

INSTITUIÇÕES

ORPHANALOGICAS

PELO CONSELHEIRO

JOAQUIM IGNACIO RAMALHO

LENTE DA PRIMEIRA CADEIRA DO QUINTO ANNO DA
FACULDADE DE DIREITO DA IMPERIAL CIDADE
DE S. PAULO.

COMMENDADOR DA ORDEM DE CHRISTO,
OFFICIAL DA ROSA ETC.

8. PAULO

TYPOORAPHIA DE JORGE SECKLER, RUA DIREITA 15.

1874.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

DEDICATÓRIA

p-oogyooo-i

Mm. Exm. Snr. Conselheiro

João flrisphtiano Soarça.

Depois da publicação da Praxe Brasileira em 1869, coordenei alguns apontamentos que havia feito sobre o Processo Orphanologico, sem que tivesse intenção de dar publicidade á esse trabalho, reservando-o para o meu VÃO particular; porque, a não ser a velleidade de querer passar por autor, nem um outro incentivo pode ter o homem de letras para escrever uma obra de dii eito.

Houve, porém, alguém que, sem autorização nossa, fez publicar pelos jornaes que escrevíamos sobre a Orplia-l natogia; e desde então persuadirão-se muitos que havíamos feito prommisso de dar ao prelo um trabalho orphanologico.

Sem ter ainda mudado de resolução, submetti esse escripto ao juizo. autorisado e sincero de V. Ex. pelo hábito em que estamos de communicarmos reciprocamente nossos trabalhos literários.

O parecer de V. Ex. sobre o meu escripto me lisongeou tanto, que demoveo-me â publicai-lo com o titulo —Instituições Orphanologicas—; e para isso fiz utna nova revisão, melhorando a ordem das matérias, e aceres-] centando muitas notas explicativas do texto para provar melhor a doutrina.

E' este pequeno trabalho que dedico e offereço â V. Ex. exercitando assim os sentimentos de particular estima e consideração que tenho para com o jurisconsulto consummado, o amigo desde a infância, o companheiro dos estudos e fadigas literárias, e o collega do Magistério por tantos annos.

I

Acceitando V. Ex. esta offrendu, e consentindo que\ publique debaixo dos auspícios de V. Ex., muito obrigará á quem tem a honra de assignar-se

De V. Ex.

Particular amigo e Collega

Joaquim Ignacio Ramalho.

I INSTITUIÇÕES ORPHANALOGICAS

----- -rS>i>=Xi^riD-----

PARTE GrERAT-,

I TITULO PRIMEIRO

Da Herança e da Successão

I CAPITULO PRIMEIRO

Da Herança

Li NOÇÃO.

§ 1 A herança é o património do defunto com. todos os seus encargos (1)", e subjectivamente considerada define-se: A successão em todos os direitos I que teve o defunto ao tempo de sua morte (2). Mas esta definição não convém ao definido; porque a successão é a transmissão dos direitos activos e pas-

(1) Mulbenbruck Doutr. Pand. Part. Spec. Liv. 5. Cap. 2. § 614; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 1.
I (2) D. Liv. 50. tit. 16. frag. 24.; tit. 17. frag. 62.; Oliv. de Munere Prov. Cap. 4. nu li»; Mulhenbruck cit. § 614.

laivos do defunto para a pessoa do herdeiro, e não a universalidade dos mesmos direitos que é o que constitue e forma a herança (§. 9.) (3).

Compreende-se na herança:

I) As cousas corpóreas, moveis ou immóveis, que passarão do defunto aos seus herdeiros[^] e não só aquellas que possuirá á titulo de propriedade, como também aquellas em que não tinha senão o domínio útil, e bem assim as que, pertencendo á outrem, conservava de boa fé (4);

II) As cousas que o defunto possuía condicionalmente, ainda que, pelo evento da condição, possão deixar de pertencer á herança (5);

III) O parto dos animaes, ainda depois de começada a acção } e tudo quanto provem dos bens da herança (6)*,

\

(3) Vin. ad Inst. Liv. 2. tit. 2. n. 4; tit. 9. § 7. n.i 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 1. Entende-se por património do defunto os bens que restarem depois de deduzidas todas as dividas; D. Liv. 50. tit. 16. frag. 165, Quem possui duzentos e deve cinquenta, tem na realidade somente cento e cinquenta; porque todo excedente é dinheiro alheio, que um dia ha-de ser restituído; D. Liv. 28. tit. 5. frag. 35. § 1.; Liv. 35. tit. 2. frag. 66. § 1.; Liv. 36, tit. 1. frag. 1. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 17. n. 6.; Cap. 23. n. 21.

(4) D. Liv. 5. tit. 3. frag. 18. § 2.; liv. 10. tit. 2. frag. 10.

(5) D. Liv. 10. tit. 2. frag. 12. § 2.

IV) O aumento dos fundos de terra por allu-
Ivião (7);

V) As cousas que os herdeiros adquirem com
os dinheiros da herança (8), S

VI) As cousas que forão possuídas pelo defunto,
e que os herdeiros prescreverão, assim como aquel-
las que forão compradas pelo defunto, cuja tradição
se fez aos herdeiros (9)*,

VII) Os direitos, obrigações (10) e acções trans-
feríveis (§.3.) (11)-,

(6) D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 3.: frag. 25. § 20.; frag.
26.: Liv. 10. tit. 2. frag. 11.; Cardozo Praxe verb.
Hereditas n. 12. O filho de mulher escrava nasce livre;
mas o senhor tem direito ás vantagens que lhe concede o
artigo 1.º da Lei N.º 2040 de 28 de Setembro de 1871.

(7) D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 3.; Mulhenbruck. Doutr.
Pand. § 697.

(8) D. Liv. 5. tit. 3. frag. 20. § 1.; Liv. 31. de legat. 2.
frag. 70. § 3. Isto porém se entende quanto ás cousas que
forão compradas com o dinhiro e em nome da herança; mas
sendo compradas em nome próprio, ainda que com o dinheiro
da herança, pertencem ao comprador. No caso porém, de
duvida presumem-se compradas em nome próprio, e não da
herança; Pedro Barb. ad Rubr. Solut. ma-trim. Part. 3. n. 73.
Também considerão-se pertencentes á herança as cousas
compradas em nome e utilidade d'ella, posto que o dinheiro
não seja hereditário; Brunem, in Pand. liv. 5. tit. 3. fr. 20. n.
1. 2, 3.

(9*) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 9.; liv. 41. tit. 3. fr. 31. § 5.; fr.
40.; fr. 44. § 5.: Mulhenbruck Doutr. Pand. §697.

VIII) As prestações pessoais, como são: 1.º) os frutos e os proveitos, que o herdeiro tem tirado da herança (12)', as despesas feitas por causa d'ella (13)", as perdas e danos causados nos bens hereditários

(14);

Em geral, denominão-se *hereditárias* todas as cousas, cujo dominio ou quasi, estava em poder do defunto ao tempo da sua morte', e *achadas na herança* as possuidas por outro titulo, assim como o penhor, o commodato etc. (15).

(10) Cod. Liv. 4. tit. 2. fr. 1.; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 18. § 2.; Liv. 10 tit. 2. fr. 2. § 5.; Ord. Liv. 4. tit. 42. in fine.; tit. 45. §§. 1, 2, 3.: Alv. 3 de Nov. 1753.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.

(11) D. Liv. 5. tit. 3. fr. 18.; fr. 20. § 4.; Cardozo Prax. vero. Hoereditás n. 28.

(12) D. Liv. 5. tit. 3. fr. 20. § 3.; Liv. 10. tit. 2. fr. 44. § 3.; Bnmeman. Com. ad. Pand. Liv. 5. tit. 3. fr. 20. § 3.; Huber. ad. Inst. Liv. 4. tit. G. n. 22.; Camin. de Libei. Annot. 18. n. 11.

(13) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 18. § 3.; tit. 3. fr. 4. § 3.; fr. 5.; Camin. de Libei. Annot. 18. n. 11.; Huber. ad. Inst. Liv. 4. tit. 6. n. 22.

(14) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 16. § 4.; fr. 17.: fr. 25. § 16.; Huber. ad Inst. Liv. 4. tit. 6. n. 22.; Camin. de Libei. Annot. 18. n. 11.

(15) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 29.; Bnmeman. ao cit. fr. i I segg.

Do Herdeiro.

§ 2 Toma a denominação de *herdeiro* aquelle que substituo a pessoa do defunto, e entra activa e passivamente em todos os direitos d'elle (16). Conserva a mesma denominação o herdeiro do herdeiro, e assim ao infinito (17).

Pouco importa que uma pessoa só, ou muitas succedão ao defunto, ainda que tenham nos bens somente uma parte *pro rata* (18).

Quando alguém succede ao defunto immediatamente depois da sua morte, se diz herdeiro directo-, o quando se lhe transmite a successão, em todo ou em parte, por intermédio do herdeiro directo, denomina-se *fiduciário* (19). Aquelle, porém, que succede nos direitos activos particulares do defunto, é um successor particular •, e n'esta classe se comprehendem os legatários, os fideicommissarios singulares, e os donatários *causa mortis* (20). Diferença o herdeiro do successor particular, em que este não fica obrigado pelas dividas da herança, nem ainda quando

(16) D. Liv. 29. tit. 2. fr. 37.; Ord. Liv. 4. tit. 48. § 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 7.

(17) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 94. § 1.; Cardozo Prax. verb. Hcreditas n. 22.

(18) D. Liv. 28. tit. 5. fr. 9. § 12.; Mackeldey Man. Droit. Romain. § 633.

(19) Inst. Liv. 2. tit. 23. § 2.; Mackeldey oit.

(20) Coelho da Rocha § 688.

u

tenha sido legada uma propriedade hypothecada pela divida do defunto (21). N'este caso o legatário, assim como qualquer outro possuidor d'uma cousa hypothecada, pode ser accionado pela acção hypo-thecaria, sem que fique pessoalmente devedor do credor da herança (22).

Dos direitos que se transmittetti aos herdeiros.

§ 3 A morte de uma pessoa extingue todos os seus direitos de família •, mas não os direitos sobre os bens, que, por effeito da lei, se transmittem á outras pessoas, passando ao herdeiro a propriedade e a posse do defunto, immediatamente depois de seu fallecimento, sem dependência de apreheção corpórea, ainda que o successor ignore que é o her-

(21) D. Liv. 20. tit. 1. fr. 16. § 3.; fr. 19.; Brunejan. Com. in Cod. Liv. 4. tit. 16. fr. 7. n. 1. Pelo que resulta que, se fôr deixado á alguém o usufructo d'uma propriedade, não pertence ao usufructuario o ónus de pagar as dividas do defunto, mas sim ao herdeiro; Bruneman. cit. n. 3.; Covarr. Kesol. Liv. 2. Cap. 2. Comtudo, quando fôr destrubuida toda a herança em legados particulares, ou estes absorverem toda ou a maior parte d"ella, ficando insolvente, devem os legatários satisfazer as dividas e os encar. gos *pro rata*; porque a causa dos credores prevalece á dos legatários; Bruneman. cit. n. 2.; Coelho da Bocha § 696.

(22) Cod. Liv. 4. tit. 16. fr. 2. 7.; Bruneman. ao cit. frag. n. 1.

deiro (23). Pelo que resulta que os herdeiros testamentários, ou legítimos, fallcendo depois do testador, posto que não tenham addido nem repudiado a herança, transmittem-na por sua vez á seus herdeiros', e fallecendo em vida d'aquelle de quem são herdeiros, nada transmittem como successores d'elle •, porque não ha herança de pessoa viva. O que fica dito se entende somente acerca dos direitos transmissíveis (24), e não dos que são personalíssimos, que não passam aos herdeiros, assim como o direito de demandar ao credor pela acção decendiaría, de revogar a doação' por ingratição, e outros (25).

(23) Alv. de 9 de Nov. 1754-; Mello Freir. Liv. 3. tit. G. § 7.

(24) Ord. Liv. 3. tit. 11. § 2.; tit. 38. § 6.; tit. 50. § 12.

(25) D. Liv. 26. tit. 7. fr. 42.; Ord. Liv. 3. tit. 25. § 10.; Liv. 4. tit. 03. § 9.; Mello Freir. Liv. 3. tit. G. § 7.; Alm. Soaz. Direito Eomph. Part. 7.^a Gap. 14. n. 1304 Os direitos se dizem *peasoas* em duas accepções: 1.^o) Em contraposição aos reaes; 2.^o) Quando a causa próxima *IcVelles* é a qualidade da pessoa, ou quando são inherentes á mesma pessoa. Os da primeira classe são transferíveis, assim como o são as acções que nascem dos contracto?, que são direitos *psssoaes*; mas não os da segunda; porque, não podendo ser cedidos á outrem, também não se transmittem aos herdeiros; Pedro Barb. ad. leg. 41. D. Solut. matrim. n. 62., et. ad leg. 58. n. 1. in fine; Strik. Diss. deJur. et Act. non cessibil. Gap. 1. §§ 6, 7.; Olea De Cess. jur. Tit. 3. Quest. 1. n. 3. segg.; Alm. Souza Interd. § 52.

Da addição da herança»

§ 4 Adição da herança é o acto pelo qual o herdeiro declara que a aceita, quer tenha sido defferrida por testamento, quer *ab infestado* (26)-

Este acto não depende de solemnidade alguma*, pode ser manifestado por palavras (27) ou por factos (28). Aceita a herança, não pode mais ser renunciada, senão pelo beneficio da restituição (29).

Por direito commum a addição tinha dois fins principaes: A transmissão da herança addida, e o nascimento de direitos e de obrigações, assim entre os mesmos herdeiros, como também para com os credores e legatários, em razão da existência d'um quasi eon-

(26) Coelho da Bocha § 426. Outras definições veñão-se em Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 1. n. 10.

(27) Valasc. Partit. Gap. 7. u. 26. Paz-se a addição da herança por palavras quando por um termo, ou outro acto authenticico, o heideiro manifesta a sua vontade, usando de palavras que importão addição da herança, assim como: *Acceito, adhiro, recebo, assumo, apreJienth esta herança*, ou quaesquer outras equipolentev, D. Liv. 29. tit. 2. fr. 20.; Liv. 33. tit. 5. fr. 20. ■ Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 2.

(28) E faz-se a addição por factos, quando o herdeiro pratica certos actos que denotão a intenção de acceitar a herança; ou quando elles são taes que não podião ser praticados sem o direito e o nome do herdeiro *citra jus et noinen hozreãis*; D. Liv. 29. tit. 2. fr. 20.; Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 4.

(29) Valasc. Partit. Cap. 15. n. 51.; Coelho da Rocha § 427.

tracto. Mas como pelas nossas leis a herança se transnitte ao herdeiro de pleno direito com dominio e posse, é inútil a addição para o primeiro effeito, que é o da transmissão da herança*, mas não para o nascimento das obrigações (30).

Pelo que resulta que a addição da herança somente permite-se as pessoas capazes de contra et ar e de se obrigar validamente e por si SÓSJ e nega-se:

I) A' mulher casada, ou seja por carta de meta de ou por contracto segundo o direito commum, sem autoridade do marido (31)

II) Aos menores, e pessoas administradas, sem assistência de seus pães, tutores ou curadores, c autorisaç&o do juiz (32). Esta regra, porém, não se estende: 1.º) ao filho famílias, sendo maior de 21 annos, que pode addir a herança defferida independentemente do consentimento do pae*, e se este repugna, fica privado do usufructo d'essa herança (33)- 2.º)

(30) Netto ITltim. volunt. Liv. 5. tit. 4. n. 5.; Alra. Sonz. Not. á Mello Liv. 3. tit. G. § 4. n. 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 12.

(31) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3 tit. 6. § 4. n, 7.

(32) D. Liv. 29. tit. 2. fr. 8.; Instit. Liv. 1. tit. 21. § II.; Valasc. Partit. Gap. 15. n. 21.; Calei, in leg. Si Curat. verb. *hunc. contrariam* n. 2, 8, 14. Cod. de in integr. restit. min.: Netto Ultim. volunt, Liv. 5. tit. 5. n. 1.

(33) Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 6. § 4. n. ú.: Netto cit. tit. 6. n. 19.

ao menor púbere, posto que já tenha sido a herança repudiada pelo pae, ficando-lhe sempre salvo o beneficio da restituição contra a acceitação prejudicial (34). A addicção deve ser feita na totalidade da herança, nao sendo admissível *pro parte*, nem debaixo de condição, em prejuízo dos interessados (35).

Renuncia da herança.

§ 5 A renuncia pode também ser feita por palavras, declarando o herdeiro em juízo, on fora d" cite, perante testemunhas, que repudia a herança; c por factos, praticando algum acto pelo qual se deduza que. nfto a acceita, como se exigir dos eoherdeiros toda a divida, ou se lhes pagar integralmente tudo quanto devia ao defunto*, ou se deixar correr todo o tempo d'entro do qual podia addir a herança, ou praticando outros factos semelhantes (36).

Mas por praxe do nosso foro, não se excluo ao herdeiro da herança, sem que elle assigne termo judicial, declarando que a renuncia ou se abstém d'ella:, porque é um acto prejudicial (37).

(34) Cald. ad leg. Si Carat. verb. *Lesis*. n. 50.

(35) Valasc. Partit. Cap. 7. n. 24.; Coelho da Rocha § 427 e nota.

(36) Valasc. Partit. Cap. 15. n. 46., segg.

(37) Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 20, 21.; Valasc. Partit. Cap. 15. n. 50.; Netto Ultim. volunt. "Liv. 5. tit. 13. n. 6.

E ainda por termo lavrado em juízo, não pode fazer renúncia da herança:

- 1.º O marido sem autoridade da mulher (38);
- 2.º O filho famílias, sem o consentimento do ipae 39)-,
- 3.º O herdeiro gravado, se o fideicommissarioi lhe caucionar o prejuízo (40)-,
- 4.º O pupillo, o furiozo, e todas as pessoas administradas sem preceder autorização do tutor ou curador e do juiz (41)*, I
- 5.º Finalmente aquéle que uma vez addio a herança, salvo sendo menor pelo benefício da restituição (42). 1

Do direito de deliberav.

§ 6 Por direito pátrio não ha tempo definido

(38) Alm. Sonz. Not. á Mello Liv. 2. tit. 8. § §. 18. 19. n. 25, 26, 27.

(39) Netto Tfltim. volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 4.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 29.

(40) Netto Ultim volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 7.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 5. n. 1210.

(41) Netto Ultim. volunt. Liv. 5. tit. 14. n. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 30.; Gomes in leg. 55. Taur. n. 66.

(42) Valasc. Partit. Cap. 15. n. 51.; Netto cit. n. 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 12. n. 49.; Cod. Liv. 6. tit. 31. fr. 4.; D. Liv. 28. tit. 7. fr. 13, 26.

ao herdeiro para se decidir sobre a aceitação ou abstenção da herança (43).

Mas se o herdeiro legítimo ou estranho se deixa estar por muito tempo sem aceitar ou renunciar a herança, e sendo essa omissão prejudicial a outrem, pode o juiz, á requerimento dos interessados, lhe impor o preceito de deliberar, com a comminação de se haver por aceita, ou renunciada, conforme fôr mais útil ao requerente, se não o fizer dentro de oito ou dez dias, que lhe devem ser assignados (44). Se o preceito for imposto á requerimento do substituto do herdeiro, a revelia do notificado importa a devolução de toda a herança ao requerente, sem que possa mais ser reclamada, mas tendo sido imposto á requerimento dos credores, o não comparecimento do herdeiro produz o effeito de ficar considerada a herança como jacente, nomeando-se-lhe um curador para correr com elle as acções dos mesmos credores. Esta é o praxe do nosso foro em parte contraria á opinião dos commentadores do direito Romano (45).

(43) Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 10.

(44) Mend. Part. 1^a. Liv. 1. Cap. 4. n. 2.; Netto ITim. volunt. Liv. 5. tit. 10. n. 6.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 23. Se os credores, ou os substitutos nada requerem, pode o herdeiro- aceitar a herança quando quizer, e pedi-la ao possuidor dentro de trinta annos (§ 58 n. 4.); Alm. Souz. Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. § 10. pag. 377.

(45) Valasc. Cons. 96. n. 7, 8.; Partit. Cap. 7. n. 33.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 10.

*2>os effectOH da addiçãO e renuncia da herançã**

§ 7 Posto que não seja nesslerio algum acto do herdeiro para a devolução da herançã, comtudo pode ser impedida pela manifestaçãO da vontade em contrario (§ 4), e por esta razãO considera-se suspenso o effecto da transmissãO atã que o herdeiro presumido manifeste, em forma legal ou estabelecida pelo uso, a sua deliberaçãO. Quando o herdeiro aceita a herançã, entende-se devolvida desde a abertura da successãO; e se a renuncia, supõem-se que nunca se lhe devolveva, passando ao substituto á quem compete, com retroatividade ao tempo da abertura, e se fallece o herdeiro antes da addiçãO ou da renuncia passa o direito á seus hedeiros (46).

Addindo a herançã, fica o herdeiro substituindo á pessoa do defunto (§ 2) (47). Pelo que resulta:

(46) D. Liv. 29. tit. 2. frag. 54; Gomes Var. Resol. Cap. 2. n. 12; Bag. Gap. 17. n. 11. Por direito Romano o herdeiro não adqueria o domínio em quanto não fazia a addiçãO da herançã; e n"esse intervallo a herançã se dizia jacente. N"este sentido, depois do Alv. de 9 de Nov. de 1754, não pode haver herançã jacente; comtudo se usa d* este termo para significar o estado da herançã em quanto o herdeiro não apparece, ou não se habilita; e durante esse tempo nomea-se um curador que, por parte do herdeiro desconhecido, officia em todos os actos judiciaes em que se trata dos direitos do ausente; Alm. Souz. Not. ã Mello Liv. 3. tit. 6. § 1. n. 1, 2.

(47) Mello Freir. Liv. 3. tit. G. § 7.; Valasc. Cons. 52. n. 1.; Cons. 136. n. 3.-, Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 4, 5,

,1.º) que succede em todos os direitos transmissíveis (§ 3) daquele de quem é herdeiro (48)-, 2.º) que fica sujeito a todas as obrigações e encargos da herança (49), devendo cumprilos, em regra, ainda por seus próprios bens (50); 3.º) que perde as * acções que tinha contra o defunto (51).

Do beneficio cio inventario

§ 8 Quando o herdeiro desconhece a herança, e receia que seja o passivo superior ao activo, por-mitte-se-lhe addir pelo beneficio do inventario (52). Desta cautela usao os tutores e os curadores, quando acceitão a herança em nome dos menores o dos iuterdictos (53).

(48) Ord. Liv. 4. tit. 63. § 9.; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Cap. 4. n. 14.

(49) D. Liv. 21. tit. 3. fr. 1. § 1.; fr. 3.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 3.

(50) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 10.; Coelho da Rocha § 427.

(51) A razão é que as acções do credor e do devedor, quando reunidas na mesma pessoa, confundem-se; Cod. Liv. 2. tit. 3. fr. 7.; Liv. 6. tit. 50. fr. 14.; Liv. 7. tit. 72. fr. 7.-, Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Cardoz. Prax. verb. Hoereditas add. ao n. 6.

(52) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22.; Valasc. Cous. 52. n. 2, 35. segg.

(53) Coelho da Rocha § 430.

Por virtude deste beneficio a responsabilidade do herdeiro para com os credores e legatários fica limitada ás forças da herança com os fructos percebidos depois da addição, e isentos os bens próprios d'elle de toda a responsabilidade, posto que a herança seja insolvente (54) •, com tudo conserva o direito: (1.º) de descrever os bens da herança, e fallar como herdeiro em todos os termos do inventario, e de haver o remanescente, se^ houver, depois de pagas as dividas, e de cumpridos os legados (55); 2.º) de concorrer á herança como credor do defunto, se o é, para haver o pagamento da sua divida, conservando salvas e ilesas as acções que tinha contra l o defunto (56)-, 3.º) não havendo dinheiro no casal, de obrigar aos credores da herança á receberem em bens o pagamento das suas dividas pelos preços das avaliações (57). Mas deve repor tudo quanto dever á herança, sendo pessoalmente obrigado por divida própria (58). Hoje, porém, não ha necessidade de

(54) God. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 10.: Peg. Por. Gap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. liv. 2. Cap. 9. n. 121.

(55) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 4.: Valasc. Cons. 52. n. 3.

(56) Cod. Liv. G. tit. 30. fr. 22. § 4.; Peg. For. Cap. 11. pag. 819.; Valásc. Cons. 52. n. 43.; Cardoz. Prax. l verb. Hcreditas add. n. 6."

(57) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 4.: Peg. For. Cap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 92.

(58) Coelho da Bocha § 432.

fazer termo de herdar á beneficio do inventario; porque este beneficio se concede á todos os herdeiros, havendo inventario, ainda que não o tivessem requerido (59), aliás respondem pelos próprios bens, ainda além das forcas da herança; e esta é a praxe (60).

(59) Novella 1. Cap. 2. § 2.; Cabed. Decis. 134. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 2, 3.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. §44.

(60) Cod. Liv. 6. tíf. 30. frag. 22. § 4.; Áutli. de Hcred. Palcid. Cap. 2. § 2.; Valasc. Partit Oap. 8. n. 5, 31 v, Peg. For. Cap. 11. n. 53.; Coelho da Rocha §432. pio ta. A obrigação que tem o herdeiro de fazer inventario, sob pena de ficar obrigado pelas dividas da herança e pelo cumprimento dos legados, estende-se ainda á Fazenda INacional, salvo quando oceupa bens de defuntos e ausentes; mas não á outros suecessores universaes que não o são por direito hereditário; Valasc. Cons. 52. n. 46, (§. 24.) Nem está sujeita á mesma obrigação, de modo que, se não fizer inventario, responda como o herdeiro pelas dividas da herança, a mulher a quem o marido deixou em testamento o usufructo de seus bens, durante sua vida, posto que seja considerada como herdeira; mas, á requerimento do herdeiro, pode ser obrigada á fazer inventario dos bens em que tem o usufructo; Valasc. Cons. 52. n. 48.; Partit. Cap. 8. n. 31.; ou *ex-officio* pelo juiz para o pagamento do imposto devido á Fazenda publica.

CAPITULO SEGUNDO

*

DA SUCESSÃO

NOÇÃO

§ 9 Sucessão. em geral, ó o modo porque alguém entra no lugar de outro. Mas restrictamente significa a transmissão dos bens, direitos e encargos do defunto na pessoa do seu herdeiro (61).

A sucessão pode ser universal ou singular; no primeiro caso o successor succede em todos os bens do defunto, considerados como uma universalidade, eompreendendo os direitos e as obrigações; no segundo não succede senão nos direitos particulares. À sucessão differo da herança em que esta é o ^
objecto da aquisição do herdeiro, o aquellc é o meio pelo qual este adquire-a, e se faz proprietário d'ella. A sucessão pode ser legitima ou *ab infestado*, ou testamentária (§ 1.).

Dos modos porque se succede»

§ 10 Os herdeiros *aõ intestado* quando são mui-tos, sucedem por diversos modos, segundo o gráo de parentesco, ou a linha em que se achão, em re-lação ao defunto, isto é,: 1.º) *In capita*, quando di- íwoJ vidé-se a herança em tantas partes iguacs, quantos são os herdeiros (§ 14.); 2.º) *In Stirpes*, quando <fa^

(61) Mackeldey Man. de Droit. Romani § 681.; Per. e Souz. Diccion. jurid. verb. Sucessão.

formando-se ramos conforme os ascendentes predcfuntos, em cujo lugar succedem, destriou-se em cada um dos ramos a parte que tocara á esse predefunto (§ 20.); e 3.º) finalmente por linhas, o que só tem lugar na successão dos ascendentes, quando correm os paternos e os maternos no mesmo grão (§21.) (62). I

(62) Instit. Liv. 3. tit. 1. § 6. Linha é a serie de pessoas nascidas do fuesmo progenitor, que chamamos *tronco*; e grão é a distancia ò^uma á outra geração. A linha denomina-se *recta*, quando conta-se direita e seguidamente dos progenitores aos procreados; *transversal* ou *collateral* quando se conta para os lados. I

Ha linha *collateral*, se as pessoas comparadas (listão do tronco no mesmo numero de grãos, chama-se igual: e se estão em differentes distancias, diz-se desigual. A linha *recta* chama-se de ascendência ou dos ascendentes, quando de uma pessoa partimos para os seus progenitores*, e dos descendentes, se doestes partimos para os gerados. Na linha *recta* concordão o direito Romano e o Canónico, em contar tantos grãos quantas são as gerações; mas na linha *transversal* discordão muito no modo de contar o parentesco; e as leis pátrias mandão seguir-se ora um, ora outro direito.

Na linha *transversal*, o direito Romano conta todas as gerações ou grãos, subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo depois pela outra. O direito Canónico, porém, conta só por um lado; e diz-se que dous *collateraes* são parentes no mesmo grão, em que distão do tronco *commum*.

Se as linhas são desiguaes, attende-se á mais remota, e diz-se que são parentes no grão em que o mais remoto dista do tronco.

Os *collateraes* que descendem do mesmo pai e da mes"ma mãe, chamão-se *germanos*; e os que descendem d'uma

Da representação.

§ 11 Representação é o direito que tem o parente mais remoto de um defunto de ser admittido a successão com outro mais próximo, representando á seu pae ou á sua mãe fallecida.

Este direito concede-se assim aos decedentes, bem como aos collateraes, com a differença que, na linha recta, estende-se aos descendentes até o infinito (63)[^] e na linha collateral somente aos filhos de irmãos (64).

A representação produz dous effeitos: O primeiro ó que os parentes mais próximos em grão excluem aos mais remotos que descendem do defunto ;!

Uma pessoa que contrahiio duas uniões differentes, chanião-se consanguíneos, ou uterinos, segundo provem só do pae ou só da mãe.

Se diz affinidade a relação que liga um dos cônjuges aos parentes do outro. Rigorosamente faltando, na affinidade, não se pode contar grãos: mas por analogia observa-se a regra de que uma pessoa é afim dos parentes do seu cônjuge no mesmo grão em que este o é peia consanguinidade. Também, para alguns effeitos, resulta affinidade do ajuntamento ilícito-. Coelho da Rocha § § 62, 63, 64, 65.

(63) Inst. Liv. 3. tit. 1. §§ 6, 16.: Cod. Liv. 6. tit. 55. in Au th. *In successimem*; Pinh. De Emphyt. Part. 2. Disp. 5. Sect. 4. n. 78.

(64) Novella 118. Cap. 3.; Pinh. de Emphyt. Part. 2. Disp. 5. Sect. 4. n. 77, 78.; Cald. For. Liv. 1. Quest, 19. n. 25. Na linha dos ascendentes não tem lugar a representação, (§ 21.)

mas não excluem aos mais remotos que descendem d"outra pessoa falecida (65Y, e o segundo é que os filhos que vem pelo direito de representação, não succedem *in capita*, senão *in stirpes* (§ 20.) (66).

E como a representação parte da lei e não da qualidade de herdeiro, podem os filhos renunciar a herança de seu pai ou de sua mãe, e succeder depois ao avô, sem por isso ficarem obrigados ás dividas daquelles (67).

(65) Cujas, ao § 1, 2. Instit. Liv. 3. tit. 1.; Dig. Liv. 28. tit. 2. frag. 29. § 14.; tit. 3. frag. 18.

(66) Cod. Liv. 6. tit. 55. Auth. *In successione*; Pinli. Emphyt. Part 2. Disp. 5. Sect. 4. n. 78.

(67) GueiT. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 6 n. 21. segg.; Coelho da Rocha § 336,



SECCÃO PRIMEIRA

DA SUCCESSÃO LEGITIMA

NOÇÃO E ESPÉCIES.

§ 12 A successão se diz legitima ou *àb intentado*. quando o direito hereditário provem immediatamente da lei} e deffere-se na ordem seguinte:

- 1.º Aos descendentes (68)*
- 2.º Na falta de descendentes, aos ascendentes (69)-,
- 3.º Na falta de uns e outros, aos collateraes at/v o decimo gráo, contado segundo o direito civil (70);
- 4.º Na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente (71),
- 5.º Ao Estado em ultimo lugar (72):;

SUCCESSÃO DOS DESCENDENTES I

*A) Dos filhos legítimos 1) do pri/nwiro matrimonio entre si**

§ 13 Na ordem dos descendentes, em primeiro

(68) Ord. Liv. 4. tit. 96. pr.

(69) Ord. cit.

(70) Ord. cit: tit. 94.; Assento de 16 de Fevereiro de 1786.

(71) Ord. Liv. 4. tit. 94.

(72) Ord. Liv. 1. tit. 90. § 1.; Liv. 4. tit. 94: Keg. 9 de Maio 1842 art 3. § 2.



lugar succedem ao pae e á mãe os filhos nascidos de justas núprias, sem distincção de sexo, idade, ou de serem ou não' emancipados •, porque as nossas leis não fazem distincção alguma (73). Considerão-se como legitimos para o effeito da successão: 1.º) os nascidos de matrimonio putativo, ignorando-se o parentesco, ainda que sejam incestuosos; e basta que um dos cônjuges o ignore para que sejam successiveis á ambos (74)*, 2.º) os legitimados *per subsequens ma-trinionium*. por serem em tudo equiparados aos legitimos (75).

2) *Ho primeiro com os do segunão matrimonio,*

§ 14 Fallecendo o pae ou a mãe commum, deixando filhos do primeiro e do segundo matrimonio, uns e outros succedem igualmente nos bens em que o pae ou a mãe tinha a propriedade, dividindo-se a herança em tantas porções iguaes, quantos são os herdeiros*, porque, quanto á estes bens, todos são iguaes em direitos hereditários (76). Mas quanto

(73) Ord. Liv. 4. tit. 96. pr.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 4, 5.

(74) Borg. Carn. Liv. 1. tit. 22. § 195. n. 8.

(75) Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12.

(76) Arg. da Ord Liv. 4. tit. 105.; tit. 91. § 2. segg.; Mello Freir. Liv. 2. tit. 8. § 11.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 17. § 156. n. 1. Esta regra se estende ainda ao caso em que o pae ou a mãe tenha contraindo um terceiro ou um quarto matrimonio; porque sempre se dizem segundas núprias todas as contratadas depois das primeiras; Cordeir. Dubit. 16. n. 53.

aos bens em que o pae ou a mãi commum succedeeo *ab infestado* como herdeira de algum filho ou filha do primeiro matrimonio, e que este ou esta houve do património ou herança de seu pac ou avós, succedem somente os do primeiro matrimonio, excluindo os do segundo (77). E a razão é que, quanto á esses bens, o pae ou a mãi commum, não tem senão o usufructo (78), o qual, acabando por sua morte, passa aos filhos do primeiro matrimonio a propriedade delles•, e por isso os filhos do segundo são excluidos da partilha de taes bens (79).

(77) Ord. Liv. 4. tit. 91. §§2, 4.-, Borg. Carn. Liv.

1. tit. 17. § 157. n. 1.

(78) Ord. cit.: Valasc. Cons. 16.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 10.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 16.

(79) Cod. Liv. 5. tit. 9. fr. 3ll; Ord. Liv. 4. tit. 91. §8 2, 4.; Valasc. Cons. 16.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 16, 17.; Beynos. Observ. 43. n. 1. segg. Esta Ordenação foi estabelecida, não em ódio das segundas núpcias, más em favor dos filhos do primeiro matrimonio; Cordeir. Dubit. 15. n. 12. • Dubit. 16. n. 28.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 90, 91.; Valasc. Cons. 16. n. â. Se a reserva e a pena da lei deixa de ter effeito quando o pae ou a mãi passa á segundas núpcias á aprazimento dos filhos do primeiro matrimonio, afãmão Beynos. Observ. 43. n. 20. segg.-, Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 18.; Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 60. segg. n. 68.; Egyd in leg. Titise Part. 3. n. 65. D. de condit. et demonstrai. Mas não basta um consentimento tácito, é necessário que seja expresso; Sanch. de Matrim. Liv. 7. Disp. 89. n. 44.; Câncer. Var. Besol. Cap. 5. n. 29. E afirma Cordeiro Dubit. 16. n. 52. que nunca vira na praxe observadas

Por igual razão só os filhos do segundo matrimonio succedem nos bens que o pae ou a mãe commum herdou *ah infestado* de outro filho ou filha do mesmo matrimonio, e que este ou esta houve por herança de seus pais ou avós. E se depois da morte do pae ou da mãe concorrerem á herança filhos do primeiro matrimonio com netos nascidos de outro filho pre-morto, ainda succedem uns e outros na herança do filho á quem o pae ou a mãe succedem, com exclusão dos do segundo matrimonio*, mas se existirem somente netos nascidos dos filhos do primeiro matrimonio, então cessa a disposição da lei e succedem com estes os filhos do segundo matrimonio (80).

Estas limitações do direito de successão procedem somente a respeito da herança do pae ou da mãe e

essas renuncições tácitas de que falia Reynoso Observ. 43. n. 29. segg. Com tudo nos parece mais segara a opinião rVaquelles que sustentão que é applicavel a pena da lei, ainda quando os filhos consentem expressamente nas segundas núpcias dos pais, attendendo-se a disposição expressa da citada Ord. § 2. que geralmente e sem destinação diz: *nem haverá o segundo marido parte da propriedade deites.. nem os filhos do segundo matrimonio em dito» bens podem succeder, nem haver n'elles parte alguma;* Cordeir. cit.

A mesma disposição d'esta ordenação deve guardar-se acerca da mulher solteira que tem filhos naturaes successivos e casa com homem que não é o pae d'esses filhos; Cordeir. de Natur. Success. Dubit. lō. n. 5. segg.

(80) Ord. Liv. 4. tit. 91. §§ 2, 4.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 18. in fine. •

não dos avós que segunda Tez casão; e ainda quanto áquelles deixão de ter applicação:

1.º) Quando os bens, em que o pae ou a mai succedeo, provierão ao filho por titulo diverso da herança de seus ascendentes (81); I

2.º) Quando o filho do primeiro matrimonio fez testamento e instituiu herdeiro á seu pai ou á sua mai (82);

3.º) E quando deixou em testamento a terça de seus bens á algum de seus irmãos e depois, por morte do legatário, seu pae ou sua mai succedeo no legado *ab infestado*', porque, sendo os bens da terça l provenientes da herança do irmão e não dos avós, passa ao binubo da propriedade cVelles (83). V

H) Dos filhos illyithnos

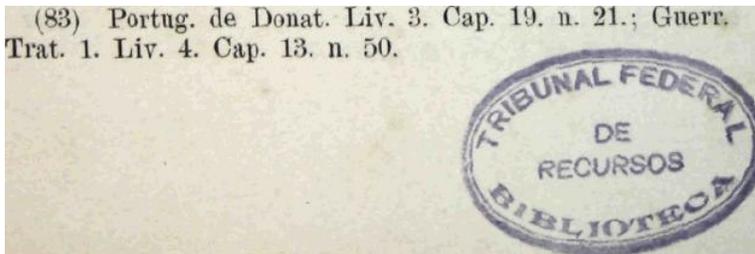
1) Naturaes reconhecidos pelo pae por esHP-tura publica ou testamento» I

§ 15 Os filhos naturaes era espécie, quer o pae seja nobre ou plebeu, sendo reconhecidos na "forma l

(81) Reynos. Observ. 43. n. 13.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 20.

(82) Ord. Liv. 4. tit. 91. ||2,4; Egyd. in Leg. Titias Part. 3. n. 62. D. de condit. et demonstrat.

(83) Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 21.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 50.



das leis (84), ficam considerados membros da família paterna e com direito á legitima (85) A' este direito corresponde o dever de prestarem respeito e reverencia ao pae; e por effeito d'este dever não podem contrahir matrimonio, emquanto menores, sem a licença d'elle (36), nem cita-lo sem que primeiro impetrem permissão do juiz da causa (87), nem denuncia-lo (88); e quando fação alguma offensa ao pae, incorrem na pena de desherdação nos mesmos casos em que os legitimos (89).

(84) Filho natural em espécie se diz aquelle, cujo pae e mãe não tinham entre si parentesco ou outro impedimento derimente para casar; Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.: Cabed. Part. 1. Decis. 101. n. 1.: Borg Carn. Liv. 1. tit. 20. g 179. n. 1, 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 3, n. 5.; Pííih. de Testam. Disp. 5. Sect. 1. g 2. n. ;>2, posto que a mãe seja nobre ou plebeia, ou não seja manceba do pae, ou este tenha muitas concubinas; Ord. Liv. 4. tit. 92. pr. Valasc. Cons. 134. n. 6.; Cald. in Leg. Si Curat. verb. *Sim Oitratore* de Restit. in integr. n. 94.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. g 12. e nota; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. g 17. n. 2. nota.

E não é de rigor que os pães fossem desimpedidos ao tempo do coito, basta que no tempo do nascimento, ou no intermédio houvesse cessado o impedimento para que os filhos sejam considerados naturaes e successiveis; Cod. Liv. 5. tit. 27. fr. 11. in fine; Auth. *quibus moei. not. § siquis;* Phceb. Decis. 68. n. 12.; Molina de Just. Disp. 172.

(85) Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.; Decr. 2 de Setemb. 1847 art. 1, 3.

(86) Ass. 9 de Abril de 1772. g 3.

(87) Ord. Liv. 3. tit. 9. gg 1, 2.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. g 181. n. 3.

(88) Cod. do Proc. Crim. art. 75.

Mas como não são nascidos de justas núpcias, nem legitimados por subsequente matrimonio, não são em tudo equiparados aos legítimos (90). Pelo, que seguc-sc:

1.º) Que não incidem sob o poder paterno (9IV, â.º) Que não concorrem com os legítimos na successão dos bens paternos, sem que provem a filiação por testamento ou escriptura publica, feita anteriormente ao casamento do qual nascerão esses filhos (92)-,

(89) Ord. Liv. 4. tit. 88.

(90) Valasc. Cons. 151. n. 11.; Ord. Liv. 3. -tit. 35. 8 12. Esta é a opinião que tem prevalecido no foro contra I Oald. in Leg. Si Curat. verb. *sine cirratore* n. 94; o qual deduz da Ord. Liv. 4. tit. 92. pr. que os filhos naturaes dos plebeos são em tudo equiparados aos nascidos de legitimo matrimonio.

(91) Molina de Just.-, Disp- 173. n. 30. Disp.227. n. 8.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 5. n. 65.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 21. § 184. n. 9.; tit. 22. § 195. n. 4.

(92) Ord. Liv. 4. tit. 92. pr. •, Decr. de 2 de Setem. de 1847. art. 2. Este é o único caso em que a lei designa uma época, na qual o pae deve fazer a escriptura do reconhecimento do filho natural para succeder em seus bens *áb intestaão*. Portanto não sendo para o effeito de concorrer o filho natural com filhos legítimos de um casamento já contrahido (Art. 2. da cit. Lei), pode o pae fazer o reconhecimento em qualquer tempo, ainda que seja casado ou viuvo com filhos legítimos. Mas o filho reconhecido em qualquer destes casos, não pode succeder ao pae *áb intestaão*, salvo se ao tempo do seu fallecimento não houverem

3.º) Que não tem acção para annullar ou rescindir o testamento em que forão preteridos ou des-herdados, sendo-lhes somente permittido pedir a reparação da legitima (93). Comtudo podem revogar a doação inofnciosa feita pelo pae (94).

descendentes legítimos, nascidos do matrimonio contrahido antes d'esse reconhecimento, ou se houverem somente filhos legítimos d*um segundo casamento contrahido posteriormente. Mas se o filho natural foi reconhecido depois do primeiro, e antes do segundo matrimonio, e por fallecimento do pae ficarão filhos legítimos de um e de outro consorcio, é muito duvidoso, se o filho natural, assim reconhecido, tem direito de concorrer á herança paterna com os filhos do segundo casamento. A opinião que me parece mais segura é que, no caso de que se trata, concorrendo á herança paterna filhos do primeiro e do segundo matrimonio, os naturaes não podem ser admittidos á successão em parte alguma; porque, como descendentes, de veria o succeder *in capita*, Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. g 5., diminuindo a legitima dos filhos do primeiro matrimanio, o que é inadmissível por virtude do art. 2. da lei de 2. de Setemh. de 1847. Nem se pode admittir a opinião d'aquelles que pertendem que concorrem somente com os filhos do segundo matrimonio; porque sendo os filhos do primeiro matrimonio, Sócios na herança com os do segundo matrimonio, a com-munhão dos naturaes com estes envolve a communhão com aquelles, ficando igualmente sócios e possuidores em commura com os filhos do primeiro matrimonio; poique, como herdeiros, terão uma parte na mínima parte dos bens hereditários. Mas a communhão necessária destes filhos naturaes com os do primeiro matrimonio não encontra apoio na lei, que os repelle de concorrer com elles na mesma herança paterna.

(93) Valasc. Cons. 94. n. 1. á 14.; outro Valasc. Alleg. 6. n. 26.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. g 130. nota 4.

(94) Valasc. Cons. 94. n. 15.

O reconhecimento da filiação produz por si mesmo todos os cffeitos legaes independentemente da confirmação judicial (95).

*k*i) *Dos nuturaes não reconhecidos por seus progenitores, nem por testamento nem por escriptura publica.*

§ 16 Os filhos illegitimos, posto que simplesmente naturaes, não tendo sido reconhecidos pelo pae, nem por escriptura publica, nem por testamento, em caso algum podem succeder *ab intestado* na herança paterna, quer concorrão sós, quer concorrao com filhos legitimos, sem que seja admissível para este cfeito qualquer outra prova da fiiliação (96). Mas ainda que não tenham sido assim reconhecidos pela mãe, os filhos naturaes succedem-na *aB infestado*,

(95) Lei de 22 de Setemb. de 1828; Decis. de 18 de Outub. de 1852; Avis. de 8 de Janr. de 1856. Comtudo esta prova da paternidade pode ser contestada por acção ordinária, por quem tiver interesse na successão; porque assim como pode ser combatida a presumpção legal de ser filho legitimo aquelle que é nascido na constância do matrimonio, mostrando evidentemente a impossibilidade de ter sido gerado por ambos os cônjuges; também pode ser contestada a filiação d"aquelle que foi reconhecido por filho em testamento ou escriptura publica, provando-se que não é filho natural, mas espúrio, ou que não é filho da pessoa que o reconheceo. Mas, emquanto a parte não obtém sentença declaratória da nullidade do testamento, ou da escriptura, produzem estes actos efeitos jurídicos.

(96) Lei de 2 de Setemb. de 1847. art. 3.

quer ella seja nobre ou plebea, posto que concorrão com filhos legítimos (97), mostrando a maternidade por quaesquer provas reconhecidas em direito, assim como certidão de baptismo (98), quasi posse do esta-

(97) A opinião cominara é que a prohibição de herdar, quanto aos filhos naturaes dos nobres, refere-se somente á herança paterna, Ord. Liv. 4. tit. 92.; e que o filho natural succede á mãe, quer só, quer concorra com filhos legítimos, salvo sendo ella nobre ou illustre, deixando filhos legítimos; Carv. Cap. Raynald. de Testam. Part. 1. n.l 500; Cal d. ad Instit. de inoff. testam, g. *Tam auiem* n. 57. 62; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 18. n. 84. Com esta opinião conformou-se Mello Liv. 3. tit. 8. g 13., fundando-se no frag. 5. Cod. ad S. C. Orph. e nos escriptores que cita.

Mas reflectindo-se que este fragmento não falia em filhos naturaes com relação á mãe illustre de que ha filhos legítimos, senão á que os deixa espúrios; que as leis pátrias nem uma distincção fazem sobre a successão materna dos filhos naturaes das mulheres nobres ou plebeas; e finalmente que o Decreto de 2 de Setemb. de 1847 igualou os direitos hereditários dos filhos naturaes dos nobres aos dos plebeos; parece mais provável a opinião d'aquelles que sustentão que os filhos naturaes concorrem com os legitimos para succederem a mãe illustre; G-uerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 3. n. 113.; Themud Decis. 70. n. 12.; Pegas. For. Cap. 8. n. 13.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 8. g 13.

Este direito procede também a respeito de todos os ascendentes maternos; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 22. g 197. n. 3.

(98) Prov. N.º 29 de 23 de Fevr. de 1848. Os filhos nascidos de pessoas pertencentes á Religião diferente, provão a maternidade pelas certidões extrahidas dos respectivos livros de nascimentos; Decr. de 17 de Abr. de 1863. art. 31, 45. g 5.

do (99), perfilhação, ou sentença de filiação (100). Para outros efeitos, porém, assim como para alimentação, nobreza, armas e insígnias da casa paterna, os filhos illegítimos de qualquer espécie são admit-tidos á provar a filiação por parte do pae, usando de toda a prova reconhecida em direito (101).

(99) Avis. N.º 279 de 17 de Abril de 1853.; Valasc. Oons. 176. n. 20. segg.

(100) Perfilhação, que também se diz legitimação, é o acto pelo qual um pae ou uma mãe voluntariamente reconhece seus filhos illegítimos. Os direitos que compe tem ao filho pela perfilhação ou legitimação veção-se no § 19.

Na falta de perfilhação ou de reconhecimento em forma legal, compete aos filhos illegítimos a acção de filiação contra os pães ou seus herdeiros para que os reconheção por filhos. No correr da acção podem os autores provar a filiação por todos os meios de direito, como se mostra na nota seguinte. Como estes direitos são recíprocos, a mesma acção compete ao pae contra o filho para que o reconheção por tal; Coelho da Rocha g 300. Sendo a filiação contestada, faz-se indispensável ao filho esta acção para pedir a herança ou alimentos: Peg, For. Cap. 147. n. 1. Mas cumpre abservar que a acção de filiação rara vez se intenta só; de ordinário accumula-se á de alimentos, dote ou de petição de herança; Corr. Telles Doutr. das Acç. §. 36. nota. (3).

(101) A prova da filiação, a respeito da mãe, pode ser verdadeira e plena, porque a mãe é sempre certa; e quando refere-se ao acto do nascimento do filho, se diz necessaria-, D. Liv. 2. tit. 4. frag, 5.; Valasc. Cons. 176. n. 16.: Phceb. Decis. 76. n. 7.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 11.

Quanto, porem, ao pae por ser a procreação um acto secreto da natureza, é difficilima, se não impossivel; e por isso tem as leis e a praxe de julgar admittido como prova da filiacção paterna as presumpções e conjecturas; D. Liv. 1. tit. 6. frag. 6.; Valasc. Cons. 134. n. 2.; Cons. 176. n. 2.; Peg. For. Gap. 147. n. 4. 8.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 1. Mascard. de Probation. Concl. 788. n. 3. segg. São presumpções favoráveis A) á filiação legitima, o facto do nascimento do pretendido filho na constância do matrimonio, posto que a mãe seja adúltera, vivendo em companhia do marido; Cod. Liv. 5. tit. 4. fr. 9.: D. Liv. 1. tit. 6. fr. 6.-. Valasc. Cons. 176. n. 3.; Gama Decis. 152: ICald. de Inoff. Testam. § *Tam andem* n. 62.; B) e a filiação illegitima 1^o.) o reconhecimento por escriptura publica, ou por testamento; Decr. de 2 de Setemb. de 1847; 2^o.) o facto de nascer o filho de-comcubina teuda e mantenda, que luibita na mesma casa com o concubinario; Phoeb. Decis. 76. n. 13.; Mascard. de Probat. Concl. 789 n. 28.; 3^o.) ou que habita em casa separada contanto que se não prove que tiveraaccessso com outro homem; Valasc. Cons. 176. n. 16.: Gama Decis. 152 n. 2.; Phoeb cit. São conjecturas da filiação; 1^o) o coito frequente do pretendido pae com a mãe no tempo hábil para a procreação; Peg. For. Cap. 147. n. 14; 2^o.) a nomeação reiterada de alguma pessoa pela palavra *filho*: Valasc. Cons. 176. n. 18.; Phoeb. Decis. 30. n. 9.; 3^o.) 'a prestação dos alimentos, da educação eas doações para o património ou dote, Valasc. Cons. 134. n. 4.: Phoeb. Decis. 176. n. 6.; 4^o.) a fama publica; Phoeb- Dacis. 30, u. 9.; Peg. For. Cap. 147. n. 10. 11.

Cada uma d'estas conjecturas por si sós não bastão; mas todas ou muitas reunidas fazem sufficiente prova; Valasc. Cons. 176. n. 7. segg. As presumpções e as conjecturas, ou provão a propriedade ou a quasi posse da filiação; Valasc. Cons. 176. n. 18. Provão a propriedade da filiação, mostrando que alguém é filho de certa e determinada pessoa, assim como a

3) *Dos espúrios.*

§ 17 O filho espúrio, nascido de coito damnado e punível por direito Romano ou Pátrio, não succede, nem ao pae, nem á mãe (102).

presumpção resultante do nascimento do filho na constância do matrimonio e do reconhecimento por escriptura publica ou por testamento; e provão a quasi posse da filiação, quando convencem que o filho fora sempre como tal havido e reputado. Contudo algumas vezes os mesmos factos que provão a quasi posse da filiação, provão também o direito de propriedade, como são a nomeação por filho, a educação, a alimentação, a fama entre os veinhos; Valasc. Cons* 176. n. 18.; Phoeb. Decis. 76. n. 6.; Mascard. de Probat. Concl. 789.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20. § 180. n. 8.

A prova da quasi posse da filiação produz o effeito de ser o filho mantido n"ella, transferindo ao adversário o ónus da prova em contrario; e isto tem lugar, quer se trate do possessorio ou do petitório; porque em qualquer dos casos, pela quasi posse da filiação, o filho entra em juizo com a sua intenção fundada; Valasc. Cons. 176. n. 20, 21. 22.

Estes cifeitos aproveitão aos filhos de qualquer espécie para a conservação dos direitos que se fundem na filiação, menos aos illegitimos não reconhecidos na forma da lei quando se trata da successão dos bens paternos

(102) Novella 89. Cap. ult. Auth. *Ez complem* Cotl. de incestis et inutilibus nupt.; Ord. Liv. 4. tit. 93.; Peg. For. Cap. 128. n. 5.; Carv. de Testam. Part. 1. n. 506; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 13. Se dizem *espúrios* os filhos nascidos de pães que têm entre si impedimento derimente para casar (nota 84 ao § 15); e taes são os adulterinos, sacrilegos e incestuosos; Ord. Liv. 2. tit. 55. § 4.; Liv. 4. tit. 93.; Regira. do Dezemb. do Paço § 18.; Lei de 7 de Janr. de 1750 pr.; Coelho da Rocha. § 60.

Esta doutrina so deduz da citada Ordenação do livro quarto, titulo noventa e três; porque dispondo que os pacs não possam succeder aos filhos sacrílegos ou de algum outro damnado o punivel coito, mas sim os irmãos, filhos do mesmo pac, ainda que provindos de igual coito, dispõem implicitamente que os mesmos filhos não succedão, nem ao pac, nem á mãe, visto que o direito de succeder c a falta d'elle são reciprocos (§§. 21, 28.) (103).

Sustentão alguns que o filho de mulher solteira com homem casado, posto que não succeda ao pae, succede contudo á mãe, porque o coito n'esta espécie, em quanto á ella, não é punivel; e succeden-do á mãe, por maior razão devo succeder á seus parentes maternos, se ella é predefunta; c fundão-sc na opinião de Pegas Quest. For. Cap. 128. n. 12., c de Valasco Consulta 29 n. 2. Mas o citado Ya-

O coito, posto que punivel pelas leis pátrias, .como a quel-le que teve o homem por força ou violência, ou comniulher virgem, menor de 17 annos (Cod. Grim. art. 219, 226), não se diz todavia damnado e punivel, se ao tempo d'elle não havia impedimento para casamento; e por isso os filhos nascidos d'estes ajuntamentos não são havidos por espúrios para a successão e outros effeitos civis, nem d'elle se entende a Ord. Liv. 4. tit. 93.; Yalasc. Cons. 147. n. 8. 9.; Borg. Carn. Liv. 1. tit. 20 § 170 n. 7.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 8. § 11. n. 3.

(103) Valasc. Cons. 29. n. 3.; Carv. de Testam. Part. 1-n. 506.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 8. § 13. n. 2.; Coelho da Rocha. § 340.

lasco na mesma Consulta n. 13. declara que, considerando melhor a matéria, mudara de opinião, não admittindo excepção alguma contra a generalidade da regra, não obstante o aresto que cita.

*C) Dos filhos legitimados 1) por
subsequente matrimonio-*

§ 18 Os filhos naturacs em espécie (§ 15.) le-1 gitimão-se pelo subsequente matrimonio de seu pae com sua mãe (104)*, e assim legitimados considerão-

(104) Cap. Tanta. Qui filii sint legitimi; Auth. Quibus mod. not. ene. sui Cap. 2.; Barb. in Rubr. D. Solut. ma-trim. Part. 2. n. 109\ Pinb. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. 2 10. n. 333.

A legitimação *per wbssequens matrimonium* opera-se por virtude da lei, independentemente do concurso do pae e do filho, e ainda contra a vontade d'este; Mello Freir. Liv. 2. tit. 5. g 16. nota; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. I 10. n. 336., com tanto que os contrahentes não tivessem impedimento para casar ao tempo da concepção, ou do nascimento; Novella 89. Cap. 9. § 1. •, Guerr. Trat. 2. Liv.

1. Cap. 4. n. 17. Estes impedimentos são o vinculo matrimonial, e o parentesco em grão prohibido. Portanto, não se legitimão por subsequente matrimonio os filhos es púrios, a saber, os adulterinos e os incestuosos, Ord. Liv.

2. tit. 35. § 12. ibi: *contanto que*; Cap. Tanta, qui filii sint legitimi; Peg. For. Cap. 251. n. 13. Considerão-se incestuosos para este fim os nascidos de pae e mãe ligados por parentesco, que, segundo direito Civil, importa prohibição para o casamento-, Digesto Portuguez Part. 2. art. 465. E pois podem ser legitimados pelo matrimonio se-

se como se fossem gerados e nascidos depois do casamento, entrando em todas as relações de direito que tem por base a qualidade de filho legítimo (105); porque a virtude do sacramento purifica a illegitimidade, extingue todos os vícios pretéritos e induz uma retrotração ao tempo do nascimento do filho (106). Também pelo mesmo casamento legiti-

guinte todos os filhos que não são adulteriuos, nem incestuosos, posto que entre o pae e a mãe tivessem existido impedimentos do Direito Canónico nos grãos de parentesco em que não é prohibido o casamento; Guerr. Trat. 2 Liv. 1. Cap. 4. n. 86.; Dig. Portug. Part. 2. art. 415.

Alguns escriptores, depois de Boeliemer., sustentão que indistinctamente se legitimão todos os filhos, de qualquer espécie que sejam, pelo casamento subsequente; Mello Freir. Liv. 2. tit. 5. § 16. nota] Borg. Cara. Liv. 1. tit. 23. § 203. n. 3. nota (2); mas esta opinião, posto que seja a mais racional, não tem prevalecido no foro.

(105) Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. Mas como o filho assim legitimado teve o seu nascimento fora do matrimonio, não tem á seu favor a mesma presumpção legal da filiação que favorece aos filhos legítimos; contudo conserva-se na quasi posse do estado, em quanto o contrario não fôr provado e declarado em JUÍZD por via de acção competente.

(106) Cap. Tanta, qui filii sint. legitimi; Barb. ad. Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. n. 1, 2; Carv. Cap. Baynald. de Testament. Part. 1. n. 515; Pedro Barb. in Rubr. D. Solut. matrim. Part. 2. n. 109.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. % 10. n. 333. Esta legitimação produz todos os seus effeitos, ainda quando o pae, abandonando á mãe do filho natural, casa com outra mulher, e por morte d'esta passa á segundas núpcias com a quella; porque o matrimonio intermédio * não priva aos filhos naturaes de serem

mão-se, a respeito dos contrahentes, todos os descendentes naturaes d'elles, havidos entre ambos. Mas se o filho natural já é fallecido ao tempo do casamento dos pães, esse filho não se legitima; contudo, se deixou filhos legitimos, estes ficão legitimados ti respeito do avô (107). Pelo que segue-se: 1.º) Que o filho legitimado *per suBsequens mutrimonium* succe* de *ab intestado* aos pães e mais ascendentes, e estes á elle, ou seja só ou concorra com legitimos (108), e ainda contra* o testamento do pae legitimante (109); 2.º) Que pode usar da querela da doação inoffieiosa (110)^ 3.º) Que, na successão dos bens que devem passar ao filho mais velho, prefere á todos os outros filhos posteriormente nascidos do mesmo, ou de outro posterior casamento, ainda que taes bens tenham sido deixados com a clausula de que

legitimados pelo matrimonio subsequente; Cald. de Noniin. Quest. 15, n. 54.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10.. n. 339.; Roxas de Incontpat. Part. 1. Cap. 4.: Borg. Carn. Liv. 1. tit. 23. n. 10.

(107) Molina de Just. Disp. 172. vers. Dubium est; outro Molina de Primogen. Liv. 3. Cap. 1. n. 9.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sert. 3. § 10. n. 342; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 37.

(108) Autli. quibus modis naturalis efficiantur legitimi Cap. 2. vers. *Si quis igitur*; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 333, 339.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 2.

(109) Barb. in. Cap. Tanta n. 29.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 34.

(110) Barb. cit.; Guerr., cit.

só succedfto nelles filhos legítimos ou nascidos de legitimo matrimonio (111).

(111) Molina de Just. Disp. 172. vers. *Sini. filii*; outro Molina de Primog. Liv. 3. Cap. 1. n. 10.; Piuh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 340. Tem sido, porém, muito disputado entre os jurisconsultos se na successão do primogénito, deve ser preferido o filho mais velho em idade, mas legitimado posteriormente ao nascimento do filho legitimo pelo matrimonio subsequente, ou o filho mais moço em idade, porém nascido antes que o irmão fora legitimado *per subsequens* como acontece, quando um homem gerou um filho em sua concubina, e depois casou com outra mulher, de quem teve filhos legítimos; mas por morte desta voltou ás suas antigas relações e casa com a mãe do filho natural.

Os argumentos por uma e outra parte yejãõ-se em Roxas de Incompatib. Part. 1. Cap. 4. n. 5. segg. A opinião cominam é que o filho legitimo deve ser preferido ao legitimado *per subsequens matrimonium*; e a razão d'esta opinião é que, tendo o fillio legitimo já adquerido o direito á successão de taes bens, não é justo que fique privado d'esse direito pela legitimação posterior do filho natural; Molina de Primog. Liv. 3. Cap. 1. n. 10.; outro Molina de Just. Disp. 172. vers. *Sint. filii*; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 22.; Pinh. de Testament. Disp. 5. Sect. 3. §10. n. 341; Peg. ad. Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12. Cap. 34. n. 35; Gama Decis. 11. n. 1; e Decis. 134, 273, 383. Contndo não me parece jurídica a opinião commum; porque, á não ter o filho legitimado um direito de succeder igual ao dos legítimos em todos os seus effeitos, seria legitimado em parte para succed T em certos bens, e não seria legitimado em parte para succeder nos bens em que seja chamado o pri-, mogenito, ou filho mais velho, sem exclusão do legitimado; ie então poder-se-hia dizer com Roxas de Incompat.

Todos estes effeitos resultao, quer tenha sido o casamento celebrado *in articulo mortis* (112), quer seja putativo, ignorando o pae, ou a mãi o impedimento para casar (113). E sendo os filhos espúrios, ainda ignorando os pães o impedimento, nao se legitimão pelo casamento subsequente, posto que venha a cessar o impedimento (114). I

2) *Por carta judicial.*

§ 19 Os filhos illegitimos, assim naturaes, como espúrios (115), podem ser legitimados por carta expedida pelos juizes de primeira instancia (116)- este acto podó ser requerido pelo pae legitimante, ou pelo próprio filho depois da morte d'elle (117).

Part. 1. Cap- 4. n. 37. 38. *quoã est monstrum, et de jure incompatibili in omni matéria; sequitur enirn quod quisquam possit esse ano eoãem que tempore in faplici statu; contra têxtil in Lege si paríter D. de liber. caus.*

(112) Pinh. De Testament. Disp. 5. Sect. 3. § 10. n. 338; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 4. n. 9.

(113) Cap. 2; Cap. *ex tenore qui filii si-nt legitimi.*

(114) Pinh. cit. n. 343.

(115) Ord. Liv. 2. tit. 35. 2 12; Kegim. do Destemo, do Paço S 118: Valasc. Cons. 80. n. 1. *segg.*

(116) Lei de 22. de Setemb. 1828. arfc. 2. § 1. No direito antigo estas Cartas erão expedidas pelo Desembargo do Paço, na forma do seu Kegim. g 118; Ord. Liv. 1. tit. 3 8 1.

(117) Valasc. Cons. 158. n. 8. 9; Molina de Prímogen. Liv. 2. Cap. 7. n. 37.: Borges Cara. Liv. 1. tit. 23. § 206 In. 4, 7.

O consentimento paterno é condição essencial para esta espécie de legitimação (118); e pode ser provado por escriptura publica, por testamento, el pela mesma petição do pae legitimante (119); mas n'este caso, antes de qualquer procedimento, o juiz manda tomar por termo o reconhecimento da filiação, e a declaração da vontade de legitimar ao filho.

Estas cartas não aproveitão ao filho para todos os effeitos da legitimação do direito commum, n'fio produzindo plena restituição aos direitos da casa paterna, nem a sujeição ao pátrio poder. Ainda no direito antigo Portuguez, fonte da nossa legislação, a legitimação por Mercê Eeal não era mais que uma dispensa para os effeitos e fins declarados em lei, ou observados "por estilo (120), habilitando ao legitimado:

1.º) Para poder gozar da nobreza, liberdades, armas e insígnias da casa paterna (121);

2.º) Para pedir alimentos, (122);

(118) Valasc. Cons. 158. n. 8, *10*; Borg. Cara. Liv. 1. tit. 23. § 206. n. 5, 6.; Caminh. de Libei. Annot. 99. n. 15.

(119) Pegas ad Ord. Liv. 1. tit. 3. § 1. n. 79; Borg. Cara. Liv. 1. tit. 23, § 206. n. 6.

(120) Prov. de 18 de Janr. 1799; Borges Cara. Liv. 1. tit. 23. § 207. n. 2. Valasc. Cons. 165. n. 7. Partit. Cap. 12. n. 40. segg.; Cabed. Part. 2. Decis. 69. n. 9.

(121) Reg do Dezemb. do Paço § 118; Mello Freir. Liv. 2. tit. 6. § 10. *nota*.

(122) Assento 9 de Abril 1772. § 5.

3.º) Para poder, o espúrio ser instituído herdeiro por seus pais (123).

Mas, em regra, quanto aos bens e herança do pai serão havidos como estranhos, á não haver clausula expressa na mesma Carta com dispensa das leis para esse effeito (124). O direito pois de succeder ao pai intestado não resultava ao filho como effeito normal da legitimação, senão como uma graça especial do príncipe, usando do seu poder soberano. E como, pelo direito pátrio vigente, ao poder judiciário não é licito fazer acrescentamento algum ao direito hereditário, a carta de legitimação aproveita ao legitimado tão somente para poder gozar das honras e prerogativas dos filhos legítimos, permanecendo, quanto á successão dos bens paternos, na mesma condição- em que se acha o por virtude do testamento, ou da cscriptura publica do reconhecimento da filiação.

\

D) Dos netos e mais descendentes

§ 20 Os netos e mais descendentes legítimos, em qualquer gráo que estejam, succedem aos avós, ou concorrão com os filhos ou sós. O gráo, porém, de

(123) Este effeito é hoje inútil; porque o Decr. de 11 de Agosto de 1831 declarou que os espúrios não tem inhi-bição legal para serem instituídos herdeiros em testamento.

(124) Ord. Liv. 2. tit. 35. § 12; Liv. 4. tit. 36. § 4. *infine.*; Mello íreir. Liv. 2. tit. 6. § 10. *neta.*; Borg. Cara. Liv. 1. tit. 23. § 207. *n: 6. 7.*

distancia em que se acha o os descendentes, em relação aos ascendentes, influe sobre a porção da legitima que lhes cabe na herança. Por quanto os filhos sucedem *in capita*, fazendo-se a divisão da herança em tantas partes iguaes quantos são os herdeiros, não tendo um maior porção que outro; e os netos e todos os mais descendentes *in infinitum*, sucedem *in stirpes*, representando seus pães fulecidos (§• 11). Assim se concorrem filhos e netos, estes, qualquer que seja o numero, recebem repartidamente a parte que tocara a seu pae predefunto, se vivo fora; porque não sucedem por direito próprio, como os filhos, senão representando o pae defunto. E se concorrem netos e bisnetos, os primeiros recebem a parte que tocara ao filho que representão, e os segundos a que competeria ao neto (125).

II) Successão dos ascendentes

§ 21 Na falta de descendentes, devolve-se a successão aos ascendentes (126), e ainda com exclusão dos irmãos germanos e de seus filhos (127). N'esta linha o mais próximo em grão exclue ao mais remoto; porque entre ascendentes não é admissível o

(125) Novella 118. Gap. 1.; Ord. Liv. 4. tit. 96. por.; Instit. Liv. 3. tit. 1. §§ 6. 16.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 5.; Coelho da Rocha § 338 e nota.

(126) Ord. Liv. 4 tit. 96. por.; Coelho da Roch. § 342.

(127) Ord. Liv. 4. tit. 91.

direito de representação (128). Portanto se á um filho sobrevive seu pae e sua mfti, ambos lhe succedem em partes iguaes, e se somente vive um dos pães, este recebe toda a herança, ainda que sejam vivos os avós por parte do outro (129).

Quando no mesmo gráo concorrem avós das duas linhas, a herança divide-se por igual para cada uma quer n'ella exista um só dos avós, quer ambos (130), sem distincção de serem os bens provenientes do pae ou da mal do neto fallecido (131). O mesmo guarda-se a respeito dos bisavós, na falta de avós. E fallecendo com testamento dispondo da terça, succedem os pães ou avós somente nos dous terços da herança (132).

Succedem também os ascendentes aos descedentes illigitimos nos mesmos casos em que estes lhes succe-

(128) Auth. Defuncto Cod. ad. S. C. Tertul.; Novellaj 118. Cap. 2.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 626. n. 1.; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. n. 4.

(126) Auth. Defuncto Cod. ad. S. C. Tertul.; Ord.j Liv. 4. tit. 82. *pr.*; tit. 96. *pr.*; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. n. 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 12. n. 9.

