer com razão, quer sem ella, com o conjuge sobrevivivo; alias a mesma Ord. seria expressa na excepção, que em nosso modo de ver arbitrariamente se lhe attribue, e que por igual razão é repellida pela generalidade, com que dispõe o *Cod. Civ.* de França art. 767.: *Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit.*

Successão na herança vacante.

§. 19. *Ad fiscum tandem defertur ab intestato hêreditas*, etc. Se faltão collateraes dentro de gráo successivel, e o defuncto não deixa conjuge, ou morre d'elle divorciado; e tambem se existindo em alguma destas ordens herdeiro, não acceita a herança, entra ella no dominio publico ou da nação, não sendo nunca *nul-lius*, ou capaz de ceder ao occupante, quem quer que seja.

Nas circumstancias expostas a devolução da herança ao Estado, com applicação no resgate dos captivos, apparece estabelecida na Ord. liv. 1. tit 90. §. 1., o que entendemos resultar, não do fundamento da vontade do defuncto presumida pela lei, mas do uso, que esta faz do direito, que já mostrámos cabe á nação nos bens não compossuidos, e em que pela morte terminou todo o dominio do defuncto, dominio, que a nação agora reclama, por isso que não deixando aquelle *ab intestato* nem descendentes, nem ascendentes, nem collateraes até o decimo gráo, nem conjuge sobrevivente, cessarão inteiramente as condições, com que ella o havia concedido.

Ea tamen acquirens ad aes alienum tenetur, etc. Mas este direito ou dominio da nação é restricto aos bens, em que o defuncto o tem perdido pela morte, e em que ninguem tem direito: mas como esta ultima circumstancia se não dá na quantidade de bens, que aquelle possuia, mas que devia, segue-se que a nação só recupera o dominio na propriedade verdadeiramente vacante, isto é, nos bens da herança, que, como em outro lugar ponderámos, consistem no que tão sómente resta, *deducto aere alieno*, ou no liquido depois de pagas as dividas. Por tanto são estas pagas pelo Estado, não como herdeiro, mas porque os bens exactamente precisos para sua satisfação, tem dono nos crédores do defuncto, não são por isso vacantes, e sem esta qualidade o dominio público não procede nos bens de propriedade particular.

A obrigação perfeita do Estado em quanto ás divi-

das, entrando no dominio de heranças e bens vacantes, que tiverão dono certo, evidente pelos nossos principios, foi reconhecida pelas LL. Canonicas e Romanas nos textos citt. pelo A.

Devem por tanto n'estes casos affixar-se edictos por tempo razoavel, chamando á habilitação para succeder ao defuncto quem se entender com direito, assim como os crédores, tudo isto em juizo confitencioso, e sempre com audiencia do Ministerio Publico, a quem cabe promover os termos até sentença, que julgue devoluta a herança á nação; devendo o mesmo tambem ser ouvido no pagamento judicial das dividas, quando feito pelos bens da herança devoluta por virtude da sentença. Vid. o *Digest. Portug.* tom. 2. art. 882. e seg.

Depois da idéa de serem encargo do Thesouro as dividas da herança vacante, como temos ponderado, adverte o Sr. Paschoal na nota a este §. que nossas leis não concedem a corporação, sociedade ou individuo algum haver para si, com preferencia á nação, qualquer herança nas circumstancias ou com a qualidade referida; o que faz inteiramente inutil para nós no Codigo Justiniano o tit. *de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium militum, et fabricensium*; e termina com advertir igualmente que no Titulo I. §. 17. das suas *Instituições de Direito Criminal*, encontraremos a doutrina da successão nos bens dos condemnados, bem como nos *erepticios*, isto é, nos bens, que se tirão ao herdeiro por indigno de succeder ao defuncto.

Mas como já em outro lugar desta mesma parte do nosso escripto encetámos o exame da actual legislação, alterando a preterita, a que o A. se refere como vigente em quanto á successão nos bens *erepticios*, a qual prende com a respectiva aos dos condemnados: cumpre concluir aqui aquelle exame, empregando breves momentos.

Vimos que segundo o nosso Direito a sentença condemnatoria a pena ultima, transitando em julgado, opera *ipso jure* a morte civil do réo, morte, que por si só lhe faz perder, com todos os direitos particulares, a facção testamentaria, pertencendo então a seus herdeiros

deiros legitimos o succeder-lhe, menos quando por virtude da especialidade do delicto a confiscação lhe era imposta nos bens, estando n'esta razão a herança perdida pelo herdeiro incurso na indignidade de succeder ao defuncto. Ord. liv. 2. tit. 26. §. 19.

Como porém em virtude do principio justissimo de não dever passar a pena da pessoa do delinquente, adoptado expressamente na *Cart. Constit.* da Monarchia art. 145. §. 19., aquellas duas excepções forão perfeitamente abolidas ou revogadas, vimos tambem que, para harmonizar o Direito, nos restava concluir que o excluido da successão por indignidade, assim como o que morre civilmente, são sim privados dos bens, mas que estes se deferem com os encargos a seus herdeiros legitimos, sendo como taes chamados primeiramente os descendentes, depois destes os ascendentes, em sua falta os collateraes até o decimo gráo pelo Direito Civil, em quarta ordem o conjuge sobrevivente, entrando por ultimo, e só então, a herança d'um e outro no dominio publico ou do Estado, em conformidade com as disposições geraes de nossas leis.

Cabe porém agora ponderar que os filhos e herdeiros do morto civilmente nunca podem succeder senão por si, ou sem que o representem, pois que tendo necessidade de sua representação, é nenhum o seu direito, em razão de nenhum tambem existir no pai, que procurão representar. Desta sorte os filhos succedem-lhe nos bens por si mesmos, mas não succedem ao avô, por isso que para succeder-lhe dependião de representarem aquelle, em quem o direito de succeder foi extincto por virtude da sentença capital, ou pela morte civil.

Tambem por esta mesma doutrina, que resulta da força dos principios, se concebe, que na referida especie d'os filhos do morto civilmente não succederem ao avô, se não ha outros descendentes em primeiro gráo além d'aquelle, nem mais do que uma *estirpe*, os netos, que a compõem, são postergados pelos collateraes do defuncto, que succedem por seu proprio direito. No que encontramos a maior de todas as durezas; pois se

converte a representação em mal daquelles mesmos, para cujo bem foi inventada, quando a precedencia da linha e a maior proximidade do seu gráo, isto é, quando a realidade das cousas, prescindindo-se de ficções, lhes, deteria sem questão a herança do avô; observando-se então de mais a mais por este modo a sagrada maxima já referida, que não deixa passar a pena além da pessoa criminosa.

Estas ponderações ainda mais nos confirmão na opinião antecedentemente emittida, de não devermos recorrer ao beneficio da representação, senão quando o mesmo é beneficio, isto é, senão quando sem tal ficção se não póde succeder, ou ser herdeiro por um direito proprio ou pessoal, pois que sómense então se faz preciso o alheio.

**FIM DA 2.^a PARTE, OU DO DIREITO DAS COUSAS
COM RELAÇÃO Á PROPRIEDADE ILLIMITADA.**