(130) Novella 118. Cap. 2.; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 19. *ri*, 7, 8.; Gama Decis. 9. n. 2.; Guerr. cit. n. 11; Coelho da Bocha § 342.

(131) Ord. Liv. 4. tit. 91.; Barb. in Leg. Post dotem D. Solut. matrim. n. 67.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 12. n. 4. segg.

(132) Ord. Liv. 4. tit. 91. § 1.

dem-, porque o direito de successão é reciproco (§17) (133).

III) Da successão dos collateraes

§ 22 Na falta de descendentes e de ascendentes, succedem os collateraes (134). São chamados em primeiro lugar á successão os irmãos e irmaãs germanos e seus filhos, com exclusão dos uterinos e consanguineos (135). Faltando irmãos e irmaãs germanos, e filhos d'elles, succedem os irmãos e irmaãs unilateraes, com exclusão dos tios, sem differença de bens paternos ou maternos (136). Os irmãos, quer germanos, quer unilateraes succedem *in capita* e os sobrinhos

(133) Novella 118. Cap. 3; Portug. de Donat. Part. 3. Cap. 18. n. 57; Mello Freire Liv. 3. tit. 8. § 16. O reconhecimento do pae feito depois da morte do filho, não lhe dá por si só o direito de herdeiro; deve arrecadar-se o espolio do filho para ser entregue á quem direito fôr; Ordem de 17 de Setemb. de 1864.

(134) Novella 118. Cap. 3.; Ord. Liv. 4. tit. 96. pì; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. n. 2, 39.

(135) Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17.; Guerr, Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. Esta regra estende-se aos irmãos havidos de matrimonio putativo, e aos legitimados por subsequente matrimonio; Alm. Souz. Notas Á Mello Liv. 3. tit. 8. § 17. n. 1. Pelo direito de representação dos pães pre-defuntos, os filhos dos bilaterães excluem aos tios unilateraes; Novella 118. Cap. 3; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 1. n. 39.

(136) Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17.; Guerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 2.

de uns e d'outros sempre *in stirpes* pelo direito de representação, ou concorrão sós, ou com tio vivo (137).

A mesma razão de favor, que se dá aos filhos de irmãos germanos para representarem aos pães, acontece nos sobrinhos, filhos de irmãos unilateraes •, o e além disto a generalidade das expressões da Novella, dando representação aos sobrinhos, não exclue os filhos d'estes últimos irmãos.

Na falta de irmãos e sobrinhos, succedem os parentes mas próximos em gráo com o defunto, ou seja um ou muitos, sem drfferença de sexo, do idade, ou de linha (138). Os irmãos uterinos, e ou-

(137) Mello Freir. Liv. 3. tít. 8. § 17.; Valasc. Jur. Einphit. Quest. 50. n. 3.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 48. Esta é a opinião que tem prevalecido no foro; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 69, não obstante a Ord. Liv. 4. tit. 91. § 2.; porque esta lei não trata da representação nem da successão *ab intestado*, senão dos bens que pertencem aos filhos do primeiro matrimonio pela disposição da lei (§ 14); e a representação, assim a respeito dos ascendentes, bem como dos collateraes, somente foi concedida na successão hereditária. Pelo que a citada Ord. não offerece argumento em contrario á opinião recebida; Per. Decis. 3. n. 14, 14; Pinh. Empbyt. Disp. 5. Sect. 4. § 1. n. 83.

(138) Novella 118. Cap. 3.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. § 17; G-uerr. Trat. 2. Liv. 4. Cap. 7. Os grãos de parentesco contão-se segundo o direit) Civil; Ord. Liv. 4. tit. 94.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 44.; Guerr. cit. n. 7.; e segundo este modo de contar, os tios do col-lateral defunto preferem aos primos coirmãos cVelle;

tros parentes por parte da mãe sucedem aos irmãos ilegítimos, ainda que nascidos de coito damnado ou punível, pois que a il legitimidade da geração não lhes tira a legitimidade da sua mutua successão (§ 17) (139).

IV) Da successão dos cônjuges

§ 23 Em falta de parentes até o decimo gráo, contado segundo o direito civil (140), succede em quarto, lugar *ah infestado* ao cônjuge predefunto, o cônjuge sobrevivivo, se com elle viveu na mesma casa, e no mesmo leito até o tempo da morte; mas não succede um á outro, se viverão separados por juizo da Igreja, menos quanto ao cônjuge que deo causa á separação (§ 87 n. 5.) (141).

Quando se faz o casamento com dispensa do parentesco entre os contrahentes, fallecendo um dos conju-

porque o tio está com o sobrinho em terceiro gráo civil, e o primo em quarto. Quando a herança se devolve *ab intentado* aos parentes em gráo mais distante que os dos irmãos e sobrinhos, todos succedem *in capita*; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 8. § 17. n. 1.

(139) Ord. Liv. 4. tit. 93.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 18. n. 86, 87.; Mello Freir. cit.

(140) Ord Liv. 4. tit. 94.

(141) Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. u. 5õ. 56-; Barb; D. ad. Rubr. Solut. matrim. Part. 2. n. 58. 59. 60.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 53. segg.; Mello Freir Liv. 3. tit. 8. § 18.

ges, o que sobrevive toma o seu lugar, segundo o gráo de parentesco que tiver com o predefunto, para excluir os outros parentes mais remotos até o decimo gráo (142).

V) Da sucvessão da fazenda Nacional.

§ 24 Na falta de parentes até o decimo gráo, e de cônjuge, fica a herança vaga, e dévolve-se á Fazenda Nacional (143). Quando a nação succede em bens vagos não fica sugeita ás dividas do defunto além das forças da herança (144). Mas succedendo como herdeira, e não fazendo inventario, fica sugeita ás dividas do defunto, e á todos os encargos da herança, ainda além das forças d'cila, da mesma forma que o são os herdeiros, quando pessoas particulares (145).

Ficando a herança jacente, incumbe ao juiz dos Orphãos proceder á arrecadação e o inventario dos bens vagos, e mandar fixar Editacs por tempo razoável, chamando aos herdeiros que tiverem direito na herança para virem habilitar-se, ouvindo em todo o

(142) Ord. Liv. 4. tit. 94; Corrêa Telles Dig. *Portug.* Liv. 3. n. 880.

(143) Ord. Liv. 1. tit. 90. § 1.; Liv. 4. tit. 94.; Reg. 9 de Maio de 1842. art. 3. § 2.

(144) D. Liv. 49. tit. 14. fr. 1. § 1; Valasc. Cous. 52. n. 46.

(145) Valasc. Cons. 52. n. 46. (Veja-se a nota 60.)

processo da arrecadação, do inventario e da habilitação, ao procurador fiscal (146).

Das pessoas excluídas da successão legitima»

§ 25 Não succedem *áb intestado*.

I) Por disposição da lei:

1.º Os Religiosos e Religiosas professas, ainda que pertenção á cominidades que podem possuir bens em commum (147); .

2.º Os Religiosos secularizados, á não ser por disposição testamentária, sem prejuizo da legitima dos herdeiros forçados, ou em falta de parentes até o decimo gráo, ou de cõnjuge, excluindo somente o Estado (148)-,

(146) Ord. Liv. 1. tit. 90.; Lei. de 30 de Novemb. 1841. art. 17. \ Decr. 9 de Maio de 1842.; de 17 de Julli. de 1845.; de 18 de Novemb. de 1848.; de lõ de Dezemb. de 1860.; Lei de 3 de Dezemb. de 1841. art. 114.; Lei de 21 de Outub. de 1843, art. 29.; Lei de 18 de Setemb. de 1845. art. 31.

(147) Lei de 9 de Setemb. 1769. I 10., que n'esta parte não foi suspensa pelo Decr. de 17 de Julho de 1778; Decr. de 16 de Setemb. de 1817.

(148) Lei de 19 de Novemb. de 1821, autorisada pela lei 6^a. de 20 de Outub. de 1823, que modificou a Resolução de 26 de Dezemb. de 1809, segundo a qual os Relegio-sos secularizados erão absolutamente incapazes para succe-der.

3.º) Todos aqueU.es que por força ou engano estorvarão os fallecidos de dispor livremente de seus bens em testamento (149)-, 55

4.º) Os descendentes e ascendentes legalmente desherdados por justa causa (150);

5.º) Os ascendentes que não fizerão inventario dos bens do cônjuge predefunto no prazo da lei, quanto aos bens dos filhos ou descendentes que á esse tempo tiverem (§ 81) (151);

6.º) Os herdeiros que forão remissos e negligentes em procurar o restabelecimento da saúde de

(149) Ord. Liv. 4. tit. 84. *pr.*; tit. 88. % 13.; Netto de Ultim. Volunt. Liv. 1. tit. 17.; Pina. de Testam. Disp. 2. Sect. 1.

(150) Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 2. 4.; tit. 88, e tit. 89. A desherdação pode ser feita e julgada em vida, e então o deslierdado fica incapaz de succeder; ou pode ser feita em testamento, como é costume, e n'este caso cumpre ao herdeiro provar as causas da desherdação; Ass. 4.º. de 20 de *Julho* de 1780. Incapaz de succeder se diz aquelle que não pode adquirir a herança, e destingue-se do *indigno*; porque este pode adquerir, mas não pode conservai', devolvendo-se ao fisco; Brunem, in Pand. Liv. 34. tit. 8. frag. 3. n. 2.; Alm. Souz. Acç. Sum. 3 178. Esta diferença, porém, desapareceo do nosso direito depois da Constituição do Império art. 179. ? 20., que abolió a confiscação de bens, inutilizando a distincção entre herdeiros *capazes* e *indignos*.

(151) Ord. Liv. 1. tit. 88. g 8.; Ass. 3.º. de 20 de *Ju lho* de 1780.

seus ascendentes e parentes, se vierão á fallecer no estado de alienação mental (152)}

7.º Os que se excusarem da tutela dos parentes, nos casos que a lei dispõe (153).

II) Por disposição do homem:

Os filhos famílias que incorrem na pena de desherdação, ou por se terem casado antes de 21 annos de idade, sem o consentimento dos pães, ou por terem se deshonestado (154).

(152) Ord. Liv. 4. tit. 88. § 14.; Molina de Just. Disp. 176. n. 31; Pinh. de Testam, Disp. 5. Sert. 3. § 7. n. 294; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 24. Esta Ordenação falia somente do filho que foi negligente em curar o pae, ou a mãe que perderão o sizo natural; mas a sua disposição se estende á todos os casos em que o filho abandona ao pae ou á mãe em qualquer enfermidade; e para que incorra n'esta falta basta que deixe de chamar Medico em tempo opportuno; Gama Decis. 187. pr.

(153) Ord. Liv. 4. tit. 102. §§ 5, 6.; Ord. Liv. 4. tit. 104. § 5. Jurd. Decis. 3. n. 1. segg. A disposição da Ordenação lemita-se, quando o parente-mais chegado do or-phão tem justa causa de escusa da tutela; Guerr. Trat 3. Liv. 2. Cap. 2. n. 38.

(154) Ord. Liv. 4. tit. 88. § 1.; Lei de 19 de Novemò. de 1775. §§ 4, 5; Lei de 29 de Novemb. de 1775; ASS. de 9 de Abril, de 1772. § 2., confirmado pelo Alvará de 29 de Agosto de 1776".; Lei de 6 de Outubro. de 1784. § 6. Cessa a incapacidade de succeder, quando o pae, perdoando a injuria, institue á filha herdeira, não havendo ao tempo da sua morte outros filhos ou descendentes legítimos; Ord. Liv. 4. tit. 88. § 2.; Ass. 9

de Abril de 1772. § 2. Não pode, porém, ser desherdada, senão da metade da legitima, a filha que casa com marido notoriamente conhecido por melhor, do que seria aquelle com quem o pae pode-la-hia casar, Ord. Liv. 4. tit. 88. § 3.; Ass. citado-, e succede em toda a legitima, ainda que hajão outros descendentes legítimos, se elle não desherdou expressamente; Ord. e Assento estado.

SECÇÃO SEGUNDA

DA SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA

I

NOÇÃO

§ 26 Se diz *testamentária* a successão, quando nasce da disposição solemne da ultima vontade do defunto. Na disposição dos bens por testamento, toma a denominação de *herdeiro* aquelle que é nomeado em toda a universalidade da herança, representando o testador, quer a nomeação recaia em uma só, ou em muitas pessoas*, e se diz legatário ou fi-deicommissario aquelle a quem é deixada uma parte, ou uma cousa determinada da herança (§ 2). As cousas assim deixadas denominão-se *legados* ou *fidei-commissos*.

O legatário ou fideicommissario se diz a titulo universal, quando é instituído em uma quota parte da herança, assim como a terça, ou uma espécie de bens, v. g. os moveis da casa; e a *titulo particular* quando lhe é deixada uma quantia, ou uma só cousa especificadamente, como uma casa, um campo, e ainda quando o legado consta de muitas cousas separadas e distinctas, com tanto que sejam todas consideradas como uma só, formando moralmente um só corpo, assim como um rebanho, uma parilha de cavallos, ou outras semelhantes (155).

(155) Coelho da Rocha §§ 687, 688.

Das pessoas que podem ser nomeadas herdeiros,

§ 27 Em regra, todas as pessoas de qualquer sexo, idade ou condição, podem ser nomeadas herdeiros, ou legatários, mas por disposição da lei, são incapazes de ser instituídos herdeiros em testamento:

1.º Os Religiosos, ou Religiosas professas, ainda n'aquellas communitades que possuem bens em commum (156), salvo sendo egressos ou secularisados; mas neste caso são nomeados sem prejuizo da legitima devida aos herdeiros necessários (157). Contudo os Regulares, ainda não secularisados, podem receber legados que consistão em tenças vitalícias para seus alimentos (158)*,

2.º As Igrejas, Ordens Religiosas, Confrarias, Irmandades, Misericórdias, Mosteiros e quaesquer

(156) Lei de 25 de Jun. de 1766. § 10.; de 9 de Setemb. de 1769. § 10.; de 12 de Maio de 1778.; Decr. de 16 de Setemb. de 1817.

(157) Lei de 19 de Novemb. de 1821 § 2., que modificou a Resol. de 26 de Dezemb. de 1809. As Camarás Municipaes não estão comprehendidas em o numero das corporações de mão morta; Circ. N.º 4. de 15 de Janr. de 1844. ■

(158) Decr. de 17 de Julli. de 1778.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 3.; Alm. Souz. ao cit. § n. 1.; Acç. Sum. § 177.; Coelho da Rocha § 089.



outras corporações de mão-morta (159).
^Mãã n'esta prohibição não se comprehende a de recefeiros, não sendo universaes, com a obrigação de alienar os bens de raiz d'entro de seis mezes contados de sua entrega, e o seu producto convertido em Apólices da divida publica, com excepção dos prédios e terrenos necessários para o serviço das mesmas corporações (160)}

3.º) Os que escrevem nos testamentos herança ou legado para si ou para seus ascendentes ou descendentes (161)*, mas isto não se estende ao que

(159) Ord. Liv. 2. tit. 18; Lei de 4. de Jolh. de 1768.; 12. de Maio., 9de Setemb. 1769. g 10.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 31.; Alm. Souz. ao cit. g n. 5.; Pr. Souz. Lin. Civ. Not. 865. in fine; Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 36. g 304.

(160) Ord. Liv. 2. tit. 18 g 1.; íteg. de 2 de Outub. de 1851. art. 49. g 2.; Decr. N.º. 1225 de 20 de Agosto, de 1864. art. 2.; Avis. N.º 316. de 22 de Outub. de 1864.. e de N.º. 407. de 10de Dezemb. do mesmo anno, o qual fixa a intelligencia do referido Decreto. Também o citado Decreto garantio ás mencionadas corporações o poderem conservar os prédios e terrenos que constituíão o seu património ao tempo da promulgação d'elle.

(161) Cod. Liv. 9. tit. 23. fragg. 2, 3.; D. Liv. 3. tit. 8. fragg. 1, 5.; Brunem, in Pand. ao cit. frag. 1.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 30. n. 14, 17. Esta disposição amplia-se ainda ao caso de ser o testamento do marido e mulher, escripto de mão commum; Portug. Liv. 3. Cap. 30. n. 15.



somente sérvio de testemunha no acto da approva-ção, nem ao legatário que escreveu as outras disposições do testamento (162);

4.º) As concubinas dos concubinarios casados (163);

5.º) Também é incapaz a alma de ser instituída herdeira; e o testamento que contém tal disposição é nullo (164).

(162) D. Liv. 34, tit. 8. fr. 1, 5.; Card. Prax. verb. *legatum* n. 66.; Coelho da Roch. § 690.; Ord. Liv. 4. tit. 85. § 1.

(163) Ord. Liv. 4. tit. 66. pr. Esta Ord. falia somente da transmissão da propriedade, feita pelo homem casado a sua concubina, por doação, venda ou por qualquer outro titulo, dando a mulher ou seus herdeiros acção para demandarem a coisa assim traspassada d" entro de certo tempo, sem pagarem preço algum; Egyd. de Privil. Honest. art. 8. n. 11.; Portug. de Donat. Liv. 1. Proalud. 2. § 7. n. 24. Mas como a citada Ord. não falia senão de actos *inter vivos*, parece excluir da censura as disposições da ultima vontade; Egyd. cit. n. 21.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 66. pr. n. 3.; Gam. Decis. 226. n. 5. Todavia tem prevalecido a opinião contraria que sustenta serem nullas geralmente as doações, legados e heranças deixadas a concubina; Mello Freir. Liv. 2. tit. 10. § 6.; Coelho da Roch. § 690. Esta regra, porém, lemitão os praticos em alguns casos poucos, que podem ser vistos em Alm. Souz. Sup. Acç. sum. Diss. 2. § 19, e 20.

(164) Lei de 9 de Setemb. de 1769 § 21., revalidada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796; Ass. 1.º de 29 de Março de 1770; Ass. 4.º de 5 de Dezemb. de 1770; Ass. 1.º de 20 de Julho de 1780; Ass. 2.º de 21 de Julho de

Quando o instituído é um incapaz, tem-se a instituição por não escripta e devolve-se a herança ao herdeiro *ab infestado*, sem ónus dos legados ou fidei-commissos, salvo se o testamento traz a clausula codicillar (165).

1797; Alm. Souz. Acç. Sum. § 180. A instituição da alma por herdeira também se veriflca no caso de ser alguma Ordem, Irmandade ou Corporação, instituída herdeira e testamenteira; cit. Ass. de 21 de Março de 1770.

(165) D. Liv. 34. tit. 8. fragg. 3. 4; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 1. § 1. n. 19.

CAPITULO TERCEIRO

1) *Da legitima.*

§ 28 Se o testador deixa herdeiros necessários, pode dispor somente da terça de seus bens; porque as outras duas terças partes estão sujeitas á legitima d'elles (166). Portanto, dividida a herança em três partes iguaes, depois de deduzidas as dividas. duas fieão salvas aos herdeiros forçados, quer seja um só, quer sej&o muitos, para se repartir entre todos, conforme a ordem, e gráo, na mesma proporção que sncedem *ab infestado*.

A legitima deve ser deixada sempre á titulo de instituição, senão expressa ao menos tacitamente-, e entende-se haver instituição tacita, quando o pae, ou mãï, sabendo que tem filhos vivos, toma a terça de seus bens, e a deixa em testamento á quem lhe apraz, sem fazer instituição expressa dos filhos*, por-

(166) Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; tit. 91. § 1.; Ood. Liv. 3. tit. 28. fr. 36.; D. Liv. 48. tit. 20. fr. 7.; Novella 1.» No direito Romano antigo, a legitima era a quarta parte d*aqnillo ein que o filho teria direito de succeder *ab intes-tnãa*.\ D. Liv. 5. tit. 2. fr. 8. §§ 6, 8. Mas Justiniano, reformando esta jurisprudência, declarou e dispôz, que, ficando até quatro filhos, seria a legitima uma terça parte de todos os bens paternos; e que sendo mais que quatro, seria a legitima a metade de todos os bens; Novella 18. O direito pátrio ainda elevou á mais a legitima dos filhos, constituindo-a nas duas terças partes dos bens paterno^

que, neste caso, presume a lei que elle quiz instituir aos filhos nas legitimas (167).

E" garantida a legitima aos herdeiros forçados de tal modo que o defunto não os pôde privar d'ella, nem onera-la com encargos, condições (168), ou legados (169), nem se quer substitui-la em dinheiro, quando lhes devão caber outros bens da herança;

(167) Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; Valasc. Partit. Cap. 17. n. 30.; Netto ad Ult. volunt. Liv. 2. tit. 2. § 10. Por direito romano a instituição expressa de um ou mais herdeiros universaes é condição essencial para a validade do testamento, salvo podendô valer como codicillo; e d"este principio resulta que ninguém pode morrer parte testado e parte intestado, com a excepção do soldado.

Este direito foi acceito em Portugal, e consta da Ord. Liv. 4. tit. 83, § 3; tit. 86. pr., e outras disposições concordantes; e assim forão sempre entendidas estas leis pelos nossos antigos interpretes. Mais tarde apparecerão as leis de 18 de Agosto de 1769, de 9 de Setemb. do mesmo anno e outras, que derão occasião á uma jurisprudência diversa, sustentando alguns, entre outros Mello Freir. Liv. 3. tit.

5. § 29, que a instituição de herdeiro não é essencial para a validade do testamento, podendo o testador destribuir em legados toda a sua herança. Esta opinião, posto que não seja c mforme á muitos textos das Ordenações, nem se funde em disposição expressa d'uma lei posterior, tem prevalecido na praxe. Contudo a nossa opinião é que não devemos nos afastar da interpretação que os antigos escrip-tores derão as citadas Ordenações.

(168) Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 33.

(169) Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 36.; Novella 18. Cap. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 5. Cap. 3. n. 1; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 37, 38.

porque a lei quer que a legitima seja paga com os próprios bens deixados pelo pae (170). Pelo que resulta, que, se os legados, ou sejam de quantidade, ou de espécie, pios ou profanos, e ainda deixados em favor da liberdade, excedem á terça do defunto, sempre se rateião, havendo o legatário o que *pro rata* lhe tocar, de sorte que os filhos, ou outros descendentes ou ascendentes, não tenham prejuizo em suas legítimas (171). Mas se o testador não tiver filhos ou outros herdeiros forçados, então os legados se deduzem de todo o monte da herança (172).

■t/O) Uod. Liv. 3. tit. 28. fr. 36; Valasc. *Gora.* 110. n. 10.; Coelho da" Koch. § 351.

(171) D. Liv. 30. tit. 1. fr. 80.; Liv. 29. tit. 1. fr. 18. § 1. Oliveira de Mim. Provis. Cap. 1. § 28. n. 64.; Phoeb. Part. 2. arest. 88.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 6. n. 316. Esta é a praxe, posto que Valasc. Partit. Cap. 19. n. 38. ensine que o legado em espécie não se rateia.

_(172) Valasc, Partit. Cap. 19. n. 38.

CAPITULO QUARTO

II) DOS LEGADOS E FIDEICOMMISSOS

NOÇÕES E DIFFERENÇAS

l 29 Legado 4 a disposição da ultima watade, pela tju.il o herdeiro IWA obrigado á entregar á eer-ta • determinada piaaaa (178), uma <pp

(178) Km nftr» nlo \ ali • Wfadn deixa' •.]
toante lacaria. l>. Mv. J- n- > (■■■■- 18J
limita§•• I.*) Qaaado W aatllaaa» a' ■■■-:■'■-''■•■■■l
4a cmom pia, mio aaado o taetador afixa Ma ••*asa_aa|
certa qaaaik á Igreja m aaa ataraa, ■ • - ' *«r
ta* caaaa a Igreja, «t a* aofcrai 4» lacar aa eae e
dor tom • domicilio; E - i :- la U t. 4» Marre*. 1
Perl. l. í-r a. 84., Pb*, de Te»taaal. l'. 8. 8*
k 114; t.*) Qeaaad* a '•■ = • H
aa depuia <?.' ■ ■■■•■ - *e? aigaa areawvharaaa f iaro,
AYandoaa entrUMif ■ ; - ; - • • ■ *] ento
>*atoaaatre4 isoa do legatario, como a pessoa com quem
[raiai, e i": •• i:-] lho que nasceer: Egvd. in Leg. l. de
Saci"l". Recai. Pari p. tt; Plaa. 4a Taataa. J*ap
a S.-,Í.. ■. '.,-• c ■H|O» a.*> <<
Li.» a datador deis*j H** iacerta, «__ír"
rlaaaa «^pv>u^|«f~
|<a***)

Neeta afeia* wãã^õi ^77r^~^r—. r
u à aaa terceira 0*a*ft; poma» aaaaataadf
4* Wf»d» aã@ at eaefera â alia, aaa aHauaia a acuas» ria
«a a aealtdade, tala 4, a etaipa* da pe*»>». D. Ur. »l Ir.
St; Qaaee la Lef. Taar. 49. a. da B «jeaada a aari

rança ou de bens, ou certa cousa ou quantidade (174).

Também define-se: Uma certa doação deixada pelo defunto, cuja entrega se faz pelo herdeiro (175). Fideicomisso, porém, é a disposição pela qual o testador manda ao herdeiro que entregue á pessoa determinada e á tempo prefixo, a universalidade da herança ou uma quota parte d'ella, ou somente certa cousa.

O herdeiro sugeito á este encargo, chama-se *fideicommissario* e a pessoa á quem elle deve transmitir a herança ou parte delia, nomeada pelo testador,

deiro fallece ou se abstém de fazer a escolha, todas as pessoas di classe prevista pelo testador podem pedir o legado, ou fideicomisso; D. Liv. 31. fr. 16, 67. § 7; Gomes in Leg. Taur. 40. n. 49.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 6. n. 118; Coelho da Rocha § 689., posto que reste um só cVauelles que podião ser eleitos; Brunem, in Fand. Liv. 31. tit. 1. fr. 67. n. 9.

(174) Na praxe não se faz differença quer o testador, constituindo o legado use da expressão *quota de bens*, quer empregue as palavras *qtiota de herança*, podendo os credores do defuuto, em qualquer dos casos, demandarem ao possuidor dos bens, como se o legado lhe fora deixado pela palavra *Jwrança'*, Valasc. Cons. 110. n. 15.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 11. § 3. n. 324.

(175) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 1 B' preferível esta definição do juriconsulto Florentino no Dig. Liv. 30. fr. 116, e a do juriconsulto Modestino no Liv. 31. fr. 36.: Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 3.

se diz *fiduciário* ou *substituto*: E pois, assim o *legado* bem como o fideicomisso, pode ser *universal* ou *particular* (176).

Quanto ao effeito, não differe o legado do fideicomisso (177); mas quanto ao modo porque se deixa um e outro, differem entre si; porquanto o legado parte directamente do defunto para o herdeiro, sem que beneficie á este, e o fideicomisso parte directamente do defunto ao fiduciário, á quem em primeiro gráo aproveita, e d'este para o fidei-

(176) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 18.; Netto Ultim.l volunt. Liv. 6. tit 5. n. 1, 2. O fideicomisso é universal, quando o primeiro herdeiro gravado fica obrigado, em vida ou depois da morte, a restituir a herança toda ou uma parte d'ella ao fiduciário*, ou é particular, quando o primeiro é rogado á restituir alguma parte ou consa da herança á terceira pessoa; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. § 18. n. 2.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. g 1. n. 1141. Os fideicommissos familiares podem ser temporaes ou perpétuos, em favor da família e com prohibição de se alienarem os bens á pessoas estranhas. Os fideicommissos perpétuos estão prohibidos pela lei de 6 Outub. de 1835., e os particulares ainda subsistem pelo nosso direito; mas a inibição de alienação dos bens <í pessoas estranhas não se estende além da quarta geração; Gnerr. Trat. 2. Liv-2. Gap. 6. n. 30, 58; Covarr. Var. Resol. Liv. 3. Cap. 5. n. 4; Alm. Souz. Trat. dos. Morg. Cap. 10. 2 12. not.", Corrêa Telles Doutr. das Acç. not. (2) ao § 165.

(177) D. Liv. 30. tit. de legat. 1. fr. 1; Instit. Liv. 2. tit. 24. g 1.: Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 1.

commissario que o recebe em algum tempo indirectamente d'aquelle ou do defunto e commitente (178).

Se o legado foi deixado sem condição, o legatário adquire o domínio da coisa legada logo desde a morte do testador (§ 47) (179), e se lhe sobrevive

o transmite á seus herdeiros (180)-, mas quando a coisa é deixada em fideicomisso, a propriedade do fiduciário fica restricta á um tempo determinado; e durante esse tempo é equiparado á um usufructuario, se o testador não determinou seus direitos e deveres d'outra maneira (181).

Sendo universal o fideicomisso, fica obrigado o fiduciário:

1 1.º A" fazer inventario, se o fideicommissario o exigir (182^_

(178) Instit. Liv. 2. tit. 24 pr.; Dig. Portug. Tom. 3. art. 1689.

(179) D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64.; Liv. 30 fr. 86. § 2.; Gomes Var. Besol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Bagn. Cap. 17. n. 1. segg.

(180) D. Liv. 6. tit. 1. fr. 50; Liv. 31. fr. 80.; Car-doço Prax. verb. *legatum*. n. 6.; Oliv. de Munere Provis. Cap. 13. n. 20.

(181) Coelho de Rocha § 718.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 1. n. 1141.

(182) -Valasc. Gons. 52. n. 49.; Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. ii. 6. Mas isto se entende do inventario simples e não do solemne (g 79).

2.º) A" não poder dispor dos bens, nem *inter vivos*, nem por testamento, excepto para suas necessidades pessoais, se o testador somente fez a substituição dos bens que existirem ao tempo da morte do fideicomissario (183)*,

3.º) A' restitui-los no estado em que se acha vão ao tempo, em que tomou conta •, e portanto não pode repetir senão as benfeitorias necessárias ou úteis, que augmentão o valor da successão ■, e é responsável pelo dolo ou culpa lata e leve (184).

Das pessoas que podem deixar legados, ou fideicommissos, assim como recebe-los

§ 30 O legado e o fideicommisso, sendo actos da ultima vontade, não podem ser constituídos senão em testamento ou codicillo-, mas não fazem parte substancial d'elle (185). Regularmente podem constituir legados ou fideicommissos todos aquelles que tem capacidade de testar, e podem ser beneficiados no testamento ou codicillo não só as pessoas físicas (186), como também as Cidades, Villas, Freguezias,

(183) D. Liv. 3G. tit. 1. fr. 54.-, Cod. Liv. 6. tit. 43. fr. 3. g 2. segg.; Pinh. de Testam. Disp. 4. Sect. 8. § 6. n. 1213.

(184) Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. n. 28, 29.; Coelho da Bocha g 718.

(185) D. Liv. 28. tit. 5. fr. 1. g 3.

(186) D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 2, 114.; Instit. Liv. 2. tit. 20. g 24.; Ord. Liv. 2. tit. 26. g 23.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. g 2.

corporações civis e Religiosas, e quaesquer outras pessoas jurídicas (187). Mas, por ser liberalidade, não pode o testador, tendo herdeiros necessários, constituir legado, ou fideicomisso á não ser nos limites da terça para que as legitimas fiquem sempre salvas (188). |

(187) Dig. Liv. 30. fr. 117.; Gomes Tora. 1. Var. Resol. Cap. 12. n. 6. O legado deixado ás cidades, Villas e outras povoações, vale; mas com esta declaração que, sendo do usufructo, finda-se no fim de e?m annos, e sendo annuo e sem limitação de tempo, não se extingue, ainda depois de passados cem annos; Covarr. Liv. 3. Vai*. Cap. 9. n. 10.; Ayllon ad Resol. Grom. de Legat. Cap. 12. n. 8-

(188) Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; tit. 91. Quando os legados excedem á terça ou ao património do defunto, em regra, devem ser rateados, quer sejam de quantidade ou de espécie, quer sejam pios ou profanos; mas com esta distincção: Se o testador tem herdeiros necessários, a diminuição se faz de modo que os legados não excedão aos limites da terça, ficando aos herdeiros salvas as' suas legitimas; e se o testador é ura extranho, considera-se todo o património sujeito a disposição do testamento, rateando-se os legados em relação ás forças de toda a herança; Oliv. de Muner. Provis. Cap. 2. n. 36.; Phoeb. Part. 2. Arest. 88.; D. Liv-30. fr. 80.; Liv. 3õ. tit. 2. fr. 82. Contudo não soffrein rateio os legados deixados por desencargo de consciência, nem para satisfação do dote promettido á filha, os quaes são cumpridos integralmente, não excedendo ao património do defunto (§ 28); Oliv. de Muner. Provis. Cap. 1. § 28.; Olea. de Cess. Jur. et. act. Tit. 4. Quest. Õ. n. 3. segg.

São legados pios as esmolas, Missas, sufrágios, ornamentos para o culto Divino; e bem assim o dinheiro deixado para se curar enfermos, vestir ou alimentar pobres

Ha, porém, pessoas que não podem fazer testamento, e contudo-podem dispor da terça-, e taes são:

1.º) O condemnado á morte natural, sendo suas disposições para obras pias (189)*,

2.º) O militar condemnado á morte natural, quanto aos bens castrenses, se o juiz assim o declarar na sentença (190).

e outros semelhantes; Ord. Liv. 1. tit. 62. § 41. Estes legados não podem exceder á 3.^a da 3.^a, Lei de 9 de Setembro. de 1769. § 6. restaurado pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

(189) Ord. Liv. 2. tit. 26. § 28.; Liv. 4. tit. 81. § 6. Esta Ord. especifica os casos em que o condemnado á, morte pode dispor da terça; mas tem-se entendido que a sua disposição aproveita á quaesquer outras obras pias á arbítrio do testador; Gam. de Sacram. pcestand. Quest. 6. n. 17.; Egyd. in Leg. 1. Cod. de Sacros. Eccles. Part. 1. 8 5. n. 4.; Pinh. de Testam. Disp. 1. Sect. 2. n. 71. A incapacidade de testar comprehende somente ao condemnado á morte que estiver presente ao processo, ou que se acha nas prisões publicas; mas não ao condemnado á revelia, enquanto ausente; Cald. de Nominat. Emphyt. Quest-5. n. 21.; Jul. Claro Liv. 3. § testam. Quest. 21. n. 4. que afirma ser a opinião commum.

(190) Ord. Liv. 4. tit. 83. § 2.; Pinh. de Testam. Disp. 1. Sect. 2. g 6. n. 79; Egyd. ad Leg. 1. Cod. de Sacros. Eccles. Part. 1. | 5. n. 2. segg.

A) *Dos legados em particular. 1)*
Generalidades.

§ 31 Não tendo a lei estabelecido formalidades para a constituição do legado, considera-se sempre valioso, quando deixado em testamento revestido das solemnidades legais, com tanto que se entenda a vontade do testador, quaesquer que sejam as palavras ou a forma de que tenha usado (191). E se as disposições são ambíguas, ou obscuras, devem ser interpretadas pelo modo que razoavelmente pareçam mais conformes com a vontade do defunto, entendida pela noção commum dos termos, e não pela significação jurídica das palavras, que o testador as mais das vezes ignora. Mas quando se dá impossibilidade absoluta de se lhes attribuir um sentido razoável, então se tem por não escriptas, para ficarem sem effeito, porque o contrario seria, não interpretar, mas formar uma disposição nova em nome do testador (192).

%X Do objecto dos legados.

§32 Podem ser objectos dos legados todas as cousas alienáveis, ou susceptíveis de commercio, com tanto que o legatário possa tirar algum proveito; e taes são:

(191) Coelho da Rocha 2 704.

(192) D. Liv. 50. tit. 17. fr. 188.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 9.

1.º) As cousas corpóreas e as incorpóreas, existentes ou futuras •, porque podem ser legados os fructos, as servidões, as obrigações e as dividas (193);

2.º) As acções ou factos honestos, que o herdeiro possa praticar, como a construcção d'uma casa (194);

3.º) As cousas próprias do herdeiro instituído, considerando-se como ónus da herança (195).

Também pode ser objecto do legado a coisa alheia, se o testador sabia que o era-, e n'este caso o herdeiro deve comprar a coisa legada, e entrega-la ao legatário, ou pagar-lhe a estimação, se o dono a não quizer vender (196). Mas se o objecto legado não estiver no commercio, ou se ninguém puder adquirir-'

(193) D. Liv. 30. fr. 41. pr.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 7.:l
Coelho da Bocha § 705.

(194) Dig. Liv. 32. fr. 12.-, Coelho da Rocha cit.

(195) Dig. Liv. 31. fr. 67. § 8. O legatário também pode ser encarregado d"uni legado, contanto que tenha recebido por liberalidade do defunto; D. Liv. 31. fr. 70.

(196) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 4. Ao legatário incumbe a prova da sciencia do testador, salvo havendo justa razão para acreditar-se que elle não ignorava; D. Liv. 31. fr. 67. § 8.; Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 10. Mas quando o testador deixa ao legatário uma coisa que possui em commum com outro, não tem o beneficiado direito á mais do que a parte pertencente ao testador, sem qite possa exigir o valor do resto da propriedade legada; D. Liv. 30. fr. 5. § 2.

lo, não é o herdeiro obrigado á pagar o valor (197). Contudo é nullo o legado da coisa pertencente ao legatário ao tempo do testamento; e ainda quando houvesse depois alienado, não lhe seria devida, nem a própria coisa, nem o seu valor (198).

3) Influencia da nullidade do testamento sobre o legado,

§ 33 Não podendo ser constituído o legado senão por disposição da ultima vontade, e por aquelles que tem a faculdade de testar (30), segue-se que não aproveita ao legatário, ainda por causa pia, quando deixado em testamento nullo, por defeito de solemnidades externas, ou internas, ou por outra causa, que não seja a preterição ou a desherdação do herdeiro (199).

Quando o testador dispõe simplesmente da terça, sem fazer menção dos herdeiros necessários, não ha verdadeira preterição; porque o silencio d'elle importa uma instituição tacita ou neta com os effeitos da expressa, succedendo os herdeiros forçados, assim preteridos nas duas terças partes, e os legatários nos legados, d'entro dos limites da terça (§ 28)

(197) D. Liv. 30. fr. 39. 2 9.

(198) D. Liv. 30. fr. 41: § 2.; Instit. Liv. 2. tit. 20. g 10.

(199) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 4.

(200), posto que esta não tenha sido deixada á titulo universal; porque a instituição tacita ou ficta basta para sustentar o testamento (201). E se dis-l pôz de todos os seus bens, sabendo que tem herdeiros necessários, ou desherdando-os sem declarar a causa da desherdação, n*estes casos o testamento? posto que nullo quanto á instituição, é valioso quanto ás disposições da terça (202). Mas se o testador deixa de instituir á seus herdeiros necessários, por ignorar a existência d*elles, então é nullo em todas as suas partes, assim como o são quaesquer legados, ainda que sejam pios (203). E se o pae ou a mãe desherda ao filho com causa declarada, deve o herdeiro proval-a; e não provando fica o testamento nenhum, menos quanto aos legados (204).

(200) Ord. Liv. 4. tit. 82. pr.; Per. Decis. 79.; Pinh.j de Testam. Disp. 3. Sect. 4. § 3. n. 77.

(201) Per. Decis. 79. n. 1, 2.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 4. § 3. n. 78.

(202) Ord. Liv. 4. tit. 82. § 1.; Thom. Valasc. Alleg. 61. n. 13.; Oliv. de Mim. Prov. Cap. 2. n. 38.

(203) Ord. Liv. 4. tit. 82, § 3.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 175. n. 11.-, Guerr. Trat. 2. Liv. 5. Cap. 3. n. 30.

(204) Ord. Liv. 4. tit. 82. § 2.; Moliaa de Just. Disp. 175. pr.; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. § G. n. 251. Por ser nullo *ipso jure* o testamento em que o pae ou a mãe desherda ao filho sem declarar alguma das causas legaes da desherdação; Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 1, 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 113; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. § 6. n. 251., não carece o desherdado do remédio da querela do inofficioso para conseguir a repara-

4) *Acceitação e renúncia do legado.*

§ 34 Como os direitos activos do defuncto, por sua morte, se dividem *ipso jure* pelos herdeiros, falleendo o legatário, ainda antes de ter feito a acceitação e deixando muitos herdeiros, pode um d'elles acceitar a parte que lhe cabe no legado, e cada um dos outros renunciar a sua (205). Mas o mesmo legatário não pode acceitar o legado em uma parte e regeita-lo na outra parte (206), sendo bastante que seja acceito em uma d'ellas para que o fique no todo (207). A prohibição da acceitação

ção da legitima, podendo logo usar da acção de nullidade do testamento; Pinh. de Testam. Disp. 5. Sect. 3. n. 146.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Gap. 11. n. 35. in fine. Declarando, porém, a causa da desherdação, o testamento não é nullo de pleno direito; e em tal caso força é que o filho use da querela do inofficioso: e ao herdeiro instituído incumbe provar a causa da desherdação declarada pelo testador. Se o herdeiro prova que essa causa é verdadeira julga-se o testamento valioso e excluído da herança o herdeiro desherdado; e se não se prova a verdade da causa, julga-se o testamento nullo, devolvendo-se a herança aos herdeiros *ab infestado*. Sendo muitas as causas da desherdação, basta que uma seja provada; Ord. Liv. 4. tit. 82 g 2.; Auth. *Ut. mm de appellatione cognoscitur*. Cap. 3.; Cald. de Inoff, testam. Rubr. n. 33.; Molina de Just. Disp. 175. pñ; outro Molina de Primog. Liv. 1. Cap. 9. n. 15.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 1. n. 121. (.205) D. Liv. 30. fr. 38.

(206) D. Liv. 30 fr. 38; Liv. 31. fr. 4; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. g 16. n. 2.

(207) D. Liv. 31. fr. 58.

do legado em parte da-se não só quando é restrito á uma coisa individua, como também quando com-prebende muitos objectos reunidos debaixo d'um nome colectivo, assim como um rebanho, uma mobilia e outras semelhantes (208). Contudo se o testador deixa muitos legados distinctos á uma pessoa, pode o legatário acceitar um, e repudiar os outros, contanto que o legado repudiado não seja aquelle que estiver gravado com algum ónus (209)-, e isto procede ainda que a mesma pessoa seja contemplada com legados diversos na mesma disposição, como quando o testador dispõe assim: *Deixo uma casa, um campo e um cavallo á Pedro*; porque cada uma d'estas cousas considera-se um legado distincto-, e então o legatário pode acceitar uma d'ellas e repudiar as outras (210). Quanto á renuncia do direito ao legado dependente de condição, oxi da chegada do dia certo, é mais conforme a direito que o legatário Mo pode eficazmente renuncia-lo (211); porque renunciar ou repudiar, é abdicar a propriedadej e como este direito não se dá ao legatário antes do dia certo ou da condição*, segue-se que a renuncia ou o repudio d'elle nestas circunstancias são actos inúteis e incapazes de produzir effeito (212)

208") D. Liv. 31. fr. 6.

209) D. Liv. 31. fr. 5. § 1.

(210) D. Liv. 31. fr. 2.

(211) D. Liv. 31. fr. 45. § 1.

(112) D. Liv. 31. fr. 45. § 1.; Liv. 50. tit. 17. fr. 174. § 1.;
Cardozo Prax. verb. *legatum* n. 22. Contra a opinião

5) *Extincção do legado pelo perecimento do objecto deixado.*

• § 35 Perecendo a coisa ou

objecto legado, extingue-se inteiramente a obrigação do herdeiro, assim como o direito correlativo do legatário*, e isto procede tanto no caso, em que a coisa perece em vida do testador, como no em que perece depois da sua morte, senão houve dolo, ou culpa da parte do herdeiro (213).

No caso, porém, em que perece alguma, ou algumas das cousas comprehendidas no legado, duvidão os jurisconsultos: *Se ainda o deudas ao legatário as que restão?* A opinião afirmativa é a que parece mais acertada. E com effeito o successo fortuito que occasionou o perecimento d'algumas cousas comprehendidas no legado, não é razão sufficiente para

do texto está a de Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. g 16. e nota, argumentando com a disposição da Lei 1. Cod. de Pactis, segundo a qual a incerteza da condição pode ser determinada, ou reduzida á certeza por transação entre as partes interessadas; cVonde conclue, por identidade de razão, que a mesma incerteza pode ser terminada nos legados pela renuncia. Mas da permissão legal que tem o legatário *cr Me* ou *sub conãitione* de fazer um pacto com o herdeiro, ou para tornar o legado puro e simples, ou para não lhe ser entregue, não resulta que elle o possa acceitar ou repudiar eficazmente antes que chegue o dia, ou a- condição; porque a acceitação ou o repudio muito differe de um contracto qualquer. (213) D. Liv. 30. fr. 26. § 1.

fazer cessar o direito do legatário, quanto ás cousas restantes*, nem é admissível a distincção de serem principaes ou accessorias* as cousas que perecerão V porque essa distincção é uma das subtilezas dos Romanos, que não tem razão de ser no nosso direito (214). ;;

3) *Em quanto á modalidade. 1)*
Condição,

DA CONDIÇÃO POSSÍVEL.

§ 36 Condição é um acontecimento incerto c futuro, ou ao menos como tal considerado, do qual se faz depender uma cousa (215). A condição ou é possível ou impossível.

Diz-se condição possível aquella que pode ser cumprida*, e divide-se em *casual, potestativa e trixta* (216). A casual depende puramente do acaso, assim

(214) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 17. E ainda quando o legado é deixado debaixo d'um nome colectivo, como um rebanho, perecendo a maior parte das ovelhas, tem direito o legatário ás que restarem, posto que seja uma só ovelha; D. Liv. 30. fr. 21.; Liv. 33. tit. 7. fr. 3.; Instit. Liv. 2. tit. 20. g 18. 4

(215) D. Liv. 28. tit. 7.; Liv. 35. tit. 1.; Cod. Liv. 6. tit. 46.; Coelho da Rocha 9 105.

(216) Coelho da Rocha \$ 105.

como: *Se chegar uma embarcação da índia* (217)*, a potestativa é aquella, cujo cumprimento depende da vontade e do facto d'aquelle á quem se impõe: *Que Pedro seja meu herdeiro, se fôr á Roma* (218), e a mixta depende, em parte, do acaso, e em parte da vontade e do facto da pessoa á quem é imposta, como: *Se fôr á Roma durante o pontificado do Pio IX* (219). A condição casual imposta ao legatário não passa ao substituto, a potestativa ou mixta, porém, l transmite-se ao substituto conjuncto ou áquelle á quem passa o legado, salvo sendo pessoal, de modo que não possa ser preenchida por outra pessoa (220).

E quanto ao effeito, a condição possível, ou é *suspensiva* ou *resolutiva*. Se diz suspensiva, quando do acontecimento deve principiar o effeito do acto, e portanto os direitos e as obrigações, como: *Deixo á Pedro 1:000\$000, se elle tomar o estado de Eccle-siastico*; e resolutiva, quando pelo acontecimento d'um caso previsto resolve-se e aniquila-se o acto que já teve execução, como: *Deixo á Pedro a minha casa, se elle não tornar á casar*.

Todas as condições possíveis são licitas nos testamentos, e disposições da ultima vontade, e se cum-

(217) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

(218) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

(219) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 2.

(220) Cod. Liv. 6. tit. 51. frag. un. g 4, 9.; Gomes. Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n 37.

prem como fôr a vontade do testador, salvo quanto ás legítimas dos herdeiros necessários, que não com-portão condição alguma (221).

Da condição suspensiva,

§ 37 Sendo o legado deixado debaixo de condição suspensiva, o legatário adquire, logo desde a morte do testador, o direito resolúvel do legado, el se fallece antes de verificar-se a condição, transmite á seus herdeiros (222), salvo se estes não podem cumprir a condição potestativa, por ser pessoal (223), ou se constar expressamente, ou por conjecturas fundadas nas disposições do testamento, que outra fora a vontade do testador (224). Mas o legatário só tem acção para pedir a cousa legada, depois de verificada a condição ^ e antes de ser esta cumprida pertence ao herdeiro a posse e os fructos do legado (225).

Contudo ha condições que não suspendem os legados, nem impedem que sejam devidos desde a morte do testador, como são:

(221) D. Liv. 28. tit. 5. fr. 3. g ult.; fr. 73.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. n. 135, 143.

(222) Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. g 13.; Alm. Souz. ao cit. i; Coelho da Rocha g 700.

(223) Coelho da Rocha g 700.

(224) Valasc. Cons. 171. n. 9.

(225) Coelho da Rocha g 700.

(226) Dig. Liv. 28. tit. 7. fr. 8. g 8,

- 1.º) A condição de juramento (226)*,
- 2.º) A condição impossível; porque reputa-se cumprida (227)-,
- 3.º) A condição cujo cumprimento tem sido embaraçado pelo herdeiro ou por aquelle que o devia cumprir (228);
- 4.º) A condição subentendida, que não faz condicional o legado (229);
- 5.º) Quando os legados são deixados debaixo da mesma condição com que o fora a instituição (230).

2) *Tempo*»

§ 38 Na constituição do legado pode o testador declarar o termo, ou suspensivamente como epocha, em que deve verificar-se a execução d'elle (&x *die*\ ou resolutivamente como termo em que deve findar-se a vantagem do legatário («» *diem*) (231).

Sendo deixado assim o legado, logo que finda o tempo, cessa *ipso jure* o direito do legatário, passando o domínio á pessoa designada pelo testador (232).

(227) Dig. Liv. 36. tit. 2. fr. 24.

(228) Dig. Liv. 36. tit. 2. fr. 5. § 5.

(229) Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 99; Liv. 36. tit. 2. fr. 5-

(230) Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 107.; Liv. 36. tit. 2. fr. 21. 9 1.

(231) Coelho da Bocha § 701.

(232) Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 26.; Gomes ad Leg. 40.

Os efeitos do termo, quanto á transmissão, são os mesmos que os da condição (233). Decorrido o tempo em que deve findar-se a vantagem do legatário, e não havendo substituto nomeado pelo testador, reverte o legado ao herdeiro*, e se este já ó fallecido, passa á seus herdeiros (234). O mesmo direito corre, quando o testador deixa o legado por tempo incerto, assim como durante a vida ou enquanto viver o legatário, sem lhe dar substituto*, porque o legado assim constituído julga-se temporal e finda-se ao tempo da morte do legatário, passando a cousa legada ao herdeiro do mesmo testador, quer seja o herdeiro escripto, quer seja o herdeiro d'esse herdeiro (235). Mas tendo-lhe dado substituto e falle-

Taur. n. 27.; Barb. in Leg. Divortio 8. pr. Part. 2. n. 10.;
Cald. in Leg. Si Curat. verb. *sua facillitate* n. 62. j vers.
confirmantur God. de m integr. restit. minor.

(233) Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. ult.; Coelho da Rocha § 701.

(231) Bagn. Cap. 16. n. 6. segg-

(235) Bagn. Cap. 16. n. 13. 23.*, Brunem. Comment. in
Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. ult.; Alra. Souz. Diss. 8. em Supl.
das Acç. Sum. § 37. not. Sendo o legado deixado sob con-
dição suspensiva ou *ex <ft">*e, pode o legatário pedir caução
ao herdeiro; D. Liv. 36. tit. 3. fr. l., se o testador não o des-
onerou d'essa obrigação; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 12.; Cod, Liv.
6. tit. 54 fr. 2, 4, ou se o legado é nullo; D. Liv. 36. tit. 3. fr.
14. § 1., assim como o herdeiro ao legatário, se a condição
é resolutiva, ou se o legado é deixado *ad diem* ou em forma
de fideicommisso; D. Liv. 35. tit. 1. fr. 80.

cendo este em vida do legatário gravado, não transmite-se o legado aos herdeiros do mesmo chamado depois da morte do legatário, mas sim aos herdeiros do legatário gravado (236), salvo sendo substituto o herdeiro do testador; porque neste caso, posto que

O substituto falleça primeiro que o legatário gravado, passa o legado, depois da morte deste, aos herdeiros do herdeiro instituído (237).

1

3) *Modo.*

S

§ 39 O legado se diz deixado *sub modo* ou com causa final, quando o testador declara um fim que teve em vista (238). . Neste caso, logo depois da morte do defunto, o legatário tem direito de exigir o cumprimento do legado; mas o herdeiro pode ne-

(236) Coei. Liv. 6. tit. 51. fr. un. § 7. segg.; Bagn' Cap. 16. n. 5, 19.

(237) Bag. Cap. 16. n. 24.

(238) Coelho da Rocha § 107. Não se deve confundir a causa e o modo com a condição. A diferença consiste em que a condição faz parte essencial do acto; e por isso a coisa doada, ou legada debaixo de condição, não pode ser exigida senão depois do implemento d'esta; mas o legado ou doação que só contém um modo pode ser exigido desde logo; Coelho da Rocha § 702; Gomes Var. Re-sol. Cap. 12. n. 70. No caso de duvida, quando as palavras do testador podem importar um modo ou uma condição, entende-se que a disposição é condicional e não modal; D. Liv. 35. tit. 1. frag. 109; Gomes "Var. Resol. Cap. 12. n. 72.

gar-lhe a entrega enquanto não presta caução ou fiança (239). Recebido o legado, fica sendo propriedade sua, posto que onerada com o encargo ou obrigação de cumprir o modo (240). Portanto, fal-lecendo o legatário antes de satisfazer o encargo passa o legado ao herdeiro com a obrigação de o cumprir.

Se o legado não é causal ou modal, e sim condicional, então não pode o legatário pedi-lo senão depois de realizada a condição (241). Mas esta regra limita-se quando o legado é deixado sob condição potestativa negativa, isto é, sob condição que proíbe ao próprio legatário fazer uma coisa, como quando deixa á seu filho um legado por esta forma: *Se elle não mudar de Religião* (242). ISTeste caso, logo depois da morte do testador, pode ser exigido

(239) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 80.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 162. Deve o legatário caucionar, quando o legado foi deixado *sub modo* somente no caso em que o modo interessa á, terceiro; Cod. Liv. 6. tit. 45. fr. 1.; fr. 17. § 4.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 227. art. 11. ibi ----- *requerendo-o a pessoa interessada*. Se o modo não interessa á terceiro, o legatário não perde o legado, ainda que o não cumpra; e por isso n'este caso ninguém lhe pode pedir caução-, D. Liv. 35. tit. 1. fr. 71.-, Voet. ad Pand. Liv. 35. tit. 1. n. 12.

(240) Coelho da Rocha § 702

(241) Coelho da Rocha § 700

(242) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 7.; Novella.22. Cap. 23.

o legado, offerecendo o legatário caução ndeijussoria, ou Muciana, em segurança da restituição do objecto recebido, assim que falte a condição (243). I

4) *Condição impossível* I

§ 40 Condição impossível é aquella que não pode ser cumprida. A impossibilidade provem, ou da natureza das causas, ou da lei e da moral, ou do facto d'aquelle que está onerado com a condição, assim como: *Se casar, tendo ordens sacras.*

As condições impossíveis produzem effeitos diversos, quando são impostas nas convenções, ou nos testamentos. Sendo impostas nos contractos, e consistindo em *não fazer*, reputão-se cumpridas, sem que prejudiquem ao acto; mas sendo *affirmativas* vicião o contracto (244). Nas disposições, porém, da ultima vontade todas as condições impossíveis são tidas por não escriptas; mas não vicião as ins-

(243) D. Liv. 35. tit. 1. ir. 7.; Alm. Souza. Acç. Simi'l § 227 citado.; Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 162. not. (2) Mas constituindo o legado em bens de raiz, basta a caução juratoria com hypotheca da cousa; citada Novella Cap.44.

(244) D. Liv. 44. tit. 7. fr. 31.; Liv. 45. tit. 1. fr. 7.; Brunem, ao cit. fr.; Miilhenbruk Pand. Part. Ger. Liv. 2. § 108.; Portug. de Donat. Liv. 1. Prcelud. 2. § 1. n. 48, 49.; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. § 2. n. 169.; Alm. Souza. Not. a Mello Liv. 3. tit. 5. § 33. n. 1.

tituições, legados, ou fideicomissos, os quaes se cumprem, como se não fossem impostas (245).

Também se tem por não escriptas as condições inintelligiveis, as inúteis ou irrisórias, torpes ou contrarias ás leis, e as expressões contumeliosas*, e bem assim a condição: *Se não casar*, por ser offen-siva dos bons costumes, e do interesse publico (246). Mas não se entende impossível a condição: *Se permanecer no estado de viuvez*, especialmente sendo imposta á viuvo ou viuva com filhos, porque pre-sume-se o fim justo de favorecer á estes (247).

Se o mesmo direito corre acerca da condição difícil, é muito duvidoso entre os jurisconsultos (248).

(245) Instit. Liv. 2. tit. 14. § 10.; D. Liv. 28. tit. 7 fr. 1.; Liv. 28. tit. 5. fr. 45. 50. § 1.; Liv. 35. tit. 1. fr. 3.; Molina de Just. Disp. 206. n. 8.; Pinli. de Testam. Disp. 3. Sert. 8. § 2. n. 169.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 33. •

(246) Lei de 3. de Agost. 1770. § 10.; Pinb. de Testam* Disp. 3. Sect. 8. § 3. n. 181. segg.; Mello Freir. Liv. 3*j tit. 5. § 35.; Alm. Souz. Morgados Cap. 9. § 19.; Celho da Rocha § 699.

(247) D. Liv. 35. tit. 1. fr. 22, 72. § 5.; fr. 100; Pinh. de Testam. Disp. 3. Sect. 8. § 3. n. 189.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. § 34.; Alm. Souz. Not.á Mello Dissert. 9- gg 38. 39,

(248) Mulhenbruk Pand. Part. Ger. Liv. 2. § 108.

Do legado do credito deixado á terceira pessoa»

§ 41 Sendo o legado constituído em um credito, ou em uma divida activa do testador, o herdeiro satisfaz, entregando os títulos ao legatário (249), o qual fica com direito á cobrança com os juros desde a morte do testador, salvo se pela disposição outra cousa fôr determinada (250). Se a divida estiver perdida, ou extincta, a perda é do legatário, excepto se o testador havia recebido a quantia legada, e ao tempo da sua morte se achou reservada em separado (251). ou se a tinha dado de novo á juro (252)

Se o testador, porem, urgido pela necessidade, demandou o devedor pelo pagamento da divida, ainda que não concluísse o litigio, entende-se revogado o legado (253).

*Do legado da divida ao credor**

§ 42 E' inútil o legado da divida pura, sendo deixado pelo testador ao credor da mesma divida •, porque este, independente do legado, tem direito ao

(249) D. Liv. 30. fr. 105.; Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 18.

(250) Coelho da Rocha § 706.

(251) D. Liv. 32. fr. 11. § 13.

(252) D. Liv. 32. fr. 64.

(253) Voet. ad. Pand. Liv. 3. n. 23.

pagamento-, mas aproveita ao legatário, sendo maior que a dívida (254). E entende-se maior o legado que a dívida, não só quando a excede em quantidade, como também quando é igual, mas sem garantia, ou quando é condicional, ou se acha protegida por alguma excepção •, porque, em qualquer d'estes casos, ha sempre uma vantagem, ficando a dívida mais bem garantida, ou desembaraçada da condição (255). Também é útil o legado da dívida illiquida; porque o testador a liquida, determinando a quantidade*, assim como o de uma coisa ou espécie que o testador deve por um contracto, visto que, pelo legado, transfere o dominio ao legatário (256)

E quando o testador nada deve, o legado é inútil-, e a razão é que o legatário não pode exigir o cumprimento, nem como dívida, que não existe, nem como fideicomisso, visto que tal disposição não é espontânea e livre, provindo da vontade errónea do defunto, o que lhe tira todo o effecto (257).

┌-----~-----•-----*---<• fr^c^1

(254) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 14.: D. Liv. 23. tit. 3. l. frag. 29.; Liv. 30. fr. 28.; Gomes Var. Resol. Gap. 12. n. 7.; Olea de Cession. Jur. tit. 4. Quest. 6. n. 11. I

(255) D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 22, 29.: Liv. 31. de Legat. 2. fr. 66.: Bag. Gap. 17. n. 14.

(256) D. Liv. 32. fr. 3. § 2.; Gomes Var. Resol. Cap. 12. n. 7.

(257) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 6.

*O legado deixada ao credor se compensa na
divida.*

§ 43 Se o devedor deixa ao credor um legado de coisa diversa da divida própria, compensa-se o valor d" esta no valor d"aquella, entendendo-se que o defunto não quiz dar, ou gratificar, senão pagar ou compensar (258); E isto se observa indistintamente, quer a divida seja voluntária, que é aquella que resulta do facto, ou contracto do devedor, quer necessária, isto é, proveniente do preceito de lei; porque presume-se sempre no testador o animo de compensar (259).

(258) D. Liv. 32. frag. 85.; Strik. Liv. 30. § 34. Pedro Barb. *in Leg. si cum dotem 23 <? si pater* n. 7. D. Solut. *matrim.* O mesmo se observa acerca do legado deixado ao criado, que, no caso de duvida, se compensa com os salários; Ord. Liv. 4. tit. 31. § 11.; Oliv. de Munere Provis. Gap. 2. n. 37.

(259) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. g 7. Segundo a opinião commum, quando o legado é de divida voluntária, não procede a compensação; porque sendo a sua origem a confiança do credor, a qual deve ser gratificada, presume-se que o devedor teve em vista gratificar, e não compensar ; mas sendo a divida necessária, como não ha o que gratificar, presume-se no testador unicamente o animo de pagar; e porisso procede a compensação do legado. Esta destincção labora em um erro. A divida, posto que voluntária em sua origem, dapois de contrahida constitue uma obrigação; e porisso presume-se sempre no testador o animo de compensar. Portanto não devemos nos afastar

I 2>o legado dos moveis.

§ 44 Na linguagem jurídica a palavra *moveis* significa todas as cousas que, sem se deteriorarem, podem ser mudadas d'uma para outra situação ou lugar. IFesta significação comprehende o dinheiro, os fructos percebidos e existentes, os títulos das dividas, os vestidos e roupa, a baixela e utensilios da casa, os carros, cavallos &c.

Mas na linguagem commum, e vulgar, tem signi ficção mais restricta, comprehendendo somente as cousas que servem para ornato das casas, e commo- didade dos habitantes, como são as commodas, pape leiras, mezas, cadeiras, camas, espelhos, painéis &c. Portanto o legado dos moveis somente estende-se á estes objectos, e não á quaesquer outros, posto que sejam taes por sua natureza*, nem aos que são desti nados para o commercio, nem aos livros e outros objectos que servem mais para instrucção, do que para ornato da casa. e commodidade dos habitan tes (260).

da opinião de Mello, mormente attendendo-se que tem seu fundamento, como elle mesmo ensina, na Ord. Liv. 4. tit. 31. g 11., não obstante o parecer em contrario de Alm. Souz. Notas ao citado § 7. n. 3.

(260) Oliv. de Munere Provis. Gap. 2. n. 40. Quando o testador deixa o seu ouro, ou a sua prata, compre- hende se n'esta expressão não só o ouro ou a prata em barra, como também a baixela de ouro ou de prata; D. Liv. 30. de legat. 3. fr. 78. § 4.; Liv. 34. tit. 2. fr. 19.; mas não comprehende o dinheiro: D. Liv. 34. tit. 2. fr. 19, 27. \ 1.

Contudo, se o testador, dispondo dos bens de raiz, ou immoveis, dá aos moveis outro destino, de-terminando-os na totalidade, ou de outro modo que induza á crer que sua intenção fora usar da palavra *moveis* em sua significação jurídica, assim devemos entender a sua disposição (261).

Do legado de opção ou de quantidade,

§ 45 No legado em que tem lugar a opção, como quando se deixa uma espécie ou cousa, havendo na herança outras muitas do mesmo género, a escolha pertence ao herdeiro, ou ao legatário, segundo fôr a vontade do testador (262); mas no caso de duvida, pertence ao legatário (263).

Quando a escolha compete ao herdeiro, deve dar uma que não seja a peor (264); e quando compete ao legatário, pode este escolher a melhor.

Sendo deixada uma espécie sem determinação de quantidade, nem de qualidade, deve-se ao legatário todos os objectos d'aquella espécie, existentes na herança, salvo se alguns d'elles forem pertenças d'uma propriedade, e o testador não declarasse se-

(261) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 10.

(262) D. Liv. 30. fr. 108. § 2. •

(263) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 22.

(264) D. Liv. 30. fr. 110.

rem compreendidos (265). Ainda que não haja na herança o objecto legado, deve o herdeiro procurar haver para satisfazer (266). Quando o legado é indeterminado, assim como um dote, entende-se pro. porcional ao que os pães da pessoa dotada, com a sua fortuna ordinária, poderião dar (267).

C) Do legado deixado por falsa causa ou com falsa demonstração; e do erro do nome do legatário ou da cousa legada.

§ 46 A causa pretérita, e impulsiva, que actua no animo do testador para dispor dos seus bens á favor de alguém, pode ou não ser declarada no testamento, sem prejuízo das suas disposições*, e ainda quando a causa expressada seja falsa, permanece valioso o legado-, porque a razão de legar não pren-de-se necessariamente ao legado (268); salvo provando o herdeiro que se o testador tivesse conhecido a verdade, não teria constituído o legado (269).

(265) Pertença é a parte accessoria, dependente de outra, anexa á ella. Yeja-se Alm. Souz. Morg. Cap. 13. § 48, 49, 50.

(266) D. Liv. 31. fr. 12.

(267) Coelho da Rocha § 708.

(268) Iustit. Liv. 2. tit. 20. § 31.; Dig. Liv. 35. tit. 1. fr. 72. g 6.

(269) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 12.: Alm. Souz. ao cit. § n. 1, 2.

Também não vicia o legado a falsa demonstração, contanto que entenda-se claramente a pessoa ou a coisa que o testador quiz indicar (270). O mesmo direito corre acerca do erro do nome do legatário (271 ou da coisa legada, se por qualquer outro modo se conhecer com certeza qual é a pessoa á quem e qual a coisa que o testador quiz deixar em legado (272). No caso contrario, assim o erro, como a falsa demonstração, prejudicão ao legado (273).

Da aquisição e entrega tios legados.

§ 47 O dominio da coisa legada sem condiçfto passa *ipso jure* ao legatário immediatamente depois da morto do testador*, mas não a posse sem efectiva apreheensão (274); porque o Alvará de nove de

(270) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 30.: Cod. Liv. 6. tit. 28. fr. 3.

(271) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 29.; Cod. Liv. «. tit. 23. fr. 4.

(272) D. Liv. 30. fr. 4.; Liv. 33. tit. 10. fr. 7. § 2.- Liv. 34. tit. 5. fr. 3, 4.

(273) Alm. Soaz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 7. § 12. n. 3. segg. I

(274) D. Liv. 31. tit. de legat. 2.. fr. 80.; Cald. de Renovat. Quest. 10. h. 14.: Baga. Cap. 17. n. 26. Esta regra é verdadeira,* ainda quando o testador tenha era vida feito tradição da coisa legada, declarando ser uma entrega antecipada; porque n'este caso permanece o legado

novembro de mil sete centos e cincoenta e quatro, transferindo aos herdeiros a posse civil com todos os efeitos da natural, não contemplou aos legatários e fideicomissários particulares (275). Em alguns casos, porém, o domínio da coisa legada não passa ao legatário *ipso jure*, e são:

1.º) Quando o legado não consiste em certa espécie, senão em quantidade ou em género (276)-,

2.º) Quando o legado é alternativo, em razão da incerteza da coisa legada (277)-

em substancia como antes, podendo ser revogado á arbítrio do testador; mas sendo entregue sem declaração de ser por causa do legado deixado em testamento, transforma-se em doação pura e perfeita, não podendo mais ser revogada; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 4.

(275) Alm. Souz. Fase. Tom. 2. Diss. 8. » § 35.; Interd. Poss. § 56, 59. segg. E ainda quando o testador deixa o legado com a condição que, depois de certo tempo, deva passar á outra pessoa, findo o tempo marcado, passa o domínio da coisa legada ao segundo legatário ou fideicomissário independentemente de tradição, só pela vontade do testador; Dig. Liv. 31 de legat. 2. fr. 77. §3.; Valasc. Cons. 194. n. 3, 5.; Portug. de Donat. Liv. 1. Proelud. 2. § 1. n. 143.; Bagn. Gap. 16. n. 1, 2. ■

(276) D. Liv. 3. de legat. 1. fr. 37.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Card. Prax. Jud. verb. *le-gatum* n. 10.; Olea Cess. Jur. tit. 4. Quest. 5. n. 6.

(277) D. Liv. 3. de legat. 1. "fr. 84. § 9.; Gomes Var. R330I. Tom. 1. Cap. 12. n. 21.; Card. Prax. Jud. verb. *legatum* n. 10.

3.º) No legado de opção, antes de feita a escolha (278)-,

4.º) Quando foi deixado o legado *in diem* ou debaixo de condição (279);

5.º) Quando a coisa legada não pertence ao testador, mas ao herdeiro ou á outra pessoa (280);

6.º) Quando o testador deixa em legado uma parte quotitativa de bens; porque é incerto o que ha de ser dado em pagamento ao legatário (281);

7.º) No legado do usufructo (282).

Portanto não pode o legatário metter-se na posse do legado por sua própria auctoridade (283), salvo

(278) D. Li?. 33. tit. 5. fr. 20.; Bag. Cap. 17. n. 115.

(279) D. Liv. 40. tit. 9. fr. 29.; Carv. de Testam. Cap. Raynald. Part. 3. n. 140.; Bag. Cap. 17. n. 129.; Card. Prax. Jud. verb. *legatum* n. 10.

(280) Pinh. de Emphyt. Part. 2. Disp. 8. Sect. 6. § 5. n. 128, 134, 141.; Bag. Cap. 17. n. 236.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 14.; Card. Prax. Jud. verb. *legatum* n. 10.

(281) D. Liv. 3. de legat. 1. fr. 26. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 18. n. 19.; Cons. 110. n. 6.: Gomes in Leg. Taur. 20 n. 2. vers. *In hoc*.

(282) D. Liv. 7. tit. 3. frag. 1. § 2.; Bagn. Cap. 17. n. 263.

(283) Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. õ.; Card. Prax. Jud. verb. *legatum* add. n. 69.; Netto Ultim. volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 1.

se o testador expressa ou tacitamente Ih'o facultar (284);, e em quanto se não verifica se a herança é ou não solvente, ou se entre os legatários deve haver rateio, compete ao herdeiro a administração do legado, para que, depois de liquidada, faça entrega ao legatário (285).

Com o legado devem ser restituídos e entregues os fructos da coisa legada desde o momento da morte do testador, o que se entende quando o legatário adquire o domínio desde esta data, como quando consiste em espécie e coisa própria do testador*, mas não nos casos em que o legatário não adquire o domínio *ipso jure*, senão depois da tradição •, porque em taes casos são divididos os fructos somente depois da mora (286).

No legado de prestações annuaes, não havendo outra declaração, verifica-se o primeiro vencimento logo depois da morte do testador o os outros no ingresso de cada um dos annos subsequentes. Pelo que segue-se que, fallecendo o legatário no começo do anno transmite-se á seus herdeiros o direito de

(284) Baga. Gap. 16. n. 1.; Alm. Sonz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 7. § 5.; Trat. dos Interd. § 59.

(285) Cod. Liv. 6. tit. 37. fr.5.; D. Liv. 30. de Legat. 1. fr. 86. § 2.; Coelho da Rocha § 710.

(286) Alm. Souz. Acç. Sum. § 355.; Netto XJltim. volont. Liv. 6. tit. 16. n. 27.; Gomes Var, Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 5, 22,

haver a prestação já vencida, mas não paga, salvo sendo o legado de prestações annuaes vitalícias •, porque este equipara-se ao usufructo vitalicio (287).

Revogação e caducidade do legado»

§ 48 Fica revogado o legado:

I) Por mudança expressa da vontade do testador, se o revogou em testamento ou codicillo ou por outro acto solemne (288);

II) Por mudança presumida da sua vontade:

1.º) Se o legado appareceo riscado no testamento por mão do testador (289);

(287) D. Liv. 36. tit. 2. frag. 12.; Liv. 33. tit. 1. fr. 8.; Valasc. Partit. Gap. 36. n. 16. O legado deixado para ser entregue em tal anuo cumpre-se no fim d*esse anno; mas sendo por causa pia entrega-se no principio tPelle; Oliv. de Munere Provis. Cap. 2. n. 23.; e quando é deixado debaixo de condição suspensiva on *ex die* os fruc-tos até a condição pertencem ao herdeiro; Coelho da Rocha §§ 700, 710.

(288) Instit. Liv. 2. tit. 21. pr.; Gomes Var. Resol' Cap. 12. n. 56.

(289) D. Liv. 28. tit. 4. fr. 1.

(290) D. Liv. 31. tit. 4. fr. 18.; Gomes Var. Resol-Cap. 12. n. 56.

2.º) Se o testador em sua vida deo á outrem a coisa legada (290), ou a alienou (291), ou cobrou a divida legada (292)-,

3.º) Se a transformou, reduzindo á nova espécie (293>,

4.º) Se o testador em vida houver dado ao legatário quantia igual á que lhe tinha legado*, porque não se reúnem á mesma pessoa duas causas lucrativas sobre a mesma coisa (294);

5.º) Se entre o testador e o legatário sobreveio inimidade capital (295); mas vigora, se depois se conciliarão (296); S

6.º) Se o legatário dolosamente encobrio o testamento em prejuizo do herdeiro (297).

(291) D. Liv. 32. fr. 11. § 12.; Corr. Telles Doutr. das Acç. n. 3. ao § 161.; Guerra, ad Ord. Liv. 4. Controv. 2. n. 8.

(292) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 21.; Corr. Telles Doutr. das Acç. nota 3.^a ao § 161.

(293) D. Liv. 32. fr. 88.

(294) Instit. Liv. 2. tit. 20. § 6.; Pereir. Decis. 94.; Corr. Telles citado.

(295) D. Liv. 34. tit. 4. fr. 3. § 11.; fr. 4.; Gomes Var. Eesol. Tom. 1. Cap. 12. n. 56.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 31. n. 83.

(296) Ord. Liv. 4. tit. 84. § 4.- Corr. Telles Doutr. das Acç. Nota 3. ao § 161.; Guerra, cit. n. 10.

(297) Cod. Liv. 6. tit. 37. fr. 25.-, Corr. Telles Doutr. das Acç. § 161. not. (2).

E caduca nos casos seguintes: 1.º) Se a coisa legada perece em vida do testador (298);

2.º) Se o legatário adquiri o a coisa legada em vida do testador, por título lucrativo; mas não por título oneroso; porque n'este caso deve-se-lhe a estimação (299);

3.º) Se o legatário morreo primeiro que o testador (300), ou se a coisa legada perece sem culpa do herdeiro, não havendo mora na entrega (301);

4.º) Se o legatário não cumprio a condição (302);

5.º) Se o legatário o renunciou (303).

Do direito de accrescer.

§ 49 Os Romanos admittião o direito de accrescer, assim nas heranças, bem como nos legados. Nas heranças, porque, segundo os princípios da jurisprudência d'elles. a herança é por sua natureza indivisível, e ninguém pode morrer em parte testado, e em parte não testado; e nos legados, em razão da vontade presumida do testador.

(298) D. Liv. 30. fr. 26. § 1.

(299) Instit. Liv. 2. tit. 20. g 6.

(300) Cod. Liv. 6. tit. 5. fr. único § 2.

(301) Instit. Liv. 2. tit. 20. g 16.; D. Liv. 30. fr. 26.

I 1.

(302) Corr. Telles Doutr. das Acç. g 162.

(303) Çod. Liv. 6. tit. 51. fr. mi. gg 2, 5.

Mas tendo o direito pátrio regeitado aquelles princípios como supersticiosos, não admittindo as leis Imperiaes como subsidiarias, senão em quanto conformes á bôa razão (304)-, Mello Freire excluio da nossa jurisprudência o direito de accrescer, não só quanto ás heranças, em virtude das referidas leis, como também quanto aos legados, porque não se presume ser tal a vontade do testador, nem no caso de duvida, deve ser preferido o herdeiro ao legatário (305).

Quanto ás heranças, concordáo os nossos melhores praticos com o autor das Instituições do Direito Civil •, mas não quanto aos legados •, e a razão é que a regra em que este escriptor se funda para firmar a sua opinião não tem a generalidade que lhe attri-bue, sendo muitas vezes mais favorecido por direito o legatário que o herdeiro (306).

Portanto adoptamos a opinião d'aquelles que sustentão o direito de accrescer nos legados, somente quando o testador colligou os legatários, sem lhes nomear successores ou substitutos (307).

(304) Lei de 18 de Agosto de 1769; e de 9 de Setemb. do mesmo anno.

(305) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 23.

(306) Liz Teixeira Comment. ás Instit. de Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. § 23. pag. 475.

(307) Quanto ao direito de accrescer nos legados, não ha razão para que se considere geralmente excluído do nosso direito. Porquanto as leis dos Romanos não davão

o direito de accrescer indistinctamente em todo o legado, senão nos deixados em favor de muitas pessoas conjunctamente. Distinguia-se três espécies de conjunções: a primeira fazia-se *re et verbis*, isto é, pelo factio e expressamente; a segunda somente *re*, ou pelo factio; e a terceira consistia unicamente *verbis*, ou nas palavras do testador. Dizia-se a conjunção *re et verbis*, quando por uma só e mesma disposição, o testador legava a muitas pessoas a mesma cousa, dispondo assim: *Deixo á Pedro e d Paulo a minha casa tal*. Por esta disposição ficavão Pedro e Paulo conjunctos e unidos *re et verbis*, e chamados solidariamente ao legado; e se elles ambos acceitavão a disposição, o legado se dividia em partes iguaes. Quando fallecia um d'elles antes do testador, ou incorria em incapacidade, antes de lhe ser deferido o seu direito, ou quando o repudiava, a sua parte accrescia á do outro, á quem ficava pertencendo o legado em sua totalidade. Dava-se a conjunção somente *re* quando no mesmo testamento o testador legava á muitas pessoas a mesma cousa, mas em disposições separadas, dizendo assim: *Eti deixo á Pedro a minha Chocara; eu deixo d Paulo á minha Quicara*. Por esta disposição o testador unia Pedro e Paulo *re*, ou de factio, posto que separados *verbis* ou nas expressões. E como não era razoável entender que o testador revogava o primeiro legado pelo segundo, consideravão-se ambos formando um só, que se dividia pelos legatários nomeados; e quando dava-se falta de vontade, ou impossibilidade d*algum d*el-les para acceitar o legado na sua parte, pertencia totalmente ao outro pelo direito de accrescer. Entendia-se em-fim haver conjunção somente *verbis*, quando o testador chamava dons legatários á mesma cousa; mas declarando expressamente não deixar á cada um senão uma parte determinada, como quando usava da expressão: *Hkt deixo á Pedro a minha casa, águélle em três partes, e d este em uma*. Constituído assim o legado, Pedro e Paulo ficão conjunctos e unidos *verbis*; mas desunidos, *re*, ^visto que realmen-

te elles são legatários, cada um d'uma cousa diversa da outra. E n*este caso a opinião commum é que não procede o direito de accrescer; porque tendo o testador expressamente dividido o legado, designando á cada um a sua parte, não pode prevalecer a presumpção de ser a vontade do defunto, que a parte de um accresca ou se una á do outro; Alui. Souz. Diss. 8. na Collecç. em Supplem. do Trat. das Acç. *Sitm.*

Portanto parece livre de duvida que é admissível o direito de accrescer entre nós, quando o testador colligou os legatários *re et verbi**, ou somente, *re*, sem lhes nomear successores, ou substitutos, mormente attendendo se que este direito parmanece nos Códigos modernos da Europa.

Quanto ás heranças a opinião mais solida é que as nossas leis não reconhecem o direito de accrescer.

TITULO SEGUNDO

*Das acções que competem aos herdeiros e
legatários,*

INTRODUÇÃO

§ 50 As acções convenientes á fazer valer o direito de successão hereditária são petitorias ou possessórias. Entre aquellas umas são communs á herança testamentária e á legitima, e outras são es-| peoiaes á successão por testamento (308). São communs as acções—*hereditatis petitio, et actio familiae erciscunda*, das quaes trataremos no capitulo seguinte.

(308) Strick. de Act. Sect. 2. Memb. 3. § 2.

CAPITULO PRIMEIRO

*Das acções que competem aos herdeiros**

SECÇÃO PRIMEIRA

Da acção de petição de herança.

NOÇÃO

§ 51 Petição de herança é a acção que compete ao herdeiro, que addio á herança, mas não entrou na posse d'ella, contra o possuidor *pro hcerede*, ou sem titulo, para o effeito de ser o autor declarado herdeiro do defunto, e o réo condemnado á entre-gar-lhe toda ou parte da herança com os seus rendimentos e accessorios (309). Esta acção é universal (310), e assemelha-se á de reivindicação (311).

(309) Instit. Liv. 2. tit. 9. § 6.; Liv. 4. tit. « 6. § 28.: Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 18. n. 42.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14 n. 50.-, Corr. Telles Doutr. das Acç. § 122.

(310) D. Liv. 6. tit. 1. fr. 1.; Mend. Part. 1. Liv. 4-Cap. 8. n. 50.; Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 153. A acção de petição de herança, como universal, faz sobreestar a acção sobre questões particulares; mas isto se entende, quando a acção particular é movida por algum dos litigantes contra terceiro, e não quando é um terceiro que move questão particular contra uma das partes que litiga no juizo universal, como quando o credor acciona pela sua divida á algum dos pretendentes da herança, ou o legatário o demanda pelo seu legado; Valasc. Cons. 90.; Barb. Part. 3.^a Rubr. n. 49. D. Solut. matrim.

(311) Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16. Contudo é par-

Quando o possuidor da herança não nega ao autor a qualidade do herdeiro, é inútil esta acção, podendo logo intentar a de partilhas (*familice ereiscundce*) contra o coherdeiro cabeça de casal (312).

A querela do testamento inofficioso é uma espécie de petição de herança; porque deriva do direito hereditário, e por ella simultaneamente pede-se a rescisão do testamento e a entrega da herança. Depois da Novella 115, adoptada pela Ord. Liv. 4 tit. 82. § 1., a querela do inofficioso tem lugar somente, entre descendentes e ascendentes, no caso de desherdação por causa expressa e sufficiente, mas falsa* e entre irmãos, quando um cVelles, preterindo já seu irmão honesto, institue em seu testamento por herdeiro pessoa vil e de máos costumes. De sorte que a inofôciosidade apenas tem cabimento no testamento que não tem vicio substancial, mas ,que

ticular á acção de petição de herança, que, ainda quando o possuidor tenha alienado de bôa fé os bens hereditários, possuindo o preço, ou fozendo-se mais rico, pode ser demandado como possuidor dos bens alienados; porque nos juízos universaes o preço succede á cousa vendida; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 20. § 17.;- fr. 22. in fine; Strik. de Act. Sect. 2. Membr. 3. § 5.

(312) Corr. Telles Doutr. das Acç. l 123. íPesta acção não é obrigado o autor á provar o domínio das cousas que tinha o defunto ao tempo da sua morte: basta que prove que existião na herança d*elle; D. Liv. 5. tit. 3 fr. 19.; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. g 14. n. 70, 71.

não é feito rectamente com relação ao mérito das pessoas (313).

Rescindido o testamento, vicia-se a instituição, mas permanecem os legados e quaesquer outras disposições da terça (314). Se o testamento, porém, não é perfeito, isto é, se lhe falta algumas das so-lemnidades ou condições para ter validade em direito*, ou se o pae preterio ao filho, não sabendo que o tinha vivo ou se ao tempo do testamento não tinha filho, e depois lhe sobreveio, então não tem lugar a querela da inofficiosidade, senão a acção de nulli-dade, porque não se revoga o que é nullo por direito (315).

A querela da doação inofficiosa também é uma espécie de petição de herança •, porque a semelhança desta acção, os filhos accionão para rescindir a doação, como uma successão anticipada, e para serem restituídas as cousas doadas com todos os seus rendimentos (316).

(313) Mello Freir. Liv. 3. tit. 5. g 53.; Strik. de Act. Sect, 2. Membr. 3, § 17.

(314) Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 1, 2.; Mello Freir. cit.

(315) Ord. Liv. 4. tit. 82. §§ 3, 5.

(316) D. Liv. 5. tit. 2. fr. 17.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16. Aos filhos, porém, instituídos, mas prejudicados na legitima, não compete acção real, senão a pessoal para obterem o refasimento cVella; Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 30, 36.; Mello Freir. cit.; Corr. Telles Doutr. das Acç. 8 140. a 145.

Doa requeafto desta acção.*

§ 5*2 No libello deve o autor deduzir:

1.º) Que é herdeiro do defunto por testamento ou «6 *intestaão* », c se o 6 universal ou em alguma parte da herança *, por si ou por interposta pessoa, posto que seja estranha (317);

2.º i Que acceitou a herança (318);,

(317) D. Liv. 5. tit. 3. fr. 1, 2, 3.; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. n. 73. Pode se deixar de fazer menção d'aqaelles que forão intermediários na successão; porque aquelle que é herdeiro do herdeiro, também o é do primeiro testador; D. Liv. 28. tit. 6. fr. 46. E não é de rigor que o autor declare que é herdeiro testamentario ou legitimo, basta dizer que é herdeiro; arg. do fr. 14. § 2. tit. 2. Liv. 44. do Dig. Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 52. Contudo muito convém ao autor declarar se vem a juizo como herdeiro testamentario ou como herdeiro legitimo; porque, podendo vir á herança por um ou por outro direito, decahindo da acção por um d'elles, pode voltar de novo á tela judiciaria pelo outro, não obstante a cousa julgada; argum. do fr. 62. tit. 1. Liv. 42. do Dig.: Strik. de Act. Sect 2. Memb. 3. 8 3. O comprador da herança pode também intentar esta acção; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 54.

Declarando o autor ser herdeiro testamentario deve juntar ao libello a verba do testamento, ou pedir que o réo o exhiba; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 125.

(318) Este requisito não é substancial, porque por isso mesmo que alguém usa d'esta acção, como herdeiro, mostra que addio, á herança; Mënd. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 52.

3.º) Que o defunto possuía os bens, como seus próprios até a hora da sua morte, ainda que não possa provar o domínio (319)*, I

4.º) Que o réo possui como herdeiro os bens da mesma herança, e os traz indevidamente sem título (32fy

5.º) Concluir pedindo que o juiz o declare herdeiro, e que mande restituir-lhe a herança (321) com todos os seus rendimentos e accessorios.

(319) Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 157.; Caminh. de Libei, na Acção Petit. Hcred, not. 3. Não é necessário especificar no libello as cousas hereditárias, basta que se allegue, e se prove que os bens pedidos por esta acção erão possuidos pelo defunto ao tempo do seu fallecimento: Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 53.; D. Liv. 5. tit. B. fr. 19. Pelo que resulta que é melhor e mais útil ao herdeiro demandar a posse e a entrega das cousas hereditárias pela acção de petição de herança do que pela reivindicação; porque, demandando por esta, necessariamente deve provar o domínio. D. Liv. 6. tit. 1. fr. 9, 23. pr;; Cod. Liv. 3. tit. 32. fr. 28. Instit. Liv. 4. tit. 6. § 4. E a razão é que quando o autor funda-se no título e posse do defunto, e o réo defende-se com o título e a posse própria, prevalece o direito do réo; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap- 8. § 14. n. 266.

(320) D. Liv. 5 tit. 3. fr. 9, 11.; Comes ad Leg. Taur. 45. n. 166; Franç. a Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 257. A razão é que esta acção se dá somente contra o réo que possui os bens da herança como herdeiro, el não contra o possuidor com título; Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 7.; D. Liv. 5. tit. 3. fr. 9.; Gomes ad Leg. Taur. 45. n. 161; Caminh. de Libell. na acção Petit. Hcredit. not. (5).

(321) D. Liv. 6. tit. 1. frag. 36. § 1.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 255.

Das excepções do réo.

§ 53 Intentada a acção de petição de herança, pôde o réo por sua parte allegar em sua defesa contra o líbello

:

1.º) Que o testamento não pôde valer em direito, por ser nullo, irritado destituído, ou inofficioso (322)-,

2.º) Que possuo em bôa fé os bens por titulo de doação, compra, ou qualquer outro singular (323);

(322) Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 16.,- Corr. Telles Doutr. das Acç. § 125.

(323) Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 8. n. 264. Mas isto se entende quando o réo possuidor adquiriu o titulo em vida do testador; mas não quando foi adquirido depois da sua morte; Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 8. § 14. n. 72. Portanto se io réo allegar um titulo pelo qual mostre que ainda quando o autor seja herdeiro, o objecto demandado não lhe possa pertencer, em tal caso não pode proceder a petição de herança, senão a reivindicção, ficando o autor obrigado á prova do domínio-, D. Liv. 5. tit. 3. fr. 1, 11.

Posto que o possuidor não seja obrigado a mostrar o titulo da sua posse, Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11.; porque seria cousa incivil que fosse constrangido á dar armas contra si ao seu contendor, Cod. Liv. 4. tit. 20. fr. 7.; contudo n'esta acção o réo condemnado pode ser interrogado se possui ou não como herdeiro; D. Liv. 11. tit. 1. fr. 2, 3., e bem assim obrigado á declarar o titulo da posse que diz ter; Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11. E a razão d'esta excepção é que quando o autor não pode accionar simplesmente

3.º) Prescrição de trinta annos (324).

senão em virtude de alguma qualidade, força è que conste d*essa qualidade antes que tenha ingresso em juizo, para que não fique frustrada a sua acção; Brunem. Com. in Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 11. n. 2.\ Schneidw. Instit. de Act. § 28. de petit. hcaredit. n. 31.; Alm. Souz. Interd-Not ao ê 5.: Strik. de Act. Sect. 2. Memb. 3. § 4.

(324) Cod. Liv. 3. tit. 31. fr. 7.; Corr. Telles Doutr. das Acç. J 126.

SECÇÃO SEGUNDA *Da acção de**partilha (família erciscundce)*

NOÇÃO

§ 54 Sendo a comunhão de bens uma das causas mais frequentes das rixas e discórdias entre sócios herdeiros, provêo a lei de remédio áquelles que querem partir ou dividir a coisa commum, concc-dendo-lhes as acções *fi>tium regundonim, communi dividundo, e fimilice erciscundce* (325). Cada uma destas acções tem seu característico que a destingue da outra, não podendo ser exercitada senão no seu caso.

Compete a primeira ao proprietário contra os coproprietarios de prédios limítrofes para que se faça a demarcação dos antigos limites dos prédios confinantes, ou se fixem novos marcos, afim de que cada um delles se contenha d'entro d'esses limites (326)',

(325) De cada uma d'estas acções trata-se no **Dig.** Liv. 10. tit. 1, 2, e 3.; Liv. 31. fr. 77. § 20.; Instit. Liv. 4. tit. 6. g 20.; Caminh. de Libell. Annot. 18. n. 1.

(326) D. Liv. 10. tit. 1. fr. 8. § 1.; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20.; Cod. Liv. 3. tit. 39. fr. 3.; Caminh. de Libell. Annot. 20.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. § 3. Para a regularidade da demarcação pode o juiz adjudicar ao autor, ou ao réo uma parte do terreno alheio, fazendo-o pagar ao dono; D. Liv. 10. tit. 1. fr. 2. g 1.; Instit. Liv. 4. tit. 6. g 39,

a segunda ao sócio contra os outros sócios da coisa commum, movei ou immovel, para pedir a divisão d'ella com os seus rendimentos (327)-, e a terceira ao herdeiro contra os outros coherdeiros para pedir a partilha dos bens da herança com todos os seus accessorios e rendimentos, a reparação dos prejuízos e damnos, as prestações e os interesses pelo tempo da mora (328).

(327) Cod. Liv. 3. tit. 37.; D. Liv. 10. tit. 3. fr. 1, 2.; Caminh. de Libell. Annot. 19.; Mini Part. 2 Liv. 4. Oap. 3. § 2.

(328) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.; fr. 22. § 5.; fr. 40.; fr. 44. U 2, 3. Liv. 31. fr. 77. § 20.; Caminh. de Libell. Annot. 18. ~n, 11.; Paiva e Pona Cap. 3. n. 56.; Strik. de Act. Sect. 1. Memb. 9. § 20. E' preciso não confundir a acção de partilha da herança (*familiee erciscundee*) com a petição de herança, nem esta com a de reivindicação; cada uma tem a sua causa, e seu effeito distincto. A causa da acção de reivindicação é o domínio, a d'aquella -é o direito hereditário; e d*ahi resulta que na reivindicação o autor deve provar, além do seu domínio, do defuncto; mas na petição de herança, basta que prove o seu direito hereditário por testamento, ou por virtude da lei. Quanto ao effeito também diferem, porque na de reivindicação o possuidor de boa fé não restitue os fructos consummidos, antes da lites contestação, nem indemnisa os damnos resultantes da sua negligencia; Moraes Exec. Liv. 6. Cap. 10. n. 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 7. n. 73. Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. g 4. n. 223. á pag. 69. Na de petição de herança, porém, o possuidor restitue todos os fructos desde a morte do defuncto: e indemnisa os damnos. ainda por culpa leve; Cabed. P. 1. Deeis. 68. n. 4.; Guerr.

A partição da herança pede-se pelo direito hereditário, e as prestações pelo quasi contracto (329). Quando se faz a partição entre herdeiros menores ou que, por qualquer impedimento, são incapazes de administrar seus bens, o juízo em que se trata d'esta acção se diz—*Orphanologico* (330).

Trat. 2. Liv. 3. Cap. 7. n. 93. E n quanto ao uso practico, intenta-se a petição de herança, quando é duvidoso o direito hereditário, e tem por fim saber-se á quem pertence a herança; mas aquelle que intenta a acção *fanúlm éreis* cunãce*, por esse mesmo facto reconhece que o adversário é seu coherdeiro; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 37.; e então o officio do juiz limita-se á dividir a herança, e á condemnar os herdeiros no pagamento d"aquellas cousas que, por equidade, são devidas aos outros coherdeiros, em razão da communhão.

Pelo que resulta que a acção de partilhas tem dous fins distinctos; as cousas á partir, e as prestações pessoaes; D. Liv. 10. tit. % fr. 22. § 4.; Paiva e Pona Orph. Cap. 3. n. 56.

%

(329) Boehemer. de Act. Sect. %. Cap. 3. § 55. Alguns escriptores, fundados no fr. 1. § 1. tit. 40. Liv. 7. do Cod. dizem, com razão, que são pessoaes todas estas acções; porque tem seu fundamanto em obrigações, posto que essencialmente distinctas das outras acções pessoaes; porque, por meio d"ellas, cada um dos sócios, ou herdeiros trata de haver a parte que tem na cousa coinmum, a semelhança d*aquelle que reivindica. E d"ahi vem dizer-se *mixtam causam obtittere viãeiUur*; Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20. Mas a verdade é que ellas são, em sua origem e essência, acções pessoaes: Vinniusad Instit. Liv. 4. tit. 6. § 20. n. 1.; Makeld. Inst. do Dir. Kom. § 204. in fine; Savigny Tom. 5. Cap. 4. pag. 38.

(330) Ord. Liv. 1. tit. 88.; Liv. 4. tit. 96.

A quem compete esta acção.*

§ 55 Ein regra, compete a acção de partilhas á qualquer dos herdeiros que tem direito de succeder nos bens do defunto, por testamento, ou *ab in- testado*, quer seja de maior idade, quer seja orphão ou pessoa administrada (331); eesta regra aproveita não só aos que estão na posse dos bens hereditários, como também aquelles que, comquanto tenham direito á herança, todavia não possuem alguma parte dos bens (332). Mas com esta differença: Se no ingresso do juizo o possuidor da herança reconhece e confessa, que o autor é também herdeiro, fica por esse facto resolvida a questão prejudicai sobre o direito hereditário, reconhecida a existência jurídica d'uma communhão entre o autor e o réo, e este obrigado á dar partilha dos bens da herança, como se fora julgado por sentença em juizo contencioso •, mas se o não reconhece como herdeiro, essa negação basta para ser repellido do juizo divisório (333), e não pôde voltar á elle sem que obtenha em

(331) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2.

(332) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. § 1.; fr. 25. 2 2. ibi; *Quantum vero añ accipiendum família erciscimãte juãcium iülül interest, possiãeat quis licereãitatem, nec ne;* Yalasc. Partit. Gap. 2. n. 18. á 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 157 158.; Franç áMend.Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 4. segg.

(333) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 11. § 1.; Cam. de Libell. Acção *familiãi erciscunãos* oot. (1).

juízo contencioso sentença passada em julgado, reconhecendo o seu direito hereditário (334).

Pelo que resulta que, em rigor de direito, não compete esta acção á um dos herdeiros senão quando os possuidores da herança o reconhecem por herdeiro, ou quando negão-lhe essa qualidade, mas l'elle possui uma parte da herança (335).

Contra quem se dirige a acção de partilha.

§ 56 Pôde ser regularmente intentada esta acção contra todos os possuidores dos bens da herança, ou de uma parte delles, sendo em qualidade de herdeiros*, porque da posse dos bens por titulo hereditário, antes de feita a partilha, resulta uma communhão, que é o fundamento e razão de ser da acção *familiae erciscundce* (336)*, mas não contra terceiros possuidores por títulos diversos, porque não estando em communhão com os herdeiros, também não estão sujeitos ao juízo das partilhas (337)-, e

(334) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. 2 1. Valasc. Partit. Gap. 2. n. 21.; Ayora Part. 1.^a Cap. 1. n. 4.; Valasc. Partit. Gap. 2. n. 22, 23 j Franç. à Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 38 e 39.

(335) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.; Valasc. Partit. Cap. 2, n. 22. 23; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. C. 3. n. 5.; Paiv. e Pona Orph. Cap. 1. n. 88. 39.

; (336) Mello Freir. Liv. 3 tit. 12. 9. 5.

(337) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.

basta que o demandado negue que é coherdeiro, afirmando que os bens que possui não são da herança, mas seus próprios (338).

E se também pode ser intentada contra herdeiros não possuidores, é muito controverso entre os juriscultos-, mas a opinião *communis*, e recebida uo foro Portuguez, é que se o herdeiro não fez alienação dos bens hereditários, nem em todo nem em parte, ainda que não possua corporalmente, considera-se possuidor de direito, e preexistindo na *communhão*, permanece sujeito á esta acção (339). No caso contrario, porém, como pela alienação cessa

a *communhão*, extingue-se também a acção de partilhas, quanto aos bens alienados, porque, faltando o juízo de uma parte, falta igualmente da outra (340). E posto que as cousas vendidas ou alienadas pelos herdeiros não estejam sujeitas ao juizo *família eriscundcB* todavia o preço d'ellas vem á este juizo para ser partido (Nota 621) (341).

Portanto pode ser intentada a acção de partilhas da herança:

(338; D. *Ur* 10. tit. 2. fr. 45.; Peg. ao Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 70.

(339) D. Liv. 10 tit. 3. fr. 30.; tit. 2. fr. 2o § 2.» Brunem, ao cit. § 2.

(340) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 54 ; tit. 3. fr. 6. § L, fr. 24 § 1.

(341) Valasc. Partit. Oap. 2. n. 31.

1.º) Contra o cônjuge sobrevivente cabeça de casal (342), contra qualquer outro herdeiro possuidor dos bens da herança *pro indiviso*, ainda que não seja possuidor, se não fez alienação d'elles (343)- o contra o que alienou para vir á partilha somente com o preço (Not. 311) (344);

2.º) Contra o herdeiro que administrou os bens da herança, percebendo os rendimentos, ou que causou algum dano ou prejuízo á mesma herança para indemnizar aos outros coherdeiros (345);

3.º) Contra o coherdeiro que recebeu doação inofficiosa para reparar a legitima dos coherdeiros lesados (346);

4.º) Contra os herdeiros fideicommissarios possuidores dos bens, e outros possuidores honorários (347).

(342) Ord. Liv. 4. tit. 95 pr.

(343) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. l. j. tit. 3. fr. 30; Ord. Liv. 4. tit. 96 § 9. Valasc. Partit. Cap. 2. n. 29.

(344) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 54; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 31.; Shneidew in ad Inst. Liv. 4. tit. 6. § 20. n. 6.; Guerr. Trat. 2, Liv. 2. Cap. 10. n. 166.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12 §§ 6, 7.

(345) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 5.; fr. 23; Shneidew in ad Inst. Liv. 4. tit. 6, l. 20 n. 6.

(346) N'este caso o remédio mais efficaz é a querrela da doação inofficiosa; D. Liv. 5. tit. 2. fr. 17.; Mello Preir. Liv. 4. tit. 6. g 16.

(347) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 24.; Mced. Decis, 10. n. 3. Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 165 ; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 28.; Cap. 2. n. 28 á 30.

X) *o modo de propôr a acção.*

I

§ 57 A acção de partilha da herança intenta-se por uma petição, que o autor offerece em juizo, contendo os seguintes requisitos :

I) O nome do autor e do réo (348)-,

II) A exposição do facto o a declaração do direito que o autor e o réo tem sobre a herança de que se pede a partição, quer seja esse direito proveniente duma disposição testamentária, ou d'uma successão *ab intestato* em virtude da lei (349)-, I

III) A declaração de que o autor, assim como o réo, são herdeiros, e que se impossarão juntamente *pro indiviso* nos bens da herança, sem que se tenha feito partilha (350)",

IV) O pedido, especificando: 1.º Que o cabeça de casal seja citado para prestar juramento de inventariante, sob as penas de sonogados e de sequestro (351); 2.º Que todos os coherdeiros sejam também citados para que cada um venha á juizo

(348) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 13.; Guerr. Trat. 5, Proc. Giv. Liv. un. Cap. 20. n. 16. Esta acção por ser summaria dispensa libello articulado.

(349) D. Liv. 10 tit, 2, fr. 2.; Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 2, 4.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5.

(350) D. Liv. 10 tit. 2. fr. 2.; Caminha de Libell. na Acç. *fam. ercisc*; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 5.

(351) Corr. Telles Doutr. das Acç. § 146.

assistir ao inventario*, e sendo descendentes, para conferir, debaixo de juramento, todos os bens da herança, que em si tiverem por doação, ou dote com os rendimentos desde a morte do testador ou defunto inventariado (352), ou os bens adquiridos com esses rendimentos (353)-, 3.º) Que uns e outros se louvem em louvados que avaliem os bens com seus rendimentos e bemfeitorias, assim como as perdas n'elles causados, para que tudo seja partido ou indemnizado (354V, 4.º) Que feita a liquidação da herança se adjudiquem á cada um dos herdeiros tantos bens quantos bastem para o pagamento do quinhão d'elles, segundo o direito hereditário que tiverem (355).

(352) Cod. Liv. 3. tit. 36 fr. 13*; Ord. Ziv. 4 tit. 96. §§ 2, 4.; Corr. Telles Doutr. das Acç. g 146.

(353) Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 7, 8.

(354) Cod. Liv. 3. tit. 36 fr. 18 § 1.; fr. 19.; D. Liv. 10. tit. 2, fr. 25. g 16; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 7.

(355) Valasc. Partit. Cap. 2. n. 8. Posto que o pedido deva ser assim formulado, todavia, como o juiz tem a faculdade de fazer a partilha, *ex aquo et bom*; D. Liv. 10 tit. 2. fr. 22. g 1.; List. tit. 4. tit. 17. g 4.; se a herança constar d*uma coisa indivisível, ou que não possa soffrer commoda divisão, pode ser adjudicada á um só herdeiro o qual deverá repor o excesso em dinheiro aos outros herdeiros ; e esta é a praxe que ensinão Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 2.; Caminha de Libell. Annotat. 18. n. 5.

Da defesa e excepções do réo

§ 58 A defesa e excepções do réo devem ser deduzidas em forma suinmaria, e podem ter por fundamento:

- 1.º) A falta de competência do juizo (356),
- 2.º) A falta de citação á alguns dos herdeiros (357);
- 3.º) Que o autor não é herdeiro (358)-,

(356) Ord. L. 3 tit- 21. § 2.; tit. 49. § 2.; tit. 20 § 9.

(357) Ord. Liv. 3. tit. 75.; Liv. 4. tit. 96. § 2. ibi:.....
não lhes dará parhVta cVélles (bens) até viro ábsente, ou ser citado.

(358) Valasc. Partit. Cap. 2. n. 21.; Mend. Part. 1. Liv. 4, Cap. 3. n. 5. Se o autor não possui alguns bens da herança, e o réo lhe nega a qualidade de herdeiro, a questão é prejudicial; e então deve primeiro recorrer ao juizo ordinário por acção de petição de herança para ser declarado herdeiro; e com a sentença pode voltar ao juizo de que foi repellido para pedir a partilha*, D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1. ll.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 21. Mas se o autor possui, ainda que se lhe negue essa qualidade, discute-se incidentalmente a questão n'este mesmo juizo; e sendo desattendida procede-se á partilha; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 1.; Camin. de Libell. na Acç. fam. ercisc. nota (1). Isto procede quando a negação se faz antes da contestação, aliás não impede o juizo; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 25.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 160. 163. 164.

Na praxe, porém, não deve o juiz facilmente suspender a partilha só porque os herdeiros negão ao autor a qualidade de herdeiro ; porque, as mais das vezes, essas questões se levantão sem fundamento plausível, e somente com o fim de impedir o juizo divisório. E quando forem sus-

4.º) A prescrição de trinta annos (359);

citadas questões cVesta ordem, o dever do juiz é tomar conhecimento summario da excepção opposta, ouvindo ás partes na forma de direito; e achando ser calumnia, mandar proceder á partilha, deixando a quem tiver, os meios ordinários; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 26. 27.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 70. ; Guerr. Trat. 2. Liv.2. Cap. 10. n. 161. 162; Paiv. e Pona Cap. 1. n. 40. jS

-(359) Cod. Liv. 7. tit. 40. fr. 1. Não ha quem duvide que a acção *família erciscundee* prescreve pelo lapso de trinta annos, cit. frag.; Barb. in Leg. servum n. 3. Cod. *fam. ercise.*; Pereir. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.; Ayora Partition. Part. 3. Quest. 30. n. 109. Isto porém se entende quando um dos herdeiros possui em nome próprio toda a herança por trinta annos, e de boa fé, ignorando haverem outros herdeiros, porque é sempre necessária a boa fé para a prescrição; Cap. ult. de prescript.; Guerr. Quest. For. 94. n. 54. Estando porém o herdeiro na posse dos bens em nome commum, e *pro indiviso*, ainda que por 30, 40, ou mais annos, sabendo que ha outros herdeiros, nSo corre para esse herdeiro a prescrição •, e pode qualquer dos outros pedir-lhe a partilha; Valasc. Partit. Cap. 38. n. 3.; Pereir. Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Leitão Finium Regund. Cap. 2. n. 30. E quando algum por muitos annos possui de boa fé uma herança como já partilhada, sendo demandado no juizo *família erciscundee* para dar partilha aos seus irmãos, pode defender-se do pedido, não pelo direito, de prescrição, mas pelo direito de divisão, allegando que por dez annos ou mais tempo possui esses bens, como já partilhados, e adjudicados em seu quinhão; porque a posse de boa fé portanto tempo traz á favor do possuidor a pre-sumpção da partilha; Cardoz. Prax. verb. Fratres n. 2.; verb. Divisio n. 14., o que procede ainda que não houvesse escriptura entre elles; Gama Decis. 320. n. 5. Com tudo cessa esta presumpção :

5.º) Que o autor ainda não conferio os bens que em si tem, e que devem vir á partilha (360);

6.º) Que elle réo possui os bens da herança por titulo singular (361);

7.º) Que as partilhas estão feitas e acabadas amigavelmente (362);

8.º) A existência de um pacto, ou disposição

1.º) -Quando os beus assim possuídos são de tanto valor, em relação á herança, que não poderião ser adjudicados no quinhão d'esse possuidor em uma partilha feita com igualdade, ou ainda com alguma desigualdade, mas sem grande lesão;

2.º) Quando evidentemente se mostra que não se fizera a partilha da herança, porque toda a presumpção cede á verdade; Valasc'Partit. Cap. 38. n. 7, 8.; Gama Decis. 146.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 51, 52.

3.º) Quando os herdeiros que pedem a partilha são menores ; porque entre menores nao ha partilha valida que não seja judicial, a menos que não tenham passado dez annos depois da sua menoridade; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 53. ; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 593.

(360) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. § 1.; Cod. Civ. 6. tit." 20. fr. 14. Quando o filho já dotado quer ser herdeiro, não pode conseguir a herança sem que confira os bens que tem em si; porque não é liquido se elle tem de haver ou de repor á herança • Ord., Liv. 4. tit. 96. § 17.; argum. da Ord. Liv. 4. tit. 97. § 1.; Pegas. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 106.

(361) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. pr. ;fr. 25. § 7. fr. 45.pr.

(362) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.

testamentária proibitiva da partilha por certo e determinado tempo (363).

Da forma summaria d'esta acção,

§ 59 Feita e accusadá a citação, se o réo comparece, e confessa o direito e acção do autor, su-geitando-se á partir com os outros herdeiros a herança que possui em commum, esta confissão basta para se lhe deferir o juramento de inventariante, e proceder-se á descripção dos bens e á partilha da herança.

Mas, se o réu não confessa, nem reconhece o direito e acção do autor, e pede vista da petição inicial, pode offerecer no prazo que lhe fôr assignado, (que deverá ser o de uma audiência) qualquer das excepções e defesas do § antecedente, as quaes serão recebidas directamente por contestação da acção.

Contestada a acção, sem replica, nem treplica, as-signa-se a dilação summaria para a prova; e afinal arrazoão as partes de facto e de direito; e o juiz profere a sua sentença, como achar provado, dando os recursos legaes á quem os tiver.

As excepções e defesas podem consistir em direito ou em facto. Sendo consistentes em direito, deve o juiz decidi-las, posto que a matéria seja di-

(363; E' nullo de pleno direito o pacto entre os herdeiros de conservar perpetuamente a herança *pro indiviso*; D. Liv. 10. tit. 3. fr. 14. § 2.

fficial e árdua-, porque o direito é sempre certo, e o juiz não pode, nem deve veixar ás partes com o juízo ordinário sobre negocio que é obrigado á saber (364) •, e sendo consistente em facto, ouvidas as provas, e feitas ás partes as perguntas convenientes, decidirá a questão, se puder ser decidida no juízo summario, ou remetterá as partes para o juizo ordinário, se depender de alta indagação (365).

(364) D. Liv. 34. tit. 2. fr. 37.; Peg. For. Gap. 5 n. 27.; Guerr.Trat. 2. Liv. 8. Cap. 20. n. 19.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 5. n. 5.; Alm. Souz. Acç. Sum. Cap. 2, 3.

(365) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 8.; fr. 45.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 20. n. 19, 20, 21.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. Este é o processo admittido na praxe, o qual não foi alterado, nem pelo art. 27 da lei de 20 de Setembro de 1871, e art. 65, do Regai, de 22 de Novembro do dito anno, nem por qualquer outra disposição legislativa; e isto mesmo parece que se contem implicitamente na doutrina do Avis. de 6 de Abril de 1872.

SECÇÃO TERCEIRA

Da acção para pedir a partilha dos bens sonogados.

§ 60 O pae ou a mãe ou qualquer outra pessoa que faz inventario, sonegando alguma cousa movei ou de raiz, que o defunto possuía ao tempo de sua morte, pode ser demandado por qualquer dos herdeiros para que seja condemnado á restituir a cousa sonegada com seus rendimentos (366), e havendo orphãos e menores, á perder para elles o seu quinhão e á pagar-lb.es o duplo do valor das cousas sonegadas (367). Esta pena deve ser demandada

(366) A acção de sonogados não pode ser intentada contra os herdeiros do occultante, senão participarão da herança, nem quanto á parte penal; Mend. Part. 2. Liv. 4. Gap. 3. n. 6.-, G-uerr. Trat. 1. Liv. 1. Gap. 9. n. 132. E se algum dos herdeiros, para evitar o escândalo, ou por outras considerações, não quizer usar de "Ua contra os outros coherdeiros, taubem pode requerer que venhão á partição os bens, que, por esquecimento ou por ignorância, não forão descriptos, ou conferidos; e o juiz de seu officio, quer antes, quer depois de feita e acabada a partilha, pode com-pellir á quem estiver obrigado, á descrever e á conferir os bens que assim forão ommettidos; God. Liv. 6. tit. 20. fr. 8.; Valasc. Part. Cap. 8. n. 48.

(.367) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Mello Freir. Liv. 3-tit. 6. § 11.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. % 9.; Alm. Souz. Not. á Mello ao cit. §.-, Obrig. *Reciprocas* § 733. A citada Ordenação falia somente do inventario em que os herdeiros são menores: e como lei penal, não deve estender

em vida do cabeça de casal; e fallecendo elle antes da contestação da lide, não passa aos seus her-

-se alem do sen caso. Portanto os inventariantes que sonegão bens nos inventários, que se fazem entre pessoas de maior idade, não estão sujeitos ás penas ahí decretadas; mas somente ás acções tendentes á nova partilha dos bens não descriptos; Per. e Sonz. Lin. Civ. Not. 1021.; Alm. Souz. Obrig. *Recipr.* § 733. Esta é a interpretação que tem prevalecido na praxe do nosso foro, não obstante a opinião contraria de Gama Decis. 122.; Valasc. Part. Cap. 8. n. 40. 41, os quaes ensinão: que a disposição do Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 10. impõe geralmente a pena do duplo ao inventariante que sonega bens no inventario; e que esta disposição deve ser observada, sem embargo da Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; porque, tratando do caso especial do inventario dos menores, não corrigio o direito commum. que é geral para todos os casos. Este argumento é de grande força, e nós decidiríamos por elle, se a praxe, que é a melhor interprete das leis, não fosse em contrario; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 3. 4.; Molina de Just. Disp. 218. n. 14. 15.; Egyd. in Leg. 1 Cod. de Sacros. Eccls. Part. õ. § 1. n. 21, 24.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 139. Em todo o caso os herdeiros, quer sejam orphãos ou menores, podem limitar-se á pedir somente a partilha dos bens occultados, com os rendimentos desde a morte do defunto; Corr. Telles Dontr. das Acç. § 158. E Westa data que contão-se os rendimentos que provem da parte dos bens que directamente pertencião ao autor; mas os rendimentos provinientes dos bens que o réo perde, contão-se da data da sentença; Cabe-do Part. 1. Arest. 73.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9-n. 65. 66.

deiros (368)-, e não se impõem ao inventariante, quer seja o pae ou a mãe, ou qualquer outra pessoa sem que os herdeiros demandem e provem por acção ordinária (369):

1.º) Que as cousas que se dizem sonegadas es-tavão em poder do inventariante ao tempo da sua morte (370)-

(368) Inst. Liv. 4. tit. 12. § 1.j D. Liv. 47. tit. 1. fr. 1.; Per Souz. Lin. Oiv. Not. 1021; Alm. Souz. Obrig.Bm"-*pr.* § 732. Postoque não seja preciso que a sentença seja proferida em vida do pai ou da mãe, sempre se deve com elles contestar a causa, por ser uma acção penal; Assent. de 20 de Julho de 1780.

(369) A acção ordinária, e não os embargos ás sentenças de partilhas, é o meio regular de pedir as penas de sonegados; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 45.; Per. Souz-Linh. Civ. Not. 1021, pois que ainda quando a pena esteja imposta pela lei *ipso facto*, sempre se requer sentença declaratória do facto; Ass. 20. de Julho de 1780.

O libello deve ser offerecido com uma certidão do inventario, por onde conste quaes forão os bens descriptos; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 108.; Paiv. ePona Orph. Cap. 7. n. 33.; Per. Souz. Linh. Civ. Not. 1021. Na avaliação da causa para o effeito da appellação, é a pena do duplo que se attende para saber-se se excede a alçada do juiz; Repert. verb. *Inventário feito* Nota (a).

(370) Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 6, 7. 9.; Valasc. Part-Cap. 8. n. 46.; Alm. Souz. Obrig. Eecipr. § 729. A prova dos sonegados se faz por testemunhas de vista, pela confissão do inventariante, pelas declarações do inventariado em testamento, e por qualquer documento que mereça fé; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 18.

2.º) Que o cabeça de casal, sabendo que pertencia á herança, chamou á si e occultou-as do inventario com dolo e malícia (371).

Não tem, porém, lugar a pena, quando as cousas sonegadas são de pequeno valor em relação á herança^ porque então não se presume o dolo (372); nem quando houve mero esquecimento e não *dolo* (373), principalmente se o inventariante, cerrando o inventario, protestou descrever os bens que depois lhes viessem á noticia (§ 120) (374). Pelo que é bôa cautela fazer citar ao inventariante para descrever no inventario os bens de que se lhe mostra relação, sob pena de sonegados (375).

Esta acção prescreve por trinta annos (376); mas isto se entende quanto á pena do duplo e não quan-

(371) Valasc. Part. Cap. 8. n. 46.; Cons. 52. n. 17.; Gama Decis. 148.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 2. n. 21. Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 730. E como não se presume o dolo, deve ser provado por aquelle que o allega D. Liv. 22. tit. 3. fr. 18.; Peg. Cap. 5. n. 149. segg.; Egd in Leg. 1. Cod, de Sacr. Eccl. Part. 5. § 1, n. 16.

(372) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 33.

(373) Cod. Liv. 2. tit. 21. fr. 6.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 38, 39, 40.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 20. 21.

(374) Gama Decis. 148, n. 3.

(375) Cald. in Leg. Si Curat. verb. *si adversarii dolo* Cod. de Kestit. in *integram*; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n 23, 31, 36. e aresto n. 10-

(376) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 73: in fine; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 732.

to á obrigação de dar partilha na cousa occultada, em razão da má fé em que se supoêm constituído (§ 58) (377).

(377) Alra. Souz. Obrig. Recipr. § 732.

CAPITULO SEGUNDO I

Das acções que competem ao legatário.

§61. O legado particular, pio ou profano,, pode ser pedido por acções diversas: I

1.º) Pela acção de reivindicação para a entrega do legado com todos os seus rendimentos d'esde a morte do testador (378);

2.º) Pela acção pessoal que nasce do quasi contracto da addição da herança (379);

(378) D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64.; Instit. Liv. 2. tit. 20. § 2. ; Netto ad Ultim. Vol. Liv. 6. tit. 8. n. 2.; Gomes Var. Besol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7. 57. Para que proceda a reivindicação é indispensável: 1.º) Que o herdeiro tenha acceitado a herança ; Netto cit. n. 13.; 2.º) Que o legado consista em certa espécie ; porque, n'este caso, o domínio passa directamente *ipso jure* ao legatário desde a morte do testador; D. Liv. 47. tit. 2. fr. 64. ; Netto cit. n. 2.; Gomes Var. Besol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Vinnius ad Instit. Liv. 2. tit. 20. § 2. n. 3.; 3.º) Que o autor allegue e prove o domínio do defunto, visto que esse domínio se transmite ao legatário independentemente da posse ou tradição ; D. Liv. 47 tit. 2. fr. 64.; Liv. 31. fr. 80.

A acção de reivindicação compete ainda ao segundo legatário, ou fideicommissario á quem o primeiro gravado é obrigado &■ restituir o legado; Portug. De Donat. Liv. 1. Proelud. 2. § 1. n. 143.; Bari), in. Leg. Divort. 8. in pr. Part. 2. n. 10. vers. sed circa D. Salut. matrim.

(379) Instit. Liv. 2. tit. 20 § 2.; Liv. 3. tit. 28. § 5.; Liv. 39. tit. 6. fr. 31. pr.: Boehemer. de Act. Sect. 2. Cap. 3.

3.º) E por uso do foro, pela acção de assignação de dez dias, que é mais fácil e abreviada (380).

§ 69.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7. 57. Tem lugar a acção pessoal, com exclusão da reivindicacção:

1.º) Enquanto a herança se acha jacente : e então corre a acção comum curador que a representa, e defende os interesses do herdeiro; Netto ad Ultim. Volunt. Lir. (>. tit. 8. n. 15.; Ayllon. Add. ad Gom. Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 10.; D. Liv. 41. tit. 1. fr. 61.; Lir. 46. tit. 1. fr. 22.; Liv. 28. tit 5. fr, 31, | 1.; ■

S.º) Quando o legado consiste, não em certa espécie' mas em uma cousa indeterminada, assim como uma casa, um escravo etc; porque antes da escolha, sendo o legado incerto, não passa o domínio ao legatário (g 47.) D. Liv-| 30. fr. 37.; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 7.; Netto ad. Ultim. Volnnt. Liv. 6. tit. 8. n. 12.

3.º) Quando o legado é de quantidade; Cod. Liv. 6 tit. 48. fr. 1.; Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 8. n 12; porque o domínio do legado d'esta espécie não passa ao legatário antes da tradição (l 47.); Gomes Var. Resol Tom. 1. Cap. 12. n. 7.

(380) Procede a acção de assignação de dez dias, tendo por base o testamento, sem embargo da Ord. Liv. 8. tit. 2õ. | 10.; liorque o herdeiro, addindo a herança ex-testamento, julga.se quasi contrahir com ot legatários, obrigando-se ao pagamento dos legados contidos no testamento; Mor. Exec Lir. 1. Cap. 4. § 3. u. 55. ; Corr. Telles Doutr. das An; f 160. nota (5); Mend. Part. 1. Liv. 8. Cap. 22. | 1. n. 10. E como não existe a mesma razão entre o devedor de anu divida e o legatário, não é licito i este demanda-lo pela mesma acção; Silva á Ord. Liv. 3. tit 25. pr. n. 19.; Alia. Hoaz. Faseie, tom, 2. Diss. 8. B.88. I

No direito antigo ot legatários ainda podião usar da acção bypothecaria para haverem o legado, em razão da

Nem uma. d estas acções pode ser denegada ao legatário, nem accumulada com as outras, e todas ap-proveitão, tanto á este, como ao fideicommissario particular (381), podendo ser dirigidas não só contra o herdeiro para a entrega do legado, como também contra o testamenteiro para que o peça e exija do herdeiro, ou receba da herança e pague (382). A responsabilidade dos herdeiros pelo cumprimento dos legados não é solidaria, senão proporcional á parte

hypotheca tacita que tinhão sobre os bens da herança. Mas depois da lei de 24 de Setembro de 1864 art. 3. §1 1., que, em segurança do legado, somente reconhece a hypotheca legal da mnlher casada sobre os bens immoveis do marido, cessou aquelle direito de hypotheca em caso diverso, e por isso também o uso da hypothecaria que competia aos outros legatários e fideicommissarios particulares.

E posto que, no direito vigente, a mulher casada esteja protegida com a hypotheca legal sobre os bens immoveis do marido para garantia do legado, todavia a sua acção não goza dos favores do artigo 14 da lei de 24 de Setembro de 1864, e artigos 282 seg. do Regul. de 26 de Abril de 1865, por terem sido concedidos exclusivamente aos credores de hypothecas convencionaes.

Quanto a acção *Añpiscendce possessioms*, que alguns dizem também competir ao legatário, é muito duvidoso se ella pode ser procedente; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 7. § 5. B

(381) Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 8. n. 18, 20 ■
Corr. Telles Doutr. das Acç. § 165.

(382) Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 12. vers.
Item gtiereo.

que cada um tem na herança, assim como o é a que peza sobre elles para o pagamento das dividas e outros encargos da herança, salvo quando o testador expressamente gravou á elles em dar ou pagar o legado (383).

O legado pio, porém, pode ser também pedido *ex-officio judicis* (384). /

Das excepções do réo.

I

§ 62 Pode o réo deduzir em sua defesa:

I) A nullidade do testamento ou do Codicillo (385), ou a nullidade do mesmo legado (§ 33);

II) A revogação e caducidade do legado (§ 48).

(383) D. Liv. 31. tit. de legat. 2. fr. 33.; Gomes Var. Eesol. Tom. 1. Cap. 12. n. 17.

(384) Covarruv. de Testament. Cap. Beynald. § 3. n. 28. vers. *Octavus casus in fine*; Gomes Var. Resol. Tom. 1. Cap. 12. n. 11.; Pinh. de Testam. Disp. 2. Sect. 9- § 5. n. 364.

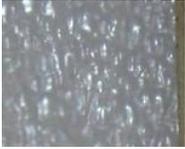
(385) A nullidade deve ser tal que affeete ao mesmo legado ; porque quando o pae pretere ao filho, sabendo que o tinha, ou se o' desherda sem declarar causa legitima da desherdação e ainda quando a declara, se não se prova, annulla-se a instituição, mas são validos os legados; Ord. Liv. 4. tit. 82. pr. §§ 1, 2.; Ass. 2.º de 20 de Julho de 1870.

III) Falta de caução, se o legatário deve caucionar (§ 39)-,

IV) Prescrição de trinta annos (386).

A acção intentada pelos herdeiros *áb infestado* contra os testamentários não suspende a do legatário para pedir o legado, prestando caução; Dig. ■ Liv. 5. tit. 3. frag. 6.; Cod. Liv. G. tit. 37. fr. 9. ; Strikius Us. mod. Liv. 30. §47.

(386) Corr. Telles Doutr. das Acç. §§ 161, 162.



TITULO TERCEIRO
DA JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA
CAPITULO PRIMEIRO

1) Jurisdição e suas espécies.

§ 63 A jurisdição, em geral, é o poder de administrar justiça; e se exerce sobre as pessoas e sobre as cousas (387).

Toda a jurisdição constitutiva do poder judiciário é uma delegação da Nação, e é exercida por juizes e magistrados na forma da Constituição e das leis (388). E porque a Constituição e as leis tem definido a jurisdicção, limitando-a, quanto ao território em que deve ser exercida e á certos e determinados actos, estabelecendo assim a competência d'elles, nfto pode ser invertida nem por aquelles que exercem-na, nem pela vontade das partes; porque á ninguém é licito contrariar o preceito da lei.

(387) D. Liv. 2. tit. 1.; Cod. Liv. 3. tit. 13.

(388) Constit. art. 12.

Todavia é permitido ás partes renunciarem por contracto o próprio foro, sugeitando-se á juiz certo e determinado d'outro lugar (389), ou á estarem pelo julgamento d'outrem como arbitro (390). Mas o officio do arbitro, sendo proveniente do compromisso, finda-se com o julgamento; e por isso .suas decisões não podem ser executadas senão pelas justiças ordinárias (391).

A jurisdição se diz administrativa ou voluntária, quando se exerce sobre objectos em que não ha contestação entre as partes, *qtwe afficit 'valentes*; contenciosa quando se exerce sobre negooios em que lia contestação entre as partes *in invictos nolentes \ superior* a que está estabelecida sobre outra para

(389) Mas isto entende-se quando o juiz tenha jurisdição que comprehenda o poder de conhecer da causa faltando-lhe somente sobre a pessoa; Ord. Liv. 3. tit. 49. § 2.

(390) Constit. art. 160.

(391) D. Liv. 4. tit. 8. fr. 32. § ult.; Cod. Liv. 2. tit. 1 56. fr. 5. § 2.; Ord. Liv. 3. tit. 16. § 2.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 9. No direito Romano as sentenças dos árbitros não podião ser executadas sem que previamente fossem homologadas ou confirmadas pelas partes; Cod. Liv. 2. tit. 56. frag. 1, 5.; Molina de Just. Trat. 5. Disp. 35. n. 11.; Mor. Exec. Liv. 2. Cap. 6. n. 12.; no direito Pátrio, porém, as sentenças proferidas em juizo arbitral, passado o decendio para appellar, tem execução appareltada, assim como as sentenças dos juizes ordinários; Ord. Liv. 3. tit. 16. § 2.; Mor. Exec. Liv. 2. Cap. 6. n. 12. ; Molina de Just. Trat. 5. Disp. 35. n. 5.

conhecer das suas decisões, quando injustas; *inferior* a que tem outra superior para quem se recorra; *própria* a que exerce o Magistrado por virtude do direito que lhe é próprio; *prorogada* a que se exerce fora dos limites da sua competência, ou por virtude da lei, ou por consentimento das partes (392).

(392) Per. e Souz. Lin. Civ. § 18. segg.; D. Liv. 2. tit. 1. fr. 14, 18.; Liv. 5. tit. 1. fr. 1, 2.



CAPITULO SEGUNDO f***U) DA COMPETÊNCIA.***A) Noções gerais»*

§ 64. Competência é uma limitação da jurisdição, e pode ser relativa ao lugar, ás pessoas, ás cousas sobre que se exerce, ou á outros Juizes e Tribunaes. Quando é relativa ás cousas, toma o nome de *alçada*, e quando á outros juizes e Tribunaes denomina-se *Instancia* (393).

Sendo a jurisdição limitada somente acerca de certas cousas, ou negócios, a competência se diz *geral* ou *commum* e quando é creada para conhecer exclusivamente de certas cousas ou negócios, com inibição de conhecer de quaesquer outros, se diz *privilegiada*. A competência geral ou commum denomina-se *especial*, quando por algum facto pode ser exercida sobre as cousas para que se acha limitada (394). jj

A competência geral nasce do domicilio (395); a especial é relativa ao contracto (396), ao quasi con-

(393) Praxe Brás. § 6.

(.394) Praxe Brás. § 6.

(395) Ord. Liv. 3. tit. 11. pr.

(396) Ord. Liv. 3. tit. 11. §§ 1, 3.; tit. 6. § 2.; D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19. § 2.; Praxe Brás. f 9.

tracto (397), ao delicto (398); a situação da cousa demandada (399), á connexão dos negócios (400), e á prorrogação da jurisdição (401).

(397) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19. §2.; Ord. Liv. 3. tit. 11. § 3.; Praxe. Brás. § 10.

(398) Cod. Liv. 3. tit. 15. fr. 1. 2.; Ord. Liv. 1. tit. 76. § 1.; Liv. 3. tit. 6. pr. § 4.; Cod. do Proc. Crim. art. 160 § 3., art. 257.; Bramem. Com. in Cod. Liv. 3. tit. 15. fr. 1. ; Praxe Brás. § 13.

(399) Ord. Liv. 3. tit. 11. § 5. 6.; tit. 45. § 10-; Mend Prax. Part. 1. Liv. 1. Cap. 3. n. 3.

(400) Cod. Liv. 3. tit. 1. fr. 10.; D. Liv. 11. tit. 2. fr. 1, 2.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 3. § 3. n. 13.; Part. % Liv. 3. Cap. 3. § 3. n. 9.

(401) A prorrogação da jurisdição se diz *voluntária*, quando nasce da vontade das partes, e *necessária* quando resulta do preceito da lei; e somente tem lugar *ae personaã personam*, se a jurisdição do juiz é *commum*, e não privativa para certas causas; porque esta é sempre improrogavel como é a do juiz dos Orphãos e outros ; Valasc. Cons. 27. n. 5.; Cabed. Decis. 22. n. 5. ; Mend. Part. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 22.; Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 1. Per. Decis. 29.; Cald. ad Leg. Si Curat. in pr.n. 20. Portanto começando-se um inventariõ no foro dos Orphãos, se ao tempo das partilhas já são maiores todos os herdeiros, e não ha ainda citação para ellas, cessa a jurisdição do juiz dos Orphãos, remettendo-se os autos ao juiz á quem pertencer; Ghierr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 14. n. 158.; Phoeb. Part. 1. Arest. 36.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv, 3. tit. 6. § 11. n. 4. A segunda, porem, verifica-se nas recon-venções, e á respeito dos assistentes, oppoentes e dos cha--mados á autoria; Mello Freir. Liv. 4. tit. 7 § 30.

O privilegio ou é creado em razão da pessoa ou da causa (402). A primeira espécie desapareceu da nossa legislação por virtude da Constituição; a segunda, porém, permanece por considerações de interesse publico (403).

São causas privilegiadas: 1.º as Ecclesiasticas em matéria espiritual (404)-, 2.º as Fiscaes (405)-, 3.º as Marítimas (406); 4.º as de Residuos e Capellas (407); 5.º as derivadas de contractos de locação de serviços (408); 6.º as que nascem dos inventários e partilhas entre orphãos e pessoas ad-

(402) O privilegio da causa consiste em haver juizes privativos que delia conheção, com exclusão de quaesquer outros; Per. Sou/. Lin. Civ. Not. 47.; e o da pessoa consiste no direito de escolher juizes, quer seja autor ou réo, e tal era o privilegio que, pela legislação antiga, tinham os menores impúberes, viúvas honestas, e pessoas miseráveis, pelo qual podião trazer á corte os seus contendores fora do seu domicilio; Ord. Liv. 3. tit. 5. § 3.; Cabed. Decis. 54. n. 6., carest. 7.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. § 6. n. 81.; Oliv. de Mener. Prov. add. Cap. 3. n. 7.

(403) Constit. art. 179. § 16.

(404) Cod. de Proc. Crim. art. 8., 124.

(405) Ord. Liv. 1. tit. 10.; Liv. 2. tit. 52, 53.; Lei 22. de Dezembro de 1761.; de 29 de Novembro de 1841.

(406) Decr. de 19 de Janeiro de 1803.; de 21 de Fevereiro de 1824.; de 18 de Setembro de 1827.

(407) Ord. Liv. 1. tit. 62.; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art. 14. n. 2.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 2. n. 2.

(408) Lei de 11 de Outubro de 1827; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 1. n. 4.

142 • INBTTT. ORPH. PAKT. GERAL

ministradas; o bem assim as habilitações dos herdeiros do ausente, e as causas quo forem dependências de todas as referidas neste numero (409); 7.º) as commerciaes(410);8.º)asnao excedentes á 100\$000, nao se tractando de bens de raiz (411). I

B) Do foro competente para o inventario e partilha.*

§ 65 Foro é o lugar onde se tratão as causas (412), e n'esta accopção 6 o mesmo quo *auditório* ou *Tribunal de justiça* (413); também significa a ju-risdicção d'aquelle que exerce o juizo (414). Se diz competente o foro em que o roo podó e deve ser demandado.

Em regra, a acção de partilhas deve ser intentada no foro do domicilio dos herdeiros, sem que se

(409) Disp. ProY. art. 20. t R<% de 15 de Março de 1842. art. 4. n. 10.

(410) **Reg.** Com. de 25 de Novembro de 1800. **P&rt.** 1. tit. 1. Cap. 2, 3, 4.; Decr. de 1º de Maio de 1855.

(411) Lei de 15 de Outubro de 1827.; **Reg.** de 16 de Março de 1842 art. 1. n. 2.; Decr. de 80 de Novembro de 1852. I

(412) **Per.** Souz, **Lia.** Civ. l 4.

(418) Pichler **Jar.** Canon. Liv. 2. tit. 2. < 1. n. 2.

(414) Pichler. dt.

attenda o domicilio do defunto (415). Por quanto, posto que o domicilio do defunto passe ao herdeiro para o effeito de determinar o foro (416), isto se entende somente quando se demanda pelas acções que competião ao defunto ou contra elle, e acerca da herança jacente-, e não quando se tracta da herança já addida, para cuja divisão e partilha cada um dos herdeiros tem acção contra os outros coher-deiros (417)-, e a razão é que, pela addição não se pode mais dizer propriamente herança do defunto, senão o património do herdeiro, á cujo dominio passa (418).

(415) Çod, Liv. 3. tit. 13. fr. 2.; tit. 19. fr. 3.; Ord. Liv. 3. tit. 11. pr. Brunem, ao cit. fr. 2. do Cod. n. 3. segg-; Oliv. de Muner. Prov. Cap. 1. § 3. n. 9, 10.-, Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 3.; Mend. Part. 2. Liv.

1. Gap. 2. n. 130. Aquelles que pensão que a acção *famliæ eriscundee* é mista de real e pessoal, deduzem con sequentemente que, em quanto pessoal pode e deve ser intentada no foro de domicilio dos herdeiros, e em quanto real, no foro da situação dos bens; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 5, 6. Sendo, porém, a opinião mais autori zada que esta acção é meramente pessoal, cessa a razão de ser do foro da situação dos bens.

(416) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 19.; Ord. Liv. 3. tit. 11. § 2.; Pedr. Barb. ad Leg. *Heeres absens* 19 D. de Jud. pr. n. 1, 20.

(417) D. Liv. 41. tit. 1. fr. 34.; Liv. 43. tit. 24. fr. 13. § 5. in fine; Liv. 31 tit. 2. fr. 55. § 1. ; Instit. Liv.

2. tit. 14. § 1.; Barb. ad Leg. *Hseres absens* 19. pr. D. de Jud. n. 1, 181, 209.; Oliv. de Mun. Prov. Cap. I. § 3. n. 10.

(418) Barb. ad Leg. *Haeres absens* 19. pr. D. de Jud. n. 179 ; Pifih. de Testam. Disp. XJn. Sect. 3. § 10. n. 320; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 14. n. 27.

A regra geral, porém, limita-se quando ha juiz privativo para o inventario e partilha; porque esse juiz é sempre o competente, sob pena de nullidade, quer seja o do domicilio do defunto ou o dos herdeiros ou o da situação dos bens, segundo estiver determinado por lei (419). E são juizes privativos:

1.º) O juiz dos Orphãos do domicilio dos herdeiros para o inventario e partilhas das heranças pertencentes á herdeiros orphãos e menores ou in-terdíctos (420); e o do foro do domicilio do defunto

(419) Brunem. Comment. in Cod. Liv. 3. tit. 13. fr. 2. n. 5. 5 G-uerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 25.

(420) Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 22, 24, 25, 26.-, Liv. l 4. tit. 103. vers. *E os bens*. Pelo que resulta que inadvertidamente pensão os juizes dos Orpbãos que. para conhecerem dos inventários e partilhas, fundão a sua jurisdicção no domicilio dos defuntos, quando é certo que ella foi estabelecida sobre as pessoas dos menores; Oliv. de Mun. Prov. Cap. 1. § 3. n. 10.; Trigo de Lour. Instit. de Dir. Civ. Liv. 2. tit. 5. § 328. not (135).

Procede esta regra ainda que todos os bens ou a maior parte delles estejam em lugares de jurisdicções diversas; porque, em tal caso, feito o inventario dos bens que estiverem no Termo; expede-se precatória ao juiz do lugar em que estiverem os outros bens para serem inventariados, e se lhe dar ahí um curador, devolvendo-se depois a precatória com as avaliações ao juiz deprecante; Ord. Liv. 1. tit 88. § 24.; Mend. Part. 2. Liv. 1, Cap, 2-n. 130; Per. de Carv. Lin. Orph. § 70.

V

ou do ausente para os inventários dos bens de defuntos e ausentes (421);.

2.º Os juizes dos Feitos da Fazenda para o inventario e partilhas que tiverem de ser feitos entre a Fazenda publica como herdeira, e quaesquer outros coherdeiros, cônjuges ou consanguíneos (422); assim como para aquelles a que se não tenha dado começo dentro de trinta dias por outro juizo, sendo a Fazenda Nacional interessada por taxa de heranças e legados (423);

3.º O juiz Provedor dos Resíduos e Capellas do foro da situação dos bens para os inventários dos bens vagos e do evento (424); e do domicilio dos herdeiros para os inventários e partilhas dos bens de defuntos que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos e menores ou interdictos (425);

(421) Ord. Liv. 1. tit. 90.; Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842 art. 11, 12.; Reg. de 15 de Junho de 1859, art 29. segg.

(422) Lei de 29 de Novembro de 1841; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Gap. 4. n. 26.; Menez. Juiz Divis. Gap. 2. g 4. not. 1.

(423) Decr. n. 156. de 28 de Abril de 1842 art. 8.

(424) òrd. Liv. 1. tit. 62. § 38.; Liv. 2. tit. 26. §§ 17, 20. ; Lei de 3 de Dezembro de 1841 art. 114. § 2.; Reg. de 9 de Maio de 1842 §§ 21, 37,44, segg.; Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 85. segg.

(425) Reg. de 22 de Novembro de 1871 art. 83. Este Regulamento fixou a competência dos juizes da Provedoria

4.º) O juiz do Commercio do domicilio para a divisão dos bens do commerciante fallido (426).

C) Do foro em que deve ser demandado e cumprido o legado ou fideicomisso.

§ 66 Em regra, deve ser pedido o legado ou o fideicomisso no lugar em que existe a maior parte dos bens da herança (427), salvo mostrando-se que outra fora a vontade do testador (428).

O foro do lugar em que existe a maior parte dos bens da herança, sugere ao herdeiro a cumprir ali o legado sem que possa declinar para outro foro; e por isso, em relação a elle, se diz *necessário* (429); mas em relação ao legatário é *voluntário*, visto que

para os inventários dos bens de defuntos que deixarão testamentos, sem herdeiros orphãos ou interdictos, o que já era tolerado pelo Decr. de 13 de Maio de 1844. que vem com o Avis. de 27 de Abril de 1849, e pelo art. 7. do Reg. de 27 de Abril de 1842.

(426) Cod. Com. art. 911; Reg. n. 737. de 25 de Novembro de 1850 art. 594. § 1. e art. 679.

(427) D. Liv. 5, tit. 1. fr. 50. pr.; Cod. Liv. 3. tit. 17. fr. un.; Barb. ad Legem. 19 pr. D. de Jud. n. 34. segg. Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 6.; Savigny Dir. Rom. Yol. 8. pag. 229.

(428) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 50. pr. in fine ; Netto cit. n. 14.

(429) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 5. § 2.; Brunem, ao cit. fr. n. 2.; Netto cit. n. 15.

tem o alvitre de pedir o legado ou o fideicommisso (430):

1.º) No foro do domicilio do herdeiro (431)-,

2.º) No foro *rei sitee*, sendo por acção real, se o herdeiro fôr ahi achado (432)-,

3.º) No foro do contracto, isto é, no lugar em que o herdeiro se tiver obrigado á pagar ou cum-* prir (433)-,

4.º) No lugar em que o herdeiro livremente deo começo ao cumprimento do legado ou fideicommisso, quanto á parte ainda não cumprida (434).

E quanto ao lugar em que o legado ou fideicommisso deve ser pago ou entregue, a regra é que attende-se á vontade do testador (435), e em falta de declaração expressa ou tacita distingue-se: Quando o legado ou o fideicommisso consiste em

(430) Netto ad Ultim. Volunt. Liv. 6. tit. 14. n. 15.

(431) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 50. § 2.

(432) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 52. § 4.; Brunem. Com. in Pand. Liv. 5. tit. 1. fr. 52. n. 2. e ao fr. 38. n. 4.; Netto cit. n. 10.

(433) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 51.; Brunem, ao fr. 50. n. 4.; Netto cit. n. 12.

(434) D. Liv. 5. tit. 1. fr. 50. § 2.; Brunem, ao cit. fr. n. 4. Netto cit. n. 11.

(435) D. Liv. 30. tit. de Legat. 1. fr. 47.; Netto cit. n. 16. ; Card. Praxe verb. legatum n. 40.

genes» oo essa quantidade, dere ser papo ao lagar do domicilio do herdeiro, oo onde estiro* a maior parte dos bens da herança, (436); mas senda de espécie dere ser entregue, oo no lagar em que a cansa existe (437), oo no em qae existe a maior parte dos bens. E assim a escolha do lagar da, entrega do legado oo do âdeicomziisso pertence ao herdeiro (438).

(436) Braaem. ao cit. fr. SS. a, 2.: Xetto dt. a 17.;
Barò. ad. Leg. IS. ar. D. de Jad. n. 64-

(137) IX Lir. ã. *tiBL* S. fr. 38.1 1.; Braaem. ao fr. âO.
n. 5L; Barh, ÔL n- 6L; Xetto cit. n. IS.

<43\$) Braaem. Com ia Paad. Ur. 5-tit- 1> fr-ãOa.2.

TITULO QUARTO

DO JUÍZO ORPHANALOGICO. A) *Noção*

do juízo Orphanalogico

§ 67 Juízo Orphanalogico é a legitima discussão e decisão da causa feita pelo juiz d' Orphãos (439).

Causa, lide e instancia o que sejam.

§ 68 Causa é o direito deduzido em juizo; e n'este sentido é o mesmo que demanda (440). Diffe-re a causa da lide em que esta é a mesma contenda ou acção litigiosa (441)*, destingue-se da instancia em ser esta o tempo d*entro do qual se tracta e termina a causa com a decisão final (442). Também a palavra *instancia* significa em direito o grão de jurisdicção (443).

(439) Mello Freir. Liv. 4 tit. 7. § 1.

(440) Maranta Specol. Part. 5. n. 66 ; JFranç. á Meml. Part. 2. Liv. 1. **Gap.** 1. n. 11.; Portug. de Donat. Liv. 2. Cap. 26. n. 3.

(441) Pickler Liv. 2. tit. 1. n. 2.

(442) Per. Souz. Lin. Civ. § 103.

(443) Ord. Liv. 3. tit. 95. § 8.; Conatit. art. 158.; Pract. Civ. e Com. Part. 1. tit. 2. Cap. 1. g 3.

*B) Das pessoas que compõem o juizo
orphanalógico.*

M

§ 69 Três são as pessoas principaes que intervém no processo para formar-se o juizo; o autor que pede, o réo que se defende, e o juiz que julga (444). Além d'estas pessoas concorrem outras secundarias que são: O Escrivão, os advogados, os procuradores, os defensores, os escusadores, assistentes e oppoentes (445). E nos inventários e partilhas, e outras dependências, em que são interessados alguns orphãos, ou pessoas administradas, ainda concorre principalmente o Curador Geral ou á lide, e o tutor ou curador ás pessoas (446).

(444) Ord. Liv. 3. tit. 20. pr. ; Maranta Specul. Part. 1, n. 1. ∴

(445) Per. Souz. Lin. Civ. § 6.

(446) Ord. Liv. 3. tit. 41. § 9. Nas causas em que são interessados orphãos e menores, ou quaesquer outras pessoas a- elles equiparadas, não basta, que falle no feito o Curador geral dos Orphãos, ou um curador á lide. ainda é de necessidade que se lhes dê um curador á pessoa, o qual é sempre nomeado pelo juiz dos Orphãos; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 8.

CAPITULO PRIMEIRO**DOS JUIZES DOS ORPHÃOS.**

§ 70 Juiz dos Orphãos é o Magistrado competente ou homem bom, constituído pela autoridade legitima para cuidar das pessoas, e fiscalisar os bens dos orphãos e outras pessoas á elles equiparados (447).

Nas Comarcas geraes os juizes dos Orphãos são nomeados pelo Imperador por quatro annos d* entre os Bacharéis formados em Direito, habilitados para serem juizes Municipaes. Estes juizes podem ser reconduzidos ou nomeados por outro tanto tempo (448), e em seus impedimentos ou faltas, são substituídos por supplentes nomeados pelo Governo na

(447) Ord. Liv. 1. tit. 88.; Alv. de 24 de Outubro de 1814.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 7. g 20. O officio de juiz adquire-se pelo titulo da nomeação e se exerce depois de prestado o juramento de bem servir. A necessidade do juramento mostra-se coma Ord. Liv. 1. tit. 35. 8 1.; tit. 67. § 15. ; Costa Estyl. da Casa da Snpl. Annot. 3. n. 5. ; Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 39. 1

(448) Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 13, 14, 117. Os cargos de juiz Municipal e Orphãos devem andar unidos a mesma pessoa; mas nos Termos muito populosos podem estar separados e ser providos em pessoas diversas, nos casos e pela forma que dispõe a lei; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art. 18.: Reg. 31 de Janeiro de 1842. art. 473. 475 á 480.

Corte e pelos Presidentes nas Províncias (449). Nas Comarcas especiaes, porém, a jurisdição **Orphanologica** é exercida pelos juizes de Direito, e auxilia dos pelos seus substitutos, na forma das leis e Regulamentos do Governo (450). I

Da jurisdição e attribuições privativas dos Juizes dos Orphãos.

§ 71 Nem um cargo da Magistratura tem maior importância que o de juiz dos Orphãos, em razão das suas attribuições.

Os orphãos e as pessoas que por seu estado são incapazes de reger a sua pessoa e de administrar seus bens, merecerão sempre a attenção do legislador, rodeando-lhes de favores, as mais das vezes exorbitantes do direito commum, e dando-lhes juizes privativos, e outros funcionarios autorizados, como são os tutores e os curadores para cuidarem das suas pessoas, de zelarem de seus bens e fazenda (451).

No exercicio das suas funcções e attribuições privativas, compete aos juizes de Orphãos, quanto á juris-

(449) Lei cit. art. 19.; Eeg. cit. art. 54. ; Lei de 20 de Setembro de 1871 art. 1. § 3.; Avis. 20 de Setembro de 1843.; 26 de Outubro do mesmo anno.

(450) Lei de 20 de Setembro de 1871 art. 1. e 29. § 3. ; **Reg.** de 22 de Novembro de 1871. art. 2. 68.; Decr. 7 de Novembro de 1873;

(451) Guerr. Trat. 1. Rubr. Part. 3. n. 16.

dicção contenciosa, o processo e o julgamento das causas que nascem dos inventários, partilhas, contas de tutores, habilitações de herdeiros do ausente, e dependências d'essas mesmas causas; e quanto á jurisdicção- administrativa, os processos de inventários, partilhas em que forem interessados alguns orphãos e menores, ou outras pessoas que gozão dos mesmos favores; e bem assim os de tutelas, curadorias, e contas de tutores e curadores (452).

Também compete aos juizes dos Orphãos :

1 .o) Arrecadar e administrar os bens dos ausentes na forma das leis (453)*, e administrar os bens pertencentes aos índios (454)-,

(452) Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. f 5.; Lei de 3 de Novembro de 1830.; Disp. Prov. art. 20.; Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 23. §§ 1, 2., art. 24. §• 1.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 4, 5.; Reg. de 22 Novembro de 1871 art. 71.; Av. de 15 de Outubro de 1872; Reg. de 22 de Novembro de 1873. art. 4, 5.

(453) Decr. de 9 de Maio de 1842; Av. 18 de Outubro de 1833 ; de 18 de Agosto de 1834.; de 27 de Fevereiro de 1834.; Lei de 3 de Novembro de 1830; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 4, n. 11.

(454) Decr. de 3 de Janeiro de 1833; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 12. Na attribuição de administrar os bens pertencentes aos índios comprehende-se a de aviventar os rumos e preencher os títulos dos arrendamentos de terrenos á elles pertencentes, quando estas diligencias se puderem desempenhar administrativamente; mas no caso de haver contestação deve ser o negocio remetido aos meios ordinários; Av. de 13 de Agosto de 1834.

2.º) Dar tutores e curadores aos orphãos e menores, e pessoas administradas, quer sejam ricos ou pobres, em todos os casos marcados nas leis; e confirmar as nomeações dos tutores e curadores, feitas pelos ascendentes paternos naturaes, e pelos maternos, tanto legitimos, como naturaes (455);

3.º) Supprir o consentimento do pae, ou tutor para o casamento (456);

4.º) Mandar passar Cartas de emancipação (457);

5.º) Conceder supprimento de idade (458);

(455) Ord. Liv. 4. tit. 102. g§ 1, 2.; Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 5. n. 4. E devem ter muito cuidado em fazer recahir as nomeações de tutores e curadores em pessoas de reconhecida probidade e deligencia para que desempenhem o cargo por bem dos orphãos e não por utilidade própria. Estas nomeações devem ser feitas como manda a Ord. Liv. 4. tit. 102 pr. dentro de um mez do dia, em que os menores ficarem sem pae e ao principiar o respectivo inventario; porque os tutores e os curadores representão aos orphãos no júizo de partilha.

(456) Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. § 4.: Reg. de 15 de Março de 1842. art. 15. n. 5.

(457) Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2. § 4. • Reg. de 15 de Março de 1842. art. 5. n. 1.; Avis. de 15 de Fevereiro de 1838.

(458) Lei de 22 de Setembro de 1828. Art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 2.

6.º) Conceder licença ás mulheres menores para venderem os seus bens de raiz, consentindo os maridos (459);

7.º) Mandar fazer a entrega dos bens de ausentes á seus parentes mais chegados (460); assim como dos bens dos orphaos á sua mãe, ou avós, tios, &c. (461)-,

8.º) Conceder a dispensa para os tutores obrigarem seus próprios bens á fiança das tutelas para que forão nomeados, ainda que os bens estejam fora do districto onde contrahirem a obrigação (462);

9.º) Mandar entregar os bens dos orphãos á seu marido, quando casarem sem licença dos mesmos juizes (463);

(459) Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 3.

(460) Regai, de 15 de Junho de 1859. art. 47.; Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.

(461) Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.; Eeg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 6.; Reg. de 15 de Junho de 1859.

(462) Lei de 22 de Setembro* de 1828 art. 2. § 4. ;Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 9.; Ord. Liv. 4. tit. 102. § 5.; Alv. de 24 de Julho de 1713.

(463) Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 4.; Reg. de 15 de Março de 1842 art. 5. n. 8.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 19?; Avis. 16 de Dezembro de 1852. Tendo a licença do pae não carece da do juiz para casar; Av. de 9. de Março de 1860.

10.º) Conceder licença ao Escrivão do seu juízo para ter um escrevente juramentado (464);

11.º) Nomear Thesoureiro para o cofre dos or-phãos (465), e officiaes para o seu juízo (466);

12.º) Applicar aos índios as providencias da Ordenação do Livro primeiro titulo oitenta e oito (467); * \

13.º) Julgar as justificações da dividas activas ou passivas dos casa es, cujos inventários fizerem, quando ellas, por insignificantes ou incontestável clareza, dispensarem discussão contenciosa (468);

14.º Tomar contas aos tutores e aos curadores nos prazos legaes, e sempre que convenha á bem

(464) Lei 22 de Setembro de 1828 art. 2. § 1.: Av' 12 de Junho de 1834.

(465) Avis. de 8 de Julho de 1833. Não havendo quem queira ser Thesoureiro dos Orphãos, deve ser o col-lector das rendas publicas; Avis. de 13 e de 20 de Julho de 1857. O cofre deve estar em lugar seguro, e não na casa do Thesoureiro; ATv. de 24 de Outubro de 1814.. Avis. de 31 de Janeiro de 1834.

(466) Lei de 11 de Outubro de 1827.; Dec. de Iº de Junho de 1830; de 15 de Fevereiro de 1838.

(467) Lei de 27 de Outubro de 1831. art. 4, 6.

(468) Avis. de 13 de Agosto de 1834; de 3 de Fevereiro de 1855.; Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 49.

dos pupillos, removendo aos que mal desempenharem as suas obrigações (469)-,

15.º) Fazer entrar aos cofres, para terem o destino legal, os dinheiros pertencentes aos orphãos; e providenciar para que se-jão bem aproveitados os bens que puderem dar rendimento, ou para que se-jão arrematados aquelles que forem improductivos, ou de fácil deterioração (470);

16.º) Promover a inscripção das hypothecas le-gaes dos menores, e interdictos, na forma das leis (471); * ..j+

17.º) Dar á soldada os orphãos pobres, sem prejuízo de aprenderem á ler e escrever, e algum offi-

(469) Ord. Liv. 1. tít. 62. §§ 29. 33; tit. 88. §§ 40, 50; Liv. 4. tit. 102. §§12; Pegas ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 15. n. 18. segg.; Per. Cap, 3.

(470) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 22. Q dinheiro do Or-phão que fallece passa logo á caixa de ausentes desde o dia do fallecimento; e cessão os juro; Ord. de 7 de Março de 1862. E pela caixa de ausentes será entregue á quem pertencer, observando-se a legislação respectiva para a entrega: Ord. de 5 de Janeiro de 1867. Sobre os favores e garantias concedidos aos dinheiros pertencentes á menores, veja-se a lei de 3 de Novembro de 1830 art. 4.; Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851. Cap. 5. Sec. Iª; Lei n. 231 de 13 de Novembro de 1841.; Prov. de 12 de Maio de 1843.

(471) Lei de M de Setembro de 1864. art. 9. §§ 14, 19, 21.; Reg. de 26 de Abril de 1865, art. 203, 205, 211.

cio, preferindo sempre, em igualdade de circumstan-cias, os parentes aos estranhos (472);

18.º) Nos inventários em que houver menores, dividir os quinhões de terra, cuja separação lhes fôr requerida pelos herdeiros com os seus formaes de partilha *fº 162J* (473);

19.º) Formar culpa, na forma das leis, aos offi-cias que perante elles servirem (474); e suspender correccionalmente aos escrivães do seu cargo (475);

20.º) Providenciar á ser logo informado do fal-lecimento das pessoas que deixão filhos ou outros herdeiros orphãos e menores, ou ausentes (476);

21.º) Providenciar sobre o pecúlio dos escravos nos casos previstos na lei e Regulamentos (477).

(472) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 13..

(473) Avis, de 26 de Julho de 1838; de 30 de Abril de 1865.

(474) Cod. do Proa Crim. art. 156.; Avis. 16 de Agosto, de 24 de Novembro de 1834.

(475) Pelo que respeita á suspensão correccional dos Escrivães, devem os juizes regular-se, quanto ao tempo, forma e casos d'ella, pelas disposições do Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851. art. 50. § 3. e arts. seguintes.

(476) Reg. de 15 de Junho de 1859 ; Ord. Liv. 1. tit. 1, 88. § 3,

(477) Reg. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872; Av. de 17 de Abril de 1874.

Juízes dos orphãos.

§ 72 Para que os juizes dos Orphãos evitem a suspeita de que administração os bens dos orphãos em proveito próprio, e não dos mesmos orphãos, são inhibidos:

- 1.º De servir-se dos Orphãos por soldada (478);
- 2.º De comprar bens d'elles, ainda em hasta publica (479)^
- 3.º De conservar em seu poder bens dos orphãos (480); I
- 4.º Dar á juro o dinheiro d'elles, deixando de recolher ás Thesourarias das Provindas, onde venhem o juro de cinco por cento (481); I
- 5.º Suspende o Escrivão antes da culpa formada (482);
- 6.º Servir no mesmo juizo com outro juiz que seja seu ascendente, descendente, irmão ou cunhado ou que tenha outro parentesco muito chegado (483).

(478) Ord. Liv. 1. tit. 88. g 14.

(479) Ord. Liv. 1. tit. 88. g 30; Liv. 4. tit. 15.

(480) Ord. Liv. 1. tit. 88. g 30.

(481) Lei de 13 de Novembro de 1841, art. 6. g 4. ;l Avis. de 12 de Maio de 1842, art. 1, 5.; de 8 de Fevereiro de 1855.

(482) Avis. de* 7 de Março de 1855.

(483) Avis. n. 73. de 19 de Fevereiro de 1866.; Decis. de 19 de Março de 1873 ; Avis. n. 50. de 31 de Janeiro de 1866; Avis. n. 263. de 30 de Setembro de 1859., e de 7 de Novembro de 1873.: de 6 de Dezembro de 1873.

1000

1000

CAPITULO SEGUNDO**DOS ESCRIVÃES DOS ORPHÃOS.**

§ 73 O Escrivão dos orphãos é o ofncial legitimamente constituído para organizar o processo, e escrever privativamente todos os actos do juízo, perante o juiz dos Orphãos. E' nomeado pelo Imperador na forma das leis (484). No juízo em que ha mais de um escrivão privativo, servem todos por distribuição. E ainda havendo um só escrivão no juízo, convém que todos os processos sejam distribuídos, para constar legalmente que os processou e ser obrigado á apresenta-los, quando convenha, ou á reforma-los á sua custa (485).

Não havendo Escrivão privativo para o juízo dos Orphãos serve um Tabellião do Publico Judicial e Notas.

■ *Dos deveres dos Escrivães dos Orphãos.* I

§ 74 O Escrivão dos Orphãos é um official publico, destinado ao serviço do juizo dos Orphãos, e tem deveres cummuns aos escrivães dos outros juízos,

(484) Lei de 11 de Outubro de 1827.; Decr. de 1º de Julho de 1830.; Decr. de 26 de Março de 1833; Port. de 6 de Setembro de 1833.; Decr. de 30 de Agosto de 1851; de 30 de Dezembro de 1854.

(485) Per. de Carv. Lin. Orpli. not. 49.

e deveres especiaes que resultão da natureza do seu cargo.

Os deveres communs á outros escrivães são:

1.º Ser obediente ao juiz f486/, I

2.º Servir o officio por si mesmo *féQIJ*, salvo tendo legitimo impedimento-, porque em tal caso se passa provimento á um serventuário *fé8SΛ*

3.º Escrever por ordem do juiz os actos preju" diciaes f489/, e independente de ordem todos os outros actos que por costume pode escrever f490/,

(486) Alm. Souz. Segund. Lin. Not. 184.

(487) Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 97. pr. ; Alv. de 23 de Novembro de 1812; Decr. 3 de Outubro de 1663.; de 9 de Agosto de 1668.; 21 de Setembro de 1677. ; 3 de Novembro de 1696.

(488) Ord. Liv. 1. tit. 97. § 3.; Alv. de 23 de Novembro de 1612.; 3 de Novembro de 1696.; Assent. 27 de Abril de 1608.; Prov. de 23 de Julho de 1813. Havendo grande affluencia de negócios em seu Cartório, pode ter um escrevente juramentado, precedendo licença do juiz dos Orpliãos; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 3. 3 I.; Av. 26 de Agosto e 24 de Novembro de 1834. Mas á este escrevente não é permittido escrever os termos das audiências, os de inquirições, e os actos que requerem segredo de justiça; Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 97. § 10.; Liv. 3. tit. 19. g 12.

(489) Assim como são os de que trata a Ord, Liv. 1-tit. 24. S§ 19, 20, 21; Cardoz, Prax. verb. Tabellio n. 13.

(490/ Alm. Souz. Seg. Lin. Not. 184.

4.ºJ Guardar os processos para dar conta d'elles á todo o tempo que estiver obrigado *fádl*);

ò.ºJ Escrever fiel e ordenadamente todos os actos do processo, designando o dia, mez e anno em que escreve *f492^*:

S.ºJ Ter um livro ou protocolo das audiências, onde lavre os termos e requerimentos das partes *f493/*,

7.ºJ Assistir as audiências, chegando primeiro que o juiz *fA9á*).

Além destes ainda os Escrivães dos Orphãos tem outros deveres que lhes são especiaes e taes sao:

\ºJ Promover *ex-offêcio** como auxiliar do juiz, a bôa arrecadação dos bens e das rendas dos orphãos, e olhar por suas pessoas, dando prompto andamento aos inventários, e á quaesquer outros processos que interessem aos oprphãos (*495J*;

(491) Ord. Liv. 1. tit. 24. § 25. ; E' o Escrivão obrigado á guardar os feitos crimes até 20 annos, e os eiveis até 30 annos; Ord. Liv. 1. tit. 84. § 23.; Begini. das Custas art. 107. I

(492) Ord. Liv. 1. tit. 24. § 16.; tit. 19. | 11.

(493) Ord. Liv. 1. tit. 24. g 3.; Alv. 4 de Junho de 1823.; Alv. 11 de Outubro de 1833.

(494) Ord. Liv. 1. tit. 24. § 3.; tit. 79. § 5. Quando por impedimento não puder comparecer na audiência, deve enviar o protocolo para que outro Escrivão escreva em seu lugar; Av. de 11 de Dezemb. de 1837.

(495) Ord. Liv. 1. tit. 89. § 3.

2.º *J* Ter conhecimento dos orphãos de sua jurisdição, e escrever em um livro o nome de cada um, com declaração da idade, do nome dos pães, e das pessoas com quem vivem; e o nome do seu tutor ou curador, para de tudo informar ao juiz, quando necessário fôr (496*J*;

3.º) Dar prompto cumprimento aos despachos e sentenças do seu juiz, mormente as proferidas sobre prestações de contas, marcando prazo aos tutores para o recolhimento ao cofre dos alcances em que forem achados (497*J*; e representar nos autos, fazendo-os conclusos ao juiz, logo que haja demora in justificável no divido andamento do feito; e bem assim cobrar os autos, logo que finde o prazo de vista, aos advogados, apresentando ao juiz o mandado de cobrança;

M

4c.º *J* Escrever nos inventários todos os bens moveis e de raiz pertencentes aos orphãos, com as clarezas necessárias, de modo que fiquem bem conhecidos (498*J*;

5.º^ Escrever nos inventários os termos de-tutorias e fianças, e as escripturas de arrendamento, ou de soldadas dos orphãos, na forma da lei (499*J*;

(496) Ord. Liv. 1. tit. 89. § 3.; Borg. Cara. Direito Civ. Liv. 1. tit. 27. § 230. n. 2.

(497) Ord. Liv. 1. tit. 24. §§7. 19.; tit. 79. §§5, 6, 8.; tit. 80. § 10, 11.

(498) Ord. Liv. 1, tit. 89. § 3.

(499) Ord. Liv. 1. tit. 78. § 10.; tit. 89. §§ 5, 6.;

6.º J Escrever outro sim nos inventários as despesas que os tutores fizerem f500^;

7. J Notificar ao tutor, curador, ou ao pae, nos casos em que estão obrigados, para a inscripção da hypotheca legal do menor ou do interdicto (601 J).

Das cousa que são prohtbidas aos Escrivães dos Orphãos.*

§75 E' prohibido aos Escrivães dos Orphãos:

\º J Entrar no exercicio do cargo sem prestar fiança, ainda que seja notoriamente rico e abonado

2.º J Escrever no inventario, e em outros feitos que não lhe tiverem sido distribuídos, havendo mais escrivães no mesmo juizo (ôQS);

Borg. Cara. Direito Civ. Liv. 1. tit. 27. § 230: Av. de 8 de Março de 1850.

(500) Ord. Liv. 1. tit. 89. § 7.

(501) Reg. de 26 de Abril de 1865., art. 201, 203, 211; Lei de 24 de Setemb. de 1864. art. 9. §§ 14, 19, 21.

(502) Ord. Liv. 1. tit. 89 § 1.; Avis. de 8 de Março de 1850. 'A fiança que os Escrivães dos Orphãos são obrigados á prestar é de 600\$000 nas cidades e villas principaes; de 450\$000, ou 300\$000 nas outras que os juizes determinarem, conforme a população e a grandeza do lugar; Alv. 13 de Maio de 181B.

(503) Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 4, 6.; tit. 27. pr.; tit. 79. § 20.: Lei de 3 de Abril de 1609.; Alv. 23 de Abril do

3.º[^] Extrahir cartas de partilhas, sem lhe serem pedidas pelas partes, ainda que seja para orphãos e pessoas administradas, enquanto estiver a administração pendente (*SOá*);

4.º^J Receber maior salário do que o taxado no Regimento das custas (*505J*);

1723. Sendo o Escrivão que escreveu em um processo o competente para escrever em todos os outros que forem dependências d'elle, pertence ao Escrivão dos Orphãos, que processou o inventario d'um dos cônjuges, escrever o inventario do outro cônjuge, se ao tempo da morte ficarão orphãos, e menores, ou por outra razão, sujeitos á jurisdicção do juiz dos Orphãos; com tudo não deve escrever n'esse inventario sem que o distribuidor carregue-lhe na distribuição, para que mantenha-se a igualdade; Assent. de 17 de Junho de 1651; Praxe Brasil. §104; Avis. de 15 de Fevereiro de 1855;; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 15.; Alm. Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 4. A falta, porém, de distribuição não importa nullidade do Processv, Disp. Prov. art. 26., que revogou n'esta parte o Alv. de 23 de Abril de 1723., ficando assim restaurada a Ord. Liv. 1. tit. 79. § 21.

(504) Lei de 10 de Outubro de 2754.; Repert. ás Ordd. verb, *Escrivão dos orphãos escreverá nos inventários* etc. not. (e); Menez. Juiz Divis. Cap. 4. § 3.

(505) Ord. Liv. 1. tit. 24 § 27. Os salários que competem aos Escrivães dos Orphãos estão taxados no Regimento de 3 de Março de 1855 art. 132, 133, 134. Estes salários devem ser pagos logo que sejam concluídos os autos respectivos, na forma do art. 184 do Reg. citado, com a excepção dos casos ahi especificados. !!!

5.º Retardar o andamento dos processos por falta de pagamento das custas (506J);

6.º Tomar orphão por soldada, ou comprar bens pertencentes á elles, ainda que vendidos em hasta publica 507 ;

7.º J Ser procurador, salvo sendo em causa própria, ou dos seus parentes, ou familiares (508);

8.º Servir o officio na mesma terra em que serve outro officio, posto que differente, algum seu parente muito chegado, isto é, pae, filho, irmão, primo, tio, sobrinho ou cunhado,- e o que entrar por ultimo perde o lugar (509);

(506) Ord. Liv. 1. tit. 24. §§ 41, 42.; Port. de 15 de Fevereiro de 1837; Reg. de 23 de Abril 1723. Em compensação d'este dever tem o direito de proceder executivamente contra os devedores, dentro dos trez mezes que marca a Ord. Liv. 1. tit. 79. § 18.; e tit. 84. § 30. Mas convém notar que estas Ordenações procedem somente quando a parte allega que tem pago; porque então se prova o pagamento com a prescripção; e por isso não basta dizer simplesmente que prescreveo a divida nos termos da Ord. Liv. 4. tit. 33; Repert. ás Ordd. verb. *Prescripção do salário dos Tabeliães* nota.(e).

(507) Ord. Liv. 1. tit. 89. § 8. I

(508) Ord. Liv. 1. tit. 48. § 24.; Av. de 21 de Novemb. de 2855.

(509) Ord. Liv. 1. tit. 79. § 45. Esta prohibição nã tem lugar no parentesco do julgador com o Escrivão, podendo o pae ser Juiz e o filho, escrivão; Repert. das Ordd. verb. *Tabellião não pode ser dons em uma terra.*

9.º) Dar certidões além do que consta nos autos
(510); ■ § é

j

10.º) Dar más respostas ás partes (511);

11.º) Confiar autos aos que não forem advogados, ou procuradores legalmente providos, sem ser por despacho do juiz (512);

12.º) Juntar aos autos petições, documentos e quaesquer outros papeis, sem despacho do juiz (513).

Mas em contrario tem declarado os Avisos de 12 de Novemb. de 1833; de N.º. 49. de 28 de Julh. de 1843; de N.º. 266 de 3 de Dezemb. de 1853; de 30 de Setemb. de 1859; de 14 de Dezemb. de 1861; e Av. J. de 7 de Maio de 1868; Av. J. de 2 de Setemb. de 1870. Duvido da legalidade d'estes Avisos; porque a disposição da citada Ordenação é d'aquellas que se não podem estender á casos semelhantes, como observa o Repertório no lugar citado.

(510) Mend. Part. 1. Liv. 1. Cap. 2. Append. 1. n. 32. in fine.

(511) Ord. Liv. 1. tit. 1. § 31.

(512) Alv. de 4 de Jun. de 1823; Circul. de 11 de Dezemb. de 1837.

(513) Menez. Juiz. Divis. Cap. 4. § 3.

|

CAPITULO TERCEIRO

DO CURADOR GERAL DOS ORPHÃOS

Curador Geral o que seja,

§76 Curador Geral se diz a pessoa legalmente nomeada para fallar por parte dos orphãos, ou das pessoas á elles equiparadas sobre todos os termos dos inventários, partilhas, e quaesquer outras dependências que correrem pelo juizo dos orphãos (514).

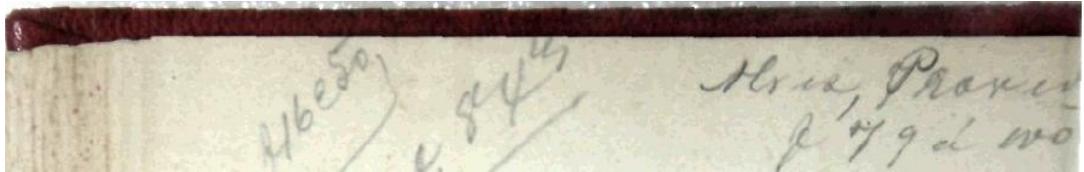
A nomeação d'este funcionario publico é da livre escolha dos juizes dos orphãos; mas hoje deve ser nomeado com preferencia o Promotor publico da Comarca (515), que só poderá recusar este cargo, e ser-lhe concedida dispensa, quando allegar e provar impedimento legitimo (516).

(514) Em Portugal nunca existio creado para todo o Reino o officio de Promotor do Juizo dos Orphãos; mas somente para a Cidade de Lisboa e lugares annexos, dando-se-lhes Regimento no anno de 1541, cujas obrigações forão declaradas pelo Alvará de 19 de Dezemb. de 1642- Nas outras Cidades ou Villas, os Juizes nomeavão um Curador Geral para fallar em todos os inventários e processos que corrião no Juizo dos Orphãos; e onde não havia juramentado para todos os processos e negócios do Juizo, juramentava-se um Curador para fallar em cada processo.

No Brasil nunca houve o officio de Promotor do Juizo dos Orphãos; mas somente Curadores Geraes nomeados pelos juizes, ou especiaes para cada processo, como praticava-se em Portugal; Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 32.

(515) Av. 27 pp Abril 1855; 31 de Maio 1859.

(516) Av. 15 de Janr. 1858.



170. INSTIT. ORPH. PART. GERAL

Dos deveres do Curador Geral»

§ 77 O Curador . Geral, tendo por missão proteger e defender no juízo dos Orphãos os direitos das pessoas que estão debaixo da protecção e tutela da autoridade publica, por não poderem por si se defender em juízo, é considerado como um verdadeiro procurador publico; e para que desempenhe bem as obrigações do seu cargo, cumpre:

1.º) Que nos inventários seja ouvido sobre a louvação dos avaliadores, que tem de avaliar os bens da herança; e que assista as mesmas avaliações para ter conhecimento d'ellas, e intentar os recursos legaes, quando lesivas;

2.º) Que em todos os actos do processo se lhe faça com vista os autos para ofnciar, por parte dos orphãos, tudo quanto for á bem delles;

3.º) Que se lhe intime todos os despachos pro-firidos nos autos para requerer em tempo o que for á bem dos direitos das pessoas que protegem;

4.º) Que sejam ouvidos sobre as justificações de dividas que fação alguns credores; sobre a entrega de bens inventariados como pertencentes á terceiros; e sobre quaesquer outras pertenções, que se manifestarem no correr do processo, em que os orphãos sejam interessados;

5.º) ■ Que sejam mais ouvidos em todas as justificações que se fizerem para supprimento de idade.

emancipações, alienações de bens, e outros actos sobre que tenha de deliberar o juiz, a respeito da pessoa, ou dos bens dos orphãos.

O Curador Geral, no exercicio do seu officio, não deve limitar-se a emitir o seu juizo' sobre o decisório do processo, ainda é obrigado á fallar sobre o ordinario d'elle, requerendo ao juiz a observância das formas do juizo, em ordem a que se evite, quer alguns actos supérfluos ao conhecimento da verdade os quaes não tem outro préstimo que não seja o crescimento das custas em proveito dos Escrivães, quer a omissão das solemnidades legaes ou estabelecidas pelo uso, para garantia e segurança dos direitos dos orphãos.

E se bem que o juiz não esteja adstricto á se conformar com o officio do Curador Geral, porque delibera sob a sua responsabilidade, nem por isso o Curador Geral se deve dispensar de cumprir o seu dever; e quando por culpa sua os orphãos recebem algum damno, ou por ter elle deixado de requerer cuidadosamente, ou por ter officiado manifestamente em contrario ao interesse' dos orphãos, tem elles acção para haver, em tempo hábil, do Curador Geral, como um procurador judicial, todos os prejuizos que lhes tiver causado.



IPeurtó E3special

DO INVENTARIO E D*AS PASTILHAS

TITULO PRIMEIRO *Do* *inventario solemne*

CAPITULO PRIMEIRO

Ideias gevaes a respeito do inventario. NOÇÃO

K DIVISÃO

§ 78 Inventario é a descripção dos bens que possuía o defunto ao tempo da sua morte (517). Divide-se o inventario em solemne e simples. Se diz *solemne.*, quando é feito pelo juiz com citação de todos os herdeiros e interessados, guardando-se as solemnidades de direito; e *simples* quando se faz

(517) Ord. Liv. 1. tit. 88. §8 4, 8.; Menez. juiz Divis. Cap. 2. § 8. not. 1.; Per. de Carv. Lia. Orph. § 50.

somente uma descripção dos bens perante um Tabel-lião c testemunhas (518).

Faz-se o inventario judicial *solemne*, ou *ex-officio* pelo juiz, ou á requerimento do cabeça de casal; e sendo ambos ommissos no cumprimento d'este dever, podem pedir a feitura delle qualquer dos herdeiros, cessionários, ou interessados na herança. Também aos "credores do defunto é licito requerer o inventa-¹rio para que se evite a occultação dos bens*, mas com esta differença que os herdeiros acção sum-mariamente ao cabeça de casal, e os credores pelos meios ordinários (519).

I) Das pessoas que são obrigadas á fanei inventario,*

A) Em razão da herança, successão ou administração,

§ 79 Em regra, estão obrigados á fazer inventario todos aquelles que administrão bens alheios, quer

(518) As differenças entre o inventario *solemne* e o inventario simples, ou descripção de bens, mostram Molina de Prim. Part. 1. Liv. 1. Gap. 13. n. 33, 34.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 29.; Ayor. de Partit. Cap. 2. n. 10.; Câncer. Var. Resol. Part 3. Cap. 2. n. 2.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 1. n. 12, 14. segg. O inventario feito segundo o costume do lugar é valido; e se diz *solemne*, posto que se não omet tidas algumas das solemnidades de direito, sendo d'aquellas que podem ser dispensadas; Valasc. Cons. 52. n. 32.; fiagn. Cap. 66. n. 131.

(519) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 56, 57, 59.; Coelho da Rocha § 488.

sejão públicos ou particulares; e a razão é que todo o administrador, ou seja necessário, ou voluntário, é obrigado á prestar contas á quem interessa á sua administração (420), e o inventario é a base das contas (521). Mas isto se çntende do inventario simples, e não do solemne, que é somente obrigado á fazer aquelles á quem a lei expressamente sugeita *, e taes são:

1.º O marido por morte da mulher, e a mulher por morte do marido, quando fica algum filho nascido de entre ambos, ou algum outro descendente de menor idade, que seja seu herdeiro forçado (522)*,

(520) Cod. Liv. 1. tit. 3. fr. 32.; Liv. 5. tit. 37. fr. 24.; D. Liv. 26. tit. 7. fr. 7.; Valasc. Cons. 52. n. 49.; Cabed. Part. 1. Decis. 36. n. 3.; Molina de Prímog. Liv. 4. Cap. 28. n. 3.; G-uerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 10. n. 11 segg; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 1. § 43. Gloss. 158. n. 23. pag. 350.

(521) Cod. Liv. 5. tit. 37. fr. 24.; D. Liv. 26. tit. 7. fr. 7.; Guerr. Trat. 3. Liv. 3. Cap. 10. n. 2.; Câncer. Var. l Resol. Part. 3. Cap. 2. n. 1.

(522) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Liv. 4. tit. 95. Quando, por fallecimento d*um dos cônjuges, todos os filhos já são maiores, o cônjuge sobrevivente não é obrigado a fazer inventario judicial e dar partilha da herança, se os herdeiros do cônjuge predefunto querem estar em communhão, deixando dê pedir a partição pela acção competente; Alm- Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. g 11. n. 1. Não se considerão maiores os que obtiverão Carta de supplemento de idade, os casados, os emancipados por seu pae, ou demittidos do pátrio poder nas condições legaes. se ainda não tem

2.º) O pae, o avô, o filho ou outro parente do furioso, mentecapto, desacisado ou pródigo, se estiverem incumbidos da guarda da pessoa, e da administração dos bens d'elles (523)}

3.º) O coherdeiro *%u* outra pessoa que fica na posse dos bens do defunto, se algum dos herdeiros fôr de menor idade (524);

4.º) Os herdeiros testamentários ou legítimos, que não forem descendentes, nem ascendentes do defunto, sendo todos de maior idade, para o effeito somente do pagamento do imposto devido á Fazenda publica, se não quizerem partilhar a herança (525);

5.º) Os herdeiros que são obrigados ao paga-

a idade completa dos vinte e um annos; Ord. Liv. 3. tit. 42. § 5.; Prov. de 25 de Setemb. de 1787. Aos menores são equiparados os furiosos, os mentecaptos, pródigos julgados por sentença, desacisados, ausentes, surdos e mudos, e todos á quem a lei manda dar curador; Ord. Liv. 1. tit. 78. § 7.; tit. 79. § 13.; Liv. 3. tit. 41. § 4.; Liv. 4. tit. 103.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 6. § 11.

(523) Ord. Liv. 4. tit. 103. §§ 1, 4, 5, 6.

(524) Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 9.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 11.

(525) Alv. de 17 de Junho de 1809, g§ 8. 9.; Ord. de 23 de Janeiro de 1834.; Lei N.º 243 de 30 de Novembro de 1841 art. 17.; Decr. n. 156. de 28 de Abril de 1842._

mento das dividas e encargos da herança, se não querem sugeitar os próprios bens (526);

6.º) O herdeiro do ausente, se lhe fôr entregue a herança com a obrigação de entregar-lha quando appareça (526).

Não ó, porêra, obrigado á fazer inventario solemne, bastando uma simples descripção dos bens, o fideicommissario universal (§ 29) (528)-, nem geralmente o cabeça de casal, que está na posse dos bens da herança, quando os bens são tão insignificantes, que as despezas do inventario judicial absorverião todo, ou quasi todo o seu valor (529). N'este caso cus-tuma-se fazer um auto de justificação da pobreza, assim como a descripção dos bens para em todo o tempo constar das, forças da herança (530).
li) *Em razão do officio.*

§ 80 São obrigados á fazer inventario *ex officio*:

I) Os juizes dos Orphãos em todos os casos em que

(526) Novella 1. Cap. 2. § 2.; Cabedo Part. 1. Decis. 134. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 15.; Peg. For. Cap. 11. n. 818. .

(527) Ord. Liv. 1. tit. 62. g 38.: Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 2. tit. 12. n. 19.; Coelho da Rocha § 396.; Oliv. de Munere Provis. Cap. 4. n. 14, 15.

(528) Valasc. Cons. 52. n. 49.; Cald. Por. Quest. 21. n. 43.; Gnerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 2. n. 1.

(529) Barb. Rem. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 3. n. 2.; Paiva e Pona Orphan. Cap. 1. n. 32, 33.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021; Câncer. Var. Resol. Cap. 2. n. 112.

(530) Barb. Rem. á Ord. Liv. 1. tit. 87 § 3. n. 2.; Borg. Cara. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 16.

toda a herança ou parte d'cila pertence á orphãos o menores de 21 annos, ou interdictos, quer tenha sido deferida por testamento, quer *ah infestado* (§71) (531), ainda 1.º) que o defunto o prohibisse (532); 2.º) que o pac fizesse em rida partilha entre o menor e seus irmãos (Nota 880) (533); 3.º) que se mova demanda sobre a validade do testamento, filiação, petição de herança, em cujo caso se suspende a partilha, mas não o inventario (534). I

A regra geral comprehende os casos seguintes:

1.º) Quando fallece o pae, ou o avô, deixando filhos ou netos legítimos menores de vinte e um annos, posto que seja» casados, ou emancipados com supprimento de idade, salvo sendo estrangeiros, porque então guardão-se os tractados preexistentes (535); I

(531) Ord. Liv. 1. tit. 88. U 4,6, 7. segg.; Phoeb. Oecis. 140. n. 6. 7.; Peg. ad. Ord. Liv, 1. tit. 87. J 4. n. 59.

(532) Mend. Pari 2. Liv. 1. Cap. 2, u. 128.; Cabeei Part 1. Decis. 136.; Paiv. e Pona Orph. Cap. 1. n. 11,30, 6'.

(533) Valasc. Partit. Cap. 21.; Paiva e Pona Orplian. Cap. 1. n. 61. segg.

(534) Valasc. Partit. Cap. 2. n. 26.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 9.

(535) Ord. Liv. 1. tit. 88. §ê 4, 8. 28.; Liv. 3. tit. 42.; Liv. 4. tit. 9G. pr.; Prov. de 25 de Setembro de 1787.; Gama Decis. 174. n. 15.

2.º) Quando fallece a mãe ou avó legitima, deixando filhos ou netos menores, ainda que estejam em poder "do pae (536);

3.º) Quando o pae do menor é vivo; mas está inhabilitado por ausência em parte remotíssima, por demência ou outra enfermidade (537).

4.º) Quando ficarem alguns filhos menores na-turaes do defunto, que lhe devão succeder na forma das leis (538);

5.º) Quando fallece alguma pessoa com testamento instituindo herdeiros á menores de 21 annos, ainda que tenham pae vivo (539);

(536) Ord. Liv. 1. tit. 88. gg 4, 6.; Cabed. Part. 1. Decis. 99, n. 11. e Arest. 32.

(537) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 6., Eeynos. Observ. 30.

(538) Ord. Liv. 4. tit. 92. pr.; Surd. Alim. tit. 1. Quest. 15. n. 6.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 22.

(539) Ord. Liv. 1. tit. 88. gg 6, 7.; Phceb. Decis. 140. n. 4, 5, 6, 7.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. g 7. n. 8. Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1. No §7. dispõem assim a citada Ord nação : *E mandará fazer inventario de toda a fazenda e bens que algum menor de vinte e um annos lierdar, ou haver por morte de alguma pessoa.* Desta Ordenação tem nascido a duvida: *Se falia somente dos menores que não tem pae, os quaes vulgarmente se dizem orphãos de, pae, ou se também dos menores que tem pae.*

Posto que não sejam verdadeiramente orphãos os menores sem mãe, tendo pae legitimo e natural; Cabed. Part. Decis. 99. n. 11.; Arest. 32.; Alm. e Souz. Obrig. Recipr. g 234, contudo na praxe tem-se entendido que pertence o

6.º) Quando fica a herança jacente (540)*,

7.º) Quando algum menor fôr instituído em cousa certa, sem outro coherdeiro (541)-,

8.º) Quando fôr substituído em alguma herança ou fôr deixado fideicommisso á algum menor (542);

inventario ao juiz dos Orphãos, ainda que o menor herdeiro tenha pae vivo ; porque a citada Ordenação falia geralmente—*de toda a fazenda e bens que algum menor de vinte e cinco annos pretender herdar*; Phaeb Decis. 140 n. 7.; e além disto no § 6. dispõem a Ordenação que fauecedo a mãe d'algum menor, o juiz dos Orphãos faça inventario e partilhas com o pae; e quando dá providencias acerca dos bens que na partilha forem adjudicados á esse menor diz: *porem se forem moveis de que os orphãos se servirem, não será o pae obrigado á Xíios entregar*, denominando — *orphãos*—ao menor que tem pae*, Phoeb. Decis. 140 n. 6, 7.

Nem pode prevalecer em contrario a disposição do art. 83. do Reg. de 22 de Novembro de 1871, que declarou: Que o inventario e partilha dos defuntos que deixarem testamento, sem herdeiros orphãos ou interdictos, é da competência do juiz da Provedoria; porque o fim deste artigo não foi restringir se não declarar a jurisdicção dos juizes provedores dos Eesiduos, o que mostra-se com o Avis. de 24 de Abril de 1873, que interpretando o citado art. 83, nos casos ahí previstos, respeitou a competência dos juizes dos Orphãos, segundo as leis preexistentes, não obstante a generalidade do mesmo art. 83.

(540) Ord. Liv. 1. tit. 90.; Lei de 30 de Novembro de 1841; Decr. de 9 de Maio de 1842.; de 27 de Junho de 1845.; de 15 de Juuho de 1859.

(541) Guerr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 9. n. 3. segg.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1.

(542) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 7.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 13.; Cabed. Part. 1. Decis. 136.; Cald. For. Ouest. 21. n. 43,

9.º) Quando fôr deixado á algum menor o uso-fructo de todos es bens (543)-,

10.º) Quando alguma pessoa deixar a terça de seus bens ou parte d'ella, á algum menor, não sendo de quantidade ou de cousa certa, ou algum legado que seja necessário dividi-lo entre orphãos e menores, ou entre elles e os herdeiros maiores (544);

11.º) Quando fôr nomeado testamenteiro algum menor de 21 annos (545);

(543) Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Gap. 2.; Gap. 14. n. 13. O usufructuario pode ser obrigado á dar caução aos moveis para que restitua a estimação d'elles, logo que se finde o usufructo ou quando houver suspeita de que elle diminue os bens; D. Liv. 7. tit. 1. fr. 35, a qual caução não pode prohibir o testador; Card. Praxe verb. Fructus n. 13. Porém o pae usufructuario não presta caução ; D. Liv. 36. tit. 3. fr. 7., salvo casando segunda vez, ainda tendo os filhos em seu poder; Pinello in Leg. 1. Part. 2. Gap. 1. n. 13., ou destruindo ou dissipando os bens do filho; porque então pode o juiz tiral-o da administração d'elles; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 12. segg.

(544) Alm. Souz.. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6. § 11. n. 1. Sendo o legado de cousa certa, não pertence o inventario ao juiz dos Orphãos; Avis. de 28 de Novembro de 1834.; de 26 de Abril de 1836.; de 13 de Outnbro de 1841.; Pho3b. Decis. 140. n. 8.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021 Ayrora Partit. Part. 1. Cap. 5. n. 11.

(545) Molina de Just. Disp. 247. n. 15.; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 6. e 10.; Cap. 14. n. 14. Quando se diz que o menor de 21 annos, e maior de 17 annos, -pode ser nomeado testamenteiro, entende-se para os negócios extra-

12.º) Quando se faz entrega da herança ao herdeiro do ausente com a obrigação de restituir-lha quando appareça (546)',

13.º) Quando consta que alguém é sandeu, louco ou pródigo que esbanja e desbarata os seus bens (547)-,

14.º) Quando fallece algum escravo, deixando pecúlio e herdeiro escravo ou menor livre (548)}

15.º) Sempre que fôr interessado na herança e na partilha alguma pessoa sujeita á tutela ou curatela (549);

II) Os juizes de Direito das Comarcas especiaes e os Municipaes nas Comarcas geraes, sendo a Fa-

judiciaes, e não para os actos judiciaes; Oliveira de Mim. Prov. Cap. 2. § 7. n. 8.; Pinli. de Test. Append. Disp. Única Sect. 1. § 3.

(546) Ord. Liv. 1. tit. 62. § 38.

(547) Ord. Liv. 4. tit. 103; Caíd. in Leg. Si Curat. verb. Cum non absimilis n. 7. 8.

(548) Reg. de 13 de Novembro de 1872. art. 60. Também compete aos juizes dos Orphãos a avaliação dos bens constitutivos do pecúlio de qualquer escravo nos casos previstos pala legislação commum, e especialmente pelo Regulamento a que ss refere o Decreto N.º 5135 de 13 de Novembro de 1872.; Av. de 17 de Abril de 1874.

(549) Lei de 3 de Novembro de 1830.

zenda interessada por decima ou taxa de heranças e legados (550);

III) Os juizes dos Feitos para o inventario o partilhas que tiverem de ser feitos entre a Fazenda Nacional, como herdeira, e quaesquer outros coher-deiros, cônjuges ou consócios-, assim como para a arrecadação da taxa de heranças e legados, quando não se tiver dado começo ao inventario por outro juízo dentro de trinta dias (551).

II) Do tempo em que deve começar e concluir-se o inventario.

§ 81 O inventario em que são interessados orphãos e menores deve ser instaurado *ex officio* pelo juiz dentro de trinta dias (552), e sendo o juiz negligente, á requerimento do cônjuge sobrevivivo, dentro de sessenta dias (553), e findar-se em outros sessen-

(550) Lei N.º 2033 de 20 de Setembro de 1871 art. 24. § 1.; Reg. de 22 de Novembro de 1871. art. 67.; Alv. de 17 de Junho de 1809. g 9.; Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 1. segg.

(551) Reg. de 28 de Abril de 1842, art. 7. 8.; Lei de 29 de Novembro de 1841.

(552) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. g 2; Novella 1. Cap. 2. §§ 1, 2-, Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4;. Liv. 4. tit. 102 pr.; Valasc. Cons. 52. n. 5.; Partit. Cap. 8. n. 13.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(553) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Liv. 4. tit. 98. g ff.; Portug. Donat. Liv. 3. tit. 19. n. 24.; Borg. Carn. Liv. 1.1 tit. 27. § 235. n. 2. Havendo ausentes, estendese este prazo até um anno; Valasc. Cons. 52. n. 9.; Partit. Cap. 8. n. 20.; G-ierr. Trat. 1. Cap. 2. n. 9, 10.

ta dias, tudo em noventa dias (554), contados os prazos em qualquer dos casos da morte d'aquelle cujos bens devem ser inventariados (555). O termo que a lei marca para se dar começo ao inventario não pode ser prorogado pelo juiz, senão pela Relação do Districto por tempo de seis mezes, havendo justa causa (556); mas não corre, havendo justo impedimento de direito ou de facto (557).

(bU) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 24.; Bagn. Cap. 66. n. 152.; Valasc. Cons. 52. n. 8, 9.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n- 2.; Coelho da Rocha § 431.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 6 §

9. Basta que principie em tempo hábil para que aproveite, ainda que por negligencia do juiz, ou omissão do escrivão não se complete no termo legal; Bagn. Cap. 66. n. 152, assim como, por equidade, aproveita o inventario não começado nos 30 dias, quando se finda nos 90; Valasc. Cons. 52. n. 8.; Alm. Souz. § 9. cit.

(555) Ord. Liv. 1. tit. 88. gg 4. 8.; Portug. Donat. Cap. 10. n. 24.: Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(556) Alv. de 24 de Julho de 1713; Lei de 22 de Setembro de 1828. art. 2. § 6. in fine; Reg. de 3 de Janeiro de 1833 art. 9. g 11. e art. 62.; Decr. de 2 de Maio de 1874, art. 10. § 4. Esta attribuição pertencia antigamente ao Desembargo do Paço; Alv. de 24 de Julho de 1813 ; Per. Decis. 61. n. 9.; Valasc. Cons. 52. n. 9. Ainda quando se obtenha esta prorogação, sempre se deve fazer a descripção dos bens para se evitar o descaminho, suspendendo-se a partilha pelo tempo concedido.

Quer o inventario, quer a descripção dos bens, não se começa dentro dos oito dias do luto, nem dentro dos nove dias da moléstia d'algum dos herdeiros, sendo justificada perante o juiz; Ord. Liv. 3. tit. 9. g§ 9, 10.; Alv. de 17 de Agosto de 1761 §§ 3, 4.

(557) Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. §§ 1. 4.; Oliveir. de Muner. Provis. in add. ad Cap. 2. n. 12.; Bagn. Cap.

Dentro do tempo concedido para a feitura do inventario nao pode o herdeiro ser inquietado pelos credores ou legatários sobre o pagamento das dividas e entrega dos legados (558). Mas esta regra limita-se:

1.º) Acerca das cousas que dizem respeito d alma do testador, como celebração de Missas, suffragios e legados pios, os quaes devem ser entregues, ainda durante o inventario (559);

2.º) Quando o herdeiro é demandado pelo pagamento «das despesas do funeral, e dos honorários dos Médicos (560);

3.º) Quando é demandado, nflo como herdeiro, mas pela acção real, ou hypoth cearia, como qualquer possuidor (561).

66. n. 154. Considera-se justo impedimento a demanda movida contra o herdeiro, em quanto embarga a posse dos bens hereditários, e a feitora do inventario. A enfermidade incurável, e qualquer outro impedimento perpetuo não obsta o curso do prazo legal; porque o herdeiro pode fazer o inventario por seu procurador; Peg. For. Cap. 11. n. 60.; Escobar de Ratiocin. Cap. 9. n. 57.; Bagn. Cap. 66 n. 154.

(568) Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. §* 4. 11.; Peg. adl Ord. Llv. 1. tit. 87. § 4. n. 81, 82, 33.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 27.; Brunem. Comm. in Cod. Liv. 6. tit. 80. frag. 22. § 11. ii. 50.; Câncer. Var. Resol. Part. 3. Cap. 2. n. 156.

(569) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 29, 80.

(660) Goerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap- 2. n. 68, 69.

(561) Goerr. Trat. 1- Liv. 1. Cap. 2. o. 31.; Câncer. Var. Resol. Part. 8. Cap. 2. n. 168; Brunem. Comm. in Cod. Liv. 6. tit. 30. frag. 22. § 11. o. 54.

O juiz negligente no cumprimento d'este dever, além da responsabilidade criminal a que fica sugcito, ainda responde aos orphãos por seus bens, quando soffrão prejuizo, por culpa sua, posto que allegue falta de conhecimento da morte do inventariado ;| porque a ignorância do facto, sem causa justificada não aproveita á quem é obrigado á indagar e á saber em razão do seu officio (562).

Os tutores, os curadores e quaesquer outros administradores dos bens dos orphãos, não tem tempo prefixo para fazer o inventario •, contudo devem-faze-lo com a brevidade possivel, e logo que lhes fôr ordenado (563), e quando negligentes, não ficão porisso sugeitos á pena alguma; mas, como que achados em dolo, podem ser removidos como suspeitos (564), o ficão responsáveis por todo o damno que causarem aos orphãos resultante da mora e sugeitos ao juramento *in litem* (565).

O pae, ou avô que deixar de requerer o inventario no prazo legal, por esse mesmo facto perde a herança dos filhos ou netos que nesse tempo ti-

(562) Cod. Liv. 9. tit. 24. frag. 1.; Liv. 6. tit. 9. fr. 6.; G-ueiT. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 1. segg.

(563) Valasc. Partit. Cap. 8, n, 13^r; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 2. n. 18.

(564) Valasc. Partit. Cap. 8. n. 13, 14.

(565) Valasc. Partit. Cap. 8. n. 15, 16. Mas não é admissível este juramento contra o herdeiro do tutor ou coador; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 17.

ver[^] e o pae dos orphãos fica mais privado do usu-fruoto dos bens dos filhos (566). A mai ou avó, além da privação da herança, não podem ser tutoras (§ 25) (567). Não havendo orphãos, instaura-sc o inventario em qualquer tempo que a parte interessada o requeira.

(566) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 8.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1- Cap. 2. n. 6, 7, 8. A pena da insuccessibilidade não procede nos bens de providencia, senão nos hereditários; Peg. Por. Cap. 129. n. 17. 20. segg. •, Borg. Cara. Direito Civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 21.

(567) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.: Liv. 4- tit. 98. § 6. cujas disposições limitão á do Liv. 4. tit. 102 § 3.; Portug. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 23. Estas Ordenações, como leis penaes, não se estendem alem do seu caso. Portanto não são applicaveis as penas ahi decretadas á outras pessoas que não sejam o pae, a mãe, ou avós, nem á estes: 1^o quando o filho, ou netto é já emancipado, ou maior de vinte e um annos; Phoeb. Decis. 89. n. 10.; Arest. 89.; 2^o se a falta não tem por causa o dolo; Phoeb. Decis. 126. n. 9.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 24.; 3^o se o inventario teve começo nos dons mezes que a lei marca, recebendo a viuva o juramento, posto que não chegasse á encerrar; 4^o Quando os filhos herdeiros fallecem dentro dos dous mezes em que deve fazer o inventario; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 31, 32; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 4.; Peg. ad Ord. liv. 1. tit. 87. § 8. n. 30.; Borg. Cara. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 17.; 5^o quando os filhos forão desherdados pelo cõnjuge predefunto; Guerr. Trat. 1. Liv. 4. Cap. 13. n. 4.; Barb. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 9.; 6^o em quanto não ha sentença declaratória, a que preceda audiência do viuvo; porque esta regra se observa sempre que se trata de imposição de penas, por muito

III) Dos effeitos do inventario.

§ 82 O inventario solemne evita a confusão dos bens próprios do herdeiro com os do defuncto •, e d'ahi resultão muitos effeitos, sendo os principaes e mais importantes:

1.º) Que o herdeiro deixa de ser obrigado aos credores e legatários além das forças da herança (568);

2.º) Que pode ò herdeiro pagar integralmente a divida aos credores, e entregar o legado ao legatário, que primeiro exigir, ainda que nada mais reste da herança, sem que os outros credores c legatários possam inquietá-lo, allegando que não lhes conservou alguns bens, ou ao menos não exigio (Vaquelles á quem pagou, que prestassem fiança de restituir aos que posteriormente viessem, o que lhes pudesse tocar. Mas por praxe do nosso foro, quando o herdeiro sabe que ha outros credores e lega-

que se incorra *ipso facto*; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n. 16.; Cald. de Renovat. Empbyt. Quest. 11. n. 7, 8.; Quest. 20. n. 4, 5.

Não é necessário, porém, que essa pena seja proferida em vida do cônjuge, basta que a acção chegasse á ser com elle contestada; Ass. de 20 de Julho de 1780.; Borg. Cara. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 27. § 235. n. 22.; Reynos. Observ. 40; Oliveir. de Mun. Provis. Cap. 2. add. 15.

(568) Cod. Liv. 6, tit. 30. fr. 22.; Valasc. Cons. 52. n. 35; Partit. Cap. 7. n. 3.; Portag. de Donat. Liv. 3. Cap. 19. n. 22.

tarios, sempre exige fiança para remover de si a presumpção de dolo (569);

3.º) Que, não havendo dinheiro na herança, pode o herdeiro satisfazer aos credores e legatários com os próprios bens da herança, ainda que se lhes deva em quantidade, sem que possa exigir a venda desses bens para seu pagamento. E' somente n'este caso especial que paga-se ao credor com coisa diversa d'aquella á que tinha direito, salvo havendo comprador que queira comprar os bens, pagando as dividas e legados, e desonerando ao herdeiro da evicção (570);

4.º) Que tem direito o herdeiro de haver pelos bens da herança o pagamento de todas as despezas que fez, não só com a ultima enfermidade do defunto, como também com o funeral e com as cousas hereditárias; e bem assim o pagamento da divida que antes lhe devia, conservando salvas e illesas as suas acções (571).

Da prova que resulta do inventaria.

§ 83 Contra o inventariante prova plenamente o inventario que todos os bens n'elle descriptos es-

(569) Valasc. Cons. 52. n. 38; Peg. For. Cap. 11. n. j 53, 65; Ghierr. Trat. 1. Liv. 3. Cap. 8. n. 78. 114.

^570) Valasc. Cons. 52. n. 39.; Peg. For. Cap. 11. n. 50.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 9. n. 92.

(571) Valasc. Cons. 52. n. 43.

tavão no domínio e posse do defunto ao tempo da sua morte (572); e contra o tutor que os bens inventariados pertencem ao pupillo, ainda que sejam seus próprios, se consentio, sem protesto, que fossem descriptos (573).

O inventariante que, por erro, descreveo no inventario, como não devia, bens seus próprios, ou alheios, pode ser admitido a justificar a verdade para o effeito de corrigir-se o erro (574); mas o tutor não é ouvido, ainda querendo provar o contrario; porque tem contra si a presumpção *júris et de jure* de que os bens inventariados pertencem ao pupillo (575). E á favor do inventariante e dos

(572) D. Liv. 26. tit. 7. fr. 57.; Gtterr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 4. n. 1. 2; Câncer. Var. Eesol. Cap. 2. n. 5.

(573) Cod. Liv. 5. tit. 51. fr. 13. E se deduz da resposta do Jurisconsulto Sccevola no Digesto Liv. 26. tit. 7. fr. 57.; Valasc. Oons. 52. n. 12, 14.; Mascara. Probat. Goncl. 940. n. 1. 2.

(574) Cod. Liv. 1. tit. 18 fr. 5.; D. Liv. 42. tit. 4. fr. 1.; Valasc. Cons. 52. u. 11, 14, 15.

(575) Valasc. Cõas. 52. n. 12, 13.; Mascard. Probat. Concl. 940. n. 3. A razão da differença é que o citado fr. 13 (tit. 5. Liv. 5- do Cod.) é exorbitante, e falia particularmente acerca do tutor; e por isso não deve ser applicado á outra pessoa, segundo a regra da Auth. *Quas actiones* Cod. Liv. 1. tit. 2. fr. 23. Mas isto se entende quanto aos bens moveis, e não quanto aos de raiz; Câncer. Var. llesol. Cap. 2. n. 12.; nem quando a questão, que se move contra o tutor, versa somente sobre terem sido, ou não entregues os bens ao pupillo: porque, em taes casos pode provar

herdeiros, prova o inventario solemne, que, além dos bens descriptos, não existem outros na herança; e porque esta prova funda-se em uma presumpção *júris*, impõe ao adversário o ónus da prova em contrario (576).

Mas contra terceiros que allegão e justincão que forão inventariados bens seus, e não da herança nada prova o inventario (577); "contudo para que sejam attendidos, é necessário que todos os herdeiros reconheção e confessem o direito dos reclaman-

contra o inventario, não só com escripturas, senão também com testemunhas, e até por presumpções; Mascard. Probat. Concl. 940. n. 8.

(576) Valasc. Partit. Oap. 8. n. 43. Tendo o inventariante declarado que não existem na herança outros bens alem dos que forão descriptos, não podem os outros ooherdeiros proceder no inventario contra essa declaração; mas somente por acção ordinária; e por esta razão inadvertidamente alguns juizes admittem embargos contra a partilha já feita, quando a parte articula sobre bens sonogados; porque sobre isto, e para a imposição da pena do duplo, não se procede senão por acção ordinária; e esta é a melhor praxe que ensina Valasc. Partit. Oap. 8. n. 45.

(577) Mascard. Probat. Oncl. 940. n. 9. Pelo que resulta que menos bem procedem os Juizes que decretão o sequestro sobre bens immoveis, possuidos por um terceiro» já desde o failecimentu do inventariado, somente pela razão de terem sido descriptos no inventario, quando é certo que o sequestro não pode ser decretado senão por justa causa, e nos casos_ previstos em direito; Reynos. Observ. 37.\ Cald. For. Quest. 21.

tes, para que lhes sejam entregues; e se algum herdeiro impugna a entrega de tais bens, deve o juiz remetter as partes aos meios ordinários; porque, ainda contra os herdeiros do depositário não se procede summariamente (578).

(578) Peg. adOrd. Liv. 1.tit. 87. § 4. n. 244,245.;Mendj Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 57. Os tutores e os curadores dos orphãos devem ter muito zelo pela fazenda de seus pupillos, quando se trata de questões d'esta ordem, não] sendo fáceis em concordar na entrega de bens reclamados por um terceiro, nem fazendo opposição injusta, e infundada para a entrega de bens alheios, sujeitando d'ess'arte os seus pupillos á letigios e despezas denecessarias.

CAPITULO SEGUNDO**DOS MODOS PORQUE SE INSTAURA O
INVENTARIO.***A) Por officio do juiz.*

§ 84 Logo que o juiz dos Orphãos tenha conhecimento de alguma herança *pro indiviso*, compre-hendida em algum dos casos referidos no § 80, deve expedir portaria ao Escrivão, ordenando-lhe que cite ao cabeça de casal, ou á pessoa que estiver na posse dos bens, para comparecer e prestar em suas mãos o juramento de inventariante, no prazo que lhe fôr assignado ■ e outro sim fazer a declaração de todos os herdeiros, e dos bens da herança, sob pena de sequestro e as mais das leis (579). Feita a citação, se o citado comparece, mas, debaixo de juramento, declara que não é cabeça de casal, negando que possua bens da herança de que se lhe pede partilha, cessa todo o procedimento ulterior, ficando no entretanto sugeito ás penas da lei pelo perjúrio, se fez negação contra a verdade (580).

Do mesmo modo se procede, quando algum lher-

(579) Ord. Liv. 1. tit. 88. §§ 4, 7, 8,; Liv. 4. tit. 96. §§ 12, 13; Menez. Juiz. Divis. Cap. 1. § 4. Esta citação é acusada em audiência pelo Escrivão ou pelo curador Geral.

(580) Menez, Juiz. Divis. Cap. 2. § 4.

deciro nega com juramento, que tem bens doados, que deva conferir (§ 105). Tomando-se por termo a negação, fica a parte á quem interessa com o direito salvo para demandar por acção ordinária de sonegados (§ 60) (581).

Contudo constando evidentemente que ha malícia na negação, deverá o juiz, justificada a suspeita, proceder logo á sequestro nos bens moveis para evitar o descaminho; mas isto se practica somente quando a malícia é publica e notória, e não havendo por onde se possa reparar o extravio, sendo pedida a partilha dentro de um mez depois da morte do defunto, cmquanto não são distrahidos os moveis (582).

Não comparendo o citado, pode o juiz constrange-lo pelos meios legítimos (§ 92. n. 5.) (583). E quando comparece, reconhecendo que é possuidor da herança e que ha outros herdeiros com direito á partilha, o juiz defere juramento ao citado para

----- ^
(581) Menez. Jniz. Divis. Cap. 2. g 4.

(582) Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. g 4.

(583) O sequestro é o meio mais efflcaz de compeliu* o cabeça de casal á comparecer perante o juiz para dar bens á inventario e partilhas; mas este meio, como exorbitante, não deve ser empregado senão com muita prudência, e nos casos em que a necessidade o justifique. Também pode o juiz julgar a notificação por sentença e proceder a revelia, ou nomear outro cabeça de casal para descrever os bens*, Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Jfot. 60,

fazer a descrição dos bens e declarar quaes são os herdeiros (584).

B) A' requerimento de parte»

§ 85 Faz-se o inventario á requerimento de parte sempre que a herança está *pro indiviso*, e algum dos herdeiros quer sahir da communhão.

Se o cabeça de casal, sendo citado para dar partilha, comparece na audiência aprazada, e reconhece ao autor como herdeiro, e com direito á haver da herança a parte que pede, o juiz lhe defere o juramento e procede nos mais termos do inventario e partilhas. Mas se não reconhece o autor com direito á herança de que pede participação ou tem contra elle alguma excepção, pode pedir vista para deduzir o seu direito pela forma que dissemos no § 57:, c o juiz, tomando conhecimento da defesa offerecida pelo cabeça de casal, delibera á final, ou remetten-do as partes aos meios ordinários, ou differindo o inventario, quando obste alguma razão, ou mandando proceder no feito*, e n'este ultimo caso toma o juramento ao cabeça de' casal, e procede nos mais termos do inventario (585).

(584) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Per. de Carv. § 26.

(585) Se as mesmas pessoas possuem moitas heranças em commum, posto que lhes tenlião sido defiridas por títulos diversos, podem pedir a partilha de todas essas heranças em um único juizo divisório; D. Liv. 10. tit. 2. fr.

25. § 3; Liv. 17. tit. 2. fr.'52. § 14. Esta regra exten-de-se ainda ao caso em que duas pessoas são herdeiras em commum de Pedro e de Paulo, e um terceiro também o é do primeiro, sem que o seja do segundo, podendo proce-der-se á partilha entre os trez em um só juízo: porque é inútil fazer-se por muitos juízos aquillo que pode conse-guir-se por um só; D. Liv. 10 tit. 2. fr. 25. §2 3, 4.

Contudo é livre ás partes pedir a partilha tão somente d'uma das heranças, ficando a outra *pro indiviso*; Brunem, ad Pand. Liv. 10. tit "2. fr. fr. 25. g 3., n. 5, 6. Portanto fallecendo um dos irmãos herdeiros, antes de feita a partilha da herança paterna, e devendo succeder ao defunto os outros co-herdeiros, quer por testamento, quer a&l *intestação*, procede-se regularmente no inventario, carregau-do-se todos os bens, assim do pae como do irmão prede-funto, e fazendo-se uma só partilha, não obstante serem duas heranças distinctas; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 4. n. 17, 18, 19. Porém Arouca Alleg. 8. n. 10. é de opinião que, no caso previsto, não podendo constai* qnaes os bens que pertencem á uma ou á outra herança, é necessário que se faça o inventario e a partilha de cada herança em processo separado; e esta mesma opinião segue Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 85.

CAPITULO TERCEIRO

I) DO CABEÇA DE CASAL

A) *Quem fica na posse da herança para dar partilha.* I H

§ 86 No regimem da communhao, fallecendo um dos cônjuges, fica o cônjuge sobrevivivo na posse dos bens e cabeça de casal para que, das mãos delle, os herdeiros e legatários recebem seus quinhões hereditários e legados (586); mas com esta differença que o viuvo continua a posse velha que já tinha na constância do matrimonio (587), e a viuva entra na posse dos bens do casal pelo beneficio da lei (588). E quando fallece o viuvo ou viuva ou qualquer outra pessoa, deixando herdeiros necessários, entra na posse dos bens da herança, como cabeça de casal, o filho ou filha mais velha ou outro descendente, que se achar na casa do defunto, sendo maior de 21 annos e capaz de administrar a casa e fazenda do defunto (589)-, e se nem um dos filhos

(586) Ord. Liv. 4. tit. 95.; tit. 96. *i* 9.; Valasc. Patit. Cap. 8. n. 57.; Arouca Alleg. 48. n. 24.; Mello Freir. I Liv. 3. tit. 12. 5 6.

(587) Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 8. segg. ; Maced. Decis. 100.

(588) Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Valasc. cit. n. 12. segg.; Cons. 111. n. 2, 4.; Cons. 180; Gama Decis. 97.

(589) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 14; Valasc. Partit. Cap. 4. In. 13.

ou outros herdeiros preocupa a posse de todos os bens, mas cada um se tem empossado d'umá parte d'esses bens, deve qualquer d'elles ser mantido na posse que preocupou, sem que possa ser expellido d'ella pelos outros coherdeiros (590). E em falta de herdeiros nas condições ditas, serve de cabeça de casal o testamenteiro ou o interessado de maior probidade, á arbitrio do juiz (591).

Não havendo testamenteiro no lugar, nem herdeiro presente, e tenha-se de fazer arrecadação da herança, como jacente, serve de inventariante o curador das heranças jacentes-, e na falta d'elle, nos lugares em que não ha juramentado, o juiz nomeia uma pessoa idónea (592).

B) Da viuva cabeça de casal,

§ 87 A viuva, ainda no caso de ser putativo o seu casamento (593), adquire a posse dos bens do casal independentemente de algum facto seu, como um remédio que lhe concede a lei para que, depois da morte do marido, não seja facilmente esbulhada

(590) Ord. cit. §9; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 14.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 7.

(591) Per. Souz. Liv. Civ. Not. 1021.

(592) Reg. de 27 de Junho de 1845 art. 3. § 3.

(593) Valasc. Partit. Oap. 6. n. 17.; Gama Decis. 89.; Barb. ad Ord. Liv. 4. tit. 46. § 1. n. 2.; Pedr. Barb. in Leg. Si cum dotem § fin. n. 12, 13. D. Solut. matrim.

(594); e a conserva, posto que passe á segundas núpcias (595), exereitando-a sobre todos os bens do casal, sem exclusão d'aquelles que lhe forão obrigados pelo marido por alguma divida, até que seja paga ou determinado que não deve ter a tal posse (596); e estende-se 'ainda acerca dos bens alheios que, na constância do matrimonio, forão melhorados, até que sejião pagas as bemfeitorias (597).

Por effeito d'esta posse, compete á viuva, em qualidade de inventariante, a descripção dos bens

(594) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1; Valasc. Partit. Cap. 6. ,n. 13. Contudo por virtude desta Ordenação, não pode a viuva cabeça de casal, por autoridade própria, empossar-se dos bens da herança de seu finado marido, achando possuídos por um terceiro •, mas deve recorrer ao juiz, usando dos remédios, possessórios legaes, que são os interdictos recuperatorios, como esbulhada da posse em que ficou dos bens do casal, desde o instante do fallecimento de seu marido, salvo se quizer desforçar-se logo nos termos de direito; D. Liv. 43. tit. 16. fr. 3. § 9.; Ord. Liv. 4. tit. 58. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 10.; Cons. 88. n. 5.

(595) Valasc. Partit. Cap. 6. n. 60, 61.; Gama Decis. 105.; G-ueiT. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 17.

(596) Ord. Liv. 4. tit. 95' § 1. in fine.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 27.

(597) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 2.; Gama Decis. 4. n. 333. O valor das bemfeitorias avalia-se segundo o tempo em que forão₄ feitas; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 24., e não se compensa com os fructos percebidos, pelo possuidor em vida; Valasc. Partit. Cap. 6 n. 26.

no inventario, e o uso dos interdictos possessórios *retinendce vel recuperandce possessionis*, contra qualquer que a perturbe no exercicio da sua posse, posto que seja algum dos herdeiros (598).

Contudo a posse da viuva Mo opera outros effeitos que não sejam os declarados na lei; e por isso não pode a viuva inventariante, em nome dos herdeiros, demandar e ser demandada pelas dividas da herança, os quaes devem ser citados e ouvidos em taes casos; e assim observa a praxe (599).

Deixa, porém, a viuva de ser socorrida com o remédio da posse:

1.º) Quando o seu casamento não foi contraindo

(598) Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 5.; Cons. 88, 111. n. 19.; Cons. 180; Gama Decis. 4. n. 1.; Decis. 33. n.1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 10. A viuva pode usar deste interdicto ainda depois de trinta annos; Phoeb. Part. 2. art. 12.

(599) Valasc. Partit. Cap. 6 n. 14. Entendem, porém, alguns escriptores, fundados na doutrina do mesmo Valasco Cons. 128. n. 2. e Cons. 38. pr., que a citação dos herdeiros é necessária somente nas acções já começadas com o marido predefunto; mas não quanto ás acções novas, em quanto se não faz a partilha, sendo bastante neste caso a citação da viuva cabeça de casal; e que assim se deve entender o mesmo escriptor; Phoeb. Part. 1. aresto 1.; Macedo Decis. 100. n. 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 15.; Cap. 7. n. 54.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. § 288. n. (3) Mas a opinião que me parece mais sã é a que sustenta a generalidade de doutrina no cit. n. 14. Cap. 6. de Partit.; Per. de Carv. Lin. Orph. § 29.

segundo o costume do Império, mas conforme o direito commum, com o pacto de ser restituído o dote depois de ser dissolvido o matrimonio, e com promessa de arras (600), salvo acerca dos bens em que por virtude do contracto antinupcial devem ser meeiros o marido e mulher (601), e bem assim quando no instrumento do contracto dotal se pôz a clausula: Que por morte do marido, fique a mulher na posse e cabeça de casal, como se fora casada por carta de metade (602)-, mas em falta d'esta clausula no contracto, não havendo bens no casal que lhe sejam devidos, além do dote, pode reter os bens do marido até que seja paga do dote (603>

2.º) Quando o matrimonio não foi consummado por copula carnal (604);

(600) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3.; Molina de Just. Trat. 2. Disp. 245. e %22.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 35, 36, 37.

(601) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 35.; Molina de Just. Disp. 322.

(602) Valasc. Partit. Cap. 6. n. 42.

(603) Valasc. Partit. Cap. 6. n. 38.; Molina de Just. Disp. 442. Este direito de retenção parece livre de duvida, considerando-se que o privilegio da posse concedido ás viúvas, por virtude da Ord. Liv. 4. tit. 95. § 3., é diverso da retenção dos bens para segurança do dote > porque não tem os mesmos effeitos; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 41.

(604) Ord. Liv. 4. tit. 95. pr.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 95. pr. n. 5.; Valasc. Partit. Cap. 6. n. 16.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap, 12. n. 39.

3.º) Quando a mulher, tendo sido accusada pelo marido por adultério, ou em outra demanda, negou ser casada com elle, e por sua negação fora absolvida da accusação ou da acção (605);

4.º) Quanto aos bens de prazo em que ella não fosse nomeada (606); salvo se o marido e a mulher comprarão esses bens na constância do matrimonio, ou n'elles fizerão bemfeitorias, ou quando, por algum contracto, estejam obrigados á mulher pelo marido ou *vice versa* com o consentimento do senhorio (607);

5.º) Se ao tempo da morte do marido vivia desligada d'elle por sentença de divorcio com separação de bens (608).

(605) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 5.; Molina de Just. Disp. 422- vers. *quando mulier*; Guerr. Trat. 2. Liv. 6, Cap. 12. n. 44.

(606) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 45.

(607) Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 6' n. 21.

(608) Se ao tempo da morte do marido vivia a mulher separada d'elle por sentença de divorcio *quod thorum et cdh-titatoncm*, mas não quanto aos bens, duvidão os jurisconsultos, se em tal caso ainda ella pode gozar do privilegio da Ord. Liv. 4. tit. 95. § 1. Fundados na generalidade da citada Ordenação, ibi: *se com ella vivia teuda e mantendo*,[^] G-ama na Decis. 97. e outros e[^]criptores, sustentão, por argumento á *contrario sensu*, que a separação dos cônjuges por sentença no juizo Ecclesiastico, exclue á mulher do be-

C) Do herdeiro cabeça de casal.

§ 88 Estando vaga a posse da herança pode o herdeiro se empossar d'ella por sua própria autoridade; mas estando occupada por um terceiro, ainda que seja um injusto possuidor, ou mero detentor, não lhe é licito occupa-la, sem que previamente seja esse terceiro citado e obrigado judicialmente á largar a posse por meio dos interdictos possessórios (609). Esta regra de direito prevalece ainda depois do Alvará de 9 de Abril de 1754, que fez passar ao herdeiro a posse civil com todos os cffeitos da natural*, porque a disposição d'este Alvará entende-se *ordine servato*. E nem se lhe pode dar outra

neficio desta lei, quer tivesse ella dado causa á separação quer o marido. Porém a interpretação da lei com esta generalidade traz o absurdo de snguitar a mulher á perda de um direito, sem ter feito erro, pela culpa do marido, o que não pode ser a intenção da lei. Portanto aquelle argumento deve prevalecer somente no caso de nm e outro cônjuge ter dado causa a separação, como muitas vezes acontece*, mas não quando estão separados por juizo da Igreja, e sem culpa da mulher-, Valasc. Partit. Cap. 6. n. 48. á 50. E quando por eifeito da sentença de divorcio procede-se á divisão dos bens no juizo civil, extinguindo-se dess'arte a communhão, cessa então toda a duvida, quer a mulher tenha dado causa ao divorcio, quer não; porque em todo o caso não pode a viuva ficar em posse e cabeça do casal; Barh ad Leg. Solut. matrim. D. Part. 2^a Rubr. n. 59, 60.

(609) D. Liv. 41. tit. 2. fr. 23. pr.; Ord. Liv. 4. tit. 58. g 3.; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 1.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 5.

interpretação, considerando-se que nos países em que vigora o mesmo direito, a posse já occupada por um terceiro, quer em vida, quer ao tempo da morte do defuncto, não se transfere ao herdeiro, para o effeito de poder have-la por si mesmo-, porque se aquelle, em cujos direitos succedeo, não podia, em sua vida, recobrar a posse, sem usar dos remédios possessórios, também o herdeiro, para o mesmo effeito, carece do mesmo remédio (610).

(610) No direito antigo o remédio que tinha o herdeiro legitimo ou escripto para haver a posse da herança era o interdito *Adpiscenâce*; *Coà.* Liv. 6. tit. 33. fr. 3.; porque a posse, por direito Romano, não passava aos herdeiros em quanto corporalmente a não apprehendião; *Dig.* Liv. 41. tit. 2. fr. 23. pr.; fr. 30. g 5. Este interdito, porém, ficou inútil depois do Alv.de 9 de Novembro de 1854; e *Ass.* de 16 de Fevereiro de 1786, que fez transmissível ao herdeiro a posse civil do defuncto com todos os effeitos da natural.

Portanto, por virtude do Alvará e Assento citados, em quanto se acha vaga a posse dos bens hereditários, podem os herdeiros legítimos ou escriptos, entrar na posse d'esses bens por autoridade própria; e quando não queirão entrar por si na posse da herança, podem recorrer ao Tabellião para empossa-los, mostrando-lhe o testamento; *Ord.Liv.* 4. tit. 58. § ult. E se depois da morte do defuncto, alguma pessoa se metter primeiro na posse de toda, ou de parte da herança, pode o herdeiro desforçar-se logo nos termos da *Ord.* Liv. 4. tit. 58 § 2., ou usar do remédio da manutenção, não se dando por esbulhado ou espoliado; *Alm. e Souz. Interd. Poss. Part.* 2. Cap. 4 § 47; *Morgados* Cap. 13. § 4; *Fascis.* tom. 2. *Diss.* 8. § 34.

Mas se um terceiro, em vida do defuncto, havia occupado a posse não é licito ao herdeiro recorrer & estes meios para

E quando estiver vaga a posse da herança, e um dos herdeiros tiver receio de ser previnido por outro, deve, com a possível brevidade, empossar-se delia, ou por sua própria autoridade, ou recorrendo ao juiz para empossa-lo; porque mettendo-se na posse por um d" estes meios, não será mais distituido, sem que seja demandado e convencido por acção competente. Mas se muitos ao mesmo tempo pretendem a posse, e nem um consegue-a pelo modo que fica dito, deve o juiz informar-se por justificação summaria acerca de quem melhor direito tenha, e empossar aquelle que estiver em condições mais vantajozas, usando de um prudente arbitrio. Se houver, porém, receio de que os contendores recor-rão aos meios violentos, por serem poderosos e rixosos, convém, para evitar as rixas e arruidos, que se faça sequestro na herança, e nos seus rendimentos, até que o herdeiro á quem de direito pertence

se empossar dos bens da herança; contudo pode usar da acção de esbulho, fundando-se na posse civil, por isso que esta tem os effeitos da natural; Arouca á Lei 7. D. de legat.n. 9.; Guerr. Trat. 3. Liv. 6. Cap. 42. n. 14.; Alm. Souz. Trat. dos Praz. § 1304. E a razão é que a posse civil com os effeitos da natural, que, por virtude da lei, passa ao herdeiro logo depois da morte do defunto, não deve prevalecer contra a posse verdadeiramente natural, sem que primeiro seja ouvido e convencido aquelle que a tem; Valasc Cons. 191.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 10. § 3.; Mello Freir. Liv. 4. tit. 6. § 32; Valasc. Partit. Cap. 3. n. 5; Molina de Primog. Part. 3. Cap. 12. n. 7.

a posse obtenha sentença á seu favor (§ 92. n. 7.)
(611). *1

Portanto, se, por morte do pae ou da mãi, um filho ou filha estiver em posse dos bens do defunto, será esse filho ou filha quem deve permanecer como cabeça de casal, e dar partilha de suas mãos, aos outros herdeiros (612), não podendo os outros irmãos ou herdeiros pedir a posse simultânea dos bens da herança (613). Esta disposição da lei, por ser geral, convém que seja observada acerca de quaesquer herdeiros do defunto, quer sejam filhos ou estranhos (614), quer sejam do sexo masculino ou do femenino*, porque é certo em direito que, na matéria de que se tracta, a denominação de *filhos* comprehende também as filhas (615).

Entende-se que fica em posse e cabeça de casal o filho ou filha, ou herdeiro que, depois da morte, do pae ou da mãi, entrou logo na administração da casa, como possuidor, practicando todos aquelles actos pelos quaes se exerce a posse, assim como chamando á si as chaves da casa e dos armários, distribu-

(611) Ord.Lív. 4. tit. 95. § 2.; Valasc.Partit. Cap. 3. n. 2.1; Cons. 191. n. 38.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 7.

(612) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.

(613) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9. 15, 22; Valasc. Partit* Cap. 4. n. 14.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 15. n.!^B"

(614) Valasc. Partit. Cap. 4. n. 3.

(615) Valasc. Partit. Cap. 4. n. 4, 5.

indo o sustento e o serviço aos escravos e aos criados. Não basta que elle estivesse na casa do defunto durante o tempo do funeral e do luto, ainda é preciso apprehensão da posse (616) } mas não é necessário que faça apprehensão em cada um dos bens existentes na casa ao tempo da morte para que se entenda possuidor de todos os bens da herança*, porque seria grande vexação o exigir-se para este effeito a posse corporal de todos os bens, e prédios da herança (617).

Mas se nem um dos herdeiros preocupou a posse de todos os bens da herança, apossando-se cada um d'uma parte d'elles, em tal caso, devem ficar os bens da herança, assim possuídos por partes, até que se faça a partilha (§ 86) (618).

II) Dos deveres do cabeça de casal. A) Em geral.

§ 89 A posse do cabeça de casal sobre os bens da herança *pro indiviso*, não tendo outra razão de ser que não seja a conservação d'esses bens com todos os seus rendimentos, em quanto não são partilhados entre os herdeiros, sugere-o:

(616) Valasc. Partit. Cap. 4. n. 10.

(617) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 15.; Valasc. Partit. Cap 4. n. 13.

(618) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 14.

1.º) A' comparecer perante o juiz, depois de notificado, para prestar o juramento de inventariante, e dar os bens á inventario (619);

2.º) A' abreviar e não dilatar a partilha, abs-tendo-se de mover duvidas em juizo, quer antes, quer depois de começado o processo (620);

3.º) A' conservar em bôa guarda todos os bens da herança, e administra-los com o zelo e cuidado de um bom pae de família (621);

(619) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Liv. 4. tit. 96. | 2. A notificação se faz depois dos nove dias do nojo; Ord. Liv. 3. tit. 9. § 9.; mas este prazo foi reduzido a 8 dias pela lei de 17 de Agosto de 1761 § 3. O juramento deve ser prestado pela própria parte e não por procurador; G-uerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 8. n. 15.; Alm. Souz. Fase. de Diss. 1.; e deferido pelo juiz; Guerr. citado n. 8.; Peg. | Jur. Pract. Diss. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. | 8. n. 12.

(620) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 12. B não se acabando a partilha dentro de um aiino, procede-se a sequestro na herança, salvo sendo por culpa dos outros herdeiros; cit. § 12.

(621) Durante o inventario, o cabeça de casal não exerce sobre os bens da herança senão o direito de administração; porque nem a viuva, nem o herdeiro, tem domínio sobre cousa certa; mas somente, em razão da commun-hio, uma parte na mínima parte d'esses bens; porisso não pode fazer alienação dos bens da herança, nem pagar dividas sem autorização do juiz; Peg. For. Cap. 11. foi. 816. Mas se, contra o direito, o cabeça de casal fizer alienação dalguns bens, devem ser descriptos no inventario, e computados na sua meia acção ou legitima, par seu justo valor; Valasç, Oons. 69. n. 23, 24. (§ 56 n. 1.).

4.º) Fazer a descrição de todos os bens da herança para serem avaliados e partilhados, depois de citados todos os herdeiros (622);

5.º) A dar conta de todos os rendimentos que produzirem os bens para serem igualmente partilhados entre os herdeiros, ainda que sejam provenientes de negociações que fizesse com os bens da herança *pro indiviso* (623);

(622) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Valasc. Partit Cap. 7. n. 16.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 9. E a lei assim estabeleceu, não em favor do possuidor dos bens da herança, mas para que se evite, quanto for possível, que a partilha se faça por partes, acautelando-se o prejuízo que possa ter algum herdeiro; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 16. O dar bens a inventario é atribuição privativa do inventariante; nem um outro herdeiro tem direito de descrever bens no inventario, ainda que notoriamente pertençam a herança; mas não lhe compete a descrição dos dotes que os herdeiros receberão; porque estes os devem descrever por si mesmos, debaixo de juramento; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 63, e 119. (§ 105 e 109). Se os filhos e netos não houverem bens para a collação, não ha disputa no inventario, toma-se o termo de declaração debaixo de juramento, com a comminação das penas da lei; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 10. Se o inventariante não descreve exactamente todos os bens, incorre nas penas da Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9., quer seja o pae, ou a mãe, ou um estranho; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 42. (Veja-se o § 60).

(623) Arouca Alleg. 24. n. 2, 10. Nem é permittido dispensar-se ao cabeça de casal de dar conta dos rendimentos da herança, compensando-se aos outros herdeiros com a posse e rendimentos dos mesmos bens por igual tempo; porque a disposição alternativa da Ord. Liv. 4.

6.º) Usar do remédio da manutenção e de qualquer outro interdito contra o estranho ou herdeiro que o perturbe na posse dos bens da herança (624).

B) Em parteular. j

1) D© juramento.

§ 90 O juramento deve ser deferido ao cabeça de casal pelo juiz em pessoa encarregando-lhe que, cm bôa consciência, declare e descreva todos os bens, dando á inventario os moveis com os signaes que os distinguão, e os de raiz com as suas confrontações, e com declaração do lugar em que estão para serem conhecidos á todo o tempo, c não haver confusão ou duvida acerca d"elles*, e bem assim todas

tit. 96. S 10., tem somente lugar quando não existem outros rendimentos percebidos, e o herdeiro responsável é insolvente, alias não terião fim as partilhas, contra o preceito da Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 12, 22.; Valasc. Partit. Gap. 4. n. 15.; Cap. 22. n. 5. Mas não é obrigado á dar partilha dos rendimentos que podião ser percebidos da casa que habitou durante o inventario, por ser cousa com-mnm, em que tinha parte, salvo se essa casa costumava andar de aluguel, e o cabeça de casal, habitando-a, obstou que desse rendimento; Valasc. Partit. Cap. 4. n. 16- segg.; Égyd. in Leg. exhoc jure Part. 1. Cap. 6. n. 31, 32.; Cald. de Empt. Cap. 9. n. 19.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Gap. 7. n. 16, 17. B levão-se-lhe em conta as despesas úteis e as necessárias que fizer, mas não as voluptuosas ou de mero luxo; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.

(624) Ord. Liv. 4. tit. 95. pi\; Per. Souz. Lin. Giv Not. 1021.

as dividas que deverem aos orphãos c herdeiros, ou em que elles forem devedores á outrem (625), o quaes as cousas alheias que ha no casal e forem achadas, dizendo cujas são; e outro sim as escripturas c títulos que pertenção ao casal, com o nome do Tabellião, o dia, mez e anno, e o que contêm cada escriptura, para se saber á todo o tempo quaes e quantas ficarão, e para o cabeça de casal inventariante ou o tutor dar conta d*ellas (626). E accoi-tando o juramento, fica o inventariante sugeito ás penas de perjuro, de sonegados e as mais das leis, pelas ommissões ou faltas em que fôr achado (§ 60) (627).

N*este termo declara o Escrivão o dia. mez el anno e o lugar em que fôr prestado o juramento; e para authenticidade do acto, assigna o juiz com o inventariante.

%) Da» primel/ras declarações.

§ 91 Lavrado e assignado o termo de juramento, logo em seguida o escrivão estende um outro termo, em que o inventariante declara o dia, mez

(625) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 8. n.12.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 8. n. 8,15.; Alm. Souz. Fase. Diss. li

(626) Ord. Liv. 1. tit. 88. .§§ 4, 6.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 321.

(627) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Gama Decis. 122, 148.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 36. segg.

e anno em que falleceo o defunto (marido ou mulher &c.) e quantos filhos ou outro? descendentes deixou, fazendo-os bem conhecidos por seus nomes idades, sexo, estado e profissões, e bem assim se são emancipados, dementes ou ausentes; e no caso de não ter descendentes, quaes sejam os ascendentes, e na falta d'estes quaes sejam os seus parentes trans-versaes mais chegados, que devão ser herdeiros de modo que não possa haver duvida sobre a identidade da pessoa; e finalmente se o defunto fez testamento para se juntar uma copia d'elle aos autos do inventario.

Feitas estas declarações, o juiz ordenará ao escrivão que cite á todos os herdeiros e interessados e ao Curador Geral para proceder-se na primeira audiência á louvação de louvados que avaliem os bens da herança. N^este mesmo acto nomeará tutor aos menores, se ainda não tiverem, ao menos interinamente, até que melhores informações hajão para a nomeação definitiva, que ordinariamente se faz depois de findo o inventario e sentenciadas as partilhas (628).

III) Do sequestro da posse em que está ■ o cabeça de casal.

§ 92 Posto que deva permanecer a posse do cabeça de casal, em quanto não se concluem as par-

(628) Ord. Liv. 4. tit. 102. pr.; Guerr. Trat. 3. Liv. 3. Gap. 7. n. 12.; Paiva e Pona Orph. Cap. 8. n. 2.

tilhas, contudo perde elle o exercicio d'esse direito, e se faz sequestro em todos os tens da herança nos casos seguintes:

•1.º) Quando o inventariante, antes de começar á dar partilha aos herdeiros, allega algumas razões sobre que deva haver demanda (629); I

2.º) Quando depois de começar á dar partilha aos filhos ou aos irmãos, ou outros herdeiros, mova cal umniosamente duvidas que a dilatam e retardem; e se as partilhas e as duvidas não se findarem dentro de um anno, contado do dia da morte do defunto, procede-se segunda vez á sequestro (630);

(629) Ord. Liv. 4.tít. 96 § 12. A disposição d'esta Ordenação tem lugar ainda entre herdeiros de herdeiros; Phoeb. Part. 2. arest. 64.*; mas não entre sócios que fazem partilhas, nem entre donatários ou cessionários dos herdeiros; Phoeb. Part. 2. arest. 63., nem quando as partilhas são pedidas por via ordinária, em acção de libello; Phoeb. Part. 1. arest. 90.

(630) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 12.; Valasc. Cons. 79. n. 17.; Reynos. Observ. 37. n. 26.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 52. A razão da lei é que no juízo divisório evitão-se todas as questões de alta indagação, remettendo-se as partes aos meios ordinários, para que se proceda desembaraçadamente na divisão ou partilha e sua execução; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.; Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 267., alias dar-se-hia occasião á que os herdeiros ou sócios fossem privados contra sua vontade do uso da parte que têm na cousa commum, contra o preceito da Ord. Liv. 4. tit. 96. 85 11, 12, 22, 23.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 61.

3.º) Quando o cônjuge sobrevivente allega alguma razão pela qual conclua que lhe pertencem alguns bens que estão na posse do defunto; e haja receio que por essa causa se levantem rixas e desordens entre os herdeiros (631);

4.º) Quando não fez inventario no prazo legal; porque, em tal caso, milita contra elle a suspeita de delapidação, que é a base do sequestro (632);

5.º) E quando não comparece no termo que se lhe assigna para prestar o juramento de inventariante (633);

(631) Ord. Liv. 4. tit. 95. g g 2. 3.; Guerr. Trar. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 56. Estes sequestros não se suspendem, nem ainda mediante fiança, como declara a Ord. Liv. 4. tit. 96. g 13.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 54.; Repert. verb. *Juíz das partilhas fax sequestro* Nota (d), nem privão ao possuidor da sua posse; porque as palavras da citada Ordenação do Liv. 4. tit. 96. § 12. ibi: *Será tirada da posse da herança*, se entendem quanto a posse que importa detenção corpórea, e não quanto á verdadeira posse; Oald. Quest. Eor. Cap. 21. n. 4.

(632) Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 60; Cald. Quest. Por. 21. n. 33.

(633) Não comparecendo no termo assignado para prestar juramento de inventariante, julga-se a notificação por sentença; e então, ou se procede á revelia, ou se nomeia outro cabeça de casal para descrever os bens; e assim observa a praxe; Aviso de 21 de Janeiro de 1867; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 60. ao § 25.; Per. e Souz. Lin. Civ. Nota 1021; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 31. in fine (§83).

6.º) Quando teme-se a dilapidação dos bens da herança (634):,

7.º) Quando muitos herdeiros ao mesmo tempo pretendem a posse da herança, sem que algum a consiga, o haja receio de que os contendores recor-rao â meios violentos, por serem poderosos e rixosos (§ 86).

(634) Para que o juiz proceda á sequestro n'este caso, não basta uma simples allegação de dilapidação, é preciso que ella seja satisficientemente provada; Gruerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 12. n. 59.; Keynos. Observ. 39. n. 44.



* / , r

CAPITULO QUARTO

DOS ACTOS DO PROCESSO DO INVENTARIO

SECÇÃO PRIMEIRA . 2s^

DA CITAÇÃO /c^ . £ s 2-f - 2.2. ?S? Citação

o que seja. Suas espécies. /l

§ 93 Citação é o chamamento d'uma pessoa á juizo por mandado do juiz competente, á requerimento de parte interessada ou *ex officio* para algum acto judicial; e faz-se por simples despacho, por mandado, com hora certa, por precatória e por Éditos (635).

A citação é o fundamento do juizo, e uma das solemnidades indispensáveis d'elle em todas as causas ordinárias, summarias e summarissimas (636), e ainda no juizo *familice eriscundce* (637). Portanto para o inventario e partilhas devem ser citados todos os herdeiros se estão presentes em lugar certo

(635) Praxe Brás. §§ 105, 109.

(636) Instit. Liv. 4. tit. 16. § 3.; Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 87. § 1.; Barb. in Leg. Si quis posteaquam D. Jud. n. 26.

(637) Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 1, 2.; Molina de Just. Disp. 245. n. 3.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 8.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. S 4.

e sabido, onde bem possilo ser citados (638). Mas se algum dos herdeiros está presente e outros ausentes, sem que possam ser assim citados, por ser o lugar em que residem muito remoto ou de defícil accesso, nestes casos faz-se o inventario e as partilhas independentemente da citação dos ausentes sem prejuízo d'elles (639). E assim n*estes, como no caso de existirem ausentes em lugar incerto e não sabido, não é admissível a citação edital; porque a lei requer, como condições para a citação dos ausentes, que estejam em lugar certo e sabido, e que bem possam ser citados; e por isso, faltando uma destas condições, não é admissível a citação (640).

(638) Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 2. 3. ibi: *onde quer que este*; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 1.; Coelho da Bocha § 488.

(639) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 10.; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 79.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 4. Posto que Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4- n. 55.; Phoeb. Part. 1. Arest. 28, e outros sustentem que, achándose algum dos herdeiros em lugar certo, mas ou muito remoto ou de defícil accesso, pode-se proceder ao inventario, ficando sobrestada a partilha, até que sejam citados todos os ausentes; todavia esta praxe, além de ser contraria á disposição expressa da Ord. Liv. 4, tit. 96. § 2., ainda pode ser prejudicial aos herdeiros presentes, ficando privados portanto tempo do gozo de seus bens; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 11.

(640) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 2.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 80. Alguns escriptores, G-uerreiro Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 19. e outros, pensão como cousa certa que no caso de ausência de algum dos herdeiros em lugar incerto

E quando fallece alguma pessoa, cujos bens devão ser considerados como de defuntos e ausentes, na forma das leis e Regulamentos do Governo (641), , procede-se logo pelo juízo dos Orphãos e ausentes á nomeação d'um curador á esses bens, e á arrecadação e inventario d'elles, providenciando-se mais ai respeito da administração e apuração do mesmos (642).

Da vequesitoa da citação para o juízo das partilha*.*

§ 94 A citação tem requisitos internos e externos. Os requisitos internos da citação para o inventario e partilhas são: 1.º o nome do juiz e o da pessoa que a requer e o dos herdeiros que devem ser citados (643)-, 2.º a causa e o fim para

e não sabido, faz-se a citação por Éditos, justificando-se a ausência, e nomeando'se ao ausente um curador que o represente no inventario; e que as partilhas assim feitas lição firmes e valiosas. A' esta opinião, porém, resiste a disposição expressa da lei, e a doutrina de Valasc. Partit. Oap. 7, n. 13, 14.

A nomeação de um curador que falle pelo ausente no processo do inventario e partilhas, tem somente lugar nos casos previstos pelo art. 2. do Reg. de 9 de Maio de 1842 e art. 9 do Reg. de 15 de Junho de 1859.

(641) Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 1, 2.

(642) Reg. de 15 de Junho de 1859. art. 20.

(643) Ord. Liv. 3. tit. 1. § 5.; Baru. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 1. g 5. n. 6.

que se faz a citação (644); 3.º) o lugar; o dia e a hora do comparecimento (645). Os requisitos externos são: 1.º) o requerimento da parte interessada, se não fôr deliberada *ex officio* (646); 2.º) o despacho do juiz competente (647); 3.º) que seja executada por officiaes do juizo com as solemnidades leaes (648). Sendo a citação por precatória, determina-se o dia em que deve comparecer o citado perante o juiz deprecante, assignando-se-lhe um termo razoável e proporcionado á distancia; e bem assim deve conter os termos rogatórios do estylo e convenientes á autoridade á quem se depreca (649).

Das pessoas que devem ser citadas para o inventario»

§ 95 Sendo a citação o principio e o fundamento do juizo (650), e não podendo fazer-se a partilha

(644) Ord. Liv. 3. tit. 1. § 5.; Barb. cit. n. 8.

(645) Ord. Liv. 3. rit. 1. § 5.; Barb. cit. n. 13. 'No despacho para a citação declara-se o lugar, o dia e hora do comparecimento; porque o inventario é um acto extrajudicial; G-ueiT. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 6. n. 8. O prazo assignado deve ser rasoavel, e por estylo não excede de 6 á 8 dias.

(646) Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 197.

(647) Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 87. § 1.

(648) Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 198, 199.

(649) Ord. Liv. 3. tit. 1. ? 5, 18.; Liv. 4. tit. 96. 8 3. ibi.: . . o tempo que lhe fôr assignado; Praxe Brasil. § 112.; Mor. Exec. Liv. G. Cap. 1. n. 47.

(650) Instit. Liv. 4. tit. 16. § 3.; Valasc. Cons. 81. n. 1.

da herança por partes, nem mais de uma vez (651); requer-se como solemnidade substancial do juízo *família: exciscunden* a citação pessoal do cabeça do casal e de todos os herdeiros maiores que estiverem na livre administração de seus bens, e não só o marido, assim como a mulher, se forem casados segundo o costume do Império, ou tiverem parte nos bens adquiridos na constância do matrimônio (652); e na pessoa dos seus tutores e curadores, todos aquellos que por impedimento da natureza ou da lei, não podem estar por si em juízo, assim como os furiosos, mentecaptos, pródigos julgados por sentença, menores e outros á elles equiparados, com a differença de que os menores púberes são também citados em pessoa (653).

Os filhos famílias, porém, são citados na pessoa de seu pae; mas sendo púberes, são também citados na própria pessoa, nomeando-se á todos, púberes ou impúberes, um curador á lide, bem como aos que são orphãos; e assim observa a praxe, ainda no juízo das partilhas, sem que se attenda a circumstan-

(651) Valasc. Partit. Cap. 7. n. 3.

(652) Ord. Liv. 4. tit. 96. lg 2, 9, 14, 15.; Valasc Cons. 52. n. 25; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 10.; Molina de Just. Disp. 245. vers. *Quando part Mo.*

(653) Ord. Liv. 3. tit. 41. gg 8, 9.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 42.

cia de ser ou não o pae usufructuario dos bens do filho (654). Mas não é necessário que sejam citados:

1.º) Os credores e legatários de quantidade ou ou de cousa certa (655);

2.º) Os substitutos fideicommissarios (656).

Cita-se ao cabeça de casal para vir tomar juramento de inventariante, declarar os herdeiros, e descrever os bens da herança, sob pena de ser demandado por sonegados, e de sequestro (§ 90); e aos herdeiros, se forem descendentes e tiverem bens á conferir, para trazerem-nos á collação dentro do prazo que lhes íôr marcado, pena de serem demanda-

(.654) Ord. Liv. 1. tit.88. §§ 8. 9.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 42, 43, 44.; Cald. ad Leg. Si. Curat. Cod. de in ín-itegr. Restit. pr.n. 34.; Gruerr. Trat. 3. Liv. 2. Cap. 1. n. 68. Quando ha no juizo dos Orphãus um Curador Geral juramentado para todas as causas, este é quem officia como curador a lide (§ 76 e segg). ■**,

(655) Avis. de 28 de Novemb. de 1834.; Valasc Cons. 52. n. 21.; Phceb. Decis. 126. n. 5. 6.; Alm. e Souz. Not. a Mello Liv. 3. tit. 6. § 9. nota; Per. deCarv. Lin. Orph. Nota 82. Esta é a praxe do nosso foro, que tem prevalecido contra o fr. 7. tit. 50. do Cod. Liv. 6. tit. 50. in Autli. sed testator vers. *hac quoqtte aãhibila*; Peg. For. Cap. 36. n. 98.

(656) Basta que seja citado o herdeiro gravado á quem foi daixada a terça, ou uma parte dos bens durante a sua vida, não sendo necessário que o seja o substituto; porque seu interesse é secundário e de futuro; e pode acontecer que falleça em vida do gravado, ficando d'ess'árte irrito o fideicommisso; D. Liv. 35. tit. 1. frag. 79.; Liv. 36. tit. 2. fr. 4.; Valasc. Partit. Cap. 7. n. 36. *k'

dos por sonegados (§ 105)•, e á todos para se louvarem em louvados que avaliem os bens da herança e virem seguir os mais termos do Processo (§ 97).

Quando a Fazenda publica é interessada pelo pagamento da decima ou taxa de heranças e legados, deve ser também citado o Procurador Fiscal, que é ouvido como qualquer herdeiro sobre as avaliações dos bens hereditários e mais termos do inventario (657), menos se fôr somente interessada pelo pagamento do sello dos quinhões hereditários (658).

(657) Ordem de 2 de Setemb. de 1856; Reg. N.º 156 de 28 de Abril de 1842. art. 1.; Perd. Malh. Man. do Proc. dos Feitos da Faz. § 409.

(658) Perd. Malh. cit. Not. 734.



SECÇÃO SEGUNDA

Da habilitação dos herdeiros.

§ 96 Nb juízo das partilhas não se fazem habilitações dos herdeiros por artigos; porque neste juízo não ha petitório, nem condemnação*, é um juízo summario em que se tracta somente de partir bens entre herdeiros, cuja successão é reconhecida sem impugnação (659).

(659) Menez. Juiz. Devis. Cap. 2. § 36. Não ha razão alguma que justifique a habilitação por artigos no juízo das partilhas; e ainda uos processos de petitório em que ha absolvição ou condemnação, não manda a lei formar artigos, senão citar ou chamar os herdeiros d'quelle que se finou para com elle continuar o feito, e tal é a disposição expressa da Ord. Liv. 3. tit. 27. § 2. . . . até que os herdeiros (taqu'elle que se finou sejam novamente citados. . . \ Com esta Ordenação concorda a do mesmo livro tit. 82. pre não se procederá mais pelo feito em diante até que sejam chamados os herdeiros do defunto.

Mas como estas Ordenações fallão tão somente do litigante sobrevivente que quer andar com a causa, deixou omissão o caso de fallecer aquelle, cujos herdeiros querem proseguir no feito.

Das citadas Ordenações nasceu a praxe de que falia Cabedo Part. 1. Decis. 197. n. 11., que admittia artigos de habilitação, quando fallia eia alguma das partes e os herdeiros querião andar com a causa; porque, como vinhão á juízo sem serem citados ou chamados, se habilitavão á si próprios por artigos, justificando a qualidade de herdeiros com que vinhão. E ainda n'este caso não era preciso formar artigos, se a prova não se rondava em depoimentos

Os herdeiros se habilitão pela confissão expressa ou tacita dos coherdeiros, independentemente de discussão e sentença. Aquelle que requer a partilha da herança, logo declara quaes são os herdeiros*, e o mesmo faz o cabeça de casal, quando presta juramento para o inventario. Se os herdeiros, sendo citados, comparecem no juizo divisório e não impug-não a successão, ficão por esse facto habilitados herdeiros. Ainda depois de reconhecidos todos os herdeiros, se fallece algum delles, não é necessário que seus herdeiros se habilitem por artigos. Por quanto, se morre antes de inventariados e avaliados os bens, basta que seja citado o successor para o juizo divisório, ou que este requeira que se lhe tome termo de acceitação da herança para que fique habilitado herdeiro -, e se morre depois de in-

de testemunhas, sendo bastante oferecer documentos para prova da successão; e se a parte tinha que oppôr, deduzia por embargos, aliás entendia-se tacitamente feita a legitimação da pessoa. Mas se uma parte habilitava á outra, observava-se geralmente a letra da Ordenação, não se formão artigos, bastava a citação ou o chamamento dos herdeiros. Esta mesma praxe ainda ensina Silva á, Ord. Liv. 3. tit. 27. l 2. n. 25. - Barb. Rein. á Ord. Liv. 3. tit. 82. pr.

Contudo a praxe de hoje observa em todo o caso a habilitação por artigos, quer no em que o autor ou o réo quer habilitar aos herdeiros do seu contendor fallecido, quer no caso em que cada um destes se quer habilitar a si próprio; Portug. de Donat. Liv. 2. Gap, 20 n. 33; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 3, 4.

ventariados e avaliados, neste caso não é necessário citar o successor; pode fazer-se a partilha, e habilitar-se depois de feita para tirar a sua folha ou Carta de partilha.

E se os herdeiros do herdeiro comparecem no juízo das partilhas, e os outros coherdeiros os reconhecem successores do defunto, por esse mesmo reconhecimento ficam habilitados no processo*, mas havendo algum que se opponha, negando-lhes a qualidade de herdeiros, e não podendo o juiz conhecer da questão, por depender de alta indagação e decisão no juízo contencioso, então -é necessário que se habilitem no juízo competente pela acção de petição de herança para que com a sentença voltem, e sejam admittidos no juízo divisório.

SECCÃO TERCEIRA

DA LOUVAÇÃO *Nomeação**dos louvados.*

§ 97 Feita a citação para a louvação, e comparecendo os herdeiros, na audiência aprazada, o juiz manda que elles declarem se querem ser herdeiros cVaquelle de cuja herança se tracta-, e de suas declarações lavrâ-se um termo que todos assignão (660). Se os herdeiros forem menores, deve ser lavrado este termo, que se diz de addição da herança, com assistência do tutor ou do curador (§ 4. n. II)

Não tendo passado as Camarás actuaes a attribuição que tinham as antigas Camarás de nomearem e juramentarem peritos das artes e offiicios para servirem nas avaliações, prevalece a praxe de nomearem as partes os seus louvados pela forma seguinte (661):

(660) Valasc. Partit. Cap. 7. n. 23.; Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(661) O Alvará de 21 de Junho de 1759 mandava que o juiz do inventario nomeasse para avaliadores os juizes dos officios; mas estes juizes deixarão de existir por virtude do art. 179. § 25. da Constituição do Império. Também não existem avaliadores nomeados pelas Camarás de que tratão a Ord. Liv. 3. tit. 17. § 1. e Alvará de 25 de Agosto de 1774, §§ 29, 30-, porque as actuaes Camarás Municipaes não tem esta attribuição pela Lei do 1º de Outubro de 1828; e assim o tem entendido e declarado os Avisos de 24 de Abril de 1852; de 3 de Outubro de [d855, e de 30 de Agosto de 1858. J

O cabeça de casal propõem trez pessoas que es-tejão nas condições de serem louvados (662), e dos três propostos os herdeiros maiores escolhem um d'elles; e á seu turno os herdeiros propõem outros três, e d'estes o inventariante elege um (663). Havendo menores interessados, é o juiz quem nomeia o louvado por parte d'elles, ouvindo o tutor e o Curador Geral, que sempre devem ser citados para esse acto (664).

Quando não comparecem os herdeiros na audi-diencia para que forão citados, ou quando comparecem e não querem se louvar, passa o direito de escolha ao juiz que faz a nomeação dos louvados, ouvindo ao Curador Geral (665.) N"o acto da nomeação o juiz tem o direito de regeitar os nomeados e acceitos, quando sejão inhaheis ou tenham impedimento legal, como se forem dementes, menores, parentes

(662) Os louvados devem ser visinhos do lugar e entendidos nas cousas que vão avaliar; íteg. de 10 de Outubro de 1754; Alvará de 21 de Junho de 1759; mas não é de rigor que sejão mestres de officio; Aviso de 3 de Outubro de 1855.

(663) Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 25.; Alm. Som. Trat. das Aval. § 123.

(664) Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 6.

(665) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; tit. 41.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 22.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 25.; Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 88.

próximos, inimigos, partidores do juízo ou se tiverem sido testemunhas na causa e outras semelhantes (666).

Nos grandes inventários em que ha objectos diversos, nomeão-se tantos louvados quantos são os objectos de differente natureza, que se tem de avaliar; mas para as peças miúdas, cujo valor não excede a 10\$000 e quando são poucos os bens da herança, dous bastão para todas as avaliações, podendo os avaliadores se informar sobre o valor daquelles de que não tiverem conhecimento, ouvindo o juízo de pessoas entendidas (667).

Faltando ou averbando-se de suspeito algum dos avaliadores depois de feita a louvação e antes de avaliados os bens, para supprir a sua falta, nomea-se outro com as mesmas formalidades (668).

Do juramento aos louvados

§ 98 Feita a louvação notifica-se aos nomeados para prestarem o juramento, que deve ser defirido pelo juiz em pessoa (669).

(666) Lei de 21 de Janeiro de 1709-, Valasc. Partit. Cap. 9. n. 3.; Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Not. 89.

(667) Per. de Car. Lin. Orph. Not. 129.

(668) Per. de Carv. Lin. Orph. § 46.

(669) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 5.-, Liv. 3. tit. 17. § 1.; Liv. 4. tit. 1. § 1.; Auth. Decernit. Cod. de recept. arbitr.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 7.

O juramento que préstito é de bem e fielmente, sem dolo, nem malícia, avaliarem e estimarem conforme a lei e os costumes do lugar as cousas que lhes forem apresentadas. Um só termo basta para fazer constar o juramento de todos, o qual deve ser l rubricado pelo juiz e assignado pelos juramentados.

Deferido o juramento aos louvados, o Escrivão faz logo conclusos os autos; e o juiz por seu despacho delibera a deligencia e designa o lugar, .dia e hora em que devem comparecer os louvados e as partes, fazendo-se para esse fim as citações e notificações necessárias.

Se os avaliadores nomeados são obrigados á acceUar a nomeação

§ 99 Quando ha avaliadores juramentados pela autoridade para servirem nas avaliações, que se fazem nos juízos, sendo escolhidos pelas partes, não podem se recusar de dar o seu laudo, á não ser por causa justa de suspeição jurada; porque este officio é um ónus publico pessoal, cujo exercício é obrigatório. Mas em falta de louvados juramentados, louvando-se as partes em pessoas idóneas, posto que acceitas pelo juiz, podem livremente se escusar de servir, por ser um officio voluntário, que não está sугeito á jurisdicção do juiz, salvo sendo nomeadas por emprezaríos das Companhias de estradas de ferro, ou pelos proprietários, para a avaliação de

terrenos e prédios desapropriados que tem de ser indemnizados á seus donos, cuja nomeação é obrigatória sob pena de multa e prisão (670). Mas em todo o caso, depois de aceita a nomeação, faz-se obrigatória pelo juramento prestado*, e desde então podem os nomeados ser compellidos pelo juiz á cumprir o seu dever, até com prisão, não tendo justa causa de escusa (671).

ÍTo caso de não haver quem queira aceitar a nomeação, o juiz interpõem o seu officio (672).

Das recusações e suspeições

§ 100 Os avaliadores podem ser recusados ou averbados de suspeitos pelas partes (673). Quando são nomeados *ex officio*, á revelia das partes, podem ser logo recusados, antes que comecem á exercer o officio, jurando o recusante a razão da recusa ■, mas depois de juramentados não podem mais sê-lo senão por justa causa, sendo provada. As causas da sus-

(670) Decr. N° 1664 de 27 de Outubro de 1855. art. 10, 11.

(671) Yalasc. Partit. Cap. 9. n. 3.; Mend. Part. 2.Liv. 3. Cap. 21. n. 25.

(772) Arg. do frag. 14. § 6. tit. 4. do Liv. 50. do Dig.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 5.

(673) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 1.; Per. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.

peição dos louvados são as mesmas que fazem suspeitos os juizes e Magistrados (674).

Quando são eleitos pelas partes, depois de reciprocamente acceitos, não é mais admissível recusa-ção, ou suspeição, a menos que se não mostre causa justa delia, nascida posteriormente á louvação (675).

O juiz competente para conhecer das suspeições é o mesmo juiz do feito (676). Deduzida a suspeição, o juiz delibera se procede ou não.' Sendo improcedente a suspeição, o juiz a despreza *in limine* e manda seguir a causa seus termos; e no caso affirmativo marca um prazo breve em que o recusante deve offerer a sua prova; e em vista delia e das diligencias a que mais proceder, dará a sua decisão (677).

(674) Cod. Liv. 3. tit. 1. fr. 16. e tit. 9. fr. 1. Auth. offeratur; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 25. O avaliador não pode servir com escrivão seu cunhado; Aviso de 7 de Julho de 1859.

(675) Valasc. Partit. Cap. 9. n. 25.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 9. 14, 15.; Alm. Souz. Trat. das Aval. § 127.

(676) Ord. Liv. 4. tit. 17. § 1. Esta Ordenação falia especialmente dos avaliadores juramentados pelas Camarás das Cidades ou Villas; mas sendo omissa acerca das suspeições dos eleitos pelas partes, a practica observa, ainda quanto á estes, a mesma disposição; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 36.

(677) Praxe Brasil, g 207.

Do terceiro louvado

§ 101 Quando os louvados discorda o sobre as avaliações, nomeia o juiz um terceiro o mais a apra-zimento das partes que fôr possível (678). Por praxe se todos concordão em uma pessoa, esse é o nomea- * do, sendo para isso pertencente; e em falta de ac-cordo cada uma das partes propõem três nomes nas condições legaes, e dos seis propostos o juiz escolhe um delles*, e se não querem propor, o juiz por si só faz a nomeação (679).

Este terceiro é obrigado á conformar-se com um dos laudos*, porque o seu officio não é fazer uma avaliação nova, senão julgar qual dos laudos é mais razoável (680), sem que fique sugeito ás penas da lei pelo seu laudo, pois que unicamente recahemno louvado ã quem elle accedeo (681).

(678) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 26.

(679) Peg. ad. Ord. Liv. 1. tit. 1. §§ 6, 7, 8. n. 113. pag. 267.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 6.; Praxe Brasil, § 205.

(680) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 7, 10.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 27.; Peg. cit. n. 114, 115. pag. 267.

(68i) Lei de 14 de Outubro de 1773. § 1.; e de 20 de Junho de 1774, g 12.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 11.; Per. e Souz. Lin. Oiv. Nota 1021.

Se os primeiros louvados discorda© somente sobre o valor de algumas cousas, e accordão acerca das outras, o terceiro dá o seu parecer unicamente sobre as cousas diversamente avaliadas ou arbitradas (682).

(6821 D. Liv. 4. tit. 8. fr. 32. § 15.: Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2. n. 3.; Silv. á cit. Ord. n. 11,

SECÇÃO QUARTA

I

DA DESCRIÇÃO DOS BENS

Quaes os bens que devem ser descriptos no inventario

§ 102 Feita a louvação e constando dos autos as citações e notificações ás partes e aos louvados, pro-cede-se á descripção dos bens do casal. No dia apazado e lugar designado, estando presentes o escrivão, as partes, ou á revelia delias, manda o juiz ao cabeça de casal fazer a descripção de cada um dos bens da herança, lavrando-se de tudo um auto circunstanciado, com declaração do lugar, dia, mez e anno, o qual assigna com as partes presentes (683).

No inventario devem ser descriptos, não só os bens moveis semoventes e de raiz, direitos e acções e tudo quanto forma o património do defunto (684) ■, mas também as dividas passivas, e ainda as cousas litigiosas, penhoradas e sequestradas (685).

(683) Ghierr. Trat. 1. Liv. 2. Oap. 7. n. 1.

(684) Cod. Liv. 6. tit. 30. fr. 22.; Liv. 9. tit. 49. fr. 7.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Cons. 52. n. 10.; Griferr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 1. O citado fragmento 7., posto que trate do inventario dos bens dos proscritos, é applicavel a todos os inventários; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 1, 2.

(685) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Peg. ao § citado n. 319. Descreve-se no inventario as cousas litigiosas, penhoradas ou sequestradas; porque nem o litigio, nem a pe-

Os bens que em qualquer tempo e por qualquer titulo, vêm posteriormente ao menor, se adicionão ao inventario dentro de trinta dias (686). As cousas alheias, porém, não se descrevem, salvo se exis-tião em poder do defunto á titulo de deposito, empréstimo ou por qualquer outro precário (687) e as pertencentes á herança, mas que estavam fora do património do defunto e doadas, ou dotadas aos filhos, são descriptas e conferidas por estes (688).

nhora, nem o sequestro, tira o direito de quem o tem; e por isso são descriptos com essa qualidade; G-uerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 67.; Reynos. Observ. 37. n. 13.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 10. n. 28.; Oliveira de Mmier. Prov. Cap. 1. add n. 1. E ainda quando haja litigio sobre a validade do testamento, não se deixa de proceder á inventario dos bens da herança; mas suspende-se a partilha até a decisão da causa de nullidade; Peg. adOrd. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 9.; Valasc. Cons. 90. Isto, porém, en-tende-se quando o testador não deixa herdeiros necessários; porque, havendo herdeiros desta espécie, suspende-se a partilha somente quanto á terça do testador; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 66. (§ 28).

(68G) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 7.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 9.; Borg. Cara. Dir. Civ. Liv. 1. tit. 27. § 236. n. 10.

(687) Valasc. 'Cons. 52. n. 10.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 11.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4. Quando sejam descriptos alguns bens alheios, declara-se de quem o são, porque causa vierão ao poder do defunto, e se os herdeiros tem algum direito á elles.

(688) Ord. Liv. 4. tit. 97.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 10.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 8.

\

Todas as cousas dadas á inventario, devem ser descriptas separadamente, declarando-se, quanto aos immoveis, suas confrontações, extensão e situação *| quanto aos moveis e semoventes, seus signaes característicos, que os facão bem conhecidos em todo o tempo*, e todos com as qualidades e circunstancias que possão influir no augmento ou diminuição do seu valor, assim como se são bens onerados com alguma servidão ou pensão etc. (689).

Nos direitos e acções comprehendem-se:

1.º) As dividas activas, ainda que não constem por escripturas publicas, ou particulares, ou que os devedores sejam insolventes, mas com a respectiva declaração (690);

2.º) Ás acções eventuaes que dependem de se verificar a condição, assim como o fideiocommisso ou o legado condicional (691).

3.º) O usufructo, uso e habitação e quaesquer outras servidões transferíveis aos herdeiros (692)-,

(689) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Cod. Liv. 9. tit. 49. fr. 7.; Leit. Fin. Kegund. Gap. 3. n. 15.; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 97.

(690) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 11.; Peg. ad Ord. Liv. 1- tit. 87. § 4. n. 335.; Oliveira de Mun. Prov. Cap. 1. add n. 3.

(691) Guerr. Trat. 1. Liv. 1, Cap. 10. n. 57.

(692) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 73.

4.º) Os renditos annuaes, foros e pensões (693);

5.º) A herança deferida ao defunto ao tempo da sua morte, e ainda não acceta por elle (694);

6.º) Devem ser igualmente descriptos no inventario os bens pertencentes á herança; mas que, depois da morte do inventariado, foráo consumidos, on deteriorados, por algum dos herdeiros, afim de serem os outros herdeiros indemnizados desses bens, e dos seus rendimentos (695);

Começa a descripção dos bens pelas peças de ouro, prata, jóias preciosas e outros moveis; e concluída a dos moveis, seguc-se a dos bens de raiz e por ultimo dos direitos e acções (696);

Costuma-se, porém, reservar no juízo do inventario uma cama pura a viuva, se os herdeiros ndo impugnfto, e as roupas do uso, não sendo de grande preço (697);

• ----- — — —

(693) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 59.

(694) Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 69.

(695) Valasc Partit. Cap. 8. n. 56.

(696) Per. e Souz. Liv. Cin. Nota 1021.

(697) Guerr. Trat 1. Liv. 1. Cap. n. ; Per. Souz. Lin. Civ. Nota 1021.

Como se procede quando ha duvida entre os herdeiros sobre pertencerem ou não alguns bens d herança.

§ 103 Se a viuva inventariante, ou outro cabeça de casal, quizer descrever no inventario alguns bens, como pertencentes á herança, e um dos filhos ou coherdeiros se oppõem a que sejam inventariados, allegando que são seus próprios, ou que lhe forão legados, ou que o defunto tinha em seu poder por empréstimo, deposito, ou por outro titulo precário; não deve o juiz facilmente attender á taes allegações, quando destituídas de provas, perturbando a marcha do inventario, nem despreza-las sem exame, mandando descrever no inventario bens alheios, á arbítrio do inventariante, em prejuízo dos seus donos*, pelo que cumpre que observe o seguinte:

1.º) Quando consta evidentemente por confissão dos herdeiros, sentença ou justificação summaria, que os bens reclamados não pertencem á herança, devem ser excluídos logo do inventario*, mas não adjudicados áquelle que diz serem seus-, porque o juiz do inventario não pode julgar de questões acerca de bens que não são da herança (698J;

2.º) Quando não consta evidentemente se os bens questionados são ou não da herança-, mas sendo o

(698) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4. ibi *alheios*; Valasc. Partit. Gap. 8. n. 51.; Ayora Partit. Cap. 3. n. 36.

negocio duvidoso, por serem divergentes os pareceres dos herdeiros, dependendo a decisão de alta indagação em taes oircunstancias: Se os bens forão achados no património do defunto, e possuídos por elle ao tempo de sua morte, devem ser descriptos no inventario, e partilhados entre os herdeiros, segundo a regra: *Qualem te invento, talem te judico* (699); e se não forão achados na herança, nem existem em poder do inventariante, mas na posse de algum dos herdeiros, que diz serem seus, devem ser excluídos do inventario e partilhas, deixando-se direito salvo á quem o tiver (700);

3.º) E quando o herdeiro allega que os bens reclamados lhe forão deixados em terça, devem ser descriptos e avaliados para vereficar-se se cabem ou não na terça (701)

(699) D. Liv. 47. tit. 10. fi\ lō.; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 90.

(700) Argum. do frag. 8. tit. 34. Liv. 3. do Cod; e neste caso procede a decisão do texto do Dig. Liv. 10 tit. 2. fr. 45.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 53.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 93.; Alm. Souz. Acç. Sum. § 331. Not.

(701) Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51.: Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 91.

SECÇÃO QUINTA

DAS COLLAÇÕES

O que seja collação

§104 Collação é o acto pelo qual o herdeiro, filho ou outro descendente, traz á massa commum dos bens da herança do pae ou da mãe, ou outro ascendente, o que recebeu do casal em vida de qualquer delles, para se dividir com os mais bens da herança entre todos os filhos ou outros descendentes do inventariado (702).

No direito pátrio, a collação tem seu fundamento na presumpção de que as vantagens feitas em vida pelos pães aos filhos que lhes hão de succeder, não forão mais que uma entrega antecipada dos bens que lhes pertencem na herança, e que tudo deve reverter á mesma herança, como se lhes não tivesse pertencido por titulo singular; e seu fim é a igualdade da partilha entre os filhos e quaesquer outros descendentes (703); e por isso todas as doações e dotes feitos pelos pães aos filhos, julgão-se constituídos sob a condição tacita de serem conferidos depois da morte do doador, ou dotador (704).

(702) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Cod. Liv. 6. tit. 20. fr. 18.; Novella 18. Oap. 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(703) Ord. Liv. 4. tit. 97.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10.

(704) Valasc. Partít. Cap. 13. n. 12.

Quaes as pessoas obrigadas á collação

§ 105 Como não se procura o rigor da igualdade da partilha entre herdeiros senão quando se trata da successão dos descendentes, tem lugar a collação somente nas heranças dos ascendentes e entre filhos e netos. E são obrigados á conferir não só os legítimos e legitimados *per subsequens matrimoniam*, que são em tudo equiparados aos legítimos, como também os na-turaes quando tem direito de succeder *ab infestado* ao pae ou á mãe (705). A obrigação de conferir exten-de-se aos descendentes, quer sejam emancipados ou sujeitos ao pátrio poder, quer succedão *ab infestado* ou por testamento (706).

Portanto não tem lugar a collação:

1.º) Entre herdeiros extranhos instituídos em testamento, nem entre filhos e extranhos; mas n'este segundo caso os filhos conferem entre si (707);

(705) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 43.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. art. 2. n. 10.

(706) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; "Valasc. Partit Cap. 12. n. 31, 52.; Cap. 13. n. 93.; Cap. 14. n. 14.; Phoeb. Decis-115. n. 13.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 12. Mas se o pae instituir ao seu filho herdeiro na legitima, e ao neto, filho desse filho, herdeiro na terça, não tem lugar a colloção; porque este concorre como estranho; Valasc. Partit Cap. 12. n. 60, 61.

(707) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 32.

2.º) Nem entre ascendentes, nem entre collate-raes (708)-,

3.º) Nem entre alhos natraes que nfto tem direito á legitima *ah infestado*, ou concorrão sós ou com filhos legítimos (709).

A collação dos dotes e doações verefíca-se ainda que por morte do doador não existão bens alguns *, e deve ser feita exclusivamente pelos donatários; por que assim como ao cabeça de casal compete exclusivamente o descrever os bens que estavão em poder do defunto ao tempo da sua morte, também do mesmo modo compete ao donatário ou dotado a collação ou descripção dos bens que tem em seu poder', e para esse fim se lhe defere juramento, ficando por elle obrigado e sugeito ás penas da lei por qualquer occultação dolosa (710). ,_•

Cessa a obrigação de conferir, se o filho ou filha se abstêm da legitima.

§ 106 Os filhos dotados pelo pae, ou pela m&i, ou por ambos junctamente, ou que d"elles receberão

(708) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 33, 34.; Guerr. Trat. 2. Liv 2. Cap. 11. n. 33.

(709) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 50.; Gomes ad Leg. Taur. 29. n. 9.

(710) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 9.; Gama Decis. 122. 148.: Valasc. Partit. Cap. 8. n. 36. segg.

doações, tem a escolha, ou de concorrer com seus irmãos á herança, conferindo os bens dotados ou doados ou de abster-se d'ella, contentando-se com o dote ou doação, sem que os irmãos possam obri-gal-os á conferir (711). Se o dote ou doação tiver sido feito por ambos os cônjuges, confere-se metade d'elle em cada uma das partilhas (712).

Quando os filhos dotados ou donatários se abstêm da herança, os dotes e doações prevalecem somente na parte em que não excedem á legitima e á terça do pae ou da mãe ou de ambos, se ambos fizerão a doação*, e na parte em que excede, fica o donatário obrigado á inteirar aos irmãos toda a legitima que, tirada a terça, lhes deve pertencer; e para que isto se conheça são obrigados á dar e descrever os bens que lhes forão dados (713).

No caso de ter sido feita doação ao filho, e ao tempo da morte do pae ou da mãe não tiver ainda

(711) Ord. Liv. 4. tit 97. pr. §§ 1, 3, 5.; Per. Decis. 96.; Valasc. Partit. Cap. 1\$. n. 20.; Cap. 15.

(712) Ord. Liv. 4. tit. 97. g 1. Mas no casamento por contracto dotal, ou a doação fosse feita por ambos os cônjuges, ou somente por um delles, guardâ-se o direito commim; Ord. Liv. 4. tit. 97. g 1.

(713) Ord. Liv. 4. tit. 97. g 3.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. g 4. n. 230. arest.

recebido os bens doados, não poderá receber mais do que o valor da legitima e da terça do doador (714).

E para saber-se, se taes doações excedem á legitima e á terça, attende-se ao valor dos bens do doador ao tempo da morte (715).

Os filhos, porém, dotados por casamento, tem a faculdade de escolher a valia dos bens do doador ou ao tempo que receberão, ou. ao tempo da morte do doador (716).

Quer o filho escolha um ou outro tempo, os outros irmãos devem ter em todo o caso legitima igual á que o filho dotado escolher (717)

Portanto, ainda que o dote dado, olhando o tempo da doação, não exceda á terça do doador, o dotado está obrigado á refazer as legitimas aos irmãos indotados, se por morte do pae commum se não acharem bens alguns, ou muito poucos.

(714) Ord. Liv. 4. tit.97. § 3.; Per. Decis. 96.: Valasc. Partit. Cap. 15.

(715) Ord. Liv. 4. tit. 97- § 4. in fine; Paiva e Pona Orph. Cap. 6. n. 4.

(716) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 4.; Assento 21. de Julho de 1797. Tem lagar a escolha do tempo ainda que o dote tenha sido estimado. B como esta disposição se fez em favor do dote, não aproveita aos herdeiros que tiverão doações de natureza diversa.

(717) Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 13.

Se os bens que ficarem por morte do doador forem em menor quantidade que os que elle tinha quando dotou, juntos estes aos dotados, apura-se a terça e legitimas, calculando-se o património do defunto pelo tempo da doação, ou pelo da morte, qual o donatário mais quizer (718).

£ se são dous ou mais os filhos dotados, as legitimas dos outros se prefazem pela ultima doação; e se esta não basta, pela penúltima, e assim por diante (719).

Qual é o objecto da collação

§ 107 Sendo o fim da collação a igualdade da partilha entre os filhos e quaesquer outros descendentes, prevalece a regra afirmativa: *Todos os bens moveis ou de raiz, que o pae ou a mãí, ou ambos junc-tamente derão aos filhos, e bem assim tudo quanto houverem ou delles procedesse; devem ser conferidos*

(718) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 5.; Valasc. Gons. 188. D. 14.: Paiva e Pona Orph. Cap. 6. n. 5. Se por morte do pae ou da mãí não ficarão bens alguns, deduz-se da doação ou dote duas terças partes do seu valor para se prefazer a legitima de cada um dos filhos, incluindo o dotado. Se a doação na terça não foi insinuada, prevalece somente até a quantia da taxa legal.

(719) Valasc. Cons. 188, n. 21.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 22.

aos outros irmãos, depois da morte do doador, ou doadores, com os fructos contados do tempo da mora (720).

Esta regra por isso mesmo que se dirige á igualar as legítimas dos descendeutes, cujo direito é igual) comprehende todos os bens, direitos e acções, que o filho houve do pae, ou da mãe, ou que delles procedesse, pois á uns e á outros as nossas leis dão a

(720) Ainda quando o dote ou doação consiste em dinheiro conta-se o premio d'elle; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 45.; Ord. Liv. 4. tit. 97. pr. A mora conta-se do tempo da morte do pae ou da mãe doadora até o tempo das partilhas; e a razão é que feita a collação, entende-se que os bens conferidos voltão ao património paterno: e como os outros bens do pae vêm á partilha com os fructos desde a morte d'elle, do mesmo modo devem vir os bens que os herdeiros conferem, ainda que tenham sido consumidos os fructos de boa fé antes da collação; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 14, 15, 16, 17. E isto entende-se: 1.º Se o filho conferente possui os bens doados ao tempo da morte do doador; Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 18.; 2.º Se elle quer ser herdeiro; Ord. Liv. 4. tit. 97, § 3.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 20.; 3.º Ainda que os irmãos não requeira o a collação, por ser obrigação daquelle que quer entrar na herança; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 19. Mas não são obrigados á conferir os fructos aquelles herdeiros aos quaes forão adjudicados alguns bens em partilha nulla, se os mesmos bens tem de ser conferidos segunda vez; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 5.; Molina de Just. Disp. 245 n. 1.

natureza de *profectiões* (721). E por bens procedentes dos pães considera o-se aquelles que, em vida e por contemplação delles, forão doados ao filho por algum extranho, ou consanguíneo, quando a contemplação do pae ou da mãe, é a causa immediata (722); e a razão é que as palavras da lei (723); *o que (Telles procedesse*, não podem ser entendidas senão em relação á taes doações, cujas palavras aliás ficarião supérfluas, visto que, quanto ás cousas que realmente procedem dos pães já tinha fallado a mesma lei (724), ibi: *tudo que houve de seu pae ou mãe*, exprimindo ideia diversa; e esta é a razão porque, a respeito das collações, ambas as expressões se repetem no § 17. do mesmo titulo (725).

Pelo que devem conferir-se:

I) Os dotes. E para o effeito das collações comprehende-se na palavra *dote*:

1.º As doações feitas á filha para o matrimonio carnal (726);

(721) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 95, 96.: Alm. Sonz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 16.

(722) Valasc. Partit, Cap. 13. n. 4, 5.

1.723) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.

(724) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.

(725) Valasc. Partit. Cap. 13. n. 7.

(726) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 13. Quando o marido dota á filha de sua mulher, ha-

2.º) E, por semelhança de razão, para o espiritual, como o património para o estado sacerdotal (727);

3.º) As doações dadas aos filhos varões para que fação melhor casamento (728); H

4.º) Todo o augmento que depois se faz ao dote (729); -

5.º) Os fructos do dote, desde a morte do pae, ou da mãe doadora, até a partilha (730);

6.º) Os accessorios do dote, assim como as jóias, ouro e prata para o serviço domestico (731);

7.º) Os vestidos e ornamentos nupciaes, senão consta que forão dados somente pelos pães para sim-

vida de seu primeiro matrimonio, este dote se deve imputar na parte e meia acção da mulher, e não delle, ainda que isto não se declare; Phoeb. Part. 2. Decis. 115. n. 36.; Gama Decis. 177.

(727) Portug. de Donat. Liv. 1. Proelud. 2. § 5. n. 40.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 144.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 77. O filho deve sempre coferir o dote de património para o estado sacerdotal; mas somente quanto á estimação; e sendo excessivo da legitima e da terça do pai dotador, repõem o excesso offensivo da legitima dos outros filhos; Alra. Souz. Obrig. Recipr. g 615.

(728) Ord- Liv. 4. tit. 97. pr.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 47. segg.; Alm. e Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 17.

(729) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 17.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 60.

(730) Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 78.

(731) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 17.

pies uso e aparato das núpcias, ou em parte de alimentos (732).

11) Todas as doações simples e liberalidades que o pae ou a mSi faz ao filho ou filha, o que compre-hende:

1.º) O dinheiro despendido em seu beneficio (733);

2.º) O que o filho recebeu immediatamente por empréstimo, compra e venda ou por qualquer outra causa (734);

3.º) O dinheiro próprio que o pae deo á juro debaixo do nome supposto do filho (735);

4.º) O dinheiro que o pae pagou pela fiança do filho (736); I

õ.º) Os fructos dos bens adventícios já colhidos que, depois de adquiridos pelo pae ou pela mfti, forfto expressamente dados ao filho (737);

(732) Valasc. Partít Cap. 13. n. 52.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 31.

(733) Alm. Sooz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12, 13. n. 18."

(734) Alm. Sonz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 18.

(735) Alm. Sonz. cít.

(736) Alm. Sonz. cít.

(737) Ord. Liv. 4. tit. 97. pr; Portug. de Donat. **Cap.** 23. n. 32.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 168.: Va-

6.º) Os rendimentos dos bens próprios de algum dos pães, ainda quando tenham sido remetidos aos filhos; porque é doação própria que deve conferir-se (738);

7.º) A importância da condenação que o pae pagou pelo filho e as despesas do livramento (739);

8.º) As despesas feitas com as Bulias Ponteficias para se conseguir o Beneficio Ecclesiastico, ou para poder celebrar-se o matrimonio (740);

9.º) Os rendimentos do excesso da doação que não foi insinuada (741);

10.º) O excesso da legitima, quando o filho se abstém da herança (742)\

lasc. Partit. Oap, 13. n. 139. Mas não tem lugar a collação, quando o pae ou a mãe, antes de qualquer aquisição renuncia o usufructo dos bens adventícios do filho; Valasc. Partit. Gap. 23. n. 146.; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 28.; Per. Decis. 55. n. 2. 7.; nem quando tacitamente consente que o filho perceba os fructos desses bens, como seus próprios; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 140. a 145, e 147.; Portug. Donat. Liv. 3. Cap. 23. n. 34.

(738) Valasc. Partit. Cap. 13. n. 148, 149.; Gama Decis. 118.

(739) Molina de Just. Disp. 240, 242.; Guerr. Trat-2. Liv. 2. Cap. 12. n. 35.

(740) Valasc. Partit. Cap. 13. n. 75.; Guerr. cit. n. 43; Gama Decis. 308. n. 15. ■

(741) Ord. Liv. 4. tit. 62.; Lei de 25 de Janeiro de 1775.; Ass. 16 de Setembro de 1814.

(742) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 5.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 48.

11.º) Todos os bens adquiridos pelo filho com o dinheiro do pae ou da mãe, vivendo com elles e sustentando-se com os bens d'elles (743).

III.º) As doações feitas pelos parentes e extra-nhos, em remuneração dos serviços dos pães e em sua particular contemplação, de modo que não teria sido feita a doação ao filho senão fora o pae ou a mãe', e por isso não se entendem feitas as doações em contemplação dos pães, se elles não forão a cau* sa da aquisição, mas somente a occasião d'ella (744).

1 *Collação dos prazos*

§ 108 Também os prazos fateusins devem ser conferidos,- porque são equiparados aos allodiaes (745). É obrigado o filho á conferir a emphytheuse, ainda no caso em que o pae o faça possuidor d'ella sem algu-

(743) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 16.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 181.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 73. Da citada Ord. se conclue: 1.º Que se o filho não estiver sob o poder do pae, mas for casado, ou emancipado, faz seus os lucros adquiridos com os bens que o pae lhe deo, não sendo obrigado á conferir senão o capital: 2.º Que ainda sendo filho famílias e vivendo com o pae, não é obrigado á conferir os bens que adquirio com o seu trabalho, mas não com bens que procedessem do pae; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 182, 183.: Alm. Souz. Obrig. Recipr. §§ 185, 186.

(744) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 17.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 7.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 9, 11.

ma nomeação, se em virtude da posse a usufruiu em vida do mesmo pae (746).

Esta regra é sempre verdadeira, quer o pae tenha feito ao filho entrega immediata da emphytheuse, quer a tenha renunciado em mão do senhor directo para que este fizesse a renovação ao filho (747).

A obrigação de conferir o prazo estende-se ás bemfeitorias, e ás despesas da reivindicação d'elle, feita pelo doador (748). O preço e as bemfeitorias não só se conferem quando o prazo foi doado em

(745) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.

(746) Valasc. Partit. Gap. 13. n. 127.; Cald. de Nominat. Quest. 18. n. 25.

(747) Cald. cit.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 187. O filho tem a escolha, ou de conferir a emphytheuse ou de imputar o preço na legitima. Tomando o segundo alvitre, é obrigado á conferir o preço da emphytheuse, segundo o tempo que lhe foi entregue, quer tenha augmentado, quer diminuído ao tempo da partilha; Valasc. Partit. Cap. 13, n. 126.; Per. Decis. 97.; Egidio in Leg. ex hoc jure, Part. 1. Cap. 11. n. 67, 69. Mas isto procede somente no caso em que a emphytheuse foi entregue ao filho em vida; porque se o prazo veio ao filho somente depois da morte do pae, e foi comprado ou adquirido com o dinheiro do pae ou da mãe, que o nomeou, então tem o filho a escolha acerca do preço, ou segundo o tempo em que foi comprado, ou segundo o da collação; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.; Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 187.; Egid. in Leg. ex hoc jure Part. 1. Cap. 11. n. 67.

(748) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 22.; Coelho da Roch. g 482.

vida, mas ainda quando o filho succedeo n*elle por nomeação ou vocação da lei.

Mas não se confere o prazo de vidas, salvo:

1.º) Se foi dado ao filho com transferencia im-
mediata do usufruo to (749); ■

2.º) Se foi comprado pelo pac ou adquirido por titulo honeroso. ou troca de bens paráveis, ficando neste caso ao filho a escolha de conferir o preço do custo, ou o valor do prazo ao tempo em que lhe foi dado (750).

Da Coifarão dos dotes e doações feitas pelo avô,

§ 109 Assim como os filhos são obrigados á conferir os dotes que receberão de seu pae ou de sua ttiã, ou de ambos, se quizerem concorrer com seus irmãos á herança do doador ou doadores, também os netos são obrigados á trazer á collação os dotes dados á seus pães por seus avós, quando succederem aos doadores com seus tios ou tias; e do mesmo modo são estes obrigados á conferir aos netos (751).

(749) Orei. Liv. 4. tit. 97. § 22.; Coelho da Rocha. § 482.

(750) Coelho da Rocha eit.

(751) Cod. Liv. 6. tit. 20. frag. 17.; Ord. Liv. 4. tit 97. § 20.; Valasc Partit. Cap. 12. n. 52,53.: Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 40.

Quando, porém, o dote ou doação foi feita pelo avô ao mesmo neto, a lei destingue dous casos para o effeito da collação (752). O primeiro é quando já é íallccido o pae ou a mãi do neto ao qual foi feita a doação ou dote. ITeste caso o doado ó indubitavelmente obrigado â conferir os bens doados ou dotados, quer succeda com os tios, ou tias, quer succeda com os outros netos, filho de outro filho pre-morto (753); e isto procede, posto que seja um só ou muitos netos; porque sempre representão ao pae (754). O segundo é quando, ao tempo da morte do avô, ainda vive o filho ou filha, pae ou mãi d'esse neto-, e em tal caso, se aquelle filho ou filha quizer ser herdeiro do pae ou da mãi que fez a doação ou dote aos netos, será obrigado á conferir os bens dados ao mesmo neto (755).

Em qualquer dos casos, se o filho ou neto não quer ser herdeiro do pae ou do avô, observa-se o disposto na Ordenação do Livro quarto titulo noventa e sete § quinto (756). 'Portanto se é já fal-

(752) Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 20, 21.; Valasc. Partit. Cap. 12. n. 57.

(753; Ord. Liv. 4. tit 97. § 20.; Valasc. Partit. Cap. 12. n. 57.; Gomes ad Leg. Taur. 29. n. 7.

(754) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 53.; Ghierr. Trat. 2. Liv. 2. ap. 11. n. 40.

(755) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 21.

(756) Valasc. cit. n. 57.

lecido o pae dos netos ao tempo da morto do avô doador, são elles sempre obrigados á conferir aos tios, sem consideração de terem sido ou não doados ou dotados os bens em contemplação do pae; mas se ainda vive o mesmo pae dos netos, é elle obrigado á conferir os bens dados pelo avô em razão da presumpção legal de que a doação foi feita pelo avô ao neto por contemplação de seu pae ou de sua mãe (757).

Esta presumpção, porém, não é *júris et de jure*, admite prova em contrario, e por isso, constando evidentemente que a doação ou dote foi feito por contemplação ao mesmo neto, então se diz *adventício*, e não se confere (758).

Cessa portanto a presumpção da lei:

1.º Quando a doação foi remuneratória (759);

2.º Quando o avô expressamente tomou uma parte da sua terça para fazer a doação ao neto (760);

(757) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 58.

(758) Valasc. cit. n. 58.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. §§ 12, 13. n. 22.

(759) Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 11. n. 63, 64.; Molina de Just. Disp. 244.

(760) Valasc. Partit. Cap. 14. n. 24.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 214. Fazendo porém a doação sem declarar que toma na terça, deve ser conferida, posto que o doador declare que não o seja; Valasc. cit.

3.º Quando o avô deixou em testamento ao neto algum legado (761).

Também a doação ou dote dado pelo pae á filho ou filha, não deve ser conferido pelo mesmo filho ou filha, quando succede ao avô conjunctamente com seus tios; porque não se trata da successão do pae ou da mãe, que deo o dote ou doação, mas do avô que não deo (762).

Quaes os bens que não vem á cóllação

§ 110 Sendo somente os bens profecticios que devem ser conferidos pelos donatários; segue-se que não vem á cóllação, nem os bens que não tem tal natureza, nem os que, postoque profecticios, são expressamente isentos por lei.

Portanto não vem á cóllação, ainda entre filhos e outros descendentes, os bens castrenses ou quasi castrenses, os adventícios e os profecticios exceptuados por direito. Pertencem á classe dos adventícios:

1.º) Os bens adquiridos pelo filho por seu trabalho, ou industria, não tendo sido ganhos com os bens dos pães •, e bem assim os doados por extranhos

(761) Carv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 80, 84,;
Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. §§ 12, 13. n. 22.

(762) Valasc. Partit. Cap. 12. n. 59.

se não forão os pães a causa principal da doação (763)-,

2.º) Os dotes e doações *propter nuptias* feitas aos filhos por parentes collateraes, ou por extranhos, ainda que por contemplação dos pães, salvo se os doadores declarão expressamente que seão conferidos (764). 4 '-;

Pertencem á classe dos castrenses os bens adquiridos pelas armas, tanto na guerra, assim como na paz (765).

Pertencem aos quasi castrenses:

1.º) Os adquiridos pelas letras, ou pelas artes, e taes são os lucros provenientes da magistratura, da advocacia, Medicina, das Ordens Ecclesiasticas, dos officios de Escrivão e de Tabellião e do Magistério das sciencias e artes (766);

(763) Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 16, 19.; Valasc. Partit-Cap. 13. n. 180.; Gnerr. Trat- 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 86.; Molina Disp. 137. vers. deinde.

(764) Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 10, 11.; Valasc. Partit Cap. 13. n. 27, 30.; Carvalh. in Cap. Raynaldus, Part. 4. Cap. 1. n. 63.; Gnerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 103.

(765) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 18. Estes bens estão excluídos da collação; porque são próprios do filho, ainda quando sugeito ao pátrio poder; e o mesmo se diz dos quasi castrenses; Ord. Liv. 4. tit. 97. f 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 87, 92.; Carvalh. in Cap. Raynaldus Part. 4. Cap. 1. n. 63.

(766) Ord. cit. § 18.; Guerr. Trat 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 94, 95.

2.º) Os dotes e doações *propter nuptias* feitas pelo Imperador, e Grandes do Império, ainda por contemplação dos pães (767), salvo se expressamente declarar o doador, que sejam conferidos (768).

Pertencem aos profecticios:

1.º) As doações feitas ao filho, quando tomadas na terça, quer o pae disponha d'ella por vezes, e por partes quotativas, quer por partes não quotativas; porque se conferem somente para o* effeito de se calcular o todo da herança, e se imputar no terço (769)-,

2.º) As despesas que o pae ou a mãe fizerão para o filho aprender em escolas ou em estudo, ou com os mestres que o ensinarão algum officio ■ e bem assim os gastos com o filho no serviço das armas*, porque tendem ao estabelecimento d'elle, o que é um dever do pae (770);

(767) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 10.; Garv. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 63.

(768) Ord. Liv. 4. tit. 97. §11.; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 74.; Carvalh. in Cap. Raynaldus Part. 4. Cap. 1. n. 100, e 245.

(769) Valasc. Partit. Cap. 14. n. 24.; Alm. Souz. Obrig-Recipr. g 614. nota.; Collecção de Diss. referidas nas Acç. Sum. Diss- 6.^a § 15.

(770) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 7.; Dig. Liv. 10. tit. 2-frg. 50.; Barb.inLeg. 1. Solut. matrim. Part. 7. n. 28, 29. 30.; Mend. in Leg. Curn oportet. n. 173, 174, 175. Cod. de Bonis, quoe liber; Valasc. Partit. Cap. 13. n. 151. . Cald Per. in Comment. ad § Sed. hse, Part. 2. n. 50.' vers. Quod. etiam, Instit. de Inoffic. testam.; Per. Souz.

Lin. Civ. Not 1021. A palavra *estudo* de que usa esta Ord. refere-se á instrucção primaria e *escolas* á instrucção secundaria, como adverte Valasc. Partit. Cap. 13. n. 152, 153; Carvalli. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 109. A regra do texto limita-se commumente: 1.º) Quando o pae, ao lançar em seus livros o assento das despezas que faz com o filho, expressamente pretexta deverem impntarse na legitima delle; Mend. citado; Carvalh. de Testam. Part 4. Cap. 1. n. 111.; Molina de Just. Disp. 238. n. 5-; 2.º) Quando o pae tinha em seu poder os bens adventicios do filho ao tempo que fez as despezas; Mend. Part 1. Liv. 4. Cap. 3. § I. n. 8.; Gabr. Per. Decis. 13. u. 8.; Carvalh. de Testam. Part. 4. Cap. 1. n. 108, 112.

Estas e outras limitações da regra, posto que verdadeiras por direito commum, encontram resistência na generalidade do l 7 da citada Ord.; por isso nunca forão observadas no foro, como atesta Valasc. Partit Cap. 13. n. 164.; Portng. de Donat Liv. 1. Prcelud. 2. § 5. n. 21. Contudo parecem attendiveis as duas limitações de Alm. Souz. nos casos seguintes:

1.º) Quando o pae fez com o filho tanta despeza nos estados maiores, que offendeo e diminui o a legitima dos outros filhos; 2.º) Quando o filho consumio as mezas e o dinheiro que o pae deo-lhe para livros, sem que aproveitasse nos estudos, despendendo em maus uzos; porque a doação do pae tem a condição tacita: Se o filho aproveitar e convenientemente despende; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 132, 138.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 657.; Not. a Mello Liv. 3. tit. 12. § 12, 13. n. 37. segg.

Mas, ainda nestes casos, não é licito abrir excepções á regra sem prejuízo da generalidade da referida Ordenação: Portng. de Donat Liv. 1. Prcelud. 2. i 5. n- 25. E quanto a questão: Se o filho é somente dispensado de conferir as despezas já consumidas ao tempo da morte do pae,

3.º) Ás despesas do jantar ou da ceia no dia do casamento ou da Missa nova (771); I

4.º) O dinheiro para a compra dos livros necessários para o estudo (772); I

5.º) Os alimentos quotidianos e as tenças annuas para a sustentação dos encargos. do matrimonio (773);

6.º) Os rendimentos dos bens doados, percebidos antes da morte do pae, posto que a doação seja revogada; porque os fructos percebidos em vida deflue não augmentão a doação (774); I

7.º) As despesas para hir á alguma Romaria (775); v -"4

8.º) As dadivas de pequeno valor, que os pães

a opinião mais provável é que o fr. 50. tit. 2. Liv. 10. do Dig., fonte da Ord. Liv. 4. tit. 97. § 7., comprehende também ás cousas existentes; porque aliás ficaria sem effeito o favor concedido aos estudos; e por isso, por virtude da citada lei, não vem á collação os livros dados ao filho para o uzo das aulas; Mend. in Leg. Cum o portet. n. 175. Cod. de bonis quoe libei*.

(771) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 2.; Coelbo da Rocha 8 481.

(772) Valasc. Partit. Cap. 13. n. 161.

(773) Gama Decis. 140.; Molina de Just. Disp. 238. n. 15.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(774) Valasc. Partit. Cap.13. n. 14.; e Cap. 15. n. 88.

(775) Ord. Liv. 4. tit. -97. § 7.

costumão fazer aos filhos, excepto se todas juntas fazem uma somma avultada (776);

9.º) O dinheiro recebido para sahir do captivei-ro, ou para servir no paço, sendo solteiro (777);

10.º) As bemfeitorias dos prazos, sendo módicas; assim como as despesas que, de necessidade, conforme o direito, sem outra convenção das partes, nem condição, o nomeante é obrigado fazer (778);

11.º) As doações remuneratórias de serviços prestados ao pae, sendo iquivalentes, e provada a importância, se os irmãos o negarem, porque o excesso é doação que deve ser conferida (779).

(776) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 3.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 4. tit. 97. g 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 109.

(777) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 8.

(778) Ord. Liv. 4. tit. 97. g 22. Não tendo a lei declarado quaes sejam as despesas e bemfeitorias módicas, ficão ao prudente arbitro do juiz, que deve ter attenção no julgamento á grandeza do objecto, á qualidade do acto e das pessoas; Valasc. de Jur. Emphyt. Quest. 25. n. 13, 15. B por despesas necessárias, conforme o direito, se entendem aquellas que dizem respeito á conservação e á cultura ordinária dos bens emphyteuticos; e para o augmento e á colheita dos fruetos, e bem assim para a conservação dos edefícios e dos marcos, cercos e vallos, indispensáveis para destiuguir-se os limites dos prédios; e outras cousas semelhantes; Pinh. de Emphyt. Disp. 3. Sect. 1. n. 13, 14.; Alm. Souz. Dir. Emphyt. § 583 e segg.

(779) Portug. de Douat. Liv.- 1. Proelud. 2. g 5. n. 33.-

O equivalente aos serviços tira-se do cumulo da herança, e não da terça (780).

X>o modo porque se faz a coUação

§ 111 A collação regularmente se faz em substancia, a não ser nos casos em que os mesmos bens tem sido consumidos, ou nos especiaes da lei (781). Portanto, em regra, os filhos que receberão doações e dotes feitos pelo pae ou pela mãe, ou por ambos juntamente, querendo concorrer á herança do doador, deverão conferir os próprios bens* e não satisfazem offerecendo a estimação (782), senão quando tem sido consumidos ou alienados (783).

Confere-se, porém, sempre na estimação, existão ou não em poder do donatário:

1.º Os bens dados em património para o filho se ordenar (784).

Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 12. n. 49.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 20.

(780) Phoeb. Decis. 71. n. 14, 15.; Carv. de Testam' Part. 4. Cap. 1. n. 153.

(781) Valasc. Partit. Cap. 14. n. 2.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 24. g 21. n. 13.; Coelho da Rocha g 483.

(782) Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 6.; Auth. Unde et si parens; Valasc. Partit. Cap. 14. n. 2.; Cap. 12. n. 5.

(783) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. g 12. n. 43.; Ord. Liv. 4. tit. 97. § 13, 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 13. n. 5, 11.

(784) Portug. de Donat. Liv. 1. Proelud. 2. g 5. n. 40.

2-*) Os de prazo (785).

3.*) Os livros doados ao filho para o exercício da magistratura ou advocacia. quando devão ser conferidos, por privilegio á sciencia (786).

4.*) Os bens que o herdeiro tinha alienado de boa fé (787). Em geral, faz-se a doação por estimação, quando os herdeiros concordão em que assim se faça; porque as partes podem renunciar o direito constitui do em utilidade sua (788).

Quanto á questão: Se o pae tem o arbítrio de sujeitar ou de dispensar ao filho de conferir os bens doados, diremos, que quaesquer que sejão as disposições do direito commum. e as opiniões dos cominendadores, por direito pátrio é certo que, se o pae faz doação ou dote ao filho, declarando que toma em sua terça, pode livremente sujeitar ou não essa doação ou dote á collação: porque da terça dispõem elle livremente; mas omitindo essa declaração, não pode impor a clausula de não conferir; e ainda

(785) Ord. Ur. 4, *tít.* 97. H 22. 23, 24.; *tít.* 96. § 23..

(786) Yalase. PartíL Cap. 14. n. 6. Mend. in Leg. Cum oportet. a. 170. Ood. de bonis qae liber.; Alm. Soaz. Not. á Mello Lít. 3. *tít.* 12, 13. n. 4L; Barb. Bem. ad Ord. Liv. 4. *tít.* 97. *l.* 7. n. 2.; Guerr. Trat 2. Lít. 2. Gap. 12. n. 140.

(787) AM. Sooz. NoL á Mello Liv. 3. *tít.* 12- *i* 1* 2 n. 42.

(788) Talasse. Partít. Cap. 14. n. 4.

quando use d'ella, não fica o donatário ou dotado dispensado de conferir, se quizer ser herdeiro ■, porque semelhante clausula offende as legitimas dos filhos, ás quaes não pode prejudicar (789).

Quando a doação ou dote é feito na terça e d'entro dos limites d'ella, o filho recebe sempre os próprios bens-, mas o seo valor vem ao acervo para poderem computar-se exactamente as legitimas. Ainda no caso de conferir os bens na substancia sempre a doação lhe fica salva até onde chegar a terça. /

(789) Valasc. Partit. Cap. 14. n. 15, 24. Esta opinião encontra contraditores, entre outros Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 8.; mas suas opiniões são menos solidas.



.



SECCÃO SEXTA
DAS AVALIAÇÕES

Avaliação o que seja

§ 112 Avaliação é a determinação do justo preço d'alguma cousa por árbitros ou louvados nomeados pelo juiz ou pelas partes (790).

O justo preço deve ser determinado, não segundo a particular affeição dos avaliadores, mas pela geral e commum estimação, em razão do tempo e do lugar em que as cousas existem, e suas qualidades úteis, e dos ónus e condições a que estejam sujeitas (791). A avaliação é um preliminar da partilha, cuja falta importa nullidade substancial do processo.

(790) Per. Souz. Lin. Civ. § 410.; Per. de Carv. Lin. Orph. Part. 1. Not. 123. O avaliador, depositário da confiança do juiz e das partes, deve comprehender bem a sua missão, contendo-se nos limites do objecto que lhe foi confiado, e comettido, proferindo o seu laudo segundo os dictames de uma consciência pura, e alheia a ódios, ou affeições por alguma das partes; e para que evite contra si qualquer suspeita de parcialidade, cumpre que se abstenha de acceitar dinheiro, presentes e donativos offerecidos por alguma das partes, qualquer que seja o pretexto, e ainda para fazer o que deve; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21.n. 28.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 535.

(791) Ord. Liv. 4. tit. 11. § 4.; tit. 13.; Valasc. Par-tit. Cap. 10. n. 2.; Cons. 43.: Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 27. Os avaliadores que no exercício das suas funções commetterem algum dos crimes previstos no art. 147

Qual o tempo que se attende para as avaliações dos bens da herança e ãa terça

§ 113 Acontecendo muitas vezes fazerem-se as avaliações depois de haver decorrido longo tempo da morte do inventariado*, e como o valor das cousas varia com a mudança dos tempos, convém fixar uma regra certa acerca do tempo que se attende, quando se avaliãõ os bens da herança: Se é o da morte do inventariado, se o em que se fazem as partilhas.

Quando se trata da legitima deixada ao filho para excluir a querela do testamento inofficioso, a avaliação dos bens da herança se faz em relação ao tempo da morte do pae (792); mas tratando-se da partilha entre herdeiros, é necessário considerar, se os bens existião no poder do defunto ao tempo da sua morte, ou se existem no poder dos herdeiros, por terem sido doados ou dotados em vida, mas sujeitos á collação para manter-se a igualdade das partilhas. No primeiro caso avalifio-se os bens pelo que valem ao tempo da partilha •, porque o augmento ou a deminuição do valor, sem culpa ou dolo, apro-

com referencia ao art. 146. do Cod. Crim., são punidos com as penas do mesmo art. 146. do referido Cod. Mas para a imposição destas penas não basta que facão uma avaliação lesiva, que pode provir da ignorância, sem má fé, ou intenção criminosa; é necessário que no facto se verifiquem as condições do crime; Per. de Carv. Lin. Orpli. Not. 132. (792) Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 6.; Valasc Partit. Cap. 10. n. 8.; G-uerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 58,

verta ou prejudica igualmente á todos os herdeiros, pela regra: *Damna et eommoda cujusque rei, sequuntur dominium ipsius* (793); e no segundo caso, attende-se ás seguintes regras:

A) Nas doações por motivo de casamento:

I) Sendo de bens immoveis;

1.º) Se forfto melhorados pelo donatário ou dotado, quer doados em preço certo, quer não, tem elle a escolha, ou de trazer á collação os mesmos bens, sendo indemnizado pelos herdeiros das bem-feitorias que tem feito, ou o preço que valião ao tempo da doação (794)*,

2.º) Mas se os bens se achão deteriorados, em relação ao tempo da doação ou dote, pertence aos outros herdeiros a escolha, ou de serem trazidos á collação os próprios bens, como estão e mais a estimação do damno, ou o preço que valião ao tempo que forão doados. Em qualquer dos casos, esta alternativa tem lugar somente, quando as bemfeitorias ou o damno chegarem á quarta parte do que valião os bens ao tempo da doação (795) ^

(793) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 34; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 8.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 59.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 5. n. 2.

(794) Ord. Liv. 4 tit. 97. § 13.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 11, 17.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 63,64.; Molina de Just. Disp. 288. n. 8.

(795) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 13.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 9. á 14.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 65.

3.º) E se não houve somente damnificação, mas os bens totalmente perecerão, por ser omissa a Ordenação neste caso, observa-se o direito *commum*, segundo o qual, se perecerão depois da morte do pae, por culpa ou dolo do dotado ou donatário, vem á collação o preço que Talião ao tempo da doação ou dote; e se perecerão, quer antes, quer depois da morte do pae sem culpa ou dolo do filho ou filha, cessa a obrigação de conferir (796)-

II) Sendo de bens moveis;

1.º) Se o donatário ainda os tiver ao tempo da morte do doador vem á collação no estado em que se acharem, ou a doação se fizesse com preço certo, ou sem elle (797);

2.º) Se, porém, já não existem, quer tenham sido consumidos ou alienados, quer tenham perecido em vida ou depois da morte do pae doador, com culpa ou dolo do donatário, sempre vem á collação o preço segundo o tempo da doação ou outros bens moveis de igual valor, qual elle mais quizer (798);

(796) D. Liv. 37. tit. 6. fr. 2. § 2.; Valasc. Partit. Cap. 11. n. 12, 13.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 71, 72, 73.; Ayora Partit. Part. 1. Cap. 3. n. 22.

(797) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 15.; Molina de Just. Disp. 238 n. 8.

(798) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 15.; Valasc. Partit. Cap. 10. n. 14, 16.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 66, 70; Barb. in Leg. *Si testimcUts* n. 5. D. Solut. matrini.; Molina cit.

HI) Qualquer que seja a natureza dos bens doados, se o donatário se abstém da herança, per-tence-lhe a escolha do valor dos bens ao tempo da doação ou ao tempo da partilha (799)', mas se não se abstém da herança, nem se verifica algum dos casos acima referidos, deve trazer á collação todos os bens doados que ainda p*ossuir, e seus respectivos rendimentos desde o fallecimento dos doadores até o tempo das partilhas, e tudo se avalia pelo que vale ao tempo- da divisão (800).

B) E nas doações que não forão feitas por motivo de casamento, mas por qualquer outra maneira, prevalece sempre a regra, segundo a qual avaliãose os bens doados pelo que valem ao tempo da partilha *fSOL*).

C) A não ser nos casos de doações e dotes feitos aos filhos, mas á estranhos, calcula-se a terça pelo que valião os bens que possuía o doador ao tempo da doação, e não ao tempo da morte (802).

(799) Ord. Liv. 4. tit. 97. § 4; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 5.; Cap. 20 n. 21.

(800) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 9.; tit. 97. pr.; Molinade Just. Disp. 238. n. 8.

(801) Ord. Liv. 4. tit. 97. §§ 3, 4.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 5.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 12. n. 43.

(802) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 5.

Conto se procede no fazer das avaliações

§ 114 Nos inventários solennes as avaliações se fazem por louvados juramentados, citadas as partes interessadas, estando presentes o juiz e o Escrivão (803); e procedendo-se de outro modo ficão nullas as partilhas (804).',*'

Começão as avaliações pelas peças de oiro, prata . e pedras preciosas, fazendo-se em seguida a dos outros moveis e semoventes, e dos titulos de dividas; e por ultimo avalião-se os bens de raiz (805).

Os louvados, estando juntos, vendo e examinando attentamente as cousas por si e não por informações (806), declarão o valor em que estimão-nas, não pelo mais alto preço que poderem alcançar no

(803) Ord. Liv. 1. tit. 88. §§5, 52.; Paiva e Pona Orph. Cap. 2. n. 4.

(804) Barb. á Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Plioeb. Part. 2. arest. 74. A presença, porém, do juiz não é solenmi-dade substancial para a validade do inventario; basta que elle faça ao inventariante prestar o juramento, e assigne o termo respectivo. Esta é a praxe do nosso foro, attestada por Valasc. Cons. 52. n. 25.; Partit. Cap. 8. n. 7.; Peg. a Ord. Liv. 1. tit. 87. § 5. n. 3. Mas nos inventários de maior importância, cumpre que o juiz assista em pessoa á descripção dos bens para que não se oeuitem, protegendo assim os interesses de todos contra as pretensões illegiti-mas que por ventura se manifestem; Peg. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 43.

(805) Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(806) Valasc. Partit. Cap. 10. n. 5.; Guerr. Trat. 1, Liv. 1. Cap. 11. n. 24.

mercado, mas com moderação e equidade fraternal, dando verbalmente as razões e os motivos de seu laudo, e os valores declarados escreve o Escrivão no inventario (807).

As duvidas que s.e suscitarem decide o juiz verbal e summarissimamente •, porque neste juizo tudo depende do ofncio e arbitrio dor juiz (808). Discordando os louvados nomeia-se um terceiro (§ 101) que fica precisamente obrigado á combinar com um dos votos que lhe parecer mais razoável, ainda que entenda que ambos são erróneos (809). Cada cousa deve ser avaliada separadamente (810), observando os avaliadores as seguintes regras:

(807) Valasc. Partit. Cap. 10. n. 41. Os laudos devem ser proferidos pelos próprios louvados, sem que possam commetter á outras pessoas; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 11. n. 77.

(808) Paiva e Pona Orph. Cap. 2. n. 18.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 7.

(809) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 2.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 26. Menez. Juiz. Divis. Cap. 12. § 11.

(810) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.,- Per. de Carv. Lin. Orph. § 51. Se os bens fossem descriptos e avaliados todos juntos, a partilha seria impossível. E ainda os prédios que admittirem commoda divisão, devem ser avaliados por partes, dando-se valor á cada uma d'ellas. As macbi-nas, porém, e todas as cousas que não soffrem commoda divisão devem ser avaliadas em sua totalidade, sem dis-tincção de partes: Ord. Liv. 4. tit. 9G. § 5,

1.º) As peças de ouro, prata, e pedras preciosas devem ser avaliadas com atenção á metade do feitiço (811)-,

2.º) A roupa e mobília da casa avaliá-lo-se segundo o estado em que se acha, o não pelo que custarão (812)*,

3.º) Os animais avaliam-se por cabeça; porém havendo muitos da mesma espécie o género, como um certo numero de carneiros, descrevem-se e avaliam-se todos juntos, declarando-se o seu numero e o valor de cada um (813);

Também se deve descrever e avaliar juntos a es crava com os filhos menores de 12 annos, o casal, a parilha de cavallos etc, porque assim também de vem ser adjudicados na partilha. I

4.º) As acções exigíveis devem ser avaliadas na mesma importância (814);

5.º) Os prédios rústicos devem ser avaliados pela importância dos fructos dos vinte annos prete-

(811) Lei de 20 de Junho de 1774. § 8, 10.; Alv. 21 de Maio de 1751, Oap. 5. § 3.

(812) Alm. Souz. Trat, das Aval. § 96.; Per. de Caiv. Lin. Orph. 'not. 126.

(813) Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 101.

(814) Lei de 20 de Junho 1774. U 17, 27.; Lei de 28 de Setembro de 1871. art. 4. § 7, 8.

ritos, tiradas as despesas e calculando-se o preço dos mesmos fructos pelo rendimento que tiverem ao tempo presente da avaliação (815)}

6.º Os prédios urbanos pela importância de vinte rendas, deduzindo-se uma decima parte para as despesas e impostos á que estiverem sujeitos, tudo em consideração á situação, estado, e outras cir-cumstancias que influão no valor (816);

7.º Os bens emphyteuticos, quanto ao dominio directo, avalião-se pelo valor dos foros de vinte an-nos e um laudemio, considerado o prédio como livre*, o resto é o valor do dominio útil (817);,

8.º Sendo o prazo subemphyteutico, avalia-se o dominio directo em vinte annos' de foros e um laudemio; o dominio útil do imphyteuta principal, em vinte annos de pensão, e o resto vem á ser o valor subemphyteutico (818);

(815) Alv. de 30 de Outubro de 1773.; Lei de 20 de Junho de 1774. § 11. Decr. de 17 de Julho de 1778. Estas leis devem ser executadas com attenção ás circums-tancias especiaes que possão occorrer; Alm. Souz. Trat. das Aval. e dos Damn. § 18, 19. O justo preço das n5o fungíveis é a geral e commum estimação.

(816) Lei de 9 de Maio de 1651; Alv. de 25 de Agosto de 1774. § 9.

(817) Alv. de 23 de Fevereiro de 1771; Decr. de 7 de Dezembro de 1772; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. O laudemio é relativo ao valor do prédio avaliado como livre, e depois de deduzidas as despesas dos vinte annos; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 836.; 1021.

(818) Per. Souz. Lin. Civ. Not. 836, 986, 1021.

Das avaliações dos bens que estão fora, do districto

§ 115 Se existem alguns bens da herança fora do districto do juiz processante, e não podem ser facilmente transportados, expede-se precatória ao juiz do lugar, para que este, em auxilio da jurisdicção do deprecante, faça logo as avaliações e a nomeação de um curador á elles (819). O juiz deprecado, lançando o seu *eumprase* na precatória, manda distribuir ao Escrivão á quem pertencer.

Distribuida e autoada, sobem os autos conclusos ; e o juiz deprecado, nomeando avaliadores á revelia, se os herdeiros não comparecem perante elle á escolhe-los, manda logo proceder as avaliações (820).

Concluída a deligencia sobem os autos conclusos; e verificando o juiz que ha orphãos interessados, nomeia um curador aos bens, e manda por seu des-

(819) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 24. Ord. Liv. 4. tit. 102. g 8.; Mend. Part. 2. Liv. 1. Cap. 2. n. 130. Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 24. n. 2. segg. A precatória deve ser expedida com citação das partes, e declarar a situação, confrontações e mais circumstancias que fação bem conhecidos os bens que tem de ser avaliados; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(820) Per. de Carv. Lin. Orph. not. 131.

pacho que o escrivão faça remessa da precatória ao juiz deprecante, pagas as custas (821).

Para se fazer esta remessa sfto as partes novamente citadas, lavrando-se nos mesmos autos o termo competente, assim como as certidões das citações feitas as partes, afim de que tudo conste no juizo deprecante (822).

Devolvida a precatória junta-se aos autos do inventario. —

(821) Ord. Liv. 1. tit. 88. g 24.; Liv. 4. tit. 102. { 8. Mend. Part. 2. Liv. 1. Gap. 2. n. 130; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Gap. 14. n. 17.; Caltl. de Emption. Cap. 14. n. 18. (822). Morjjfeec. Liv^G. Cap. 1. n. 7.



|

SECCÃO SÉTIMA

DAS DIVIDAS PASSIVAS E DESPESAS DO

FUNERAL E BEM D'ALMA

1) *Das dívida* passivas*

§ 116 As dividas activas da herança verificão-se pelos herdeiros, e as passivas pelos credores •, o liquido, que é o que fica depois de deduzidos todos os encargos da herança, é o que se diz— *o patrinto-^nio* do defunto (Nota 3) (823).

Quer sejam descriptas as dividas passivas pelo inventariante, quer sejam requeridas pelos credores, havendo orphãos interessados, são ouvidos todos os (herdeiros e o Curador Geral sobre a verdade e o pagamento delias aos credores*, e mostrando-se liquidas e provadas, de modo ã não fazer duvida ,(824), confessando e concordando todos os interes-

(823) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 12.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n." 19.

(824) Coei. Liv. 6. tit. 30. fr. 22. § 9.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 240. Para se haverem por liquidas e provadas.as dividas, não basta a confissão do defunto em testamento solemne, ainda é necessária outra prova attendivel, por cansa do prejuizo dos herdeiros e credores; porém, não havendo herdeiros forçados, nem credores, quando não valha como divida, vale como legado; Gama Decis. .293; Gomes Var. Kesol. Tom. 1. Cap. 12, n. 81.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 10. n. 23. segg.; Valasc. Partit. Cap. 8. n. 12.

sados, o juiz manda separar na partilha bens suficientes á serem arrematados em hasta pnblica, para que com o producto delles se jáo pagos os credores reconhecidos; e do que resta é que se faz quinhão aos herdeiros (825). Quando as dividas são requeri-

(825) Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 49.; Avis. de 3 de Fevereiro de 1855.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 21.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 4.; Oliv. de Muner. Provis. Oap. 10. § .12. A impugnação d'um dos herdeiros ou do Curador Geral, basta para que se deixe de separar bens para o pagamento das dividas; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 7. segg., remettendo-se os credores aos meios ordinários; Alm. Souz. Acç. Sum. Tom. 1. § 333.

Na separação dos bens para pagamento dos credores deve preferir-se os moveis e semoventes; e só em falta delles é que podem ser adjudicados bens de raiz; e entre estes com preferencia os que forem menos rendosos aos orphãos; Ord. Liv. 1. tit. 88. § 26.; e procedendo-se d'outro modo é nulla a adjudicação; Per. de Oarv. Lin. Orph. not. 139. Arrematados os bens, as sobras, se houverem, pertencem aos herdeiros, e por elles se repartem; assim como, não chegando o producto da arrematação para o pagamento, ou não havendo lançador, respondem os herdeiros, cada um pela sua parte, pelo pagamento integral do credor, salvo se este requereu no inventario o seu pagamento e concordou com os herdeiros que para esse fim fossem' separados bens suffi cientes; é n'este caso que pode ter lugar o serem adjudicados ao credor com abatimento da lei, quando não haja lançador. E a razão é que, tendo o credor direito ao seu pagamento em dinheiro, e não em bens, não podem os herdeiros mudar a condição de sen credor sem annuen-cia cVelle.

das pelos credores, e não excedem á alçada, podem os juizes conhecer e mandar paga-las por breves justificações (826). Quando, porém, não são liquidadas nem provadas pelos credores, devem ser desattendi-das no inventario, procedendo-se logo á partilha dos bens da herança, como livre de dividas, ficando com-tudo os credores com direito salvo para demandarem aos herdeiros no juizo contencioso (827).

A arrematação dos bens em praça publica, não havendo dinheiro de contado 6 o meio regular de fazer effectivo o pagamento; contudo muitos escrip-tores ensinão, e a praxe observa a adjudicação aos credores dos próprios bens separados na partilha para o pagamento delles (828)- Mas para que se

(826) Avis. de 13 de Agosto de 1834. Quando se justificação as dividas, manda-se apensar os autos d'essas justificações aos da partilha, para na deliberação d'ella se mandarem separar bens para seu pagamento; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(827) Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Gap. 13.: Alm. Souz. Acç. Sum. Dissert. 9. § 334.; Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 2. § 32. not. 2.

(828) Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13.; Trat. 4. Liv. 5. Cap. 10. n. 34.; Alm. Souz. Acç. Sum. Tom. 1. § 333. Mas o adjudicarem-se bens ao cabeça de casal com o ónus das dividas, sem que os credores o requeirão, é praxe errada, que deve ser banida do foro; Alm. Souz. citado. Dos bens de raiz adjudicados ao cabeça de casal, ou ál algum dos herdeiros, além dos seus quinhões, com a obrigação de pagar dividas do casal, paga-se o imposto da siza; Avis. N.º 407. de 29 de Agosto de 1862. Regulam, de 28 de Março de 1874, art: 19.

adjudiquem bens em pagamento aos credores não basta uma simples confissão das dividas, é ainda indispensável que os credores requeirão e que essa confissão dos herdeiros seja tomada por termo nos autos, com a declaração de que estes convém e consentem juntamente nessa adjudicação (829); porque estando os bens da herança no dominio commum dos herdeiros, força é que estes demittão de si esse dominio, consentindo especificadamente na futura adjudicação, que tem o mesmo effeito que uma *dação in solutum* (830).

Á sentença que julga a adjudicação e a partilha produz uma novação nas obrigações; e pela novação cessa toda a responsabilidade dos herdeiros pela divida e juros convencionados, ficando transmudadas as acções dos credores para aquelle á quem forão adjudicados os bens, o qual responde exclusivamente pela quantia reconhecida e juros legaes pelo

(829) Quando todos os herdeiros confessa o por termo nos autos a verdade da divida, essa confissão judicial produz por si mesma a via executiva, podendo os credores tirar sentença do processo da partilha e executar aquelle á quem forão entregues os bens para fazer o pagamento; Mor. Execut. Liv. 1. Cap. 4. § 3. n. 37.; Cardoz. Prax. verb. Confessio. n. 28.; Guerr. Trat. 4. Liv. 6. Cap. 10. n. 34

(830) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 242.; Bag. Tom. 1. Cap. 14. n. 49.

tempo da mora, sem regresso aos herdeiros, ainda que fique insolvente (831).

Mas se os herdeiros separarem bens na partilha e adjudicarem ao cabeça de casal ou á outro herdeiro, para pagamento das dividas, sem que os credores o requeirão, esse pacto dos herdeiros com o cabeça de casal, ou com algum outro herdeiro, não desobriga aos outros de ficarem sujeitos aos credores, cada um pela sua parte f832).

II) Das despesas do funeral e bem d'alma.

§ 117 Como dividas passivas, devem ser justifi" cadas e provadas no inventario com documentos le- gaes, as despezas do funeral e bem d'alma, para que sejam attendidas na partilha, quando não excedão á quantia que pode ser despendida (833). A'quelle que fez a despesa do funeral compete a acção funerária contra os herdeiros obrigados a paga-la (834).

(831) Strik. Exercit. 47. n. 51.; Guerr. Trat. 4. Liv. 5. Cap. 10. n. 34, 35.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 138.

(832) Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 12. n. 52, 54.; Mor. Execut. Liv. 6. 'Cap. 7. n. 50.; Alm. Souz. Acç. Sum. § •333; Olea Cess. jur. tit. 4. Quest. G. n. 4. .

(833) Per. de Carv. Part. 1. nota 142.

(834) D, Liv. 11. tit. 7. fr. 17.; Corrêa Telles, Doutr. das Acç. .§ 266.

A) *Despezas do funeral.*

§ 118 São despezas do funeral todas aquellas que se fazem com o cadáver até a sepultura, e se chamão *gastos de corpo presente*; e taes são-: as quantias despendidas com a mortalha» caixão, armação, sepultura, signaes de sinos, acompanhamento, carro fúnebre, Missas, esmolos, officios de corpo presente, cora e bem assim com o Medico e a botica, na ultima enfermidade, e tudo quanto o defunto recom-mondou no seu testamento (835).

Estas despezas são pagas pelos bens da meia-acção do defunto, isto é, pelo monte mór (836).

(835) D. Liv. 11. tit. 7. fr. 14. §§ 3, 4, 5. e 37.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48.; G-uerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 68, 69.; Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Oap. 6. pag. 176. nota (1). Quando o fallecido é negociante fal-lido, são privilegiadas as despezas funerárias feitas sem luxo, e com relação á qualidade social d'elle, e aquellas á que dera lugar a doença de que fallecêra; Cod. Com. art. 876. § 1, e 882.; Regul. N.º 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 621.

(836) D. Liv. 5. tit. 2. fr. 8. § 9.; "Valasc. Partit. Cap. 19. n. 39. Cap. 23. n. 13.; Oliv. de Muner. Provis. Cap. 1. § 16. n. 46. Isto deve-se observar, não obstante a opinião contraria de Barb. Kem. á Ord. Liv. 1. tit. 62. n. 3. e de Mend. Part. 2. Liv. 4. Cap. 3. n. 8. e outros,- porque esta divida contrabe-se depois do matrimonio já dissolvido; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 155.

Não tendo o defunto bens, são obrigados ao funeral os que tinlião obrigação de alimenta-lo, quando vivo; Surd. de Alim. T. 1. Quest. 25. segg.; Corrêa Telles Doutr. das Acç. Not. 7. ao § 266.

Mas não se comprehende n'esta classe as despesas feitas na construcção do tumulo, sendo diverso do uso do lugar e de maior importância (837), nem as que se fazem com a trasladação do cadáver, nem ■as de mera pompa, nem as que se fazem cora o luto da viuva, filhos e domésticos (838).

Fallecendo alguém *ab infestado*, não se dispense com o funeral mais que 10\$000 (839), mas o juiz dos orphãos, sendo possível, ou. a autoridade policial do Districto, pode autorizar maior quantia, tendo attenção ás forças da herança e á qualidade da pessoa do defunto (840).

B) Das despesas do bem d'Udma.

§ 119 Se dizem despesas do bem d'alma as que se fazem nos suffragios depois de dado o corpo á sepultura, assim como Missas e officios (841). Todas estas despesas se deduzem da terça do defunto, não podendo prejudicar, nem a meia acção do cônjuge sobrevivente, nem a legitima dos herdeiros forçados (842). _____ -r,,-. _____

(837) D. Liv. 11. tit. 7. fr. 37. § 1.

(838) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 53, 54.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 73.

(839) Corrêa Telles, Doutr. das Acç. Not. 2. ao § 267.

(840) Regul. N.º 855 de 8 de Novembro de 1851. art. 8.; Regul. de 15 de Junho de 1859. art. 50.

(841) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48. in fine.

(842) Lei de 19 de Setembro de 1769 § 6., instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.; Valasc. Partit. Cap. 19. n. 48.; Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 6. n. 91.

Posto que o defunto não encomende em seu testamento suffragios pela sua alma, o Parocho da Freguezia pode fazer aquelles que forem do uso da Igreja, e haver dos herdeiros a importância pelos meios legaes (843).

As disposições do testador sobre suffragios por sua alma devem ser cumpridas pelo seu testamen- teiro, contanto que, havendo herdeiros necessários, não excedão ao terço do terço (844); no caso negativo não podem taes despesas exceder á totalidade ou á maior parte da herança (845). Em falta de

(843) Isto se observa porque o Decr. de 30 de Julho de 1790, o de 8 de Maio de 1715., e a Lei de 25 de Junho de 1766 \ 5, e #., mandão guardar os costumes louváveis das Dioceses; mas como são vários os costumes das Dioceses, diz Corr. Telles, Doutr. das Acç. § 267. nota 2:; Que como taes se deve entender o cTaquellas onde o bem d'alma de qualquer defunto não excede à IOfOOO. Contra as pessoas obri^das ao pagamento d'es-) tas despesas, os Parochos não podem usar senão dos meios ordinários; Peg. ad Ord. Liv. .1. tit. 9. § 12. n. 775.; Corr. Telles Doutr. das Acç. g 268. Por contestação á esta acção pode o réo oppor: 1.º) Que o. autor, por equidade, mandara fazer o bem d'alma; e isto se presume, sendo o defunto Preguez pobre; 2.º) Que excedera o modo, attento o costume da Parochia, e á qualidade da pessoa; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 267.

(844) Lei de 9. Setembro de 1769. § 6. instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796.

(845) Tendo a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21. restaurada pelo Alvará de 20 de Maio de 1796. prohibi-do a instituição da alma por herdeira, seria em fraude da lei a disposição do testador pela qual mandasse:—Que todos os seus bens fossem vendidos e o producto empregado em Missas e suffragios; Corr. Telles Theor. da Inter-pret. § 44.

disposição testamentária, prevalece à arbítrio do juiz, que deve ter em atenção o estado, condição e fortuna do defunto, para que não haja excesso (846). Se os testamentários fizerem por si despesas immoderadas com o funeral e bem da alma devem lhes ser gloriada (847).

(846) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 49.; Guerr. Trat. 2 Liv. 6. Cap. 6. n. 82.; Reg. de 15 de Jun. de 1859 art. 50.

(847) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 49.

SECÇÃO OITAVA**DO ENCERRAMENTO DO INVENTARIO**

§ 120 Descripto o activo e o passivo da herança e declarando o inventariante que tem dado á inventario todos os bens do inventariado e que nada mais resta á descrever e avaliar, extende-se nos autos o termo de encerramento (848).

Por costume do foro, os inventariantes protestão no mesmo termo que, se forão descriptos alguns bens que não devião se-lo, se hajão por não descriptos; e que, se forão omittidos outros que devião ser dados á inventario, se hajão por descriptos; e bem assim que em qualquer tempo que lhe venha á noticia que ainda ha outros bens que pertenção ao defunto, os fará descrever e acrescentar ao inventario (849).

Lavrado o termo de encerramento e achando o juiz regular o processado, por não haver o que emendar ou corrigir, manda fazer a liquidação, ci-tando-se aos interessados para dizerem o que fôr á bem de seu direito.

(848) Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 4. n. 1.; Per. Souza. Lin. Civ. Not. 1021.

(849) Valasc. Cons. 52. n. 16, 17.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 63. O protesto que faz o inventariante no fim do inventario:—Que se hajão por escriptos os bens omittidos e por não escriptos todos aquelles que não de-

vião se-lo; e bem assim que em qualquer tempo que lhe venha á noticia de que ainda pertencem á herança outros bens, os fará acrescentar ao inventario; hão tem valor algum em rigor de direito. Contudo tal protesto está admittido por costume e aproveita somente ao inventariante, quando por erro, simpleza ou outra justa causa deixou de os descrever; Valasc. Cons. 52. n. 16. segg.; Partit. Cap. 8. n. 47.; Phceb. Decis. 149. n. 36.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 9. n. 69, 70. Ainda sem protesto evita a pena o inventariante que declara os bens omittidos antes de ser demandado, como additamento ao inventario; Bagn. Cap. 66. n. 369. Esta declaração aproveita, posto que tenha sido feita depois da citação, mas antes da contestação da lide; Alm. Sonz. Obrig. Recipr. § 731. Mas em todo o caso sempre fica salvo ao herdeiro lesado a acção ordinária para haver os bens sonegados, ainda que tenham sido feitas as partilhas amigavelmente, ou por transação: Peg. Tom. 7. á Ord. Liv. 1. tit. 87. § 9. n. 13.

CAPITULO QUINTO

DA LIQUIDAÇÃO DA HERANÇA E DELIBERAÇÃO DA PARTILHA.

Da liquidação da herança,

§ 121 O processo de inventario e partilhas entre herdeiros, sendo verbal e summarissimo, não admite conhecimento de cansa, nem artigos, reservando-se toda a questão de alta indagação para o juízo ordinário (850). Portanto, descriptos e avaliados os bens, nada mais resta que partilos entre os herdeiros, extinguindo-se assim a communhão em que se achão, independentemente de allegações e arrazoados. Contudo não deve o juiz, para melhor esclarecimento seu, denegar aos interessados o conhecimento do processo, nem tolher que deduzão o seu direito verbalmente ou por escripto (851). Pelo que, antes da deliberação da partilha, tem a praxe admittido que os herdeiros e o Curador Geral venhão com seus requerimentos por palavra ou por escripto, sobre a descrição dos bens, collações, avaliações, prestações de títulos, documentos offercidos, declarações, divi-

(850) D. Liv. 36. tit. 1. ad S. C. Trebel. fr. 13. § 2.; Liv. 42. tit. 1. fr. 15. § 4.,- Ord. Liv. 4. tit. 96. §§11, 12, 22, 23.; Valasc. Partit. Gap. 8. n. 51.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 267.; Themud. Decis. 297. n. 27, 47.

(851) Guerr. Trat. 2. Liv. 6. Cap. 13. n. 1.; Per. de Oarv. Orph. § 88.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 43.

das passivas e quaesquer diligencias tendentes á feitura d'uraa partilha bem ordenada, acautelando, em tempo, erros, nullidades e lesões (852). Sobre taes requerimentos ouvirá o juiz ao inventariante e aos herdeiros, assignando-lhes um termo breve para dizerem de seu direito nos autos (853), ou marcando uma audiência para que verbalmente o fação (854). N'este acto é licito á qualquer herdeiro requerer ao juiz que mande lançar em seu quinhão um certo prédio, movei ou semovente, devendo ser attendido sempre que houver accordo dos outros herdeiros, ou allegar justa razão de preferencia.

Pela discussão dos interessados e accordo das partes, apura-se a herança, conhecendo-se quaes os bens que constituem o património do defunto, a natureza delles e os encargos a que estão sujeitos • as dividas passivas e o direito hereditário de cada um dos herdeiros\ e do liquido se fará a partilha, a qual

(852) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. g 14. n. 2, 3.

(853) Per. de Carv. Orph. § 90. Este termo deve ser breve. O Curador Geral falia em ultimo lugar; Per. de Carv. Orph. § 160. Para dizerem por escripto nos autos é indispensável que juntem procuração, constituindo procurador letrado; Per. de Carv. Orph. Not. 175.

(854) Para esta audiéncia devem ser citados todos os interessados, declarando-se o dia, a hora e o lugar, por ser acto extrajudicial; Per. de Carv. Orph. Not. 158.

não deve ser demorada por causa do illiquido, que se repartirá á medida que se fôr liquidando (855).)

Não havendo, porém, accordo entre os herdeiros' [o juiz reservará a decisão para o despacho da deliberação da partilha (856).

Da deliberação ãa partilha,

§ 122 Ouvidos os interessados sobre a liquidação e divisão da herança, o juiz por seo despacho delibera a partilha, dando a forma delia, sem condem-nar em custas (857).

Este despacho, por ser meramente interlocutorio, não faz julgamento definitivo, nem admitte appela-ção \ e por isso nas Comarcas geraes pode ser proferido pelo juiz processante (858).

E' no despacho da deliberação da partilha, que o juiz deve mandar separar os prazos, os bens de terceiros e alheios, os dotes dos cônjuges, conforme as escripturas antenupciaes, quando não existão fí-

(855) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 17.

(856) Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 43.; Cap. 3. § 9. E' bôa practica admittir o juiz que n'este acto os herdeiros declarem logo quaes os bens que preferem que se lhes adjudique em seus quinhões hereditários, dando a razão de preferencia para serem attendidos, como fôr justo.

(857) Ord. Liv. 3. tit. 66. g 5.; Per. Souz. Lin. Civ. No/ 1021.

(858) Avis. de 15 de Outubro de 1872.

lhos vivos, ou não tenham havido, assim como tudo mais que não fôr partível •, resolver se a herança se deve dividir *in capita* ou *in stirpes* \ se vale e até quanto a doação; se deve ou não attender-se á disposição do testamento ; e finalmente decidir todas as duvidas suscitadas pelos herdeiros no correr do inventario, acerca das quaes não tenham chegado á um accordo, remettendo aos meios ordinários as questões que demandão de alta indagação; assim como aos credores, cujas dividas não forem liquidas, provadas suficientemente, e reconhecidas por termo assignado por todos os interessados, ouvido o curador dos menores e das pessoas administradas. Deliberada a partilha manda o juiz que os autos vão aos partidores para fazer a divisão na forma determinada (859), citadas as partes (860).

Do despacho que delibera a partilha não se concede vista ás partes, nem recurso algum, porque permanecem os autos conclusos (861).

(859) Ord. Liv. 3. tit. 66. § 5.; Silva ao cit. § 5. n. 3; Alm. Souz. Acç. Sum. § 318.; Per. de Carv. Lin. Orph. § 98.; Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1021. Os juizes Municipaes e d'Orptiãos julgão da liquidação das contas para pagamento dos impostos Provinciaes, provenientes de legados, posto que as contas excedão á 500\$000; Avis. de 13 de Abril de 1873; e de 28 de Abril do mesmo anno.

(860) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 25.

(861) Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 3.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. 2 2. n. 4.: Cap. 12. § 24.

TITULO SEGUNDO

DAS PARTILHAS

*I) Noção, modos e condição das
Partilhas,*

A) NOÇÃO

§ 123 Partilha é a divisão dos bens da herança do defunto entre os herdeiros (862). Não sendo alguém obrigado á viver em comminhão contra sua vontade, tem cada um dos sócios ou herdeiros o direito de pedir a divisão ou a partilha da coisa commum, posto que tenha estado assim voluntariamente por longos annos (863).

E como é nullo o acto contrario ao preceito da lei, não vale a convenção de permanecer perpetuamente em comminhão, senão por tempo determinado (864)^ nem o testamento que prohibe aos herdeiros a divisão dos bens da herança, salvo se a prohibi-ção lemita-se á tempo certo, ou durante a vida de

(862) Per. Soiiz. Lin. Civ. Not. 1021.; Coelho da Rocha § 486.

(863) Cod. Liv. 3. tit. 37. frag. 5.; D. Liv. 8. tit. 2. frag. 27.; Liv. 27. tit. 9. frag. 8. § 2.; Liv. 10. tit. 3. frag. 81.; Liv. 31. frag. 77. § 20.; Valasc. Cons. 53. n. 5.

(864) D. Liv. 10. tit. 3. frag. 14. § 2.; Liv. 17. tit. 2. frag. 70.: Cardoz. Prax. verb. Divisio n. 11.

alguma pessoa (865), e não afecta á legítima dos herdeiros forçados; porque esta não está sujeita á restricção alguma (866). Pelo que resulta que o direito de pedir partilha nasce do estado de com-munhão.

li) Vos modos porque se fazem as partilhas.

§ 124 As partilhas se fazem por diversos modos:

I) Judicialmente;

1.º) Quando, citados todos os coherdeiros e in-

(865) Ghierr. Trat. 2. Liv. 1. Gap. 1. n. 31.; Jul. Claras Liv. 3. § testament. Quest. 67. n. 1, 2.; Cardoz. Prax. verb. Divisio n. 11. A opinião cornaram é que vale a prohibição perpetua da divisão, ou partilha, quando é estabelecida sob certa pena; Jul. Claras cit. n. 2*, Brunem, ad Pand. Liv. 10. tit. 3. frag. 14. n. 8.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 26.; Contudo, no direito pátrio, a doutrina do texto parece mais acertada, com a única restricção dos casos especificados na Ord. Liv. 4. tit. 11. § 1.J isto é, quando a prohibição fôr estabelecida em favor de algum irmão, ou parente mais chegado do testador; Silva ad Ord. Liv. 4. tit. 11. I 1. E a razão é que, sendo a divisão equiparada á uma mutua venda, ou á uma transação, Cod. Liv. 3. tit. 38. frag. 1., Liv. 2. tit. 3. frag. 21., D. Liv. 10. tit. 2. frag. 36., Liv. 2. tit. 14. frag. 35., rale o argumento da alienação para a divisão e *vice versa*; Valasc. Cons. 53. n. 4.; Gama Decis. 242. n. 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 28. Portanto se o testador não pôde prohibir a alienação, senão nos casos previstos na citada ordenação, também não pôde prohibir a divisão.

(866) Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 39.

interessados para assistir á partilha, o juiz abre a discussão e termina o negocio por sentença (867);

2.º) Quando as partes nomeião árbitros para fazer a partilha; porque estes juizes guardão os actos judiciaes, como são obrigados de os guardar os juizes ordinários (868);

II) Extrajudicialmente:

1.º) Por mandado da justiça e por partidores, com expresso aprazimento, e consentimento dos herdeiros, sendo acoordadas e assignadas pelo juiz e partidores (869)-,

2.º) Por convenção amigável, reduzidas á escriptura publica, ou autos públicos, se todos os herdeiros são maiores, e tem a livre administração dos seus bens (870);

3.º) Por escriptura particular, feita pelos mesmos herdeiros, e por todos assignada (871). N'este

(867) Ord. Liv. 1. tit. 88. § 4; Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.

(868) D. Liv. 4. tit. 8. fr. 1.; Ord. Liv. 3. tit. 17. pr.; Valasc. Partit. Gap. 1. n. 5.

(869) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 4.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.

(870) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 4. Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.; Coelho da Rocha § 487.

(871) Ord. Liv. 3. tit. 59.; Reg. de 26 de Dezembro de 1860, art. 15. E ainda quando o valor da herança excede á taxa [da lei, vale a partilha amigável,

caso as partes podem requerer ao juiz que mande tomar por termo as partilhas assim feitas, declaram do todos que approvtlo-nas taes como estão, e pedindo que as confirme por sentença (872); I

4.º) Pelo testador, quando no testamento divide os seus bens entre seus herdeiros, sem offensa das legitimas dos herdeiros necessários (873);

feita por escriptara particular, sendo todos os herdeiros ligados pelos laços de parentesco de que trata a Ord. Liv. 3. tit. 59. § 11.; e ensina Yalasc. Partit. Cap. 21. n. 10., sem embargo do que dispõem o citado § 18 ibi: *tanto que por éllcs (irmão on estranhos) fôr acabada e o acto que se delia fizer, fôr por elles assignação em escriptura publica ou\ autos públicos*; porque isto procede somente quando algum dos herdeiros está nas condições do g 11. e outros, não. E assim se tem entendido na praxe; Alm. Souz. Diss. 5. em Supl. ás Seg. Lin. §§ 55 á 59.

(872) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.; Valasc. Partit. Cap. 1. n. 4.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 3.; Alm. Souz. Not. á Mello ao cit. S 3. n. 4.

Esta sentença não tem as propriedades d'uma sentença profirida em juízo contencioso, nem dá ao acto por ella confirmado, sem outro conhecimento de causa, mais força e effeito do que elle em si tem, quanto á sua validade, e irrevocabilidade; Valasc. Cons. 173 n. 24.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 12. n. 3.; Guerr. For. Quest. 41. n. 8. Yaleron de Transat. tit. 1. Quest. 6. n. 6.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 714.

(873) Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 10, 16.; Liv. 6. tit. 23. fr. 21. § 1.; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 27.; Paiva e Pona Orph. Cap. 1. n. 67.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 3. n. 6.; Coelho da Rocha § 887.

Posto que não haja herança de pessoa viva (874), pode um pae, em sua vida, dividir os seus bens entre seus filhos e herdeiros, entregando á cada um sua futura legitima (875). Feitas assim as partilhas, tem este acto força de pacto, se os filhos e herdeiros consentem e approvão; e força de ultima vontade, se elles o ignorão (876).

Quando o pae, por acto *inter vivos*, divide os bens entre seus filhos, usando da palavra doação, e transferindo á elles o dominio das suas legítimas assim divididas e entregues, a partilha feita n'estas condições fica irrevogável (877)-, contudo, se o filho foi lesado, quanto aos bens que o pae á esse tempo possuia, pode pedir reparação da legitima, ainda pelos bens paternos que depois crescerem (878).

(874) D. Liv. 18. tit. 4. fr. 1.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 7. n. 7.

(875) Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 10.; Valasc. Partit. Cap. 21.; G-uerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 56.; Liv. 2. Cap. 5. n. 49.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 312. segg.

(876) Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 1. n. 56. ; Valasc. Partit. Cap. 25. n. 25.

(877) Valasc. Partit. Cap. 21. n. 13, 14.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 315.; Cabed. Decis. 127. n. 4. segg. Se porém o pae faz simplesmente a partilha, sem declaração de que é sua vontade que valha perpetua e irrevogavelmente, e ainda no caso de duvida, este acto tem força de disposição testamentária, e pode ser revogado até o tempo da sua morte; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 11. ; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 314.

(878) Valasc. Partit. Cap. 21. n. 17.: Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 320.

Mas tendo sido feita a partilha pelo pae em sua vida, com o pacto de não poder o filho em tempo algum pedir supplemento da legitima, quanto aos bens que depois vierem, n*este caso a partilha não fica absolutamente segura (879); porque o pae pode revoga-la até a hora da morte, e o filho conserva o direito de pedir á todo o tempo reparação da sua legitima, quanto aos bens posteriormente adquiridos pelo pae (880).

C) Condições da partilha.

§ 125 Três são os requisitos da partilha :

1.º) Que sejam repartidos entre os herdeiros to-

(879) Cod. Liv. 3. tit. 28. fr. 8.; Valasc. Partit. Gap. 21. n. 27.; Guerr. Trat. 2. Liv.. 1. Cap. 1. n. 57.

(880) Valasc. Partit. Cap. 21. n. 27.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 5. n. 42. No direito pátrio antigo, quando os herdeiros maiores, e ainda os menores, fazia o pacto jurado *de non succedenão*, tendo o pae obtido previamente dispensa Regia para que, no acto da partilha, os filhos menores fossem havidos por maiores, e todos pudessem interpor aquelle juramento, O rd. Liv. 4. tit. 70. I 4., tit. 73., a partilha assim feita pelo pae ficava valiosa, sem que os filhos pudessem vir contra ella, ainda que depois multiplicasse os bens; Valasc. Partit. Cap. 21. n. 16. Mas como a Ord. Liv. 4. tit. 73. prohibe os contractos jurados, e a dispensa d'esta lei somente se obtinha pelo Desembargo do Paço, Tribunal abolido pela lei de 22 de Setembro de 1828, sem que esta attribuição se transmittis-se á outras autoridades, são hoje impracticaveis taes contractos com o caracter de irrevocabillidade.

dos os bens líquidos da herança (881), sem que fique algum d'elles *pro indiviso* (882)-

2.º) Que na divisão dos bens se observe a igualdade possível (883)-,

(881) For cansa dos bens illíquidos, ou que estão fora do Império, não se retarda a partilha da fazenda líquida, que estiver no Império; e á proporção que se fôr liquidando, ou arrecadando, se hirá fazendo a partilha; e quando algum herdeiro morar fora do Império, tendo no lugar de sua residência bens que devão partir-se, não se lhe dará partilha dos que estiverem no Império, sem que primeiro se façam dos que estiverem fora d'elle; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 17.; Paiva e Pona Orphan. Gap. 6. n. 23.

(882) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. § 20.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 59. Posto que a regra de direito seja: Que a divisão da herança não se faz por partes, contudo, se, por erro ou por ignorância, ficarão algumas cousas indivisas, nem por isso se rescindem as partilhas feitas e julgadas, podendo as partes pedir a divisão das que ficarão por partir ou *pro indiviso*; mas com esta declaração: Se as partilhas forão feitas judicialmente não podem as partes accionar no mesmo juizo *família erciscuncUe*, senão no juizo *communi âwidunão*; D." Liv. 10. tit. 2. fr. 20. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 35.; Cap. 39. n. 65.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 246.; Coelho da Bocha § 352.: e se forão feitas extrajudicialmente podem recorrer ao mesmo juizo das partilhas; Cod. Liv. 3. tit. 36. fr. 1.: Valasc. cit.

(883) Cod. Liv. 3. tit. 37. fr. 4.; Liv. 6. tit. 20. fr. 17.; Liv. 3. tit. 38. fr. 12.; D. Liv. 31. de Legat. 2. fr. 77. § 8.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. § 4. n. 68, 113, 131.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 7, 23.

3.º) Que se attenda á commodado dos herdei: I ros (884).

A igualdade consiste na bôa partição da korança, dando-se em bens á cada um dos herdeiros uma somma de valores correspondente á seu direito hereditário, formando-se os quinhões em parto igual no movei, na raiz, no bom, no máo, no certo o no duvidoso, de modo que todos fiquem igualados não só na somma e valor, mas ainda na qualidade e l estimação dos bens (885). E quando os bens não so prectAo á uma divisão com estas condições, por serem indivisíveis por sua natureza, ou pela disposição da lei, ou pela vontade das partos, procura-se a igualdade possível, procedendo o juiz *ex tequo et bom* (886).

(884) Valasc. Partit. Cap. 22. n. 19.; Gnerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 14. n. 21, 22.; Alm. Sooz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 2. ». 5.

(885) Ood. Liv. 4. tit. 87. fr. 4.; Instit. Liv. 4. tit. 17. l 4.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 87. g 4. n. 68.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Gap. 14. n. 23, 24, 25. Não é completa a partilha em que todos os herdeiros levão uma quota parte em cada uma das propriedades da herança; porque sendo assim feita, fica tudo *indiviso* como estava, produzindo inquietações entre os herdeiros no uso conimum; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 12. nota. ••'

(886) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. 8 1.; Instit. Liv. 4. tit 17. S 4.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 1.; Valasc Partit. Cap. 22. n. 6, 7.; Cap. 27.. n. % 10. As grandes propriedades devem ser divididas em lotes, dando-se á ca.-

A «>{nni**ii<1 iv 1 . . *!«* hi rltftroi aa uttptidr, fa**n-
do-te qninhAra noa hrea qoa maia j.r>»- st..**..* (ftrrm
SOS herdeiro*, . m rdxao da idade, ;■.. ---:■. ou im
euptiçSo «l*-l5> - a ainda em rclaçe* á oartroa ben»
da que já at aehao |..... --"

da li- ■ '■ iro MM parto tgaal aaa derlaraçaa da ate* Hati l
te* . tlrfaaaa, a dá* amtaa* amrldaiai a^eaa ta—■jajti-
taa. para aee .. .>f ■ ras ««w a a* .. .o.**~■
imota nora drrla* D. Ur. ta til t t. ff. | a*. Cbala» aa
Reeaa f 691; Aka. S**/ Ket, i Mctle Lrr, 1. ta. 1*. ft 9 a. 6.
i--7 Ata arpaaaa date a* adj*lii*r easi pt*ai>aa«la

UM* DOMÍO *rr ma** **>»; â riana, a* WM eam aa* ea> tr»a
para e eaaal. Oaerr. Trai. 1 Ur i, Cap 19. a. 17.; aaa
eaaiaimrej «a* aaafchran, * . aaa* eeada* *a dotada*, eaa
aaa a^el)aa M dê parla ligai aaa eatfaa; Ord. U?. 4. til.
91.1 . Ma* lala aa a*t»ada v indo a atraaga taa taatea
aaa* da rata, qaaau* aaji* ■ ■ m |

alia» Armpurrrfi* a 'f« da partilha . Per, da larr
Orj ■.: Pari i Hei llft.

8a BIB du* prédios da herança datar aervbiaa á oetru
dalgum doa herdeiro*, «pj aadar taraa-la aaa* fceaada,
dand ■ " ■■ afta da qae arrcue, a aaa d" ©atra Bodo alo
poda ter, taaaaca aa la* devera aofadkar aaai pnfaraa-
cia: Gaerr. Trat. 9. Ur. 9. Cap. la. a, 91.; Par. é» Oarv.
Orp*. Pari. I. a. 190. E at aUram daa **rd>iroa tiver a
maior parta da» pradio . ommam. o* algnai aaa próprio
coatijrae á outro da bera&ça, Umbem deva loa ■ar
adjadirad*. aa o cm aoe fiaí i a Btakr parta, aa a eaaaaa
contíguo aa* armada nrajaJae da igeaJdada da

17?. Ur. 9. ta. 38. fr. 19. D. Ur! 91. ta. da Lefat.' 9 frair.
77. . 8.; Al*. Sotw. Are. Hum Tom. 9. Dam 7. a, 86.;
Corrêa Tetie* Duotr. da* Aeç. | \U>. n. l.

II) Das cousas que não soffrem partilha. A) Por natureza.

§ 126 Posto que a herança comprehenda todos os moveis, e immovcis, dividas activas e passivas, direitos e acções, e tudo quanto constituo o património do defunto, e cada um dos herdeiros tenha uma parte na mínima parte dos bens hereditários; comtudo não soffrem partilha:

I) As cousas indivisíveis por sua natureza, como são:

1.º) As servidões, emquanto se oonsiderão facultades e direitos, por serem cousas incorpóreas, e como tacs não admittem divisão por partes, senão quanto ao uso e exercicio ccellas, em relação á extensão e aos limites dos prédios (888);

, -----V***)j-----' :':-----
 (888) D. Liv. 10. tit. 2. fr.22- § 3.; Liv. 45 tit. 1. fr. 72.: Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 8.; Gomes Var. Resol. Tom. 2. Cap. 10. n. 1, 15. Pelo que resulta que se um prédio se divide por dous herdeiros, a servidão activa delle passa á cada um dos proprietários, como se desde o principio fosse devida aos dous prédios, em que aquelle foi partido -. e esta é a razão porque se um dos proprietários não usa da servidão, cujo exercicio lhe ficou pertencendo, perde o seu direito, em quanto o outro pelo uso conserva; I). Liv. 8. tit. 6. fr. 6. § 1.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 8. n. 4.

Não havendo declaração de servidão constituída, lição as sortes consideradas livres de servidões passivas; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 2. n. G. E sendo consti-

2.º O usufructo que somente pode ser adjudicado de curto tempo até outro tempo determinado, ou por annos alternadamente (889);

3.º Os direitos que chamamos nomes dos devedores e dos credores, activos e passivos, os quaes nflo ví»m ao juizo das partilhas para serem divididos, sento para serem adjudicados aos herdeiros; porque são *ip\$o jure* divididos intellectualmente pela lei

t-niili uma servidão) mas sem declaração dus direitos e das obrigações resultantes delia, ou havendo duvida sobre a sentença» que é o titulo da servidão, devem ser observadas as seguintes regras:

1.) O dono do prédio dominante pode practicar todos os actos necessários pura o aso da servidão; 1). Liv. 8. tit. 5. fr. «. 9 •-'.

-.") Se o prédio dominante tõe dividido, a servidão fica pertencendo á todos os consortes, sem que se agrave a condição do serviente;

3.º O dono do dominante não pode fazer obra ou practicar facta, que faça a servidão mais onerosa; D. Liv. H tit. 2. fr. 20. l 6.;

1.) O dono do prédio serviente não pode embaraçar por acto algum o uso das servidões; mas pode fazer as obras que, tornando a servidão menus onerosa para elle, nio prejudique o dominante, como dar passagem por sitio menos incommo; Coelho da Rocha § (101.

(889) D. Liv. 10. tit J. (r. 14, 15. e l»í. § &; tit. 3. fr. 7. § 10.; Alm. Soas, Diss. 7. Supplem. as Aeç. 8nm. 9 29.5 Caminh. de LibeU. Anuot. 18. n. 10.

(890). A divisão ou partilha d'estas cousas é impossível ; mas por accordo dos herdeiros, ou por

(890) Cod. Liv. 3. tit. 36, frag. 6.; Valasc Partit. Cap. 27. n. 5.; Caminha de Libellis Annot. 18. n. 9.; Strik. Diss. de Jur. et Action. non cessibil. Cap. 6. § 4.; Olea de Cession. Jnr. tit. 4. Quest. 6. n. .1.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021. Comtudo o juiz tem o poder de assignar á um dos herdeiros, em sen quinhão, uma divida activa ou passiva em sua totalidade se houver inconveniente na cobrança ou no pagamento por partes; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 3.: Brunem, á Pand. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. n. 7, 12.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. n. 2. Este acto do juiz não opera o effeito de constituir á esse herdeiro o único credor ou devedor de toda a divida; mas o de poder accionar, parte em seu nome e parte como procurador em causa própria; porque o devedor, com cessão dos outros coherdeiros, pode ser demandado ou accionado pelo mesmo modo. Posto que seja livre aos credores o accionar á cada ura dos herdeiros pela sua parte, todavia estes também tem a faculdade de substituir em seu lugar aquelle que o juiz tem encarregado de defender a acção.

Mas esta substituição se entende feita de modo que se a dívida não for paga pelo herdeiro demandado, fique salvo o regresso contra os outros herdeiros; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. § 5.; Strik. Us. Mod. Liv. 10. tit. 2. § 10. Comtudo não obstaníe a adjudicação é sempre livre aos credores demandar a cada um dos herdeiros pela sua parte; Olea. Cess. Jur. tit. 4. Quest. 5. n. 4.

Mas quando, á requerimento dos credores, separão-se bens no inventario e adjudicão-se ao inventariante, ou á algum dos herdeiros para o pagamento delles, não tem mais regresso os credores contra os herdeiros; porque não-varão a obrigação, e pela novação ficou extincta a primeira acção; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 9.; Trat. 4. Liv. 5. Cap. 10. n. 35.

officio do juiz, podem ser adjudicadas á um d'elles (891).

H) As que comportão uma divisão, mas que sendo partidas, perdem o seu valor, assim como um escravo, um cavallo, um moinho. . Também estas cousas não se dividem, mas adjudicão-se á um dos herdeiros com a obrigação de satisfazer aos outros o que lhes cabe no valor (892), e se não conoordão n'este alvitre, vendem-se á estranho, ou, não havendo comprador, dão-se por arrendamento, partindo-se por todos o aluguel. Mas se concordão os herdeiros na adjudicação, e aquelle á quem foi adjudicada não tem meios para satisfazer á todos, ou á algum dos outros o que lhe cabe em dinheiro, assigna-se á este um rendimento annual pelo tempo da mora (893).

(891) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. § 5.; Menez. Juiz. Divis-Cap. 3. § 10. n. 2.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 8.

(892) Inst. Liv. 4. tit. 6. § 20. in fine; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 5. ibi: *Não a devem partir*; Caminha de Libellis Annot. 18. n. 8.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. §1. n. 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 6. § 12. segg. .

(893) Ás propriedades, que não se prestão a uma divisão commoda, adjudicão-se inteiramente á um dos herdeiros para evitarem-se os retalhamentos e divisões exageradas que muito estragão e diminuem o valor e merecimento dos prédios; D. Liv. 10. tit. 2. fr. 22. § 1.; Cab. Decis. 108. n. 8.; Acç. Sum. Tom, 2. Diss. 7. n. 35.

O coherdeiro á quem se adj adição bens de raiz de maior valor do que o seu quinhão hereditário, deve tornar aos

B) Por disposição ãa lei

§ 127 Também ha cousas que, ainda quando partidas, não perdem o seu valor, e comtudo são individuas por disposição da lei, como são:

1.º Os prazos fateusins, que não se dividem por glebas, practicando-se o encabeçamento (894);

mais herdeiros em dinheiro o excesso; Instit. Liv. 4. tit. 17. § 4, 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Nrt. 1021. E se o adjudicatário não *tem*. meios de satisfazer em dinheiro o valor que demais recebeo, paga, durante o tempo da mora, um rendimento anual, que lhe deve ser assignado pelo juiz; e esta é a praxe: Cabed. Decis. 166. n. 4, 5.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. § 8. Nota; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 21. n. 37.; Alm. Sonz. Not^á Mello Liv. 3. tit. 12. § 8. n. 1.

E ainda quando o juiz deixe de assignar o rendimento que deve pagar o herdeiro ao outros coherdeiros, em razão da cousa fructifera que lhe fora adjudicada, nem por isso deixão estes de ter direito aos juros compensativos; Guerr. Trat. 8. Cap. 21. n. 36.

As tornas ou reposições em dinheiro pelo excesso de bens lançados á um herdeiro ou sócio são isentas do imposto de transmissão, da propriedade, excepto se os bens forem partiveis, ou se houver concerto para que uma das partes fique com bens de valor superior ao seu quinhão, e nestes casos paga-se o imposto de compra e venda; Artigos das sizas Cap. 6.º g 4.; Eeg. de 28 de Março de 1874 art. 23. g 2.

(894) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 23.; Valasc. Cons. 53. n. 1, 2.; Partit. Cap..25. n. 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 8, 13. segg. Gomes Var. Resol. Cap. 10. n. 2. Quanto ao modo pratico de fazer o encabeçamento, veja-se Valasc.

2.º Os bens sujeitos á fideicommisso (895);

3.º As cousas que pertencem, em parte á herança, e em parte á algum extranho, e ainda á algum herdeiro, mas por titulo diverso (896);

4.º A familia escrava (897);

E finalmente ha cousas que se descrevem no inventario, e eomtudo não se partem, ou por ser o seu uso prohibido, assim como os livros contrários aos bons costumes, e as drogas venenosas, ou porque tem de passar ás mãos que as devem possuir,

citado; Mend. Part. 1.1. Liv. 4. Cap. 3. l 1. n. 2. segg.; Cald. de Nominat. Quest. 24, n. 14. E quando se faz o encabeçamento em um dos herdeiros, este fica responsável aos outros coherdeiros pelas suas partes da estimação em dinheiro-, e se não tiver com que pague, satisfaz dando um rendimento annual taxado pelo juiz, em proporção da parte de cada um; Cabed. Decis. 166. n. 5.; Guerr. Trat. 2. liv. 8. Cap. 21. n. 2. 37.; Alm. Souz. Notas á Mello Liv. 3. tit. 12. g 8.

(895) Molina de Primog. Liv. 1. Cap. 3. n. 1. segg.; Cap. 11.; Guerr. Trat. 2.. Liv. 2. Cap. 6. n. 3. Nos fideicommissos familiares esta indivisibilidade não se estende á quarta geração fNot. 176).

(896) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 25. g 6.; Valasc. Partit. Cap. 2. n. 32, 33.; Guerr. Trat. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 174.

(897) Quando a divisão de bens entre herdeiros ou sócios não comportar a reunião de uma familia escrava, e nem um delles prefera conserva-la sob o seu domínio, mediante reposição da quota parte, dos outros interessados, vende-se a mesma familia, e ratea-se o seu produeto; Lei N° 2040 de 28 de Setembro de 1871 art. 4- § 8.

e taes são os títulos de família que vêm á juízo somente para que o juiz delibere e determine qual a pessoa em cujo poder devem permanecer (898J);

m) DA ORDEM QUE SE DEVE GUARDAR
NAS PARTILHAS

A) *Entre o cônjuge sobrevivivo e os herdeiros do
premorto.*

§ 128 A partilha entre o cônjuge sobrevivivo e os herdeiros do premorto diversifica segundo tiver sido feito o casamento, ou por carta de dote e arras, em forma do direito commum, ou segnndo o costume do Império, que é a mutua communhslo de todos os bens, ou por outros pactos antinupciaes (899); .

No primeiro caso fallecendo um dos cônjuges sem prole legitima, procede-se á partilha pelo modo seguinte: Feito o inventario e as avaliações de todos os bens do casal, se deduz primeiro o capital de cada um dos cônjuges, que vem a ser o dote da mulher e os bens com que entrou o marido para o

(898) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 4. § 1.

(899) Valasc. Partit. Cap. 23. n. 2. D. Liv. 17. tit. 2. fr. 29.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 4.

(900) Se o marido foi casado em primeiras núpcias com outra mulher, primeiro se deduz o dote da primeira mulher; porque esse prefere ao da segunda; Cod. Liv. 8. tit. 18. frag. 12.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 3.

casal, e deduzido o capital, o excedente, se houver, julga-se o rendimento adquirido na constância do matrimonio (900). Mas antes que se faça a divisão dos lucros, devem ser pagas todas as dividas con-traídas na constância do matrimonio, porque não ha lucros, nem bens senão depois de pago o dinheiro alheio (901)-,

Se não houver lucros, ou quando haja, sendo de pequena importância, devem ser pagas tão somente pelos bens do marido:

1.º) As dividas contrahidas na constância do matrimonio, ainda que feitas com as despesas da casa e com alimentação dos filhos (902); B

2.º) As arras promettidas á mulher (903) ;

(901) D. Liv. 5. tit. 2. frag. 8. § 9. j Liv. 30. tit. 7. frag. 26.; Liv. 35. tit. 2. frag. 5.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 5.

(902) Cod. Liv 5. tit. 12. frag. 20.; D. Liv. 42- tit. 8. frag. 25, § 1.; Gam. Decis. 186, 200.

(903) Ord. Liv. 4. tit. 47. Por virtude desta Ord., sendo solteiro aquelle que contracta o casamento, não podem as arras promettidas exceder á terça do que a mulher trazer em seu dote; e neste caso, fallecendo sem filhos, ou outros descendentes, são deduzidas as arras de todos os bens do marido, isto é, do capital e da metade dos lucros, mas não de todo o acervo; porque é divida que o marido deve pagar á mulher com seus próprios bens; Cabed. Decis. 177. n. 2.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 8. Mas se posteriormente lhe provierão filhos ou outros descendentes, ou se, quando prometteu as arras, era viuvo com filhos de

3.º As dividas contrahidas antes do matrimonio (904);

4º As despezas feitas com o funeral do marido premorto (905);

5.º E ainda as despezas com o luto da familia (906)-,

Liquidada assim a herança, reparte-se igualmente o liquido, capital e lucros, pertencente ao cônjuge premorto por seus herdeiros legitimos, se outra* cousa não dispôz por testamento (907). E se o cônjuge premorto deixa filhos legitimos ou outros herdeiros necessários, sommado o monte maior, e apurado o monte menor, como acima ficou dito, delle se deduz o capital e os lucros de cada um dos cônjuges. A parte do cônjuge premorto subdivide-se

um outro casamento, em qualquer dos casos, as arras devem ser deduzidas da terça parte dos beris que ao tempo do contracto dotal o marido promissor podia livremente dispor, ainda em favor de estranhos, e não do acervo de todos os bens; Gama Deciss. 308. n. 14.; Decis. 370. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 23. n. 10.; Phoeb. Decis. 71. n. 2. segg.; Portug. Liv. 1. Proelud. 2. g 6. n. 39. segg. A Ord. falia expressamente dos filhos e outros descendentes, mas a sua razão comprehende á todos os herdeiros necessários; Mello Freir. Liv. 2. tit. 9. g 30.

(904) Ord. Liv. 4. tit. 95. g 4.; Valasc. Cons. 118. n. 10.; Per. Decis. 50.

(905) Gama Decis. 308.

(906) Valasc. Partit. Cap. 23. n. 15.

(907) Valasc. cit.

#;

em três partes, duas das quaes formão a legitima dos herdeiros, que reparte-se entre elles, segundo o direito que cada um tiver, e a terça adjudica-se á quem o testador deixou*, e se a destribuiu em legados, ou fideicommissos, cumprem-se as verbas do testamento, como nellas se contem. Não havendo, porém, disposição testamentária, succedem os herdeiros chamados pela lei.

No segundo caso, feito o inventario, e avaliação de todos os bens e das dividas activas e passivas, da somma total dos bens e dividas activas, forma-se o *monte* — *mól* e do liquido, depois de deduzido o passivo da herança, forma-se o monte menor, que divide-se em duas partes iguaes, sendo uma a do cônjuge sobrevivivo, e a outra a do cônjuge premorto, que se reparte igualmente entre seus herdeiros, se por testamento não dispôz da terça á favor de algum delles, ou de algum extranho; mas se dispôz da terça, divide-se a sua meia acção em trez partes, duas das-quaes divide m-se igualmente entre os herdeiros, e a terça reparte-se como fôr a vontade do testador (908);

(908) Valasc. Partit. Cap. 23. n. 21. segg. A regra estabelecida no texto supoêm que não existem no casal se não bens e dividas communs; mas se com os bens communs concorrem bens ou dividas *pes&oaes e incommunicaveis*, se faz necessario, para a partilha, fazer a separação dos bens pessoaes e dos communs existentes, e que cada um dos cônjuges ou seus herdeiros confirão á massa commum

No terceiro caso finalmente procede-se á partilha de conformidade com o que estiver previsto no contracto antenupcial.

B) Entre herdeiros legítimos ou testamentários

§ 129 Em falta de cônjuge sobrevivivo, e de disposição testamentária, sucedem os herdeiros necessários na universalidade da herança, fazendo-se a partilha dos bens igualmente entre todos sem distincção de idade, sexo ou de serem filhos do primeiro ou do segundo matrimonio*, e não havendo herdeiros necessários sucedem os legítimos, segundo a ordem legal da successão, dividindo-se os bens *in capita* ou *in stirpes* conforme o direito de cada

tudo aquillo que lhe deve em recompensa ou indemnização de encargos incommunicaveis que fôrão satisfeitos por essa massa, assim como as dividas provenientes de fianças, as anteriores ao casamento, a importância das bemfeitorias do prazo e outras semelhantes. Apurada a massa commum, cada um dos cônjuges levanta os bens pessoais que ainda existem ou aquelles que os substituirão; e, em falta de uns e outros, retira o valor dos que fora o alienados ou confundidos na communhão, e outras indemnizações que esta lhe deva. O que resta forma a massa commum, qtte se divide, deduzindo cada um os valores que conferio,

E por ser o marido o administrador dos bens do casal, é responsável á- mulher pelo descaminho do que á ella pertence; e a sua indemnização faz-se primeiro que a do marido, começando pelo dinheiro, na falta d'este pelos bens moveis, e finalmente pelos immoveis da communhão; Coelho da Rocha g 250.

um (909). Se o defunto, porém, falleceo com testamento, deixando herdeiros forçados, se faz a partilha da legitima, dando-se quinhão igual á cada um d'elles, e da terça, como tiver sido a vontade do testador; e não tendo herdeiros necessários, faz-se a partilha guardando-se as disposições do testamento, attendendo-se, que, sendo instituido um só herdeiro, á elle devem ser adjudicados todos os bens da herança; e sendo instituídos muitos sem determinação de partes, succedem todos por igual, fazem-do-se a partilha *m capita* (910), salvo se alguns forão nomeados conjunctamente, e considerados como uma só pessoa, assim como: *Instituo meu irmão Pedro e os filhos de meu tio Paulo* (911). No caso de serem determinadas as partes, cumpre-se a vontade do testador, e o residuo, se sobejar, pertence á todos em" porção da parte que cada um tiver (912). Ao herdeiro pode ser deixada, com preferencia aos outros, uma cousa determinada, ou em legado, ou pela sua parte da herança; e a respeito á da cousa legada é um legatário particular (913). Se é

(909) Ord. Liv. 4. tit. 82, 91, 96. pr.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 8. gg 4, 5.

(910) Instit. Liv. 2. tit. 14. § 6.

(911) D. Liv. 8. tit. 5. fragg. 11, 13.; Coelho da Rocha § 694.

(912) Instit. Liv. 2. tit. 14. g 7.; Coelho da Rocha § 694.

(913) Coelho da Rocha g 695.

herdeiro necessário, e o legado lhe foi deixado com preferencia, não perde por isso o direito á sua legitima (914). Não havendo herdeiros necessários e sendo a herança toda exausta em legados, o herdeiro universal nada pôde pedir com este fundamento, porque entre nós nunca foi recebida a lei Falcidia, nem o S. Consulto Trebeliano (915).

C) Partilha da terça,

§ 130. Deduzida a legitima ou os dois terços dos bens do defunto, a outra parte que fica é o que se diz—*terça* (916).

A terça considera-sc, em regra, uma quota de bens, e não uma quota de herança, quer seja deixada com o nome de terça, quer seja instituída em cousa certa (917). Deixa, porém, de se-lo e fica sendo uma quota de herança, quando o testador declara que instituo alguém na sua terça • porque o legatário assim instituído tem a posição de herdeiro universal, passando á elle as acções activas e as passivas (918).

(914) Coelho da Rocha § 695.

(915) Mello Freir. Liv. 3. tit. 7. \ 21, 22.

(916) Ord. Liv. 4. tit. 82.

(917) Valasc Partit. Cap. 19. n. 2.; Reynos. Observ. 20. n. 1, 4.

(918) Valasc. cit. n. 4.; Reynos. Observ. 20. n. 7.

Quando o testador deixa legados na terça, quer á alguns dos herdeiros, quer á estranhos, é indispensável que na partilha' se faça separação de taes deixas, ou lançando no quinhão do herdeiro legatário a quantia do legado, ou fazendo-se quinhão separado ao simples legatário (919).

Quando ha herdeiros forçados, não entrão na par" tilha os legados de cousa certa; porque são cousas alheias que se descrevem no inventario somente, para saber-se, se excedem ou não os limites da terça do testador; e para que o cabeça de casal não fique responsável pelos sonegados, sendo as deixas de bens moveis (920).

Q'tiaes são os bens que se contão para a deduc-ção da terça.

§ 131 A terça se deduz sempre da somma dos bens existentes no poder do defunto inventariado ao tempo da sua morte •, porque são estes somente os que constituem a herança propriamente dita (921).

(919) Paiva e Pona Orph. Cap. 5. n. 1.: Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 13.

(920) Valasc. Partit. Cap. 8. n. 51. E' desnecessário que o escrivão faça formaes dos legados em cousa certa; porque o testamento basta para a prova cVelle onde convier ; e o juiz do inventario e partilhas não é executor do testamento para mandar satisfazer legados cVesta espécie, que não dependem da partilha; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 13.

(921) Qual o tempo que se attende para a avaliação dos bens da herança e da 3.^a veja-se o § 113.

Portanto as collações que os filhos e outros descendentes fazem dos bens que receberão de seus pães contão-se juntamente com os bens que o defunto pae deixou ao tempo da morte para o complemento da legitima • mas não para a terça (922).

Pelo que resulta que ainda quando haja doações ou dotes conferiveis, se todavia os bens existentes em poder do inventariado ao tempo da sua morte são absorvidos pelas dividas, não ha terça, posto que o pae declare e mande que o beneficiado na terça por acto *inter vivos* ou de ultima vontade, tenha parte nos bens que os filhos trouxerem á collação (923), salvo se as doações e dotes conferidos são inofficio-sos e lesivos das legitimas dos mais filhos; porque sendo os excessos nullos, considerão-se como se estivessem no dominio do pae ao tempo da morte (924).

D) Partilha dos fructos.

§ 132 Os rendimentos e fructos dos bens hereditários, que não puderão ser inventariados com os outros bens á serem partilhados, podem ser descrip-

(922) Valasc. Partit. Cap. 19. n. 11.; Gama Decis. 33. Corr. Telles Doutr. das Acç. \ 136. not. (3); Per. de Carv. Lin. Orph. § 64. not. 121.

(923) Valasc. Partit. Gap. 19. n. 18, 19; Alm. Souz. Acç. Sum. Supl. Diss. 6.^a §§ 5, 6.; Cald. Enipt. Cap. 10. n. 7.; Paiva e Pona Orph. Cap. 6. n. 13, 14.

(924) Alm. Souz. Acç. Sum. Supl. Diss. 6.^a § 10.

tos por juramento do cabeça de casal, e avaliados pelos avaliadores em additamento ao inventario até o tempo da partilha. Os fructos pendentes não suspendem a partilha; e depois de julgada verificação-se os colhidos pelas contas tomadas ao cabeça de casal, debaixo de juramento^ citados todos os interessados, lavrando-se de tudo um auto circunstanciado ; n'este acto o juiz com seu escrivão faz a divisão pelos herdeiros para que se entregue á cada um o que lhe tocar *, e basta um simples mandado com a conta para o cabeça de casal satisfazer e entregar.

Quando houver demora na partilha, e durante esse tempo, se o cabeça de casal ou algum dos herdeiros, tiver percebido fructos dos bens da herança, e que devão entrar á collação da partilha na forma da lei (925), taes fructos não devem ser lançados no quinhão d'esse herdeiro, inteirando o que elle devia haver dos bens da herança •, porque isto traria desigualdade na partilha *, mas o juiz procederá á um auto de contas, mandando que cada um declare com juramento os fructos que reoebeo, o valor c o preço d"elles, para partir por todos, dando á cada um a sua quota hereditária (926).

(925) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 4.

(926) Meieez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 3. § 11. not. 1. A partilha não se suspende por causa doesta tomada de contas; mas deve sempre o juiz proceder á ella, deixando para depois a prestação das contas dos rendimentos dos fructos. As contas devem ser tomadas com citação d'aquel-

*IV) Farina da partilha» A)**Auto.*

§ 133 Deliberada a partilha, o juiz com seu escrivão e partidores formão o auto delia, onde se declara a sua forma para servir de norma aos partidores. N*este acto o juiz manda sommar tudo em peças separadas, a saber: moveis, fructos, gado, bens de raiz e tudo quanto houver na herança. <Em cada uma d'estas classes mandará fazer distincção, separando nos moveis o dinheiro, prata, ouro, mobília &c., para que em um lanço d'olhos so conheça as differentes espécies de bens, e se rparWo com igualdade e oommodidade das partes. Formado assim o auto, o juiz assigna á cada herdeiro o seu quinhão, o ao viuvo ou viuva a sua meia acção, doto ou arras, segundo tiver sido o casamento •, e bem assim os bens sufficientes para o pagamento de cada um. Também soparão-so bons, quantos sejam bastantes, á serem arrematados para com o producto delles serem pagos os credores e satisfeitas quaes-quer outras disposições relativas á partilha da herança dividenda, tendo sempre em vista os contrac-

les que são obrigados ã presta-las, assignamlo-se-lhes hora e lugar em que devem comparecer. Se não comparecerem tomSo-se as coutas á revelia, calculando-se os fructos á seis por cento do valor dos bens, ficando salvo aos-herdeiros o direito para demandarem por acção ordinária, quando achem lesão no calculo: Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 3. § 11. not. 2.

tos antinupeiaes, as disposições do testador, os dotes constituídos, e quaesquer condições licitas feitas entre os herdeiros (927).

B) Conferencia da partilha.

§ 134 Formado o auto, procedem os partidores á partilha-na presença do juiz de conformidade com a deliberação delia, formando á cada herdeiro seu quinhão em bens, lançando-se por extenso nos autos em termos separados •, e o juiz, conferindo a partilha com o auto d'ella, e achando conformes, assigna com os mesmos partidores, aliás manda emendar o corrigir qualquer engano ou falta que houver (928).

■(927) E' estylo practicado no juizo das partilhas o separar-se bens sufficientes para o pagamento dos legados deixados na terça, posto que alleguem os herdeiros que esses legados offendem as suas legitimas, ficando á estes o direito salvo de discutirem no juizo plenário, se o testador tinha terça de que pudesse dispor; porque, sendo esta questão de alta indagação, não pode ser decidida no juizo summario das partilhas; Themudo Decis. 297. n. 25, 26, 29.

Os bens separados para o pagamento dos credores devem ser arrematados em hasta publica; e satisfeitas as dividas, o resto, se houver, reparte-se entre os herdeiros. Na separação dos bens para o pagamento das dividas pre-fere-se os moveis aos de raiz, salvo sendo todos os herdeiros maiores, e concordarem em que se lhes dê bens de raiz; Menez. Juiz. Divis. Cap. 3. § 7.; Per. de Oarv. Lin. Orph. §§ 75, 76. e notas.

(928) Alv. de 21 de Junho de 1759.; Menez. Juiz. Divis. Gap. 3. § -1.: Aliu. Souz. Not. á Mello Liv. 2, pag; 467.

Assignada a partilha pelo juiz e partidores deve dar-se vista d'ella aos interessados, coherdeiros e ao Curador Geral para apontar os erros de facto ou de direito que constar dos autos, e serem emendados, posto que a lesão não chegue á sexta parte (929). Discutida a matéria breve e summarissima-mente, o juiz delibera por seu despacho, mandando prevalecer a partilha, ou corrigir pelos partidores os erros que houverem.

C) Da sentença.

§ 135 Feita e assignada a partilha judicial pelo juiz e partidores, e desembaraçada de quaesquer reclamações que se levantem, o juiz profere a sua

-----:-----

(929) Valasc. Partit. Gap. 40. n 2, 3. ensina que isto se observa no juizo ordinário; mas que no juízo dos Orpliãos não se dá vista da partilha feita pelos partidores antes de julgada por sentença; e acrescenta que esta practica do juizo dos Orphãos sempre lhe pareceo iniqua, e errónea; e que por isso deve ser absolutamente desprezada. Esta opinião, além de- ser a do escriptor mais anto-risado do nosso foro, não é singular; e senão veja-se o que diz Menezes Juízos Divisórios Part. 1. Cap. 12. § 24. *ibi:... e quando esta (partilha) estiver feita, mandará outra vez, sendo necessário, ou sendo-lhe requerido, que digão antes da sentença os erros e defeitos, ou lesões; o que tudo se pode emendar antes da sentença, que as julgue perfeitas e acabadas.* Concordão Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 14.; Ghierr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. õ. n. 33.; Per. de Carv. Not. 192.; Paiva e Pona Orphan. Cap. 15. n. 27.; Corr. Telles Doutr. das Acç. § 151.

sentença, julgando-a firme e valiosa, na forma que n'ella se contem e declara, para produzir os seus effeitos, salvo o prejuízo de terceiro.

Nas comarcas geraes, as partilhas feitas pelos Juizes dos Orphãos, Juizes Municipaes e Provedores dos Resíduos e Capellas, são julgadas pelos mesmos juizes, se o monte não exceder á 500\$000, aliás são julgadas pelos Juizes de Direito; nas especiaes porém, em todo o caso o julgamento pertence aos Juizes de Direito (930).

A sentença assim proferida extingue a commu-nhão entre os herdeiros, os quaes devem ser mettidos na posse dos seus respectivos quinhões, ainda que alguns d'elles appellem, ou venhão com embargos á partilha (931); e desde então podem reivindicar

(930) Lei de 20 de Setembro de 1871. art. 24 § 1., art. 25.; Regul. N.º 4.824 de 22 de Novembro de 1871 art. 64 § 2., art. 66. § 2.; Avis. de lō de Outb. de 1872.

(931) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22. A citada Ord. foi estabelecida em favor dos herdeiros; e o mesmo direito prevalece em todos os outros júzos divisórios; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 2. Mas não obstante a extinc-ção da communhão que se opera pela sentença de partilhas cada um dos herdeiros tem o direito e acção para ser indemnizado pelos outros coherdeiros, se não pôde tornar effectivo o gozo dos bens adjudicados, por lhe terem sido vencidos e tirados por terceiro que os reivindicou. A indemnização deve ser feita por todos em proporção, *inclusive* o evicto.

as cousas que por ella lhe fora o adjudicadas, contanto que provem que o defunto tinha sido senhor delias (932).

N*estes processos, como o negocio pertence ú todos os herdeiros e interessados, e nem um dellesj é condemnado e nem vencido, não ha condemnação de custas, as quaes, sendo contadas pelo contador do juizo, repartem-se por todos, conforme os quinhões que recebem (933). O escrivão pode publicar a sentença, notificando ás partes para correr o prazo da lei (934).

I *J>) Das cartas de Partillws.*

§ 136 Julgada a partilha por sentença podem os herdeiros pedir as suas cartas, que sendo extra-1 hidas pelo escrivão, de conformidade com a lei e assignadas pelo juiz, tem execução aparelhada (935). Estas cartas são exequiveis, tão somente entre o

Mas para que o herdeiro conserve este direito é necessário que chame os outros coherdeiros á autoria da causa, em que se move litigio sobre taes bens; Yalasc. Partit. Cap. 37.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 739. segg.; Coelho da Rocha *U* 492, 493.

(932) Peg. For. Cap. 5. n. 53, 54.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 29.

(933) Menez. Juiz. Divis. Cap. 4. § 1. not. 2.

(934) Ord. Liv. 3. tit. 66. § 6.; Paiva e Pona Orph. Cap. 7. n. 48.

(935) Yalasc. Partit. Cap. 23. n. 25.

cabeça de casal e coherdeiros, que intervierão na mesma divisão •, mas não contra terceiros (936).

Xão sendo, porem, a sentença de partilhas proferida em juizo contencioso, não faz cousa julgada, ainda entre coherdeiros •, e porisso podem accionar no juizo plenário sobre o seu direito, não obstante a partilha julgada por sentença (937).

Xão se extrahem cartas de sentença para orphãos e pessoas administradas, emquanto estiver a administração pendente ■, porque com uma simples relação dos bens, extrahida do inventario, pode o tutor ou curador, ou qualquer outro administrador, cuidar de taes bens • e só no fim da administração é que se faz necessário que se extrahião para se entregar á quem pertencer a livre administração do que lhe pertence em partilhas; comtudo não se prohibem sendo requeridas (938).

(936) Cod. Liv. 7. tit. 56. fr. 2.; Ord. Liv. 3. tit. 81. pr.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. n. 27.; Maced. Decis. 64. n. 3.; Alm. Souz. Exec. Cap. 1. § 4.

(937) Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 29.; The-raud. Decis. 297. n. 28, 45, 47, 53;; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 903.

(938) Menez. Juiz. Divis. Part. 1. Cap. 4. § 3. As cartas de sentença para serem exequíveis devem conter *pro forma*. 1.º) Autuação ; 2.º) A petição e auto do inventario; 3.º) A declaração de herdeiros; 4.º) A follação do herdeiro em favor de quem se passa o formal; 5.º) As procurações; 6.º) As declarações com que se encerra o inventario; 7.º) O despacho da deliberação da partilha; 8.º) A citação dos herdeiros para verem proceder á partilha ; 9.º) O auto e calculo da partilha e pagamento respectivo ; 10º) A sentença que a julgar. Regimento das custas de 2 de Setembro de 1874, art. 136—.

\$v

!t



TITULO TERCEIRO

DOS RECURSOS

NOÇÃO.

§ 137 Os recursos legais de que pode a parte usar contra a injustiça ou gravame da sentença, são: os embargos, a appellação, os agravos e a revista. Esgotados estes meios, ou não interpostos nos prazos legais, só resta a acção ordinária.

E como no juizo *familke erciscundee*, as partilhas, quer judiciaes, quer extrajudiciaes, depois de feitas e acabadas, não se rescindem • estes remédios, em regra, não aproveitam senão para a emenda dos erros e lesões que houverem, compondo-se aos herdeiros lesados a sua direita parte, sem que se annule a partição (939).

Mas como a lei falia somente da partilha feita e acabada, cujos erros e lesões excedem á sexta parte ou mais da metade do quinhão do herdeiro que se queixa, e não das partilhas nullas, nem da lesão enormissinia; prevalecem n'estes casos as disposições de direito, segundo as quaes a sentença nulla não

(939) Instit. Liv. 4. tit. 17. § 7.; Ord. Liv. 4. tit. 96. U 18, 19, 20; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 15. segg.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 2, 14. e nota; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1. segg.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 716.

li.

passa em julgado para o efeito de poder a parte em todo o tempo se oppôr contra ella (940). E a razão é que o acto nullo, ou lesivo em tanta quantidade que faça presumir o dolo e a malícia, não tem existência legal (941)-, e isto se deduz da Ordenação do Livro quarto, titulo noventa e seis, para-grapho dezoito, nas palavras: *Se não ãesfação*, as quaes não podem referir-se se não ás partilhas validamente feitas; porque a palavra *desfazer* supoêm acto feito era forma legal (942).

A) As partilhas podem ser emendadas:

I) Por embargos :

1.º) Sendo judiciaes e por inventario :

a) Quando estão feitas pelos par ti dores, mas não julgadas por sentença, se a parte que se diz lesada pede vista e deduz a sua queixa por allegações de direito, concluindo ter sido prejudicado com a partição; e neste caso pode o juiz, achando provado o allegado, corrigir e emendar qualquer erro ou lesão

(940) Ord. Liv. 3. tit. 75.; tit. 66. § 6.; tit. 87. § 1.; Per. de Re vis. Gap. 5. n. 6.; Peg. Por. Gap. 5. n. 22.; G-nerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3. n. 1., e Gap. õ.; Valasc. Partit. Gap. 39. n. 54.; Mello Preir. Liv. 3. tit. 12. § 14.

(941) Ord. Liv. 3. tit. 75.; Liv. 4. tit. 13. § 10.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 54.

(942) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 76.: Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 19.

j

por minimo que seja (943); b) quando as partilhas estão feitas e acabadas e julgadas por sentença, alié* gando algum dos herdeiros que fora lesado (944); mas por este remédio, na • instancia inferior não se attendem senão os erros e lesões que excedem a sexta parte do quinhão do herdeiro que se queixa (945); c) quando as partilhas estão feitas e acabadas e os herdeiros na posse dos seus quinhões hereditários, allegando algum d'elles, que fora lesado ao menos na sexta parte do que lhe deveria pertencer, sem embargo de ter deixado correr o decendio sem interpor appellação e ter tirado a carta de partilha (946); e por mais forte razão tem lugar a emenda, havendo lesão enorme ou enormíssima, sendo os

(943) Valasc. Partit. Cap. 40. n. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 24.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 719.

(944) Per. de Carv. Lin. Orph. Not. 195.

(945) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 16.; Cap. 40. n. 6.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 719. Not. (c), e § 720.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1, 3. A sexta parte se entende respectivamente á todo o quinhão do herdeiro que allega a lesão; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 20. E não basta que haja no preço d'uma ou de outra cousa que fôra adjudicada ao herdeiro, ainda é necessário que seja em relação a todo o quinhão rVelle; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 46.; Cap. 39. n. 28.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 718.

(946) Valasc. Partit. Cap. 40. n. 11, 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 3.; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 721.

embargos oppostos nos prazos legaes (947); d) em grau de execução, allegando o herdeiro nullidades, injustiças, erros ou lesões contra a partilha § 166) (948).

2.º) E sendo feitas extrajudicialmente, por embargos oppostos na execução pela forma indicada no § 139.

II) Por appellação, sendo interposta no decendio, allegando e provando algum dos herdeiros que fora lesado, com a declaração de que na instancia superior podem ser emendados quaesquer erros ou lesões, ainda menores que a sexta parte (949).

III) E se as partilhas forão feitas por louvados, pelos meios que permitem as Ordenações do livro terceiro, titulo desesete, paragrapho quinto, e titulo setenta e oito, paragrapho segundo, e do livro quarto, titulo primeiro, paragrapho primeiro (§ 150).

(947) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 18.: tit. 13. §§ õ, 6.; Valasc. Partit. Cap. 40. n. 11.: Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Gap. 5. n. 19, 20, 23.

(948) Alm. Sooz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.

(949) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 31.; Cap. 40. n. 7.: Per. Decis. 66. n. 3.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 25.; Alm. Souz. Seg. Lin. Not. 644; Obrig. Kecipr. *i* 720. Esta é a praxe que tem prevalecido no foro, não obstante as observações judiciosas que, em contrario, faz Valasc. Partit. Cap. 39. n. 34. segg.; Mello Freir. Liv. 3. tit. 12. *i* 14

(950) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 716. A lesão de que falia a citada lei é aquel-

IV] Por acção, quer tenham sido feitas judicial ou extrajudicialmente, allegando algum dos herdeiros, dentro d'um anno, lesão na sexta parte (950); dentro de quinze annos, lesão enorme (951); e dentro de trinta annos, lesão enormíssima (952).

la que resulta de terem sido avaliadas as cousas hereditárias como não devião se-lo. ficando a partilha desigual, por se adjudicarem a uns, bens estimados em preços baixos, e á outros, bens estimados em preços altos *, mas quando a lesão resulta do engano ou erro que tiver havido em lançar nos quinhões bens inpartiveis. alheios, de prazos vitalícios ou de livre nomeação ou de terem sido repetidos, trocados e esquecidos alguns bens etc. *, em todos estes casos se deve indemnizar e corrigir a lesão, por minima que seja; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 709; Menez Juiz. Divis, Cap. 5. § 7. n. 3.

(951) Ord. Liv. 4, tit. 96. § 18.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23. A lesão enorme deve ser demandada no mesmo juizo onde se fez a partilha, para que se appen-sem os autos, como dependentes, e se julgar no mesmo juizo que ficou certo pela continência da causa; Cod. L iv. 3. tit. 1. fr. 10.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 3. 2 3. n. 13. E se a mesma regra procede, ainda no caso em que liajão orphãos ao tempo da emenda da partilha, veja-se Guerr. Trat. 2. Liv. 1. Cap. 17. n. 6.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 13.

(952) Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 715. Na lesão enormíssima presume-se o dolo e por isso restitue-se a cousa com os fructos desde o tempo do contracto ou da partilha, como bens alheios; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 10.; Barb. Rem. ã cit. Ord.; Gama Decis. 94. n. 1, 3.

B) E podem ser declaradas nullas. sendo a nul-lidade deduzida, assim por embargos á sentença, como á sua execução, ou por acção pelos meios ordinários (9.53).

(953) E' admissível a acção de nullidade somente para o effeito de declarar-se que a sentença é nulla de pleno direito; mas tendo-se conhecido d'essa nullidade em grau de Revista, não pode a mesma matéria ser reproduzida no mesmo juizo, salvo havendo nullidade na mesma sentença de Revista, que careça de remédio por meio de acção; Ord. Liv. 3. tife 75.; Lei de 3 de Novembro de 1768; Menez. Juiz Divis. Cap. 5. Not. 6. E o juizo competente para conhecer d'esta acção é o do foro do réo; Menez. Juiz. Divis. Cap. õ. § 8. Not. 9.

SECÇÃO PRIMEIRA

DOS EMBARGOS

A) Contra as partilhas feitas por processo e tela judiciaria.

§ 138 As partilhas judiciais e feitas por inventario, podem ser declaradas nullas ou emendadas por embargos, assim oppostos ás sentenças, como á execução.

Antes de extrahidas as cartas podem as partes pedir vista dos autos para examinarem a forma da partilha e os erros de que esteja afectada, afim de formarem embargos ou recorrer por appellação : esta vista concede-se por vinte e quatro horas *, e allegando as partes lesão enormíssima (954), nullidade notória (955), solução provada com quitação (956),

(954) Valasc. Partit. Gap. 39. n. 54. segg. Nem uma lei que seja lesão enormíssima; e em falta de lei, divergem os jurisconsultos em pareceres; mas passa por mais acertado, que, havendo duvida, fica ao prudente arbítrio do juiz declarar se a lesão é ou não enormíssima; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 57.; Molina de Primog. Liv. 3. Cap. 3. n. 1,

(955) São inutilidades insanáveis e impedem a execução da sentença de partilha:

1.º) A falta de citação dos herdeiros e do cabeça de casal para o inventario e partilhas; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 1.; Liv. 3. tit. 75. pr.; tit. 78. g 1.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 8.; Coelho da Rocha g 494. Se o herdeiro requireo alguma coisa no inventario ou juntou procuração, fica suprida a nullidade *, França ad Mend. Arest.

38. n. 9, 12.; Alm. Souz. Not á Mello Liv. 3. tit 12. 3. n. 3.

2.º) Se no processo interveio herdeiro supposto; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.; Coelho da Bocha § 494.; ou quando, ignorando-se que houvesse outro coherdeiro, ou não se ignorando, mas repntando-se morto, não se lhe fez sorte no inventario. Neste caso a nullidade prevalece somente a respeito delle; e por isso vindo, não se annullão as partilhas, nem se reiterão, mas só os coherdeiros tição obrigados *pro rata* prefazer-lhe a sua parte ; Yalasc. Partit Cap. 7. n. 18; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 47.

3.º) A incompetência do juiz; Ord. Liv. 3. tit 75. pr.; tit. 87. 2 1.; Yalasc. Partit. Cap. 39. n. 1. Por praxe supre-se na instancia superior a incompetência do juiz da primeira instancia, não apparecendo no processo erros e lesões que devão ser reparados ou outra nullidade insanável; porque aquelle juizo, com» superior, é competente para julgar nas causas de quaesqner juizos inferiores em jurisdicção, salvos os casos exceptuados na Ord. Liv. 3. tit. 63., eieste é o estylo de julgar que attesta Valasc. Partit. Cap. 39. n. 73, 74, 76.

4.º) Se estão tão desordenadas as partilhas que se não pode emendar: Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. n. 6, 7.; Coelho da Rocha § 494.

5.º) O falso procurador; Ord. Liv. 3. tit. 87. g 1.

fi.º) A peita do juiz -, Ord. Liv. 3. tit. 87. 2 1.

7.º) A partilha contra outra partilha feita e julgada; lOrd. Liv. 3. tit. 66. § 6.; tit. 87. § 1.; tit. 75. pr.

8.º) A falta de curador aos menores; Ord. Liv. 3. tit. 41. 32 8, 9.

V

9.º) A falta de procuração ou de citação da mulher, casada; Ord."Liv. 3. tit. 87. §1.; tit. 47.; Guerr. Trat. 2. Liv. 3. Cap. 9. n. 24, 28.

•

10.º) A falta de citação dos menores púberes, ainda que tenham pae, e do tutor, quando são impúberes; Ord. Liv. 3. tit. 41. 22 8, 9; Guerr. Trat. 2. Liv 3. Cap. 9, n. 26. ,

(956) Ass. de 4 de Março de 1690.

restituição de menores (§ 140) (957), e vindo os embargos provados com documentos, ou concluindo com OS/ próprios autos, em taes casos devem ser recebidos logo, sem vista as partes, nos mesmos autos, para serem contrariados e disputados, ficando suspensa a extração das cartas até sentença final (958).

"Mas sendo os embargos consistentes cm matéria de facto e de direito, que não tem a sua prova nos autos das partilhas, mas são de alta indagação, bem como erro de avaliações, dotes e outros de igual natureza e importância, não devem ser recebidos senão em auto apartado para serem «contrariados, convertendo-se em uma causa ordinária (959).

(957) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 37. segg.; Cons. 112.

(958) Veja-se o § 166. e nota 1143.

(959) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. li. 8, 9.; Cap. 5. u. 21.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 721.; Barb. Rera. ã Ord. cit. n. 1. Quando os embargos são assim recebidos sem suspensão, entra o exequente logo na posse dos seus bens independentemente de fiança; Barb. Bem, a Ord. Liv. 3. tit. 86. § 3. n. 11.; Mend. Part 2. Liv. 4. Cap. 3, n. 10.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. In. 11. 12.; Mor Exec. Liv. 6. Cap. 10. n. 2. Sendo nova a matéria dos embargos e dependente de prova, a melhor praxe é usar da acção de lesão na sexta parte, enorme ou enormíssima, segundo o caso fôr; porque corre a causa mais desembaraçadamente; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 4.

•f<

E ainda depois de ter um herdeiro tirado a sua carta de partilha, e de proceder-se por ella á execução, entrando na posse do seu quinhão hereditário, pode vir com embargos á mesma partilha, contanto que allegue, dentro de um anno, lesão na sexta parte; dentro de quinze annos, lesão enorme; e de trinta annos, lesão enormíssima •, porque, emquanto não se findão estes prazos, a sentença não passa em julgado (960).

Nos processos de inventários e partilhas não são admissiveis embargos de terceiro senhor e • possuidor

W / '.* ...j

(960) Valasc. Partit, Cap. 40. n. 11. 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 23.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 1.; Per. de Carv. Lin. Orph. Nota 196, 198.

(961) D. Liv. 10. tit. 2. fr. 2. pr.; França á Mend. Part. 1. arest. 35. n. 5. Aquelle, porém, que tiver noticia de que uma cousa sua fora inventariada com os bens dalgum defunto, pode requerer ao juiz do inventario que mande tomar por termo nos autos o seu protesto de impugnar á todo o tempo esse acto, quando seja inquietado em sua posse.

Este protesto, posto que tomado por termo nos autos, não suspende o curso do processo; Alm. Souz. Acç. Sum. § 333. E se depois de feita a partilha esse terceiro fôr inquietado na sua posse, pode oppôr contra a execução da Carta de partilha embargos de nullidadé e de espolio, sendo restituída á sua posse logo que os embargos forem recebidos nos próprios autos da execução, onde deve constar a nullidadé pela falta de citação e o espolio pela falta de audiência; Menez. Juiz. Divis. Cap. 2. § 35. notas 1, 2, 3.

•B) *Contra as partilhas extrajuãtctaes.*

§ 139 Guando, porém, as partilhas fora o feitas extrajudicial e amigavelmente entre coherdeiros com louvados ou sem elles, posto que ao depois fossem reduzidas á autos públicos, a sentença confirmatoria das partilhas assim acordadas, não tem a mesma força e eficácia que as sentenças extrahidas dos processos de inventários e partilhas feitas judicialmente • e não sendo rigorosamente uma sentença, a sua execução não se regula pelas mesmas disposições do direito que regem as execuções das mais sentenças, senão pelas que são aplicáveis ás execuções dos contractos (962). Portanto, se algum co-herdeiro extrahe carta de sentença confirmatoria das partilhas amigáveis, esta carta pode ser embargada na execução •, e os embargos tem força suspensiva, assim como os oppostos aos mandados executivos á que não precede sentença condemnatoria, cessando em tal caso o rigor da lei (963). »

E se os herdeiros -fizerão as partilhas extrajudicialmente por escriptura publica, quer fossem ao depois confirmadas por sentença, quer não, em qualquer dos casos tem, para a sua execução, acção de

(962) **Peg.** ad Ord. Liv. 1. tit. 78. § 12. n. 2, 3.;
Guerr. For. Quest. 41. n. 8.; Alm. Souz. Obrig. Kecipr. §
722. (963) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; Alm. Souz. cit.

assignação de dez dias, que a lei concede á todas as escripturas publicas entre as próprias partes contractantes (964). E se o herdeiro demanda por esta acção, pode allegar no decendio embargos de lesão na sexta parte, lesão enorme ou enormíssima, ou qualqer erro, engano ou fraude (965),

Sendo os embargos relevantes e provados no decendio, se recebem suspensivamente, aliás devem ser recebidos com condemnação •, e n'estes casos discute-se a causa ordinariamente com replica e treplica, sem prejuízo da sentença condcmnataria (966). E se o réo não offereoe embargos no decendio ou os que offerece não relê vão, ainda que provados sejam, deve ser condemnado segundo o acordado na escriptura (967).

Mas se as partilhas extrajudiciaes não forão reduzidas á escripturas publicas, e sim á escriptos particulares, não sugestão as partes á esta acção, sem que reconheção, que o escripto foi feito e as-

(964) Ord. Liv. 3. tit. 25.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 723.

(965) Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 723.

(966) Ord. Liv. 3. tit. 25. § 2.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 22. n. 53.; Prax. Brás. § 274.

(967) Ord. Liv. 3. tit. 25. § 2.; Mend. Part- 1. Liv. 3. Cap. 22. n. 53.

signado por ellas, ou assignado somente com reconhecimento de haverem feito a obrigação constituída no mesmo escripto (968).

C) Dos embargos de restituição

§ 140 Os menores e as pessoas administradas (969), tem direito de pedir, por via de embargos, que o negocio em que se acha o lesados seja restituído ao estado em que estava antes de practicada a lesão (670). Este beneficio estende-se á qualquer lesão

(968) Ord. Liv. 3. tit. 25. § 9.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 724.

(969) São equiparados aos menores, os furiosos, mentecaptos, os pródigos julgados por sentença, as Igrejas, a Fazenda Nacional, as Camarás Municipaes, as corporações Ecclesiasticas, e quaesquer outras que, segundo o direito, gozão do beneficio da restituição; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 4.; Ass. de 30 de Agosto de 1779; Lei de 21 de Outb. de 1811 § 3.

(970) . Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Valasc. Partit. Gap. 39. n. 37. A restituição pode ser pedida ou contra os actos omittidos no processo, ou contra a injustiça da sentença ; Ord. Liv. 3. tit. 41. pr. § 1.; tit. 86. § 6.; o que importa o mesmo que pedir, ou a restauração da lide, ou que a sentença se reforme para melhor. Na petição em que se requer os embargos deve-se declarar logo: Se se pede a restituição contra a sentença por in justa, ou contra os actos do processo, especificando-se n'este caso quaes elles sejam; e sem esta declaração não são admissíveis, nem a petição, nem os embargos. Sendo os embargos derigidos contra a sentença, só devem mostrar a injustiça tVella, sem articular matéria nova; porque se

posto que menor em quantidade que a sexta parte do que directamente devia haver o lesado (971), e pode usar delle o menor até 29 annos completos, tendo sido feita a lesão durante a sua minoridade; e por isso não se restringe ao anno ou aos quinze annos que a lei marca para ser allegado em outros casos (972).

Os embargos de restituição suspendem a extração dos formaes de partilhas, e a posse dos quinhões (973)*, mas estando a execução já feita não se faz

fora permittido provar de novo, então serião os embargos contra os actos do processo, e não contra a sentença.

Cumpre observar que na primeira instancia, por via de embargos, só pode ter lugar a restituição contra os actos do processo; mas não contra a injustiça da sentença, se o menor, on a pessoa que gaza d'este favor da lei, ainda pode appellar; porque em quanto ha remédio ordinário, não tem lugar o extraordinário; Ord. Liv. 3. tit. 41. § 2.; Cald. ad Leg. Si Curat. Cod. de Restit. in integr. verb. *sua facilitate* n. 10.; Gomes Diss. 4. n. 6. Deduzidos uma vez os embargos de restituição não é mais licito repetir o acto de embargar a mesma matéria; Ord. Liv. 3. tit. 88. pr.; Gomes Diss. 4. n. 2.; Prax. Brás. § 322 nota (c).

(971) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 38, 40.

(972) Valasc Partit. Cap. 39. n. 42.

(973) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 43. Segg.; Cons. 112. n. 6. Em contrario sustentão Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 13.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 9. Mas a opinião d'estes escriptores é a menos seguida, e menos provável; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.

inovação, conservando-se tudo no mesmo estado, até a decisão final (974).

Nem tem os embargos efeito suspensivo: 1.º) quando a restituição é demandada por acção ordinária, salvo se a lesão consta evidentemente dos autos, ou por instrumentos (975); 2.º) quando é pedida maliciosamente para retardar a execução (976); 3.º) ou por homem casado por parte de sua mulher menor, dando o exequente, nestes dons últimos casos, satisfação com penhores ou fiadores bastantes (977). *Ú*

Quando a lesão é manifesta nos autos, sem outra prova; emenda-se logo a partilha*, mas se os embargos dependem de prova seguem o curso ordinário (978), e á final sendo provados, o juiz manda emendar, ou desfazer a partilha para tornar á partir de novo (979).

(974) Ord. Liv. 3. tit. 41. § 4.; tit. 86. § 6.j tit. 87. § 2. • Valasc. Partit. Cap. 39. n. 48. • Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. n. 2.; Mor. Exec. Liv. 6. Çap. 9. n. 44.

(975) Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 45. vers. *Restringe* 4.; D. Liv. 4. tit. 4. fr. 34. § 1.

(976) Ord. Liv. 3. tit. 41. § 5.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 49.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 43.

(977) Ord. Liv. 3. tit. 41. § 5.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 52.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 9. n. 45

(978) Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 6.

(979) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Valasc. Cons. 112.; Partit. Cap. 39. n. 37.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. not. 1, 2.

■M | ■

SECÇÃO SEGUNDA

DA APPELLAÇÃO

Noção geral.

§ 141 A appellação é a legitima provocação que se faz do juiz inferior ao juiz superior para reparar o gravame (980). 8

Nas causas de inventários e partilhas o gravame pode consistir na injustiça, lesão, erros e nullidades do processo (981). E para a reparação do gravame, por minimo ijue seja, é licito appellar:

1.º) Das sentenças definitivas ou interlocutórias com força de definitivas, proferidas nos processos de inventários e partilhas, feitas por inventario ju-

(980) Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 29.; Per. Souz. Lin. Civ. § 309. Não é, porém, recebido appellar, o que por alguma maneira consentio na sentença dada contra elle, practicando, sem protesto, alguns actos contrários ou incompatíveis com a appellação; Ord. Liv. 3. tit. 79. § 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 53. Comtudo alguns escriptores entendem não haver consentido na sentença o herdeiro que tem tirado a sua carta de partilha, podendo ainda interpor appellação: Yalasc. Partit. Cap. 40. n. 10, 11, 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 38; mas esta opinião é reprovada por Per. Decis. 66., que parece opinar com mais acerto.

(981) Valasc. Partit. Cap 39. n. 33.; Cap. 40. n. 7.

dicial, ainda que o appellante tenha sido verdadeiro revel (982);

2.º) Das avaliações e partilhas feitas por louvados escolhidos ■ á aprasimento das partes, seni intervenção da justiça, posto que tenham sido as partilhas julgadas por sentença (983);

3.º) Das decisões do juiz que pronuncia sobre ó arbitramento, ou partilha feita por louvados escolhidos á aprasimento das partes, por mandado da justiça (984);

(982) Ord. Liv. 3. tit. 69. § 3.; tit. 70. pr.; tit. 79. g 3.; Reg. de 22 de Setembro de 1871. art. 71.; Silv. ad Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. ad Rubr. art. 7. n. 1.; Dispôs. Prov. art. 15.; Lei de 3 de Dezembro de 1841. art. 123 ; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 30.; G-uerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 41. Desta regra exceptua-se a sentença pela qual o juiz se pronuncia competente ou incompetente para conhecer da causa; porque posto que seja in-terlocutoria com força de definitiva, Salg. de Reg. Protect. Part. 2. Oap. 1. n. 38. segg., Atimar. de Nullit. Sent. Rubr. 3. Quesⁿ. 3. n. 49., comtudo por direito pátrio somente é admissivel o agravo de petição ou instrumento; Ord. Liv. 3. tit. 20. § 9.; Gama Decis. 159.; Cabed. Decis. 156. n. 1.; Thom. Valasc. Alleg. 53. n. 5.

(983) Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2.; Valasc. Partit. Oap. 9. n. 37. segg.; Cap. 39. n. 30. •, Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Oap. 1. n. 56. segg.

(984) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 12.; e Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 66, 67.; Salgad. de Reg. Protect. Part. 3. Cap. 13. n. 7.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 3, 4.

4.º) Das decisões do juiz que obrigão dar bens á inventario e partilhas (985);

5.º) E das sentenças que mandão proceder á sequestro nos bens da herança, salvo se já pende em juizo a causa de inventario e partilhas, nos casos em que a lei manda e preceitua o sequestro, como um incidente d'ella (986).

Não é, porém, admissivel a appellação da decisão do juiz que manda reduzir a avaliação á arbítrio

(985) Da decisão do juiz que obriga á dar bens . á inventario e partilhas pode appellar a parte que se sentir aggravada, observando-se, que se o juiz procede *ex officio*, a appellação recebe-se no effeito devolutivo; e se procede á requerimento de parte, o recebimento é sempre em ambos os effeitos; mas do despacho que manda proceder á simples descripção de bens não é admissivel em caso algum appellação com effeito. suspensivo; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. I. n. 42. vers. *In hoc dúbio*; Trat. 2. Liv. 8. Oap. 1. n. 26.; Peg. For. Cap. 15. n. 182.

(986) Ord. Liv. 4. tit. 95. §§ 2, 3.; tit. 96. g 12. Este é o estylo que attesta Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 35. § 8.; Cap. 4. n. 54. pag. 113.; Repert. verb. *Juie das Partilhas* ■faz *sequestro dos bens* nota (d). Do despacho pelo qual se não manda proceder ao sequestro nos bens da herança quando o cabeça de casal dilata a partilha entre os herdeiros, o recurso admissivel é o agravo de petição ou de instrumento na forma da Ord. Liv. 4. tit. 96. % 13.; Reg. de 15 de Março de 1842. art. 15. • Reg. de 12 de Nòv. de 1873. art. 6.

de .bom varão (987), nem da decisão do terceiro arbitrador nomeado pelas partes ou pelo juiz, não se querendo as partes louvar, para desempatar o segundo arbitramento ou a partilha (988).

O recurso de appellação, posto que interposto por um só dos coherdeiros, é commum á todos, podendo o juiz socorrer á qualquer d'elles que achar lesado (989). I

Interposição da appellação.

§ 142 A appellação pode ser interposta, ou em audiência ou por despacho do juiz e termo nos autos, intimada a parte contraria ou seu procurador (990). Este recurso deve ser intentado dentro de dez dias improrogaveis, contados da publicação da sentença, estando as partes presentes ou seus procuradores

(987) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. g 3. n. 11.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 48.; G-uerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44.; Barb. Itero, á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 3. Lemita-se, porém, esta regra no caso de lesão enormíssima; porque esta nunca se entende excluída ; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 51.; Barb. Keni. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.

(988) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Peg. Por. Cap. 15-n. 215.; G-uerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 12. n. 32.; Liv. 2. Cap. 1. n. 44, 45.; Valasc Partit. Cap. 9. n. 60.

(989) Ord. Liv. 3. tit. 80. § 1.; tit. 72.; Valasc. Cons. 51. n. 24

(990) Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. § 1.; Dispôs. Prov. art. 15.; Reg. de 3 de Janeiro de 1833. art 48.

I



na audiência, ou da intimação ou da noticia, estando ausentes (991). Corre o decendio de momento á momento, e não se interrompe pelas ferias supervenientes (992), nem pode ser ,prorogado pelo juiz, ainda que as partes consintão.

Não é necessária a ratificação em audiência da interposição da appellação, contanto que seja reduzida á termo, e intimada á parte dentro do decendio (994). Sendo a appellação interposta de sentença proferida pelo juiz de Paz, basta um simples termo, notificada a parte contraria (995).

Nas Comarcas geraes a appellação das sentenças proferidas pelos juizes de Direito podem ser interpostas perante estes ou perante os juizes Municipaes

(991) Ord. Liv. 3. tit. 18. § 13.; tit. 70. pr.; tit. 79. § 1.; Reg. de 3 de Janeiro de 1833. art. 47.; Mend. Part. 2. Liv. 2. Cap. 10. n. 1.

(992) Barb. Bem. á Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. n. 18. Á parte vencida, estando ausente do lagar em que fôr proferida a sentença, pode appellar d'ella dentro dos dez dias da noticia, perante o juiz do teritorio em que se achar, requerendo que se lhe assigne um termo razoável para fazer a ratificação na audiência do juiz que deo a sentença; Ord. Liv. 3. tit. 70. § 1.

(993) Gama Decis. 389. n. 1.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 70. pr. n. 12.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 51.

(994) Dispôs. Provis. art. 15.; Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 12.

(995) Reg. de 22 de Novembro de 1871 art. 63. § 6.

e d' Orphãos. Nos mais casos deve ser interposta perante o juiz que houver proferido a sentença (996).

Duvida-se, porém, se o menor, depois do decendio, pode appellar pelo beneficio da restituição. -■ A opinião mais segura é que pode appellar, se letigou por si mesmo; mas não se letigou por procurador •, porque este ó responsável pelo seu prejuízo (997).

A interposição *exofficio* faz-se por uma simples declaração no final da sentença (998).

*Da avaliação da causa**

§ 143 Interposta a appellação, qualquer das partes pode fazer citar á outra para na primeira audiência prooeder-se á louvação de louvados que avaliem a causa (999). Feita a louvação, se os louvados nomeados são advogados do foro, se lhes faz os autos com vista para darem o seu laudo, aliás o dão no oartorio do escrivão, que o toma por termo nos autos. Tendo os louvados proferido o seu laudo, podem as partes pedir vista para dizerem sobre os effeitos do recebimento •, e discutida a sua matéria, sobem os autos conclusos ao juiz para o despacho de recebimento

- -
- (996) Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 14.
 (997) Cald. ad Leg. Si Curat. Cod. de Rest. iii integr. verb. sua facilitate. n. 34, 35, 36.
 (998) Gouv. Pinto Part. 2. Gap. 12. art. 2. edição de 1820.
 (999) Ord. Liv. 3. tit. 70. § 11.

B

E' porém desnecessária a avaliação:

1.º) Nas causas até 100\$000 e 500\$000, julgadas pelos juizes de Paz e juizes Municipaes e de Orphãos (1000);

2.º) Quando a causa contem pedido certo, de cuja estimação deo-se prov.a, ou não houve contestação (1001).

Hecébi/m&iito da appellação,

§ 144 Avaliada a causa, o juiz por seu despacho recebe a appellação, se fôr de receber, declarando se em ambos os effeitos, ou no devolutivo somente; e no mesmo despacho assignará o prazo cm que os autos devem ser apresentados na instancia superior (1002). No caso de duvida deve antes o juiz receber a appellação, e não denega-la (1003). Emquanto o juiz não recebe a appellação oonserva a sua jurisdicção, podendo porisso revogar, ainda mesmo *ex officio*, a interlocutoria em que denegou a appellação (1004); mas depois de recebida fica logo

(1000) Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 16. § 1.

(1001) Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 16. § 2.

(1002) Peg. For. Oap. 16.; Reg. de 12 de Novembro de 1873 art. 15.

(1003) Peg. For. Cap. 15. 3. 6. •, Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 609.

(1004) Ord. Liv. 3. tit. 65. § 1.

suspensa sua jurisdição, devolvendo-se todo o conhecimento da causa e suas dependências ao juiz superior, que pode conhecer não só da injustiça da appellação, como também julgar a causa definitivamente, menos quanto ao julgamento da deserção da appellação que sempre compete ao juiz *á quo* (1005).

Doa effeitos da appellação.

§ 145 Em regra toda a appellação deve ser recebida cm ambos os effeitos, devolutivo e suspensivo (1006), salvo os casos em que a lei ou a praxe tem admittido somente no effeito devolutivo (1007).

São recebidos em ambos os effeitos todas as appellações das causas ordinárias, e no devolutivo somente, todas as interpostas das causas summarias que não soffrem demora (1008).

Entre as summarias, cuja appellação se recebe somente no effeito devolutivo são as de partilhas (1009)

..... : J]

(1005/ Ord. Liv. 3. tit. 73. pr.; tit. 78. § 2.; Regul. de 12 de Novembro de 1873 art. 27.; Peg. For. Gap. 15." n. 30. (Veja-se o § 148).

" (1006) Cod. Liv. 7. tit. 62. fr. 20.; Ord. Liv. 3. tit. 70. pr.; tit. 78. g 2.; Mello Freir. Liv. 4. tit 23. § 17.; Regul. de 22 de Novembro de 1871 art. 63. § 16.

(1007) Praxe Brás. g 334.

(1008) D. Liv. 49. tit. 5. fr. 7.; Meud. Part. 1. Liv. 3. Gap. 19. n. 9.; Alm. Souz. Seg. Lin. Not. 633.

(1009) Ord- Liv. 4. tit. 96. § 22-

Mas não obstante a generalidade da lei, a praxe tem feito limitações á esta regra, admittindo em ambos os eifeitos algumas appellações das sentenças proferidas em causas de partilhas e taes são:

1.º) Quando se appella da sentença em que alguém é condemnado á fazer inventario e partilhas, não tendo o juiz procedido em razão do seu officio, mas sim á requerimento de parte (1010)-

2.º) Quando o réo foi demandado para fazer inventario, e negou ao autor o ser herdeiro na herança, e esta questão foi discutida e julgada (1011);

3.º) Quando é illiquida a carta de partilhas (1012), _____ ' _____ I

(1010) Peg. For. Oap. 15. n. 182.; Guerr. Trat. 1. Liv. 1. Cap. 1. n. 42. segg.; Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 26.

(1011) Valasc. Cons. 90.; Partit. Cap. % n. 21, segg.; Peg. Cap. 80. n. 14. segg.

(1012) Peg. For. Cap. 15. n. 184.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 19. n. 43. A carta de partilhas, pôde ser illiquida por dous modos, ou quando se adjudicão prédios aos herdeiros por partes quotitativas, ou quando já não existem os moveis e fructos adjudicados ao herdeiro que per-tende executar o seu formal de partilha: No primeiro caso, sendo incerta a parte do coherdeiro, é indispensável outra particular divisão de cada prédio assim adjudicado, e o juiz competente para essa divisão ainda é o mesmo que fez a partilha, se a execução tiver lugar entre os mesmos coherdeiros; no segundo caso executa-se a carta de partilha pelos mesmos preços das avaliações em que forão avaliados os bens adjudicados; Peg. For. Cap. 5. pag. 399; Guerr. Trat. 4. Liv. 8. Cap. 8. n. 6.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 12. n. 86.

4.º) Quando a partilha, depois de julgada por sentença, foi embargada por nullidade ou lesão enormíssima, e os embargos forão recebidos com suspensão nos mesmos autos •, porque se o tribunal superior conhecer dos embargos, hade fazer-se de novo a partilha, o que não succede na appellação que tem por fim a emenda da partilha por erro sem nullidade, visto que, n'este caso, somente se reforma, mas não se revoga, nem se faz outra de novo (§ 142) 1013)-

5.º) Quando julga-se por deserta e não seguida a appellação (1014). H

I *Da atempação.* H

§ 146 A designação expressa do prazo em que deve o appellante comparecer no tribunal superior, é o que se diz — *atempação*; e este prazo deverse-fica conforme fôr a distancia do lugar em que func-

(1013) Ord. Liv. 3. tit 73.; Peg. For. Cap. 15. ri. 84.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 5. n. 0.; Cap. 12. § 9. e 26.

(1014) Barb. Bem, á Ord. Liv. 3. tit. 70. § 3. n. 6.; Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 68. ad Itubr. art. 7. n. 59.; Peg. Tom. 3. ad Ord. Liv. 1. tit. 9. § 12. n. 684.; Themud. Decis. 91. n. 4, 5. Além destas ainda os escriptores do nosso foro fazem outras limitações á regra da Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22., as quaes nos parecem pouco prováveis, e podem ver-se em Peg. For. Cap. 15. n. 182.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 17. á 28.; Franç. á Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 19. n. 42, 43.; Alm. Souz. Seg.Lin. Not. 633. n. 11.

ciona o juiz ou Tribunal *ad quem*. Feio que pode ser de dez á trinta dias, se a appellação fôr interposta de sentença do juiz de Faz; de trinta dias, se fôr de sentença do juiz Municipal do Termo em que o juiz de direito residir, ou do juiz de direito de Comarca especial; de dous mezes, se fôr do juiz Municipal de outro Termo da Comarca •, de seis mezes, se fôr do juiz de direito de qualquer Comarca geral da Frovincia em que a Relação estiver, a não ser das Frovincias de Goyaz e Matto Grosso, que o prazo ó de quatro mezes (1015).

Todos estes prazos decorrem da data da publicação do despacho, pelo qual fôr recebida a appellação ; são communs á ambas as partes; não se podem prorogar ou restringir, nem se interrompem pela superveniencia das ferias (1016).

Seguimento da appellação.

§ 147 - Recebida e atempada a appellação, e requerendo a parte traslado dos autos, o escrivão aprompta-o com deligencia para não incorrer nas penas da lei (1017). E o modo porque os escrivães hão-de extraliir o traslado, achase determinado por

(1015) Lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8, Reg. de 12 de Novembro de 1873, art. 20.

(1016) Reg. de 12 de Novembro de 1873. art. 21.

(1017) Ord. Liv. 3. tit. 70 § 2.

.Si



lei (1018). Concluído o traslado, cita-se á parte para se fazer o concerto e ver seguir a appellação na instancia superior (1019).

A citação para o seguimento da appellação é sempre pessoal, salvo o caso de estar a parte ausente da Comarca ^ porque então basta a citação do procurador (1020).

Faz-se, porém, a expedição dos autos á instancia superior independentemente de traslado:

1.º Na appellação das sentenças proferidas pelos juizes de Paz, se .o juiz de direito residir nq mesmo lugar (1021);

2.º Na appellação das sentenças dos juizes Muni-cipaes e Orphãos, se o juiz de direito residir no mesmo Termo, salvo se por favor da causa estiver expressamente disposto que n'esse caso a appellação seja recebida no effeito devolutivo somente (1022);

(1018) Ord. Liv. 1. tit. 79. § 22.

(1019) Ord. Liv. 1. tit. '79. g 27.; Liv. 3. tit. 70. §§ 2, 4.

(1020) Ord. Liv. 3. tit. 70. § 4.; Valasc. Cons. 144. n. 10. Esta citação deve ser feita assim ao marido como também á mulher, si a causa versar sobre bens de raiz; Ord. cit. § 4.; Praxe Brás. § 336. not. (c). Os autos e traslados devem ser sellados pelo appellante, sem o que não se faz a remessa, imputando-se-lhe a demora que nisso houver; Regul. de 3 de Janeiro de 1833. art. 51.

(1021) Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 17. §1.

(1022) Regul. de 12 de Novembro de 1873. art. 17. §2.

3.º) Na appellação das sentenças dos juizes de direito das Comarcas especiaes, salva a excepção do numero antecedente (1023)*

4.º) E sempre que as partes n'isso convencionarem (1024).

Deserção da appellação»

§ 148 Não comparecendo o appellante no juizo superior dentro do prazo assignado pelo juiz que recebeu a appellação, julga-se deserta e não seguida (1025). O julgamento da deserção da appellação compete sempre ao juiz *á quo*, ficando abolido o instrumento de dia de apparecer (1026).

Sendo interposta a appellação de sentença' proferida pelo juiz de Paz, e não tendo sido expedidos os autos á instancia superior no tempo assignado, cita-se ao appellante para dizer em 24 horas, que correm no Cartório do Escrivão, sobre o impedimento que teve para o seguimento da appellação ; e com a resposta dV.lle e provas *in continenti* pro-

(1023) Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 17. § 3.

(1024) Regul. de 12 de Novembro de 1873 art. 17. in fine. Em qualquer dos casos em que os autos sobem por appellação á instancia superior, independente de traslado, o escrivão percebe o terço do que custaria o traslado; Praxe Brás. § 336.

(1025) Ord. Liv. 3. tit. 68. §§ 3, 6. 7.

(1026) Regul. de 12 de Novembro de 1873. art. 27.

M

duzidas, ou sem ellas, o juiz de Paz profere a sua sentença, julgando deserta a appellaçto, ou assignando novo prazo para a expedição dos autos (1027). E sendo interposta das sentenças do juiz Municipal ou de Orphãos para o juiz de direito, ou do juiz de direito para a Relação •, cita-sc ao appellante, ou seu procurador para dentro de 3 dias allegar embargos de legitimo impedimento *, e d'estes embargos concede-se vista ao appellado por 24 horas para dizer sobre a matéria d'elles, e oferecer as provas que tiver. Findo este prazo o juiz delibera, relevando ou não ao appellante da deserção: no primeiro caso lhe assignará de novo para Ti remessa dos autos outro tanto tempo quanto fôr provado que esteve impedido •, e no segundo caso, ou se findo o novo prazo não tiverem sido ainda remetidos os autos á instancia superior, executa-se a sentença (1028).

Sendo finalmente interposta de sentença proferida pelo juiz de direito, nos casos que á este compete julgar, procede o juiz Municipal ou o de Orphãos

(1027) Lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8.; Re-gul. de 12 de Novembro de 1873. art. 22.23.

(1028) Regai, de 12 de Novembro de 1873, art. 24. Este artigo mandou, nesta parte, observar o Regai, de n.º 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 657 á 660, em vir-tade da lei de 6 de Agosto de 1873, art. 1. § 8.

na forma acima dita até a sentença da deserção exclusivamente (1029).

MI

Considerão-se impedimentos attendiveis para ser o appellante relevado da deserção da appellação, os casos fortuitos, doença grave, ou prisão do appellante, embaraço do juizo, ou obstáculo judicial op. posto pela parte contraria (1030).

Do processo e julgamento da appellação na instancia superior.

§ 149 Subindo os autos por appellação á instancia superior, volta a causa e a pessoa ao estado em que se achavão antes da sentença de primeira instancia, ao tempo da contestação da lide, devolvendo-se todo o conhecimento d'ella ao juiz superior, o qual pode conhecer da justiça da appellação, julgando definitivamente a causa, e condemnando á parte vencida nas custas que deva pagar (1031). Pêlo que se segue :

1.º) Que pode o juiz ou Tribunal superior mandar *ex officio* proceder á exames, vistorias e quaes-quer diligencias necessárias ao conhecimento da

(1029) Regai, de 12 de Novembro de 1873, art. 26.

(1030) Regai, de 12 de Novembro de 1873, art. 25.

(1031) Cod. Liv. 7. tit. 62. frag. 6. § 1.; Peg. For. Cap. 13. n. 17. Se o juiz da appellação omittir a condemnação nas custas, pode suprir a falta o juiz *á quo*; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 2. n. 9.

verdade (1032); 2.º) e reformar a sentença em todo ou em parte, quer á favor do appellante, quer do appellado, quando conheça que se fez injustiça, por ser a appellação commum á ambas as partes (1033), reparando os damnos ainda os mais pequenos (1034), salvo se não se appellou geralmente d'ella e só de certos artigos •, porque somente d'esses pode conhecer o juiz superior (1035), e não d'aquelles de que se não appellou (1036).

Sendo a appellação interposta da sentença do juiz de Faz para o juiz de direito, podem as partes arrazoar em uma ou outra instancia onde lhes convier ; e arrazoada a causa, sobem os autos conclusos ao juiz *ad quem* para o julgamento (1037); e sendo interposta das sentenças dos juizes Municipaes, apresentados os autos no cartório, o escrivão que tiver de servir perante o juiz de Direito lavra um termo de recebimento d'elles e os faz conclusos ao

(1032) Regim. de 3 de Janeiro de 1833.

(1033) Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; tit. 72, pr.; Valasc. Cons. 51. n. 24.

(1034) Valasc. Partit. Gap. 39. n. 33.; Per. Decis. 66. n. 3.

(1035) Ord. Liv. 3. tit. 80. pr.; Mor. Exec. Liv. 6. Gap. 6. n. 5.

(1036) Peg. Por. Gap, 13. n. 1.; Salgad.Snplicat.Part. 2. Gap. 8. n. 8.; António Gomes Var. ResoL Liv. 2. Cap. 11. n. 16.

(1037) Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 63. § 6.

juiz que manda dar vista ás partes por oito dias, e findo este prazo, profere a sua sentença (1038).

Quando a appellação é dos juizes de Direito para as Relações, julgão em segunda instancia, três Dezbargadores, inclusive o Relator, observando a forma estabelecida no seu Regimento (1039).

Se o juiz da appellação revoga a sentença inter-locutoria, julgando que foi bem appellada, fica co-nhendo da causa principal, e não a remette ao juiz de que foi appellado (1040)[#], e a razão ó que fica suspeito o juiz que uma vez commetteo agravo (1041). Limita-se, porém, esta regra: 1.º) quando o juiz da appellação se pronunciar incompetente (1042)*, 2.º) quando ambas as partes consentem na remessa (1043); 3.º) quando o juiz da appellação reside no mesmo logar ou no seu Termo (1044).

(1038) Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 18.

(1039) A forma do julgamento nas relações, veja-se no Regul. de 3 de Janeiro de 1833 • Regul. de 22 de Novembro de 1871. art. 70.; Regul. de 12 de Novembro de 1873.

(1040) Ord. Liv. 3. tit. 68. pr.; Per. Souz. Lin. Oiv. nota 642. • Alm. Souz. Seg. Lin. Oiv. Not. 642.

(1041) Gnerr. de Recus. Liv. 4. Cap. 11. n. 1.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 68. pr. n. 7.

(1042) Ord. Liv. 3. tit. 68. § 1.

(1043) Ord. Liv. 3. tit. 68, pr.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 68. pr. n. 6, 20.

(1044) Ord. Liv. 3. tit. 69. § 5.; Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 1. § 37. n. 35.



SECÇÃO TERCEIRA

Do arbitrio.de bom varão,

§ 150 A partilha judicial ou extrajudicial, feita por louvados, sendo injusta ou lesiva, pode ser corrigida ou emendada á arbítrio de bom varão, do mesmo modo que se corrige e emenda o arbitramento ou avaliação lesiva *, e esta redução pode ser feita, ou pelo mesmo juiz á quem se implora o seu orneio ou por louvados nomeados pelas partes (1045).

Tendo sido feita a avaliação ou a partição com aprasimento das partes, por mandado da justiça, e sendo assignada pelo juiz e avaliadores ou partido-res, é o mesmo juiz que mandou fazel-a quem por si, segundo o seu entendimento, corrige e emenda os erros e lesões que por ventura houverem (1046). Mas tendo sido feita a avaliação ou a partição por louvados e partidores escolhidos á aprasimento das partes, sem intervenção da justiça, e se alguma delias se sente lesada e recorre ao juiz do lugar con-

(1045) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 24. segg.; Egyd, Seg. ex hoc jure Partit. 1. Cap. 8. n. 45.; Mello Freir. Liv. 12. § 14. nota in fine.

(1046) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.; Liv. 4. tit. 96. \ 18.; Valasc. Partit Cap. 9. n. 43.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 2.; A disposição da citada Ord. Liv. 3. tit. 17. 8 3. suprese e declara-se com a do Liv. 3. tit. 78. § 2., com a qual concorda; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 43.; Mo-lina de Inst. Disp. 245. n. 11.

tando a razão do seu agravo, e implorando o seu officio para que faça reduzir a avaliação ou a partição á melhor arbítrio, n'este caso, o juiz manda que as partes se louvem em homens bons, dignos de fé e sem suspeita - e feita a louvação, ou sendo os louvados nomeados por elle, não se querendo as partes louvar, lhes encarrega de vêr e examinar se a avaliação ou a partilha é justa ou feita como não deve, compondo ao lesado a sua direita parte (1047).

Em qualquer dos casos, para que procedão estes remédios de direito, devem concorrer os seguintes requisitos:

1.º Que a avaliação ou a partilha tenha sido feita por louvados, e que a parte lesada faça uma narração exacta das causas da lesão, mostrando em como foi neganado na avaliação ou partilha dos bens (1048)-,

2.º Que a queixa seja dirigida ao juiz que mandou fazer a avaliação, ou a partilha, ou não tendo sido feita por mandado da justiça, á aquelle quò seria o competente, se fora requerido judicialmente (1049);

(1047) Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2.; Liv. 4. tit. 1. 8 1.; Valasc. Partít. Gap. 9. n. 40, 42.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. 8 3. n. 2, 5.

(1048) Valasc. Partit. Gap. 9. n. 47.

(1049) Ord. Liv. 3. tit. 17. §§ 3, 5.; tit. 78. § 2.; Phceb. Decis. 192. n. 10, 11.; Silva á Ord. Liv. 4. tit. 1.

3.º) Que seja requerido dentro de um anno, contado do dia em que foi eommettida a lesão (1050)* porque depois d'este prazo presume-se approvação do acto (1051);

4.º) Que a parte requeira por si ou por seu procurador com procuração especial para o caso(1052);

. 5.º) Que a lesão seja ao menos na sexta parte do que directamente deveria pertencer ao lesado (1053).

§ 1. n. 48. segg. Quando a Ord. Liv. 3. tit. 78. § 2. diz: *Poderá requerer ao juiz da terra*, entende-se dos juizes ordinários, ou de fora, hoje os juizes municipaes e os de direito no caso de ter sido feita a avaliação ou a partilha sem ter precedido mandado de algum juiz; mas se a avaliação ou a partilha, tiver sido feita por mandado de algum juiz, então requer-se ao mesmo juiz que mandou fazer a avaliação ou a partilha, que a reduza á melhor arbítrio, entendendo-se assim esta pelo do mesmo livro tit. 17. § 3. ibi: *pode-se socorrer aos juizes que o mandarão fazer*. Na primeira hypothese, havendo dous juizes na terra, observa-se o processo da Ordenação Liv. 3. tit. 17. §§ 3, 4.*; e havendo um só juiz, esse mesmo por si só corrige a avaliação ou a partilha lesiva, ou verificando o engano, manda proceder & nova avaliação ou partilha; Alm. Souz. Trat. das Aval. § 145.

(1050) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 5.; Liv. 4. tit. 96. § 19.; tit. 1. <? 1.; Alm. Souz. Obrig. Recipr. § 717.

(1051) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 19.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 44.; Phoeb. Decis. 192. n. 12.

(1052) Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 1.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 21. n. 30.

(1053) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 6.; Liv. 4. tit. 96. § 20.; Alm. Souz- Obrig. Recipr. § 717.; Repert. ás Ordd. verb.;

E sendo assim requerido, e achando o juiz ser a parte agravada, deve prover com este remédio, posto que o tenha renunciado expressa ou tacitamente, compromettendo-se á estar pela avaliação ou partilha que fizerem os avaliadores ou partidores ; porque tal promessa entende-se com a clausula tacita: *se fôr justa* (1054). Mas porque este remédio não tem a mesma força e eficácia que a appellação, não suspende a execução da primeira avaliação ou partilha, sendo todavia o exequente obrigado á prestar caução de restituir tudo quanto fôr demandado (1055).

E se os segundos louvados ou partidores discor-dão em pareceres, nomeião as partes um terceiro, que, depois de juramentado, fica obrigado á se conformar com o voto d'um dos segundos arbitradores ou avaliadores, não podendo proferir um terceiro laudo; e não se querendo as partes louvar, o juiz de seu officio escolhe o terceiro louvado, o mais a aprazimento das partes que fôr possível (1056). I

E não basta que se alleoue lesão na sexta parte do preço (fuma ou ff outra cousa, é necessário que se mostre lesão na sexta parte de todo o quinhão do herdeiro.; Yalasc. Partit. Cap. 39. n. 28.; mas não em relação á totalidade da lie-1 rança •, Valasc. cit. n. 25.

(1054) Ord. Liv. 3. tit. 78. g 2.; Barb. Bem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.-, Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 17. §3. n. 3.; Alm. Sonz. Obrig. Recipr. § 717.

(1055) Silv. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3. n. 10.; Alm. Sonz. Segund. Liv. Civ. Nota 534. até 537. n. 13.

(1056) Ord. Liv. 3. tit. 17. g 4.: Valasc. Partit. Cap. 9. n. 49.

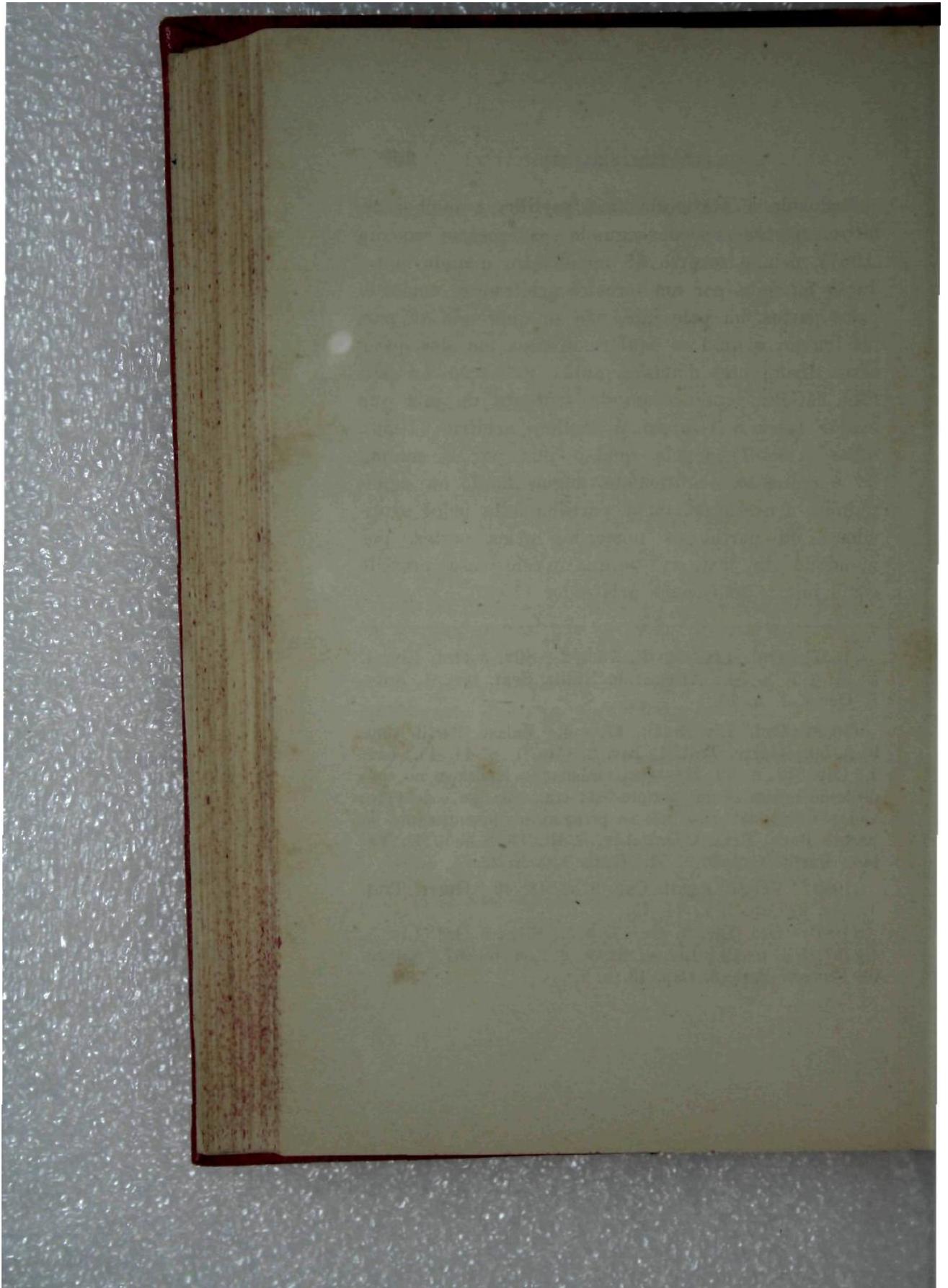
Reduzida a avaliação ou a partilha a melhor arbítrio, não se concede segunda vez o mesmo remédio (1057), nem o recurso de appellação, quando a redução foi feita por um terceiro arbitrador nomeado pelas partes, ou pelo juiz, não se querendo as partes louvar, o qual se conformou com um dos pareceres divergentes duma segunda avaliação ou partilha (1058)-, assim como da sentença do juiz que manda fazer a redução. á melhor arbítrio (1059), salvo da sentença pela qual o juiz por si mesmo faz a redução, confirmando, aumentando ou demi-nuindo, a avaliação, ou a partilha feita pelos avaliadores ou partidores nomeados pelas partes, por mandado da justiça; porque neste caso procede como juiz, e não como arbitrador (1060).

(1057) Ord. Liv. 3. tit. 78 g 2.; Silv. á Ord. Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 54.; Atimar. de Nullit. Sent. tom. 1. Rubr. 8. Quest. 1. n. 13.

(1058) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 50.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44, 45.; Liv. 1. Cap. 12. n. 32. Mas esta Ordenação lemita-se no caso de lesão enormíssima; porque esta traz consigo o dolo pro vado; e em tal caso não se presume o consentimento da parte: Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 17. § 4. n. 4.; Valasc. Partit. Cap. 9. n. 51.; Cons. 130. n. 22.

(1059) Valasc. Partit. Cap. 9. n. 48, 49.; Guerr. Trat. 1. Liv. 2. Cap. 1. n. 44. 45.

(1060) Ord. Liv. 3. tit. 17. § 3.: Silva á Ord. Liv. 3. tit. 17. g 3. n. 12.; Liv. 4. tit. 1. § 1. n. 66, 67.; Salgad. de Protect. Part. 3. Cap. 13. n. 7.



SECÇÃO QUARTA*Dos agravos.*

§ 151 Aggravo é a provocação interposta do juiz inferior ao superior legitimo para reformar a inter-locutoria proferida pelo inferior. Três são as espécies de agravos reconhecidos pela legislação vigente[^] e são: O aggravo de Petição, o de Instrumento e no auto de Processo (1061). A condição de cada um delles é que a causa exceda á alçada do julgai /*\ dor, salvo se fôr da competência dos juizes de Paz,*[^] Municipaes ou de Orphãos, ou dos juizes de Direitos das Comarcas geraes (1062), ou quando se interpõem o aggravo da decisão pela qual o juiz delibera sobre matéria de competência, quer elle se julgue competente, quer não; porque nestes casos sempre tem lugar o aggravo, posto que a causa saiba na alçada (1063).

Os casos de aggravo estão definidos nas leis, e Regulamentos do Governo.

(1061) Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 120.; Regai, de 15 de Março de 1842, art. 14. segg.

(1062) Eegul. de 12 de Novembro de 1873, art. 9.

(1063) Ord. Liv. 1. tit. 5. §25.; tit- 62. g 34.; tit. 91. g 1.; Liv. 3. tit. 54. § 12.; Decr. N.º 1574 de 7 de Março de 1855.

Do agravo de petição.

§ 152 O agravo de petição interpoem-se em audiência, ou no Cartório do Escrivão por termo nos autos dentro de cinco dias, contados da intimação ou publicação da sentença, ou despacho em audiência.

O termo da interposição do agravo deve ser assignado pela própria parte, ou por seu advogado, com declaração do juiz para quem se agrava, não sendo juiz certo (1064). O agravo interposto no cartório do Escrivão por termo nos autos, não depende de despacho do juiz, nem de ratificação em audiência-, Regul. de 12 do Novembro de 1873 artigos 11, e 12.

A interposição d'este agravo suspende o curso da causa •, porque o processo d'elle corre nos autos principaes, que sobem ao juizo superior (1065).

(1064) Ord. Liv. 1. tit. 58. § 25.; Liv. 3. tit. 74. §1.; Liv. 1. tit. 6. § 5. in fine; Regul. de 15 de Março de 1842. art. 19, 25.; Leitão de Gravam. Qaest. 6. n. 71. Nas execuções podem ser recebidos em separado os aggra-vos frívolos que não são interpostos de despachos proferidos nos autos; Gomes Diss. 7. n. 81. Do despacho que não concede agravo não se pode agravar; porque ao ag-gravaute ainda fica o direito de tirar instrumento de agravo ou carta testemunhavel, que não retarda a execução; Gomes Diss. 7. n. 87.

(1065) Regul. de 15 de Março de 1842. art. 21.

Interposto o agravo o escrivão faz os autos immediatamente com vista ao advogado do agravante, que deve oferecer a minuta do agravo dentro de vinte e quatro horas improrogáveis (1066). Offerecida a minuta do agravo, o primeiro dever do juiz é reconsiderar os fundamentos do seu despacho, e se o caso é de agravo, proferindo a sua decisão no prazo de 48 horas. Não sendo caso de agravo, declara que o não admite por ilegal, condemnando á parte nas custas do retardamento, e ao advogado nas multas previstas no Regulamento (1067). E se o caso é de agravo, mas convencendo-se o juiz que a sentença fora menos bem proferida, pode reforma-la, aliás deve fundamenta-la nos autos por escripto com as razões que tiver para serem presentes ao juiz ou Tribunal superior (1068).

Quando o agravo não é do incidente dum processo, antes da interposição do recurso, deve a parte agravada deduzir as razões do seu agravo, pedindo que seja sua petição autoada, e admittida a sua prova sobre os factos que carecerem cVella para que

(1066) Regui. de 15 de Março de 1842, art. 20. A forma da petição de agravo veja-se na Praxe Brás. § 344. nota (b). Todas as petições ou minutas devem ser assignadas com o nome inteiro do advogado constituído, sem o que não são acceitas; Regai, de 15 de Março de 1842. art. 25.

(1067) Ord. Liv. 1. tit. 48. § 7.; tit. 5, § 7.; Regai. de 15 de Março de 1842. art. 26.

(1068) Regai, de 15 de Março de 1842, art. 20.

repare o gravame. Feita a prova, e não tendo melhoramento, pode a parte interpor o agravo na forma acima dita (1069).

Do agravo de instrumento.

§ 153 Agravo de Instrumento (1070), é a provocação que faz-se da sentença ou despacho do juiz inferior para o juiz superior que está fora do lugar e seu Termo, ou em distancia maior que cinco le-

(1069) Leitão de Gravam. Quest. 6. Trat. 1. n. 51. segg.

(1070) Quando o juiz denega o agravo, pode a parte pedir carta testemunhavel ao Escrivão, ou instrumento de agravo ao Tabellião. O agravo de instrumento e o instrumento de agravo ou carta testeraunhavel não são recursos diversos, distinguindo-se somente em razão do official que os lavra-, Ord. Liv. 1. tit. 80. § 9.; tit. 71. § 5. Liv. 3. tit. 1. § 3.; tit. 74. pr. ibi: *pedir instrumento de agravo ao Tabellião, ou carta testemunhal ao Escrivão*. E o que fica deduzido confirma-se com o Regulamento de 15 de Março de 1842, art. 15. n. 9., art. 16.; Regul. Commer. art. 671.; Decr. de 1º de Maio de 1855, art. 77., e assim tem entendido a Relação do Rio de Janeiro em Acórdão de 8 de Outubro de 1858. O Tabellião ou o Escrivão não pode denegar a parte o instrumento ou carta testemunhavel, ainda contra a vontade e mandado do juiz, procedendo na forma da Ord. do Liv. 1. tit. 80 § 11.

Se o Tabellião ou o Escrivão deixa de cumprir o seu dever, pode ser compellido, á requerimento da parte, pelo juiz á quem compete conhecer do agravo ou carta testemunhavel; Leitão de Gravam. Trat. 1. Quest. 6.^a n. 125.; Phoeb. Part. 2. arest. 90. A carta testemunhavel prepara-se e julga-se do mesmo modo que o agravo de instrumento (§ 154).

goaa (1071). Este agravo deve ser interposto dentro de cinco dias (1072), e ser apresentado no juízo superior dentro de trinta dias (1073). E' juiz .competente para conhecer do agravo de Instrumento o juiz de Direito ou a Relação do Districto (1074).

Da interposição e preparo do agravo de instrumento.

§ 154 O agravo de instrumento interpoem-se ou em audiência, ou perante o Escrivão por termo nos autos (1075), dentro de três dias contados do acto da publicação da sentença, ou despacho de que

(1071) Regai, de 15 de Março de 1842, art. 8. n. 2.; art. 15.

(1072) Regul. de 12 de Novembro de 1873, art. 10.

(1073) Por praxe, ainda depois do prazo, conhece o superior do agravo; 1.º não tendo passado mais de quatro dias além do mesmo prazo; Costa Estit da Casa de Supl. pag. 181; Leitão de Gravam. Qnest. 6. n. 139.; Gama Decis. 132.; 2.º por via de restituição do menor agravante; Ord. Liv. 3. tit. 84. § 9.; 3.º e quando consta por fé do Escrivão que a mora proveio de impedimento do juízo; Ord. Liv. 3. tit. 84. § 5.; Leitão de Gravam. Quest. 6.^a n. 136.; Regai, de 15 de Março de 1842, art. 23.

(1074) Regul. de 15 de Março de 1842, art. 15.

(1075) Ord. Liv. 3. tit. 70. § 1.; tit. 74. pr.

se interpõem o recurso (1076). Postoque, seja interposto por termo, se dispensa a ratificação em audiência (1077).

O agravante, no acto da interposição, deve declarar o juiz para quem se agrava (1078), todas as peças do processo de que pertenda traslado, e requerer vista dos autos para minutar o agravo (1079). I

No instrumento de agravo deverão ser trasladadas as peças requeridas pelo agravante, assim como as que forem indicadas pela parte contraria e pelo juiz (1080). Interposto o agravo, faz-se com vista os próprios autos ao agravante para minutar, e depois ao agravado para responder, e por ultimo ao juiz, tendo cada um 48 horas.

Querendo o agravante replicar, também o agravado e o juiz podem á seu turno treplicar, cada

(1076) Ord. Liv. 3. tit. 65. § 2.; tit. 69. § 4.; tit. 70. pr. § 1.; tit. 79. § 1.; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 50.; Per. Souz. Lin. Civ. § 334.

(1077) Regul. de 19 de Novembro de 1873, art. 12. I

(1078) Ord. Liv. 1. tit. 6. § 5.; tit. 58. § 25.; Liv. 3. tit. 74. § 1. Omittindo-se esta formalidade, não se conhece do agravo, salvo se o juiz superior é certo; Leitão de Gravam. Quest. 6. n. 151.

(1079) Regulam, de 15 de Março de 1842, art. 23.

(1080) Ord. Liv. 3. tit. 74. § 3.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 23.

um em um dia, sendo todos estes termos contados de momento á momento (1081).

No prazo marcado é licito ao juiz, ou reparar o agravo, ou sustentar o seu- despacho. Quando o juiz presista em sua decisão, lhe é premittido sustentar de direito e mandar juntar os papeis que lhe parecer, se as partes não tiverem requerido. As respostas do aggravante e do juiz com os traslados pedidos e ordenados pelo juiz, formão o instrumento de agravo (1082). Preparado ò agravo, cita-se á parte para o seguimento d'elle ao juiz ou Tribunal superior; e se faz a remessa na forma dos Regulamentos do Governo (1083). Este agravo não é suspensivo, salvo os casos em que a lei expressamente manda o contrario (1084).

Do julgamento dos agravo».

§ 155 Sendo apresentado em tempo no juizo ou Tribunal superior, assim o agravo de petição, como o de instrumento, profere-se logo a sentença, sem

(1081) Ord. Liv. 1. tit. 58. § 25.; tit. 80. § 9.; Liv. 3. tit. 74. § 3. Sobre a forma da minuta de agravo, e mais peças d'elle, veja-se a Praxe Brás. § 348 not. (a).

(1082) Ord. Liv. 3. t;t. 74. § 3.

(1083) Regala, de 15 de Março de 1842. art. 21,24.

(1084) Gouveia Pinto Man. de Appell. e Aggr. Part. 3. Gap. 5.-

mais audiência ou arrazoado das partes (1085), procedendo as Relações na forma de seu Regimento (1086); mas não sendo apresentado no prazo legal o juiz não toma conhecimento d'elle (1087).

Quando o juiz superior" reforma a interlocutoria, de que se aggravou por instrumento, expede-se sentença de provimento para ser executada na instancia inferior (1088), voltando o processo ao ponto em que estava ao tempo da interposição do recurso, sem que se annulle o acrescido que não estiver em contrario ao provimeuto (1089). Não se conhecendo

(1085) Regai, de 16 de Março de 1842, arfe. 28. Faz-se a remessa do instrumento de agravo, pondo-se os autos na administração do correio dentro de dsis dias, depois de preparado, ou entregando-se ao aggravante para apresen-tal-o na instancia superior dentro do referido prazo, e mais tantos dias quantos forem precisos para a viagem, na razão de quatro léguas por dia; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 21, 24.■

(1086) Regai, de 15 de Março de 1842, art. 29. Baixando o provimento, o juiz inferior manda cumpri-lo, proferindo despacho nesta forma: *Em observância do provimento do juizo superior proceãa-se....* (determinando o modo).

Se o despacho- não fôr em tudo conforme ao provimento, pode o aggravado tornar á agravar para o mesmo juizo superior; Gouv. Pinto Manoel das Apell. Aggr. Part. 3.1 Cap. 5.

(1087) Ord. Liv. 3. tit. 69. § 6.\ tit. 74. § 5.

(1088) Ord. Liv. 2. tit 39. § ult.; Liv. 3. tit. 85. pr.

(1089) Gouv. Pinto Man. das Appell. e Agg. Part. 3. Gap. 5.

Teste agravo, por ser caso de appellação, ainda pode a parte hir appellar no juizo inferior dentro dos dez dias que correrem da publicação da sentença-, sem prejudicar o tempo decorrido no seguimento do agravo e juizo incompetente \ e assim observa a praxe (1090).

Quando o juiz superior conhece do agravo, con-demna a parte nas custas; e se o regeita, nao tomando conhecimento d*elle, pertence ao juiz inferior a condemnação nas custas do retardamnto (1091).

Dos ag gr avos no auto do processo,

§ 156 Agravo no auto do Processo é a provocação legitima que se interpõem por termo nos autos

(1090) Peg. ad Ord. Liv. 1. tit. 35. § 8. n. 54. pag. 21. e pag. 110.; Costa Estit. da Casa Supl. pag. 178. Sendo porém tão distante o lugar do juizo de que se recorre que não seja possível interpor a appellação dentro dos dez dias, appella-se perante o juiz do lugar, aonde se proferio a sentença que não conheceo do agravo por ser caso de appellação, e vai-se ratificar esta no juizo inferior, reque-rendo-se, quando se interpõem a appellação no dito juizo, tempo sufâeiente para essa ratificação, segundo a distancia do lugar-, Per. e Souz. Lin. Civ. Not. 662.

(1091) Ord. Liv. 1. tit. 6. § 13.; tit. 5. 8 7.; Liv. 3. tit. 20. § 46.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Cap. 2. n. 8, 9.; Leit. Gravam. Quest. 6. n. 109. Mas por praxe em qualquer dos casos o juiz *ad quem* sempie condemna nas custas ; e o juiz inferior faz a condemnação somente no caso em que o superior deixa de o fazer; Barb. ad Ord. Liv. 3. tit. 67. pr. n. 4.

da sentença ou despacho interlocutorio que tende á ordenar o processo, para conhecer delle o juiz superior, quando os autos subirem ao seu conhecimento por algum incidente (1092). São competentes para conhecer d'elles as Relações dos Districtos (1093), os juizes de direito nas causas em que lhes compete julgar em segunda instancia (1094).

Os casos em que tem logar este agravo são os seguintes:
.1.º) da pronunção sobre as excepções dilatórias com exclusão das de incompetência do juizo (1095)*, 2.º) das de condemnação nas custas do retardamento (1096)-, 3.º) da interlocutoria que admite appellação (1097); 4.0) da interlocutoria que julga não provada a excepção peremptória, offerecida por embargos ao processo (1098); 5.º) da interlocu-

(1092) Ord. Liv. 3. tit. 20. § 46, 47.; Dispôs. Prov. art. 14.; Regai, de 15 de Março de 1842 art 18.

(1093) Regai, de 15 de Março de 1842, art. 8. § 1., art 29.; e de 3 de Janeiro de 1833, art 41. segg. ^

(1094) Lei de 20 de Setembro de 1871, art 23. § 2. e art 24. 2 2.; Regai, de 22 de Novembro de 1871. art. 64. l§ 2.; e art 66. § 3.

(1095) . Ord. Liv. 3. tit. 20. I 9.; porque das decisões sobre matéria de competência pode a parte agravar por petição ou instrumento; Regai, de 15 de Março de 1842, art 15. I 1.

(1096) Ord. Liv. 3. tit. 20. I 38.

(1097) Ord. Liv. 3. tit. 70. § 8.; tit 84. § 11.

(1098) Ord. Liv. 3. tit 20. I 15.

toria que não recebe a contrariedade que não pode provar-se senão por escriptura publica (1099)", 6.º da interlocutoria que regeita os artigos de nullidade, restituição, segundas provas, e outras semelhantes (1100)-, 7.º do recebimento de embargos (1101); 8.º do despacho que não recebe artigos de contra-dictas (1102)-, 9.º do despacho pelo qual o juiz não admite prova testemunhal, porque a causa é tal que não pode ser provada senão po escriptura publica (1103).

Dos requisitos do agyvavo no auto do processo.

§ 157 Os requisitos do agravo no auto do processo são: 1.º que seja interposto por termo nos autos, dentro de dez dias da intimação do despacho (1104)-, 2.º que o agravante cite a Ordenação, lei ou Assento que expressamente concede o agravo no caso de que se trata (1105).

- (1099) Ord. L;v. 3. tit. 20. § 23.
- (1100) Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.
- (1101) Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.
- (1102) Ord. Liv. 3. tit. 20. § 33.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Oap. 13. n. 3.
- (1103) Ord. Liv. 3. tit. 20. § 25.
- (1104) Este requisito se deduz da Ord. Liv. 3. tit. 20. 2 ult.: Praxe Brasil. § 354. nota (a).
- (1105) Begul. de 15 de Março de 1842, art. 18.

Do julgamento dos agravos úo auto do processo.

§ 158 O Tribunal da Relação, á quem sobem os autos por appellação, primeiro conhece dos ag-gravos que tiverem sido legalmente interpostos, tratando uns depois dos outros, pela ordem em que estiverem, discutindo e votando com o mesmo numero de juizes, e pela forma que julga as appellações (1106).

Julgando a Relação não ser attendivel o agravo interposto, assim o declara, e procede no julgamento da causa, aliás observa o disposto no seu Regulamento (1107).

(1106) Regul. de 3 de Janeiro de 1833, art. 41,43.

(1107) Regul. cit. art. 43. 44, 45.

SECÇÃO QUINTA*Da Revista.*

§ 159 Revista é o recurso que a lei permite interpor para o Supremo Tribunal de Justiça das Sentenças proferidas em ultima instancia, nos casos de injustiça notória ou nullidade manifesta, exce-dendo a causa a alçada do julgador (1108). A injustiça notória equipara-se á nullidade (1109).

E se diz injustiça notória, quando se profere sentença contra a lei (1110). A Revista é somente admissível das sentenças definitivas ou interlocutórias com força de definitivas, que poêm fim á todo o processo (1111).

(1108) Lei de 18 de Setembro de 1828.; Lei de 20 de Dezembro de 1830.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 31, 32.; Ord. Liv. 3. tit. 75. pr.; tit 95. pr. Lei de 3 de Novembro de 1868 gf 2, 3.

(1109) Atimar. de Nnullit. Sentent. Rubr. 5. Quest. 1.j n. 77.: Maced. Decis. 60. n. 3.

(1110) Ord. Liv. 1. tit. 5. § 4

(1111) Avis. de 25 de Novembro de 1831.; Valasc. Cons. 51. n. 51.; Pereir. de Bevis. Cap. 26. n. 19. segg. Quanto á interposição, seguimento e ao julgamento no Tribunal superior, veia-se a Praxe Brás. Part. 4. tit. 4.

Interposição e apresentação do recurso no Tribunal Superior.

§ 160 Interpoem-se a Revista dentro de dez dias contados da intimação da sentença, e por manifestação verbal da parte ou do seu procurador ao escrivão do feito, o qual reduz á termo, que assigna o recorrente com duas testemunhas, e intima á parte contraria (1112).

Cada uma das partes tem o prazo de quinze dias para arrazoar sobre os fundamentos e a legitimidade do recurso, sem que possa produzir novos documentos ; e com as razões ou sem ellas, o escrivão tira traslado dos autos, e os remette ao Secretario do Tribunal, onde devem ser apresentados no termo legal (1113). Na Corte se faz a remessa dos autos independentemente de traslado, o qual se tira somente no caso de ser concedida a Revista *, e para esse fim remette-se os autos ao Escrivão do juizo *á quo*, que, tirando o traslado, devolve os autos ao Secretario do Tribunal para este fazer remessa d'el-les á Relação revisora (1114).

(1112) Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 8, 9.; Decreto de 20 de Dezembro de 1830, art. 9, 10.

(1113) Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 10.

(1114) Decreto de 20 de Dezembro de 1830, art. 24. Faz-se a remessa depois de sellados os autos e o traslado, e pago o porte do correio, imputando-se ao recorrente a demora que houver; mas se o recorrente não faltar o seu dever, o Escrivão responde pela falta de remessa em tempo, sem prejuizo do recurso; Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 25.

TITULO QUARTO

DA EXECUÇÃO DAS CARTAS DE PARTILHAS

NOÇÃO.

§ 161 Execução é o acto pelo qual se leva á effeito a sentença passada em julgado (1115). E como pela sentença finda-se o officio do juiz (1116), se faz certo o direito das partes, que antes era du-vidozo ou incerto, cumpre que a execução seja prompta, excluindo todas as questões offensivas do julgado (1117).

Na classe das sentenças exequiveis comprehendem-se as cartas de partilhas, extrahidas dos inventários, as quaes, quanto á sua execução entre- os herdeiros que forão partes no mesmo inventario, tem ainda maior efficacia que as mais sentenças (1118); porque contra cilas não são admissíveis outros embargos suspensivos, além dos previstos no § 138, nem ne-cessitão de liquidação acerca dos moveis adjudicados, e não entregues pelo cabeça de casal, enten-

(1115) Moraes Pxec. Liv. 6. Cap. 6. n. 1.

(1116) D. Liv. 42. tit. 1. frag. 55.; Ord. Liv. 3. tit. 65. pr.; tit. 66. § 6.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 577.

(1117) Mello Freir. Liv. 4. tit. 22. § 1.

(1118) Silva á Ord. Liv. 3. tit. 91. § 1. n. 27.; Maced. Decis. 64. n. 2.; Alm. e Souz. Exec. Cap. 1. § 4.

1

(U19) dendo-se estes liquidados pela avaliação (Not. 1012)

-D© *juiz competente para a execução das cartas de partilhas,*

§ 162 Executa a sentença que passou em julgado o mesmo juiz que a proferio ou seu succesor (1120), ou aquelle que para isso tem jurisdicção (1121). Nas Comarcas geraes, os juizes Municipaes são os executores, assim das sentenças eiveis por elles proferidas, bem como das que o forão pelos juizes de Direito em primeira ou em segunda instancia, ou pelas Relações dos Districtos (1122), com exclusão das dos juizes privativos, os quaes dão á execução as suas sentenças, e ainda as revogatórias

(1119) Valasc. Partit. Cap. 40. n. 9.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 12. n. 86.; Guerr. Trat. 4. Liv. 8. Cap. 8. n. 6.; Peg. For. Cap. 5. pag. 399. vers. Et quia.

(1120) Ord. Liv. 3. tit. 65. § 6.; tit. 66. § 6.; Avis de 15 de Dezembro de 1851.

(1121) Ord. Liv. 2. tit 7.; Liv. 3. tit. 86. pr.; Cabed. Part. 1. Decis. 22. n. 1.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 1. O juiz arbitro carece de jurisdicção para executar as sentenças, postoque as partes tenham convencionado e declarado no comprommisso que elle execute a sentença; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 9.; Silva A Ord. Liv. 3. tit. 86. pr. n. 44.

(1122) Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 14. n. 4.; Eegul. de 15 de Março de 1842, art. 2. n. 4.; Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 23. § 3.; Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 64. ? 3,

(Tellas em instancia superior (1123). Nas Comarcas especiaes, porém, são os juizes de Direito, assim no exercício da jurisdição ordinária e commum, bem como juizes privativos, os executores das próprias sentenças, com excepção das proferidas em causas de valor superior á 100\$000 até 500\$000, que são executadas pelos Substitutos, salvas as decisões que competem aos juizes de Direito (1124).

Portanto, sem distincção de Comarcas geraes ou especiaes, os juizes de Besiduos e Capcilas, os de Orphãos e Ausentes e os dos Feitos da Fazenda, são competentes para a execução dos formaes de partilhas, extrahidos dos processos dos inventários e partilhas que tiverem feito, com inibição as justiças ordinárias (1125).

Na competência dos juizes privativos para as execuções dos formaes de 'partilhas, comprehende-se a jurisdição para fazer a separação dos quinhões que

(1123) Lei de 29 de Novembro de 1841.; Regul. de 12 de Janeiro de 1842.; Dispôs. Prov. art. 20.; Regul. de 15 de Março de 1842, art. 2. n. 2, 4.; art. 4, 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 11. n. 11. 13.; Alm. Souz. Exec. Cap. 1. § 14.

(1124) Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 67. § 3.; art. 68. § 2.; Aviso de 12, 17 de Fevereiro de 2, 27 de Março e 3 de Agosto de 1872.

(1125) Lei N.º 2033 de 20 de Setembro de 1871, art. 24. § 1.; Aviso de 15 de Outubro de 1872.

couberão aos herdeiros em terras ou outras propriedades, por ser essa divisão um complemento da partilha feita. Mas isto entende-se quando é requerida por um herdeiro contra outros coherdeiros que forão partes no mesmo processo do inventario e partilhas, de cuja execução se trata, e não contra terceiros ou suecessores dos herdeiros, por qualquer titulo que seja; porque n'este caso, postoque alguns orphãos sejam interessados, a divisão não pode ser feita no juizo das partilhas, senão no foro commum e pela acção *com/muni dividundo* (1126). I

Da citação para a execução da sentença.

§ 163 A execução da sentença, que condemna em quantidade certa, começa pela citação do réo para que pague a divida em 24 horas ou dê penhores (1127); mas quando o réo foi condemnado em

(1126) Aviso de 2G de Julho de 1838.; de 30 de Abril de 1855.; Barb. Rem. á Ord. Liv. 3. tit. 7. § 3. n. 6.; Silva á Ord. Liv. 3. tit. 68. ad Rubr. art. 7. n. 59.; Peg. Tom. 3. ad Ord. Liv. 1, tit. 9. § 12. n. 684.

(1127) Ord. Liv. 3. tit. 86. pr.; Gomes Man. Cap. 21. n. 5.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22. Dentro do prazo assignado pode o executado mostrar pagamento, ou requer compensação de cousa liquida já julgada por sentença, sendo da mesma espécie; Ord. Liv. 3. tit. 87. § 1.; Mend. Part. 1. Liv. 3. Cap. 21. n. 45.; ou nomear penhores para correr sobre elles a execução, e não se livra desta obrigação ainda que offereça fiança; Ord. Liv. 3. tit. 86. § 7.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 6. n. 13.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 788.

coisa determinada, faz-se a citação para que dentro de dez dias entregue o objecto demandado, movei ou immovel, sob pena de, não o fazendo, ser o exequente judicialmente empossado (1128). Semelhantemente se procede na execução das sentenças proferidas nos juizos divisórios, postoque não haja ahi condemnação e sim somente adjudicação ao herdeiro ou sócio da parte . que tem na herança ou coisa commum (1129). Esta citação é indispensável porque o executado ainda pode oppôr excepção (1130). Mas a citação que se faz no começo da execução basta para todos os actos delia, até a arrematação exclusivamente (1131), ainda que a execução fique suspensa por mais de seis mezes (1132). E' tão essencial a citação que, sendo omittida, annulla-se

(1128) Cod. Liv. 8. tit. 4. fr. 6.; Liv. 1.º tit. 18. fr. 1.; Ord. Liv. 3. tit. 86. § 15.; tit. 76. § 2.; Liv. 2. tit. 53. g li"; Mor. Bxec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22.; Praxe Brás. 8 374.

(1129) Alui. Souz. Exec. § 4.; Maced. Decis. 64. n. 2

(1130) Ord. Liv. 3. tit. 87. pr.; Praxe Brás. § 374.

(1131) Ord. Liv. 2. tit. 53. § 1.; Liv. 3. tit. 86. pr. §§j 27, 28.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 22. Mas não havendo quem arremate deve ser citado para dar lançador; Lei de 20 de Junho de 1770.; Aviso de 22 de Fevereiro de 1779.

(1132) Peg. ad Ord. Liv. 3. tit. 1. § 15. n. 13.; Mor. Exec. Liv. 6. Cap. 1. n. 9.

todo o processado, postoque seja em execução de carta de partilha (1133).

Quanto ao modo de se fazer a citação, veja-se a Praxe Brás. Parte 5.^a) I

Carta de posse»

§ 164 A sentença de partilha ou adjudica ao herdeiro bens moveis ou immoveis, em pagamento de seu quinhão hereditário, ou lhe dá direito de haver do cabeça de casal ou de outros herdeiros quantias em dinheiro, por compensação do que mais receberfto em bens. No primeiro caso a execução da carta de partilhas começa pela citação do cabeça de casal ou do coherdeiro para que entregue a cousa independentemente de se lhe assignar os dez dias que a lei recommenda nas execuções das outras sentenças (1134); porque a Ordenação manda que acabada a partilha, se mettão os herdeiros do posse dos seus quinhões, conforme as cartas de partilhas que lhes forem passadas, sem embargo de quaesquer embargos (1135). Se o executado não faz entrega

(1133) E' infundada a opinião daquelles que sustentão que não é necessária a citação para o herdeiro se emittir na posse dos bens adjudicados e possuídos pelo cabeça de casal, ou outros herdeiros; Peg. For. Cap. 5. pag. 380. col. 1.

(1134) Ord. Liv. 3. tit. 80. § 15.; Gama Decis. 277. l n. 1.; Peg. Por. Cap. 11. n. 205 pag. 914; Praxe Brás. § 375.

(1135) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.

da coisa em um termo breve que se lhe assigna, nem offerece embargos taes que suspendao a execução, se expede mandado ou carta de posse para ser entregue judicialmente (1136). Esta posse judicial serve somente para fazer constar que foi tomada, mas não dá mais direito que aquelle que o herdeiro já tem pela posse legal em virtude da successão hereditária, na conformidade da lei (1137).

Da penhora.

§ 165 Quando o exequente tem de haver alguma quantidade de dinheiro ou de outra coisa que se costuma contar, pesar, ou medir, e o cabeça de casal ou outro herdeiro que está obrigado pela sentença de partilha, tendo sido citado e requerido para pagar ou dar penhores, não o tem feito no prazo de vinte e quatro horas, que lhe foi assignado; o Escrivão estende certidão nos autos; e a requerimento do exequente, expede-se o mandado de penhora (1138).

(1136) Ord. Liv. 3. tit. 86. § 15.; Mor. Exec. Liv. 6. Gap. 12. n. 85.; Alm. Souz. Exec. § 103. Em regra nem uns embargos suspendem a execução das cartas de Partilhas; Ord. Liv. 4. tit. 96. § 22.; salvo os casos referidos, no g. 138.

(1137) Alvará de 9 de Novembro de 1754.; Menez. Jniz. Divis. Gap. 4. § 4.

(1138) Ord. Liv. 3. tit. 86. pr. § 7.; Mend. Part. 2. Liv. 3. Gap. 21. n. 86.; Cald. For. Liv. 2. Quest. 33. n. 1.; Mor. Exec. Liv. 6. Gap. 6. n. 12.; Gomes Man. Pract. Gap. 20. n. 6.

Feita a penhora, procede-se nos mais termos como nas execuções das sentenças condemnatórias (1139)-

Dos embargos á execução das cartas de partilhas.

§ 166 As partilhas legitimamente feitas e julga-; das por sentença, não podendo rescindir-se, devem ser logo executadas, mettendo-se os herdeiros na posse dos seus quinhões hereditários, segundo as cartas ou formaes extrahidos do processo, sem embargo de quaesquer embargos com que as outras partes áisso venhão (1140). Mas allegando algum dos herdeiros nullidade do processo (1141), injustiça da sentença

(1139) Praxe Brás. § 383. segg.

(1140) Ord. Liv. 4. tit. 96. §-22.; Barb. Bem. á cit. Ord. n. 1.; Mend. Part. 1. Liv. 4. Cap. 3. n. 9.; Ghierr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 8.

(1141) A nullidade do acto jurídico resulta da falta de alguma solemnidade essencial á forma iuterna ou externa do acto. Umas vezes a nullidade provêm *ipso jure*, isto é. por expressa declaração da lei; outras vezes verifica-se, quando o interessado a reclama. Se a nullidade é estabelecida pela lei, por considerações de interesse publico, é insuprível, e qualquer pode argui-la •, mas sendo estabelecida em favor do interesse das partes, só a pessoa lesada pode se prevalecer delia-, e se não quer fazer valer o seu direito, o acto continua valido. £ não basta que se alle-gue a nullidade para que seja attendida a parte lesada, ainda é preciso que se mostre fomento de justiça no caso de que se trata; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 71.; de Jur. Emphit. Quest. 6. n. 14.: Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3.

(1142), erros e lesões da partilha (1143), podem ser as cartas embargadas na execução para que as partilhas sejam declaradas nullas. ou emendadas, quanto permitta o direito, compondo-se os prejuízos dos que tiverem sido lesados (1144).

E quanto aos effeitos do recebimento d'estes embargos, a regra geral é que devem ser recebidos em auto apartado, attenta a generalidade da citada

(1142) Maced. Decis. 60.; Per. de Eevis. Cap. 64. n. 1.; Cap. 83. n. 4; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Gap. 4. n. 8. segg.

(1143) A causa da emenda da partilha, depois de julgada por sentença, é a lesão, com tanto que seja pedida dentro de um anuo, sendo ao menos da sexta parte, com relação á todo o quinhão hereditário daquelle que se queixa; Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 19, 20.; Valasc. Partit. Cap. 39. n. 28.; ou dentro de lō annos, sendo a lesão enorme; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 5.; ou dentro de 30 annos, sendo enormíssima; e neste caso poderequerer-se não só a emenda mas até a mesma nullidade da partilha; Ord. Liv. 4. tit. 13. § 10.; Valasc. Partit. Oap. 39. ns. 53, 54, 55, 56.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Oap. 5. n. 20. Postoque pareça que a Ord. Liv. 4. tit. 96. §§ 18, 19. exclue a revogação e revisão da partilha em todo e qualquer caso, mandando que as partilhas se não desfçam, mas que os outros herdeiros componhão a direita parte do herdeiro lesado; com-tudo se hoverem erros tão graves que não seja possível emendar-se, sem reformar inteiramente a partilha, ella deve annullar-se e fazer-se segunda; Valasc. Part. Oap. 39. n. 77.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 2.; Alm. Souz. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 7.

(1144) Valasc. Partit. Cap. 39. n. 8.; Alm. Souz. Not. il Mello Liv. 3. tit. 12. § 14. n. 5.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 5. n. 1. segg.

Ordenação (1145)', coratudo escriptores ha que admittera com effeito suspensivo, muitas espécies de embargos á execução das cartas de partilhas (1146); mas á não serem embargos de nullidade constante dos autos (1147), de solução provada por documentos (1148), e de restituição de menores (§ 138), á todos resiste a disposição geral da mesma Ordenação (1149).

Da emenda da partilha.

§ 167 Quando o juiz manda por sentença emendar os erros da partilha, faz-se a emenda no' mesmo

(1145) Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. 8 2. e notas 1, 2.; Per. de Carv. Lin. Orph. not. 197.; Alui. Souz. cit.

(1146) Guerr. Trat. 2. Liv. 8.

(1147) Sendo cousa certa em direito, que a sentença nulla não é sentença; Cap. fin. de Sent. et. re rejnd. in 6.; Clement. Pastoralis. eod. tit.; e que o acto nullo não produz algum effeito de direito; Cod. Liv. 6. tit. 58. fr. 4.; D. Liv. 37. tit. 4. fr. 8. § 2 ; Liv. 49. tit. 1. fr. 19.; tem os practicos como regra verdadeira que os embargos de nullidade, sendo provados com os mesmos autos, ou com documentos oferecidos *in continenti*, suspendem a execução da sentença; Peg. For. Cap. 5. n. 22.; Per. deRevis. Cap. 5. n. 2, 6.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 3. n. 1.; e esta regra applica-se ainda ás sentenças de partilhas; Reynos. Observ. 21. n. 22.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 3. not. 2.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cnp. 3. n. 1. segg.

(1148) Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 6 ; Alm. Souz'. Not. á Mello Liv. 3. tit. 12. l 14. n. 5.

(1149) Alm. Souz. cit.; Obrig. Recipr. 721.; Guerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 1. n. 8.

processo, formando-se um auto de conta, em que se compõem em dinheiro pelos outros coherdeiros o que falta ao lesado para complemento do seu quinhão, ficando salvos os bens e fazendas que cada um tiver na partilha já feita (1150).

Mas se a partilha fôr julgada nulla, emenda-se formando nova partilha ■, porque tudo volta ao estado em que antes estava (1151)* comtudo, sendo pos-siyel attende-se a posse dos herdeiros, lançando no quinhão de cada um os mesmos bens (1152).

(1150) Ord. Liv. 4. tit. 96 \ 19.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.; Coelho da Rocha § 495. O remédio das tornas é concedido para a igualdade da partilha e cada um haver diretamente o que lhe pertence.

O engano ou erre por se lançar nos quinhões alguns bens alheios ou impartiveis, ou por terem sido repetidas, trocadas ou esquecidas algumas cousas, de que tenha resultado desigualdade na partilha, emenda-se mandando o juiz restituir á seu dono o que fôr seu e compor aos herdeiros lesados, dando-se-lhes fazenda equivalente do casal, afim de se fazer a partilha com igualdade sem tornas, em quanto puder ser; Valasc. Partit. Gap. 40.; Per. Souz. Lin. Civ. Not. 1021.

(1151) Ord. Liv. 4. tit. 96. § 21.; Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. Nota 1.

(1152) Menez. Juiz. Divis. Cap. 5. § 7. n. 2. Posto que se annulle a partilha e se mande fazer outra, todavia não untrão na segunda os fruetos que os herdeiros perceberão, assim pelo título e boa fé em que estiverão, como pela desigualdade que se seguieria entre elles. A nova partilha neste caso se entende somente para o refazimento

dos quinhões em que houve erro; Costa Estit: da Casa da Snpl. pag. 210.; Paiva e Pona Orph. Cap. 7. n. 72.

Mas se, durante a cansa de nullidade da partilha, perecerão alguns bens sem culpa dos herdeiros, o prejuízo é da herança e não do herdeiro á quem forao adjudicados esses bens *, porque a nullidade, assim da partilha, como do contracto, impede a transferencia do domínio; e a cousa perece sempre por conta do seu dono; G-uerr. Trat. 2. Liv. 8. Cap. 17. n. 3j|

I3XT33IOE

PARTE GERAL

TITULO PRIMEIRO

Da herança e da successão

CAPITULO PRIMEIRO

DA HERANÇA

Noção	
Do herdeiro.....	
Dos direitos que se transmittem aos herdeiros	
Da addição da herança	
Renuncia da herança	
Do direito de deliberar	
Dos efeitos da addição e renuncia da herança	
Do beneficio do inventario	

Capitulo segundo—D» successão

Noção	
Dos modos porque se succede	
Da representação.....	

Secção primeira—*Da successão legitima*

§ 12. Noção e espécies . . . y.— l

I) *Successão dos descendentes A) Dos filhos legitimos*

§ 13. 1) Do primeiro matrimonio entre si § 14.
2 y Do primeiro com os do segundo matrimonio
. _f*

B) *Dos filhos {Ilegítimos*

§ 15. 1) Naturaes reconhecidos pelo pae por es-
criptura publica ou' testamento

§ 16. 2) Dos naturaes não reconhecidos por seus
progenitores, nem por testamento, nem
por escriptura publica ÍÁ

§ 17. 3) Dos espúrios.....

C) *Dos filhos legitimados*

% 18. 1) Por subsequente matrimonio

§ 19. 2) Por carta judicial

§ 20. D) Dos netos e mais descendentes .

I 21. II) Successão dos ascendentes,

§ 22. III) Da successão dos coUateraes .

§ 23. IV) Da successão dos cônjuges

6 24. V) Da successão da fazenda nacional

§ 25. Das pessoas excluídas da successão legitima

Secção segunda'

Da. successão testamentária

B 26. Noção.....

§ 27. Das pessoas que podem ser nomeadas her-
deiros

Capitulo terceiro

§ 28. I) Da legitima	58
----------------------------	----

Capitulo quarto

II) *Dos legados e fideicomissos*

§ 29. Noções e diferenças	61	§ 30. Das pessoas que podem deixar legados, ou fideicomissos, assim como recebe-los	65
-----------------------------------	----	---	----

A) *Dos legados em particular*

§ 31. 1) Generalidades	68
§ 32. 2) Do objecto do legado ...	68
§ 33. 3) Influencia da nullidade do testamento sobre o legado.....	70
§ 34. 4) Aceitação e renuncia do legado .	72
§ 35. 5) Extinção do legado pelo perecimento do objecto deixado	74

li) *JEm quanto á modalidade I)*

Condição

§ 36. Da condição possível	75
§ 37. Da condição suspensiva	77
§ 38. 2) Do tempo.....	78
§ 39. 3) Modo.....	80
§ 40. 4) Condição impossível	82
§ 41. Do legado do credito deixado á terceira pessoa	84
§ 42. Do legado da divida ao credor	84
§ 43. O legado deixado ao credor se compensa na divida	86
§ 44. Do legado dos moveis	87
§ 45. Do legado de opção ou de -quantidade ,y.	88

	46. C) Do legado deixado por falsa causa ou com falsa demonstração; e do erro do nome do legatário ou da coisa legada	89
§	47. Da aquisição e entrega do legado	90
§	48. Revogação e caducidade do legado	94
§	49. Do direito de accrescer	96

^■H TITULO SEGUNDO

Das acções que competem aos herdeiros e legatários

§	50. Introduccão.....	101
---	----------------------	-----

Capitulo primeiro

Das acções que competem ao herdeiros

Secção primeira

Da acção de petição de herança

§	51. Noção.....	10
§	52. Dos requisitos d*esta acção	2
§	53. Das excepções do réo	105
		107

Secção segunda

Da acção de partilha (familiee erciscmdce)

§	54. Noção	
§	55. A' quem compete esta acção .	109
§	56. Contra quem se dirige a acção de partilha	112
§	57. Do modo de propor a acção .	113
§	58. Da defesa e excepções do réo .	116
§	59. Da forma summaria d'esta acção	118
		121



Secção terceira'

- § 60. Da acção para pedir a partilha dos bens ,
sonegados 123

Capitulo segundo

- § 61. Das acções que competem ao legatário . 129
§ 62. Das excepções do réo . . . 132

' ; TITULO TERCEIRO

Da jwisdicção e competência

Capitulo primeiro

- § 63. I) Jurisdicção e suas espécies . . . 135

Capitulo segundo

II) Da competência

- § 64. A) Noções geraes.....139
§ 65. B) Do foro competente para o inventario
e partilhas142
§ 66. C) Do foro em que deve ser demandado
e cumprido o legado ou fideicommisso . 146

l»-.^-.;I TITULO QUARTO &^4" .j

Do juizo Orphanalogico

- § 67. A) Noção do juizo orphanalogico . 149
§ 68. Causa, lide e instancia o que sejam . 149
§ 69. B) Das pessoas que cõmpoem o juizo
orphanalogico 150

Capitulo primeiro

g	70. Dos juizes dos Orphãos ...	151
I	71. Da jurisdicção e attribuições privativas dos juizes dos orphãos -	152
8	72. Juizes dos Orphãos	159

Capitulo segundo

§	73. Dos escrivães dos orphãos	161
g	74. Dos deveres dos escrivães dos orphãos ..	161
g	75. Das cousas que são prohibidas aos escrivães dos orphãos.....	165

Capitulo terceiro

Do curador geral dos orphãos § 76.

Curador Geral o que seja	169
------------------------------------	-----

PARTE ESPECIAL

DO INVENTARIO E DAS PAETILHAS

TITULO PRIMEIRO

Do inventario solemne

Capitulo primeiro

Ideias geraes a respeito do inventario § 78.

Noção e divisão. , , , , ..	173
-----------------------------	-----

- I) *Das pessoas que são obrigadas á *
fazer inventario*
79. A) Em razão da herança, successão ou
administração 174
80. B) Em razão do officio 177
81. II) Do tempo em que deve começar e
concluir-se o inventario 183
82. HI) Dos effeitos do inventario . . . 188
83. Da prova que resulta do inventario . . . 189

Capitulo segundo

Dos modos porque se instaura o inventario

84. A) Por officio do juiz 193
85. B) A' requerimento de parte 195

Capitulo terceiro

I) Do cabeça de casal

86. A) Quem fica na posse da herança pa-
ra dar partilha 197
87. B) Da viuva caheça de casal 198
88. G) Do herdeiro cabeça de casal 203

II) Dos deveres do cabeça de casal

89. A) Em geral207

B) Em particular

90. I) Do juramento 210
91. II) Das primeiras declarações . . . 211
92. III) Do sequestro da posse em que está
o cabeça de casal 212

Capitulo quarto

Dos actos do processo do inventario

Secção primeira

Da citação

	«« «Bi-"j c^ ^ espécie*.	217
§	93. Citação o que seja. Sua. *	217
§	94. Dos requisitos da citação pftw'	219
	das partilhas.....'«!#	
	95. Das pessoas que devem ser citadas para o inventario '.n\	220

Secção segunda

§	96. Da habilitação dos herdeiros.	225
---	-----------------------------------	-----

I Secção terceira

Da louvação

	97. Nomeação dos louvados	229
	98. Do juramento aos louvados	231
	99. Se os avaliadores nomeados são obrigados á aceitar a nomeação . . . , . • '	232
§	100. Das recusações e suspeições	233]
§	101. Do terceiro louvado ,*\ , '.I	235

Secção quarta

Da ãescripção dos bens

I	Quaes os bens que devem ser descriptos no inventario , - •'*	<i>m</i>
---	--	----------

103. Como se procede quando ha duvida entre os herdeiros sobre pertencerem ou não alguns bens á herança 241

Secção quinta

Das collações

- | | | |
|---|---|------------|
| | | 243 |
| § | 104. O que seja collação | 244 |
| | 105. Quaes as pessoas.obrigadas á collação | |
| § | 106. Cessa a obrigação de conferir, se o filho ou filha sè abstém da legitima | 245
248 |
| § | 107. Qual é o objecto da collação | 254 |
| | 108. Collação dos prazos | |
| § | 109. Da collação dos dotes e doações feitas pelo avô..... | 256
259 |
| § | 110. Quaes os bens que não vêm á collação] | 265 |
| § | 111. Do modo porque se faz a collação | |

Secção sexta

§
§

Das avaliações

- | | | |
|--|--|-----|
| | 112. Avaliação o que seja | 269 |
| | 113. Qual o tempo que se attende para as avaliações dos bens da herança e da terça | 270 |
| | 114. Como se procede ao fazer das avaliações | 274 |
| | 115. Das avaliações dos bens que estão fora do districto | 278 |

§
§

Secção sétima

Das dividas passivas e despezas do funeral e ben} ã'álma

- | | | |
|---|------------------------------|-----|
| § | 116. I) Das dividas passivas | 281 |
|---|------------------------------|-----|

§ 117. II) D is despesas do funeral e bem d'alma 285 | 118.
 A) Despesas do funeral . . .->*_a . 286 § 119. B) Das
 despesas do bem d'alma .. **/? 287

Secção oitava

§ 120. Do encerramento do inventario . . . 291

Capitulo quinto

Da liquidação da herança e deliberação da partilha

§ 121. Da liquidação da herança . . . 293

Í 122. Da deliberação da partilha £y" \Ç1 . 295

TITULO SEGUNDO

Das partilhas

I) Noção, modas e condição das partilhas

§ 123. A) Noção 297

§ 124. B) Dos modos porque se fazem as partilhas . . . - . _ , ! , , i 298

§ 125. C) Condição das partilhas ' . 302

II) Das cousas que não soffreni partilha •

§ 126. A) Por natureza.....306

§ 127. B) Por disposição da lei. . . V; . 310

III) Da ordem que se deve guardar nas partilhas

§ 128. A) Entre o cônjuge sobrevivivo e os herdeiros do premorto . &>.' . 312

§ 129. B) Entre herdeiros legítimos ou testamentários.....	316 318
§ 130. C) Partilha da terça H	
§ 131. Quaes são os bens que se contão para a deducção da terça	319 320
§ 132. D) Partilha dos fructos	
IV) <i>Fornia da partilha</i> I	322 323
§ 183. A) Auto	324
§ 134. B) Conferencia da partilha	326
§ 135. C) Da sentença	
§ 136. D) Das cartas de partilhas r.*.l	

TITULO TERCEIRO

Dos recursos

§ 137. Noção	329
--------------	-----

Secção primeira

I *Dos embargos*

§ 138. A) Contra as partilhas feitas por processo e teia judiciaria	335
§ 139. B) Contra as partilhas extrajudiciaes .	339
§ 140. C) Dos embargos de restituição . . .	341

Secção segunda

Da appeUaçãõ

l§ 141. Noção geral ' .J .	345 §
142. Interposição da appellação	348

§ 143. Da avaliação da cansa	■/-,■£			350
§ 144. Recebimento da appellação		1	1	351
§ 145. Dos effeitos da appellação			*	352
§ 146. Da atempação				354
§ 147. Seguimento da appellação		1	1	355
§ 148. Deserção da appellação				357
§ 149. Do processo e julgamento da appellação na instância superior				359

Secção terceira

§ 150. Do arbítrio de bom varão				363
---	--	--	--	-----

Secção quarta

§ 151. Dos aggravos				369
§ 152. Dos aggravos de petição				370
§ 153. Dos aggravos de instrumento				372
§ 154. Da interposição e preparo dos aggravos de instrumento				373
§ 155. Do julgamento dos aggravos				375
§ 156. Dos aggravos no auto do processo ¶i:___				377
§ 157. Dos requisitos do agravo no auto do processo.....				379
§ 158. Do julgamento dos aggravos no auto do processo				380

Secção quinta

§ 159. Da Revista				381
§ 160. Interposição e apresentação do recurso no Tribunal superior			V	382

TITULO QUARTO

Da execução das cartas de partilhas

8	161. Noção.....	383
§	162. Do juiz competente para a execução das cartas de partilhas	384
§	163. Da citação para a execução da sentença.	386
g	164. Carta de posse í-*** ⁵ . >'• .	388
§	165. Da penhora.....	389
g	166. Dos embargos á execução das cartas de partilhas	390
g	167. Da emenda das partilhas .	392



Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)